

CONCLUSIE VAN ADVOCaat-GENERAAL
P. LÉGER

van 8 april 2003 ¹

Inhoud

| | |
|---|----------|
| I — Nationaal rechtskader | I- 10245 |
| A — Het beginsel van staatsaansprakelijkheid | I- 10245 |
| B — De bijzondere anciënniteitstoelage voor universiteitsprofessoren | I- 10246 |
| II — De feiten en de procedure in het hoofdgeding | I- 10246 |
| III — De prejudiciële vragen | I- 10248 |
| IV — Het onderwerp van de prejudiciële vragen | I- 10249 |
| V — Het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor een schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie | I- 10249 |
| A — Ingediende opmerkingen | I- 10249 |
| B — Analyse | I- 10251 |
| 1. Legt het gemeenschapsrecht de lidstaten een verplichting op om de schade te vergoeden die particulieren lijden als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie? | I- 10251 |
| a) De draagwijdte van het in de rechtspraak ontwikkelde beginsel van staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het gemeenschapsrecht . | I- 10252 |
| i) Het arrest Francovich e.a. | I- 10252 |
| ii) Het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame | I- 10255 |
| b) De doorslaggevende rol van de nationale rechter bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht | I- 10259 |
| c) De stand van het nationale recht van de lidstaten inzake staatsaansprakelijkheid voor beslissingen van rechterlijke instanties | I- 10266 |
| 2. De door enkele deelnemers aan de onderhavige procedure aangevoerde problemen kunnen de aansprakelijkheid van de staat voor schendingen van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie niet uitsluiten | I- 10268 |
| a) De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht | I- 10268 |

¹ — Oorspronkelijke taal: Frans.

| | |
|--|---------|
| b) De parallel tussen de aansprakelijkheidsregelingen van de lidstaten en die van de Gemeenschap | I-10269 |
| c) De eerbiediging van het gezag van gewijsde | I-10270 |
| d) De waarborgen voor onpartijdigheid van de nationale rechter | I-10273 |
| VI — De materiële voorwaarden voor aansprakelijkheid van de staat voor een schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie | I-10274 |
| A — Opmerkingen van de deelnemers aan de procedure | I-10275 |
| B — Analyse | I-10275 |
| 1. De aard van de geschonden rechtsregel | I-10276 |
| 2. De aard van de schending van het gemeenschapsrecht | I-10277 |
| 3. Het directe causale verband tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade .. | I-10283 |
| VII — De aanwijzing van de rechter die bevoegd is om te oordelen over de gegrondheid van een schadevergoedingsactie | I-10284 |
| A — De aanwijzing van de bevoegde nationale rechter | I-10284 |
| B — De respectieve rol van het Hof en de nationale rechters bij de beoordeling van de gegrondheid van een schadevergoedingsactie | I-10285 |
| VIII — De onderhavige zaak | I-10285 |
| IX — Conclusie | I-10288 |

1. Kan een lidstaat aansprakelijk worden gesteld wegens schending van het gemeenschapsrecht wanneer deze schending door een hoogste rechterlijke instantie is begaan? Dient de betrokken lidstaat de schade die particulieren daardoor lijden te vergoeden? Zo ja, wat zijn de voorwaarden voor een dergelijke aansprakelijkheid?

cedure aan het Hof stelt.² Voor het eerst wordt het Hof gevraagd de draagwijdte te bepalen van het beginsel dat de staat aansprakelijk kan worden gesteld voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die aan hem kunnen worden toegerekend. Dit beginsel is door het Hof voor het eerst erkend in het arrest van 19 november 1991, *Francovich e.a.*³, en is sinds het arrest van 5 maart 1996, *Brasserie du pêcheur en Factortame*⁴, herhaaldelijk ver-

2. Dit zijn in wezen de lastige vragen die het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien (Oostenrijk) in de onderhavige pro-

2 — Deze netelige vragen kregen reeds veel belangstelling in de literatuur. Zie met name Toner, H., „Thinking the unthinkable? State Liability for Judicial Acts after *Factortame* (III)”, *Yearbook of European Law*, 1997/17, blz. 165, en Anagnostaras, G., „The principle of State Liability for Judicial Breaches: The impact of European Community Law”, *European Public Law*, volume 7/2, 2001, blz. 281.

3 — C-6/90 en C-9/90, *Jurispr.* blz. I-5357.

4 — C-46/93 en C-48/93, *Jurispr.* blz. I-1029.

der uitgewerkt wat de aansprakelijkheid van de staat voor handelingen van de wetgever of de administratie betreft.

I — Nationaal rechtskader

A — *Het beginsel van staatsaansprakelijkheid*

3. Het is interessant dat tegelijk met deze zaak een beroep wegens niet-nakoming in zaak C-129/00, Commissie/Italië⁵, bij het Hof aanhangig is, waarin de heersende opvatting in de nationale rechtspraak, met name van de Corte Suprema di cassazione (Italië) ter discussie wordt gesteld. In die zaak moet het Hof zich buigen over vragen die vergelijkbaar zijn met die in de onderhavige procedure: moet een lidstaat instaan voor handelingen van (sommige van) zijn rechterlijke instanties, en zo ja, in welke omvang? Bovendien is bij het Hof ook een Nederlands prejudicieel verzoek⁶ aanhangig, dat handelt over de vraag of een nationaal bestuursorgaan ingevolge het gemeenschapsrecht verplicht is om terug te komen op een door hem genomen, en door een onherroepelijk geworden rechterlijke beslissing bevestigd besluit, wanneer de uitlegging van de toepasselijke regels van gemeenschapsrecht waarop dit bestuursbesluit berust door het Hof in een latere prejudiciële zaak wordt verworpen. Ook die prejudiciële zaak verdient opmerking, hoewel de daarin behandelde problematiek sterk verschilt van die welke thans aan de orde is. Mijn conclusie in die zaak volgt binnenkort.

4. Het beginsel van staatsaansprakelijkheid ligt in het Oostenrijkse recht verankerd in het Bundesverfassungsgesetz (federale grondwet)⁷ en is in het Bundesgesetz (federale wet) van 18 december 1948⁸ omschreven. § 2 van deze wet luidt als volgt:

„(1) Bij het instellen van een schadevordering is het niet nodig om een bepaald orgaan aan te duiden. Het volstaat om te bewijzen dat de schade alleen door een rechtsschending door een orgaan van verweerster kan zijn veroorzaakt.

(2) Het recht op schadevergoeding wordt niet toegekend wanneer de gelaedeerde de schade had kunnen voorkomen door beroep in te stellen, met name bij het Verwaltungsgerichtshof [Oostenrijk⁹].

7 — Artikel 23, lid 1, van het Bundesverfassungsgesetz bepaalt: „De federale overheid, de deelstaten, de districten, de gemeenten en de andere publiekrechtelijke overheidslichamen en -instellingen zijn aansprakelijk voor schade die hun organen door onrechtmatig en onwettig handelen bij de uitvoering van wetten aan anderen hebben toegebracht”.

8 — Federale wet die de aansprakelijkheid regelt van de federale overheid, de deelstaten, de districten, de gemeenten en de andere publiekrechtelijke overheidslichamen en -instellingen voor schade die voortvloeit uit de toepassing van wetten (BGBl. 1949/20).

9 — Dit Hof is bij uitsluiting bevoegd ter zake van administratiefrechtelijke geschillen. Het komt in actie na een interne administratieve toetsing. Zijn beslissingen zijn niet voor beroep vatbaar. Hoewel het binnen zijn bevoegdheidsdomein niet boven de andere rechters staat, vervult het toch de rol van hoogste rechterlijke instantie (hierna ook: „hoogste administratieve rechter”).

5 — Thans bij het Hof aanhangig, betreffende de voorwaarden voor terugbetaling van ten onrechte, in strijd met het gemeenschapsrecht, geïnde nationale belastingen (arrest van 9 december 2003, nog niet gepubliceerd).

6 — Zaak C-453/00, Kühne & Heitz, arrest van 13 januari 2003, niet gepubliceerd.

(3) Een beslissing van het Verfassungsgerichtshof [Oostenrijk¹⁰], het Oberste Gerichtshof [Oostenrijk¹¹] of het Verwaltungsgerichtshof kan geen grond zijn voor een schadevergoeding.”

5. Uit deze bepalingen volgt dat de aansprakelijkheid van de Oostenrijkse Staat voor schade die particulieren lijden als gevolg van beslissingen van hoogste rechterlijke instanties, uitdrukkelijk is uitgesloten.

6. Overigens vallen geschillen over staatsaansprakelijkheid onder de bevoegdheid van de burgerlijke en handelsrechtbanken van eerste aanleg [Landesgericht (Oostenrijk), Handelsgericht Wien (Oostenrijk)].

B — De bijzondere anciënniteitstoelage voor universiteitsprofessoren

7. § 50a van het Gehaltsgesetz (Salariswet) van 1956¹², zoals gewijzigd in 2001¹³, bepaalt dat een universiteitsprofessor aan-

spraak heeft op een bijzondere anciënniteitstoelage, die bij de berekening van het pensioen in aanmerking wordt genomen. Voor de toekenning van deze toelage wordt onder meer de voorwaarde gesteld van vijftien jaar anciënniteit als hoogleraar aan Oostenrijkse universiteiten.

II — De feiten en de procedure in het hoofdgeding

8. Köbler staat sinds 1 maart 1986 als gewoon hoogleraar te Innsbruck (Oostenrijk) in een publiekrechtelijke dienstverhouding tot de Oostenrijkse staat. Bij brief van 28 februari 1996 diende hij bij de bevoegde administratieve autoriteit een aanvraag in voor de bijzondere anciënniteitstoelage voor universiteitsprofessoren. Hij baseerde zijn verzoek op het feit dat hij vijftien jaar anciënniteit had als gewoon hoogleraar aan universiteiten in verschillende lidstaten van de Europese Gemeenschap, waaronder Oostenrijk. Dit verzoek werd afgewezen op grond van het feit dat betrokkene niet voldeed aan de door § 50a van het Gehaltsgesetz van 1956 gestelde voorwaarde dat deze anciënniteit uitsluitend is verworven aan Oostenrijkse universiteiten.

9. Köbler stelde vervolgens tegen deze afwijzing beroep in bij het Verwaltungsgerichtshof. Hij voerde aan dat de door deze wet gestelde anciënniteitsvoorwaarden voor de toekenning van de betrokken

10 — Constitutioneel Hof.

11 — Hoogste rechterlijke instantie in geschillen in burgerlijke en handelszaken en op het gebied van sociale zekerheid, arbeidsrecht en strafrecht. Binnen deze rechtsgebieden staat het boven de andere rechters van eerste en tweede aanleg.

12 — BGBl., 1956/54.

13 — BGBl., 2001/34.

toelage een indirecte discriminatie opleveren, die in strijd is met het beginsel van het vrije verkeer van werknemers, dat is gewaarborgd door artikel 48 EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 39 EG) en verordening (EEG) nr. 1612/68 van de Raad van 15 oktober 1968 betreffende het vrije verkeer van werknemers binnen de Gemeenschap.¹⁴

zin leek te zijn beantwoord. Op 24 juni 1998 heeft hij ten slotte zijn prejudiciële vraag ingetrokken, waarna hij het verzoek van betrokkene heeft afgewezen, op grond dat de bijzondere anciënniteitstoelage een premie voor trouwe dienst vormt, die een afwijking van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen inzake het vrije verkeer van werknemers objectief rechtvaardigt.

10. Gelet op dit twistpunt heeft de hoogste administratieve rechter het Hof de prejudiciële vraag gesteld of de artikelen 48 van het Verdrag en 1 tot en met 3 van verordening nr. 1612/68 aldus moeten worden uitgelegd dat in een beloningssysteem waarin het salaris onder meer afhankelijk is gesteld van de anciënniteit, inhoudelijk gelijkwaardige activiteiten die eerder in een andere lidstaat zijn uitgeoefend, moeten worden gelijkgesteld aan eerder in het binnenland verrichte activiteiten.¹⁵

11. Bij brief van 11 maart 1998 heeft het Hof aan de hoogste administratieve rechter gevraagd of deze het, gelet op het inmiddels gewezen arrest van 15 januari 1998, *Schöning-Kougebetopoulou*¹⁶, nog noodzakelijk achtte zijn prejudiciële verzoek te handhaven. De nationale rechter heeft partijen verzocht zich over deze vraag uit te spreken, waarbij hij vaststelde dat de rechtsvraag die aan de betrokken prejudiciële vraag ten grondslag lag op het eerste gezicht door voornoemd arrest van het Hof in een voor Köblers vordering gunstige

12. Op 2 januari 2001 heeft Köbler voor het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien¹⁷ een schadevergoedingsactie tegen de Republiek Oostenrijk ingesteld. Hij betoogt dat het arrest van 24 juni 1998 van de hoogste administratieve rechter in strijd is met rechtstreeks toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht. Volgens hem kan de betrokken toelage op grond van de rechtspraak van het Hof niet met een premie voor trouwe dienst worden gelijkgesteld. Bijgevolg vordert hij vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van de betrokken rechterlijke beslissing, waarbij hem de bijzondere anciënniteitstoelage waarop hij krachtens het gemeenschapsrecht recht meent te hebben, werd geweigerd. De Republiek Oostenrijk betwist deze vordering, aangezien het arrest van 24 juni 1998 van de hoogste administratieve rechter volgens haar niet in strijd is met rechtstreeks toepasselijke bepalingen van gemeenschapsrecht en een beslissing van een hoogste administratieve rechter (zoals het Verwaltungsgerichtshof) hoe dan ook niet tot staatsaansprakelijkheid kan leiden. Een dergelijke aansprakelijkheid is naar Oostenrijks recht uitdrukkelijk uitgesloten, zonder dat dit volgens haar indruist tegen het gemeenschapsrecht.

14 — PB L 257, blz. 2.

15 — Zie de verwijzingsbeschikking.

16 — C-15/96, Jurispr. blz. I-47.

17 — Rechtbank van eerste aanleg in burgerlijke en handelszaken.

III — De prejudiciële vragen

13. Gelet op de argumenten van partijen, heeft het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien besloten de behandeling van de zaak te schorsen en het Hof te verzoeken om een prejudiciële beslissing over de volgende vragen:

„1) Is de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, volgens welke het voor de aansprakelijkstelling van de staat wegens schending van het gemeenschapsrecht om het even is aan welk orgaan van een lidstaat die schending is toe te rekenen (zie, onder meer, het arrest [...] Brasserie du pêcheur en Factortame), ook van toepassing wanneer het bij de beweerde met het gemeenschapsrecht strijdige gedraging van het orgaan gaat om een uitspraak van een hoogste rechterlijke instantie van een lidstaat, zoals in casu het Verwaltungsgerichtshof?

2) Ingeval vraag 1 bevestigend wordt beantwoord:

Is de rechtspraak van het Hof van Justitie, volgens welke de rechtsorde van elke lidstaat de rechterlijke instantie moet aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend (zie, onder meer, het arrest van 17 september 1997, Dorsch Consult,

C-54/96, Jurispr. blz. I-4961), ook van toepassing wanneer het bij de beweerde met het gemeenschapsrecht strijdige gedraging van het orgaan gaat om de uitspraak van een hoogste rechterlijke instantie van een lidstaat, zoals in casu het Verwaltungsgerichtshof?

3) Ingeval vraag 2 bevestigend wordt beantwoord:

Is de in bovenbedoelde uitspraak van het Verwaltungsgerichtshof geuite rechtsopvatting dat het bij de bijzondere anciënniteitstoelage om een soort van premie voor trouwe dienst gaat, in strijd met een rechtstreeks toepasselijk voorschrift van gemeenschapsrecht, in het bijzonder met het verbod van indirecte discriminatie van artikel 48 EG-Verdrag en de desbetreffende relevante en vaste rechtspraak van het Hof van Justitie?

4) Ingeval vraag 3 bevestigend wordt beantwoord:

Gaat het bij dit rechtstreeks toepasselijk voorschrift van gemeenschapsrecht dat is geschonden, om een voorschrift waaraan verzoeker in het hoofdgeding een subjectief recht kan ontleenen?

- 5) Ingeval vraag 4 bevestigend wordt beantwoord: erom of deze materiële voorwaarden in casu zijn vervuld.²¹

Levert de inhoud van de verwijzingsbeschikking het Hof van Justitie alle inlichtingen op die het nodig heeft om zelf te kunnen beoordelen, of het Verwaltungsgerichtshof in het hoofdgeding de grenzen van zijn discretionaire bevoegdheid klaarblijkelijk en ernstig heeft miskend, of laat het de beantwoording van die vraag over aan de verwijzende Oostenrijkse rechterlijke instantie?"

15. Het is van belang erop te wijzen dat al deze vragen uitsluitend betrekking hebben op de hoogste rechterlijke instanties, en niet op de gewone rechters. Bijgevolg zal ik mijn analyse beperken tot de situatie van de hoogste rechters, en de gewone rechters buiten beschouwing laten.

16. Allereerst dient de principiële vraag te worden beantwoord. Afhankelijk van het antwoord hierop, moeten de andere vragen worden behandeld.

IV — Het onderwerp van de prejudiciële vragen

14. De verwijzende rechter stelt in wezen vier groepen vragen aan de orde. De eerste groep heeft betrekking op de eventuele uitbreiding van het in de rechtspraak ontwikkelde beginsel van staatsaansprakelijkheid voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht, tot het geval waarin deze schending aan een hoogste rechterlijke instantie is toe te rekenen.¹⁸ De tweede groep heeft betrekking op de materiële voorwaarden voor een dergelijke aansprakelijkheid.¹⁹ De derde groep betreft de vraag welke rechter bevoegd is om te beoordelen of deze materiële voorwaarden zijn vervuld.²⁰ Bij de vierde groep gaat het

V — Het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor een schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie

A — *Ingediende opmerkingen*

17. Volgens Köbler volgt uit het reeds aangehaalde arrest Brasserie du pêcheur en Factortame dat een lidstaat aansprakelijk kan worden gesteld voor een schending van het gemeenschapsrecht, om het even aan welk orgaan van een lidstaat die schending is toe te rekenen. Of dit orgaan

18 — Eerste vraag van de verwijzende rechter.

19 — Deze vraag ligt in wezen vervat in de eerste, derde en vierde vraag van de verwijzende rechter.

20 — Tweede en vijfde vraag van de verwijzende rechter.

21 — Derde en vierde vraag van de verwijzende rechter.

behoort tot de wetgevende, uitvoerende of rechtsprekende macht, is van weinig belang. Bovendien kan de aansprakelijkheid van de staat voor het optreden van zijn rechters niet worden beperkt tot de gewone rechters, met uitsluiting van de hoogste rechterlijke instanties, omdat dit de lidstaten de mogelijkheid zou bieden om hun rechtsstelsel zo in te richten dat zij zich aan elke aansprakelijkheid kunnen onttrekken, waardoor verschillen tussen de lidstaten op het gebied van de rechtsbescherming van particulieren zouden kunnen ontstaan.

18. Zowel de Republiek Oostenrijk als de Oostenrijkse regering is van mening dat het gemeenschapsrecht niet in de weg staat aan wetgeving die staatsaansprakelijkheid voor een schending van het recht (inclusief het gemeenschapsrecht) door de hoogste rechterlijke instanties uitdrukkelijk uitsluit. Dergelijke wetgeving maakt de uitvoering van het gemeenschapsrecht immers niet onmogelijk of uitzonderlijk moeilijk, aangezien partijen zich voor de hoogste rechterlijke instanties op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen. Zij wordt gerechtvaardigd door het vereiste van rechtszekerheid, dat verband houdt met de noodzaak geschillen definitief te beslechten. Bovendien zou de aanvaarding van het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor beslissingen van zijn hoogste rechterlijke instanties ook de mogelijkheid van aansprakelijkstelling van de Gemeenschap wegens beslissingen van het Hof van Justitie inhouden, hetgeen moeilijk valt in te denken, aangezien het Hof dan zowel rechter als partij zou zijn.

19. De Franse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk zijn het hier grotendeels mee eens.

20. De Franse regering betoogt dat het Hof in het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame de rechterlijke instanties noch uitdrukkelijk, noch stilzwijgend tot de organen heeft gerekend waarvoor de staat bij een schending van het gemeenschapsrecht aansprakelijk kan worden gesteld. Het fundamenteel beginsel van het gezag van gewijsde verzet zich immers tegen de invoering van een stelsel waarin de staat aansprakelijk wordt gesteld voor de inhoud van de beslissing van een hoogste rechterlijke instantie. Dit beginsel dient te prevaleren boven het recht op schadevergoeding. Bovendien biedt het door de lidstaten gecreëerde stelsel van rechtsmiddelen, aangevuld door de prejudiciële verwijzingsprocedure van artikel 234 EG, de justitiabelen voldoende waarborg tegen het gevaar van een verkeerde uitlegging van het gemeenschapsrecht. Ter terechtzitting heeft de Franse regering subsidiair aangevoerd dat de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van de hoogste rechterlijke instanties aan een specifieke, bijzonder restrictieve regeling moet worden onderworpen, die fundamenteel verschilt van de regeling van staatsaansprakelijkheid voor handelingen van de wetgevende of uitvoerende macht en rekening houdt met de specifieke omstandigheden waarin de rechtsprekende functie wordt uitgeoefend.

21. Volgens de regering van het Verenigd Koninkrijk volgt uit het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame dat het Hof kennelijk bereid is staatsaansprakelijkheid voor rechterlijke uitspraken te aanvaarden. Niettemin kan de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van zijn rechterlijke instanties slechts worden aangenomen onder zeer beperkende voorwaarden. Deze restrictieve benadering is des te meer geboden gezien de rechtspraak van het Hof inzake de buitencontractuele aansprakelijk-

heid van de Gemeenschap bij een schending door het Gerecht van eerste aanleg van de Europese gemeenschappen van het vereiste van eerbiediging van een redelijke termijn in het kader van een eerlijk proces. Bovendien zou een dergelijke staatsaansprakelijkheid indruisen tegen de fundamentele beginselen van rechtszekerheid en, in het bijzonder, van het gezag van gewijsde, en afbreuk doen aan het aanzien en de onafhankelijkheid van de rechtspraak en aan de aard van de verhouding tussen het Hof en de nationale rechters. Ten slotte is het gelet op het vereiste van onpartijdigheid twijfelachtig of de behandeling van zaken betreffende de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van zijn rechterlijke instanties wel aan de nationale rechters van diezelfde staat kan worden toevertrouwd, tenzij ervan wordt uitgegaan dat deze rechters hierover prejudiciële vragen aan het Hof stellen, hetgeen zou neerkomen op de instelling van een rechtsmiddel voor het Hof, tegen de wens van de auteurs van het EG-Verdrag in.

22. De Duitse en de Nederlandse regering verzetten zich niet tegen het idee van aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van zijn hoogste rechterlijke instanties. Ter terechtzitting betoogde de Nederlandse regering evenwel dat dit geen gemeenschapsrechtelijke, maar een nationaalrechtelijke aangelegenheid is, en dat een dergelijke staatsaansprakelijkheid in ieder geval tot zeer uitzonderlijke gevallen beperkt zou moeten blijven. Ook de Duitse regering pleit voor een tot uitzonderingsgevallen beperkte aansprakelijkheid, naar voorbeeld van de Duitse regeling.

23. Volgens de Commissie van de Europese Gemeenschappen vloeit het beginsel van

aansprakelijkheid van de staat voor handelingen van alle soorten overheidsorganen zowel voort uit het Verdrag (artikelen 10 en 249, leden 2 en 3, EG) als uit de vaste rechtspraak van het Hof dat elke lidstaat dient te verzekeren dat particulieren worden vergoed voor de schade die zij lijden als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht, ongeacht welk overheidsorgaan deze schending heeft begaan.

B — *Analyse*

24. Ik zal eerst ingaan op de vraag of het gemeenschapsrecht onder deze omstandigheden de lidstaten een verplichting oplegt om de schade van particulieren te vergoeden, en vervolgens op de vraag of de door sommige deelnemers aan de onderhavige procedure aangevoerde moeilijkheden aan de erkenning van een dergelijke verplichting in de weg staan.

1. Legt het gemeenschapsrecht de lidstaten een verplichting op om de schade te vergoeden die particulieren lijden als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie?

25. Naar mijn mening verdient deze vraag een bevestigend antwoord²², dat berust op

22 — Ik heb mij reeds summier in deze zin uitgesproken in mijn conclusie in zaak C-5/94 (arrest van 23 mei 1996, Hedley Lomas, Jurispr. blz. 1-2553, punt 114).

drie groepen argumenten, die betrekking hebben op: (1) de ruime draagwijdte die het Hof heeft gegeven aan het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het gemeenschapsrecht, (2) de doorslaggevende rol van de nationale rechter bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht, met name wanneer hij als hoogste rechterlijke instantie optreedt, en (3) de situatie in de lidstaten, met name gelet op het vereiste van bescherming van fundamentele rechten.

a) De draagwijdte van het in de rechtspraak ontwikkelde beginsel van staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het gemeenschapsrecht

26. De draagwijdte van het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor schendingen van het gemeenschapsrecht moet worden onderzocht aan de hand van de twee bovengenoemde, richtinggevende arresten van het Hof op dit gebied, te weten het arrest *Francovich e.a.* en het arrest *Brasseur du pêcheur en Factortame*.

i) Het arrest *Francovich e.a.*

27. Het beginsel van staatsaansprakelijkheid is door het Hof erkend in het arrest *Francovich e.a.* Het betrof een bijzonder geval, namelijk een richtlijn zonder rechtstreekse werking die niet was omgezet, waardoor particulieren zich niet voor de

nationale rechter op de hen door deze richtlijn²³ toegekende rechten konden beroepen. Hoewel het ging om een specifieke, erg „afwijkende” zaak, concludeerde het Hof in zeer algemene bewoordingen: „[het] is een beginsel van gemeenschapsrecht, dat de lidstaten verplicht zijn tot vergoeding van de schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hun kunnen worden toegerekend”.²⁴ Aangaande het overheidsorgaan dat deze schade moet hebben veroorzaakt, gaf het Hof geen nadere aanwijzingen.

28. Deze conclusie berust op een eveneens zeer algemene analyse. Volgens het Hof is namelijk „het beginsel dat een lidstaat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die hem kunnen worden toegerekend, inherent [...] aan het systeem van het Verdrag”.²⁵ Dit beginsel hangt in zekere zin onlosmakelijk samen met het systeem van het Verdrag, het is er noodzakelijkerwijs mee verbonden. Dit onlosmakelijke, essentiële verband tussen het beginsel van staatsaansprakelijkheid en het systeem van het Verdrag vloeit voort uit het specifieke karakter van de communautaire rechtsorde.

23 — Richtlijn 80/987/EEG van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB L 283, blz. 23).

24 — Punt 37.

25 — *Ibidem* (punt 35). Deze formule heeft het Hof steeds gehanteerd, met name in het arrest *Brasserie du pêcheur en Factortame*, reeds aangehaald (punt 31), en in de arresten van 26 maart 1996, *British Telecommunications* (C-392/93, Jurispr. blz. I-1631, punt 38); *Hedley Lomas*, reeds aangehaald (punt 24); 8 oktober 1996, *Dillenkofer e.a.* (C-178/94, C-179/94, C-188/94—C-190/94, Jurispr. blz. I-4845, punt 20); 17 oktober 1996, *Denkavit e.a.* (C-283/94, C-291/94 en C-292/94, Jurispr. blz. I-5063, punt 47); 2 april 1998, *Norbrook Laboratories* (C-127/95, Jurispr. blz. I-1531, punt 106); 24 september 1998, *Brinkmann* (C-319/96, Jurispr. blz. I-5255, punt 24); 4 juli 2000, *Haim* (C-424/97, Jurispr. blz. I-5123, punt 26); 18 januari 2001, *Stockholm Lindöpark* (C-150/99, Jurispr. blz. I-493, punt 36), en 28 juni 2001, *Larsy* (C-118/00, Jurispr. blz. I-5063, punt 34).

29. Het Hof wijst namelijk op het volgende: „het EEG-Verdrag [heeft] een eigen rechtsorde in het leven [...] geroepen, die in de rechtsorde der lidstaten is opgenomen en waarmee de nationale rechter rekening dient te houden. Binnen die rechtsorde zijn niet alleen de lidstaten, maar ook hun onderdanen gerechtigd en, evenzeer als het gemeenschapsrecht ten laste van particulariseren verplichtingen in het leven roept, schept het ook rechten die dezen uit eigen hoofde kunnen doen gelden. Deze rechten ontstaan niet alleen wanneer het Verdrag ze uitdrukkelijk toekent, maar ook als weer­slag van de verplichtingen die het Verdrag zowel aan particulariseren als aan de lidstaten en de gemeenschapsinstellingen oplegt”.²⁶

30. Bovendien „is het vaste rechtspraak, dat de nationale rechter die in het kader van zijn bevoegdheden belast is met de toepassing van de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, de volle werking van die bepalingen dient te verzekeren en de daarin aan particulariseren toegekende rechten moet beschermen”.²⁷

31. Het Hof trekt uit deze twee premissen de conclusie dat „[a]an de volle werking van de gemeenschapsbepalingen zou worden afgedaan en de bescherming van de daarin toegekende rechten zou worden afgezwakt, indien particulariseren 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 lidstaat kan worden toegerekend”.²⁸

32. Het Hof stelt in tweede instantie vast dat lid 5 EG-Verdrag (thans artikel 10 EG) de lidstaten verplicht de onwettige gevolgen van een schending van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken.²⁹

33. Uit het voorgaande kunnen de volgende conclusies worden getrokken.

34. Om te beginnen 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”³⁰, zoals advocaat-generaal Tesaurò in zijn conclusie in de zaak Brasserie du pêcheur en Factortame heeft beklemdtoond.

35. Voorts vormt deze schadevergoedings­plicht een even fundamenteel beginsel van gemeenschapsrecht als dat van de voorrang van het gemeenschapsrecht of van de recht­streekse werking. De verplichting van een

26 — Arrest Frankovich e.a., reeds aangehaald (punt 31). Het Hof verwijst naar arresten van 5 februari 1963, Van Gend & Loos (26/62, Jurispr. blz. 3), en 15 juli 1964, Costa (6/64, Jurispr. blz. 1141).

27 — Arrest Frankovich e.a., reeds aangehaald (punt 32). Het Hof verwijst naar de arresten van 9 maart 1978, Simmenthal (106/77, Jurispr. blz. 629, punt 16), en 19 juni 1990, Factortame e.a. (C-213/89, Jurispr. blz. I-2433, punt 19).

28 — Arrest Frankovich e.a., reeds aangehaald (punt 33).

29 — Ibidem (punt 36).

30 — Punt 22.

lidstaat om de schade te vergoeden die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht draagt, net als de twee bovengenoemde beginselen, ertoe bij om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren door middel van een doeltreffende bescherming van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontnemen. Bovendien ligt het beginsel van staatsaansprakelijkheid noodzakelijkerwijs in het verlengde van het algemeen beginsel van effectieve rechtsbescherming of van het recht op „toegang tot de rechter”, waarvan het Hof het belang steeds heeft beklemtoond en de draagwijdte in zijn rechtspraak steeds verder heeft uitgebreid.

36. Naar mijn mening is de redenering van het Hof in het arrest *Francovich* e.a. eveneens volledig van toepassing op het geval van een schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie. Aan de volle werking van gemeenschapsrechtelijke bepalingen zou afbreuk worden gedaan en de bescherming van de door deze bepalingen erkende rechten zou worden afgezwakt, wanneer particulieren van wie de rechten zijn aangetast door een schending van het gemeenschapsrecht die aan een hoogste rechterlijke instantie is toe te rekenen, geen schadevergoeding konden verkrijgen.

37. Voor een daadwerkelijke bescherming van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontnemen, is het namelijk niet voldoende dat zij zich voor een hoogste rechterlijke instantie op het gemeenschapsrecht kunnen beroepen, noch

dat deze rechterlijke instantie is gehouden om het gemeenschapsrecht correct uit te voeren. Wanneer een hoogste rechterlijke instantie een met het gemeenschapsrecht strijdige beslissing neemt, moeten particulieren bovendien — voorzover althans aan bepaalde voorwaarden is voldaan — schadevergoeding kunnen verkrijgen.

38. Aangezien een beroepsmogelijkheid tegen een beslissing van een hoogste rechterlijke instantie evenwel ontbreekt, kan alleen een schadevergoedingsactie — als *ultima ratio* — het aangetaste recht herstellen en er uiteindelijk voor zorgen dat de effectieve rechterlijke bescherming van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontnemen toereikend is.³¹

39. Daarbij mag niet uit het oog worden verloren dat, ondanks de aanzienlijke voordelen die staatsaansprakelijkheid voor particulieren kan hebben, „het rechtsherstel wat het patrimoniale aspect betreft [slechts] een minimumoplossing [is], die niet het niveau bereikt van een volledig, materieel, rechtsherstel, dat een optimale bescherming garandeert”.³² Er gaat immers niets boven een substantiële, rechtstreekse en onmiddellijke bescherming van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontnemen.

31 — In zoverre wijkt het vraagstuk van de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van zijn hoogste rechterlijke instanties duidelijk af van dat van de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van zijn gewone rechters of van de gehele rechterlijke macht.

32 — Zie conclusie van advocaat-generaal Tesaro in de zaak *Brasserie du pêcheur en Factortame*, reeds aangehaald (punt 34).

40. Daarom moet het beginsel dat de staat aansprakelijk is voor schade als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht naar mijn mening ook gelden ingeval deze schending door een hoogste rechterlijke instantie is begaan. Deze conclusie dringt zich des te meer op, gelet op het arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factortame*.

toepassing van het gemeenschapsrecht, alsmede op het nut om deze regeling af te stemmen op de staatsaansprakelijkheid in de internationale rechtsorde.

ii) Het arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factortame*

41. In het arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factortame* komt het Hof op basis van zijn arrest *Francovich* e.a. tot de conclusie dat het beginsel van staatsaansprakelijkheid — aangezien het inherent is aan het systeem van het Verdrag — geldt voor alle gevallen van schending van het gemeenschapsrecht, en dit ongeacht het orgaan van de lidstaat waarvan de handeling of het verzuim de schending uitmaakt.³³

42. Hierbij baseert het Hof zich niet meer enkel op het systeem van het Verdrag, doch ook op het vereiste van een uniforme

43. Wat de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht betreft, heeft het Hof geoordeeld dat „gelet op de omstandigheid dat de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht een fundamenteel vereiste is van de communautaire rechtsorde [...] de verplichting om de door de schendingen van het gemeenschapsrecht aan particulieren veroorzaakte schade te vergoeden, niet afhankelijk [kan] zijn van nationale regels inzake de verdeling van de bevoegdheden tussen de constitutionele machten”.³⁴ Dit fundamenteel vereiste van de communautaire rechtsorde geldt naar mijn mening evenzeer voor rechterlijke instanties als voor parlementen. De verzekering van de eerbiediging van het gemeenschapsrecht — waarbij de staatsaansprakelijkheid een belangrijke rol speelt³⁵ — kan immers niet per lidstaat verschillen naar gelang van de nationale voorschriften inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de constitutionele machten of inzake de status van de staatsinstellingen en de voorwaarden waaronder zij hun bevoegdheden uitoefenen.

33 — Punt 32 in samenhang met punt 31. Deze formulering is door het Hof in zijn arrest van 1 juni 1999, *Konle* (C-302/97, Jurispr. blz. I-3099, punt 62), en in de reeds aangehaalde arresten *Haim* (punt 27) en *Larsy* (punt 35), overgenomen en uitgebreid als volgt: „[i]edere lidstaat dient ervoor te zorgen dat de schade wordt vergoed die aan particulieren wordt veroorzaakt door schendingen van het gemeenschapsrecht, ongeacht welk overheidsorgaan dit recht heeft geschonden en ongeacht welk overheidsorgaan in beginsel volgens het recht van de betrokken lidstaat deze schade dient te vergoeden”. Deze precisering richt zich in het bijzonder op lidstaten met een federale structuur.

34 — Arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factortame*, reeds aangehaald (punt 33). Zie ook arrest van 21 februari 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* en *Zuckerfabrik Soest* (C-143/88 en C-92/89, Jurispr. blz. I-415, punt 26).

35 — In zijn bekende arrest *Van Gend & Loos*, reeds aangehaald, oordeelde het Hof dat „de waakzaamheid der belanghebbenden op de verzekering van hun rechten een doelmatige controle verschaft, die zich paart aan het toezicht dat de artikelen 169 en 170 aan de Commissie en de lidstaten opdragen” (punt 25).

44. Aangaande staatsaansprakelijkheid in het internationale recht, oordeelde het Hof dat „in de internationale rechtsorde de staat, wanneer hij aansprakelijk is wegens de schending van een internationale verplichting, eveneens in zijn geheel wordt beschouwd, ongeacht of de schending die tot de schade heeft geleid, aan de wetgevende, de rechterlijke of de uitvoerende macht is toe te rekenen”.³⁶ Het Hof voegde hieraan toe dat dit des te meer geldt in de communautaire rechtsorde, omdat hierin bijzondere aandacht wordt geschonken aan de juridische situatie van particulieren.³⁷

45. Daarmee wilde het Hof, zoals de Franse regering stelt, het beginsel van de eenheid van de staat benadrukken. Uit dit beginsel dienen thans de gepaste conclusies te worden getrokken voor de staatsaansprakelijkheid voor beslissingen van de hoogste rechterlijke instanties. In het internationaal recht wordt namelijk algemeen aangenomen dat dit — gewoonterechtelijke — beginsel een dubbele betekenis heeft.

46. In de eerste plaats betekent dit beginsel dat een onrechtmatige handeling noodzakelijkerwijs moet worden toegerekend aan de staat, en niet aan het staatsorgaan

36 — Arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald (punt 34).

37 — In het gemeenschapsrecht kunnen particulieren — rechtstreeks — de staat aansprakelijk stellen. Dit is in het internationaal recht niet het geval, aangezien daarin de staat via diplomatieke bescherming van zijn onderdanen zorg draagt voor de belangen van particulieren, die hier dus slechts indirect de staat aansprakelijk kunnen stellen.

dat deze handeling heeft verricht. In het internationaal recht wordt immers alleen de staat als rechtssubject aangemerkt, met uitsluiting van zijn organen. In zoverre kan alleen de staat aansprakelijk worden gesteld.³⁸ Dit beginsel bestaat ook in het gemeenschapsrecht³⁹, en overigens ook in het nationale recht.⁴⁰ Zoals ik in mijn conclusie in de reeds aangehaalde zaak Hedley Lomas al heb gesteld „[kent] het gemeenschapsrecht [...] slechts één aansprakelijke partij (de staat), evenals het beroep wegens niet-nakoming slechts één verweerder kent (de staat)”.⁴¹ Hieruit volgt dat „[n]iet een bepaald staatsorgaan, maar de lidstaat als zodanig [...] de schade [dient] te vergoeden”.⁴²

47. In de tweede plaats betekent het beginsel van de eenheid van de staat dat deze aansprakelijk is voor de schade die is veroorzaakt door een handelen of nalaten in strijd met zijn internationaalrechtelijke verplichtingen, ongeacht op welke overheidsinstantie dit handelen of nalaten is terug te voeren. Dit beginsel komt duidelijk tot uitdrukking in artikel 4, lid 1, van de ontwerpverdragen inzake de aansprakelijkheid van staten die door de Commissie voor Internationaal Recht zijn uitgewerkt en op

38 — Zie in dit verband Nguyen Quoc Dinh, *Droit international public*, LGDJ, 6e, door Daillier, P., en Pellet, A., volledig herziene druk, 1999 (blz. 740-751), alsmede Brownlie, I., *System of the Law of Nations, State Responsibility*, Part I, Clarendon Press-Oxford 1983 (blz. 144).

39 — Zie voetnoot 42 van de conclusie van advocaat-generaal Tesauro in de zaak Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald.

40 — Op basis van dit beginsel hebben enkele Franse administratieve rechters de staat aansprakelijk verklaard wegens schending van het gemeenschapsrecht, zonder daarbij evenwel het beginsel van een dergelijke aansprakelijkheid voor handelingen van de wetgever uitdrukkelijk vast te leggen. Zie mijn conclusie in de zaak Hedley Lomas, reeds aangehaald (punten 118-125).

41 — Punt 126 in samenhang met punt 113.

42 — Ibidem (punt 112).

28 januari 2002 door een resolutie van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties⁴³ zijn goedgekeurd. Dit artikel bepaalt dat „het gedrag van elk overheidsorgaan⁴⁴ als handeling van de staat in de zin van het internationale recht wordt aangemerkt, ongeacht of dit orgaan wetgevende, uitvoerende, rechterlijke of andere taken uitoefent, ongeacht welke positie het inneemt binnen de overheidsorganisatie en ongeacht of het een orgaan van de centrale overheid of een territoriaal overheidslichaam betreft”.⁴⁵

48. Het is interessant om in dit verband vast te stellen dat de internationale aansprakelijkheid van de staat reeds — relatief vroeg — is erkend in een geval waarin een definitieve rechterlijke beslissing indruiste tegen de internationaalrechtelijke verplichtingen van de betrokken staat.⁴⁶ Een dergelijk geval wordt in het internationaal recht als rechtswegering aangemerkt, dat wil zeggen als schending van de gewoonterechtelijke — en meer en meer verdragsrechtelijke — verplichting van de staat om

buitenlandse onderdanen rechtsbescherming te garanderen.⁴⁷

49. Het door het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (hierna: „EVRM”) gecreëerde stelsel werpt een interessant licht op het vraagstuk van de aansprakelijkheid van de staat voor het optreden van een hoogste rechterlijke instantie. Particulieren kunnen namelijk voor het Europees Hof voor de rechten van de mens de staat rechtstreeks aansprakelijk stellen voor het optreden van een nationale rechterlijke instantie, niet alleen wegens een schending van de vereisten van een eerlijk proces — in procedendo —, maar ook wegens een schending van een materieelrechtelijk voorschrift — de iudicando — die gevolgen kan hebben voor de inhoud van de rechterlijke beslissing.⁴⁸ Via een dergelijke procedure kunnen de justitiabelen een schadevergoeding in de vorm van een „billijke genoegdoening” verkrijgen. Het is interessant op te merken, zoals

43 — Zie de bijlage bij de resolutie (Doc. A/Res/56/83).

44 — Lid 2 van dit artikel bepaalt dat het begrip overheidsorgaan elke persoon of instantie omvat aan wie het nationale recht van de staat deze positie toekent.

45 — Deze bepalingen zijn te vergelijken met de in 1973 in hetzelfde kader vastgestelde voorlopige bepalingen, volgens welke „het gedrag van elk overheidsorgaan als handeling van deze staat in de zin van het internationale recht wordt aangemerkt, ongeacht of dit orgaan tot de grondwetgevende, wetgevende, uitvoerende, rechterlijke, dan wel een andere macht behoort, ongeacht of zijn taken op het nationale of het internationale vlak liggen en ongeacht of dit orgaan binnen het staatsbestel een boven- of ondergeschikte positie inneemt”. Zie *Annuaire de la Commission de droit international*, 1973, deel II, blz. 197.

46 — Italiaans-Venezolaans Gerecht, beslissing van 3 mei 1930 in de zaak Martini (RSA, deel II, blz. 978), in een geding inzake de uitvoering van een door de Venezolaanse Republiek aan een Italiaanse onderneming toegekend concessieverdrag voor de exploitatie van kolenmijnen. De Venezolaanse Staat werd aansprakelijk gesteld voor een beslissing van de Corte Federal y de Casación (Venezuela) die deels onverenigbaar werd geacht met een internationale arbitrale beslissing, gewezen conform een internationale overeenkomst waarbij deze staat partij was.

47 — Het begrip „rechtswegering” omvat verschillende situaties, zoals het weigeren aan buitenlanders van toegang tot de rechter, een buitensporig traag of, omgekeerd, ongevoelzaam procesgang, een duidelijk vijandige houding jegens buitenlandse onderdanen of procespartijen, een niet internationaalrechtelijke verplichtingen van de staat onverenigbaar of duidelijk onredelijk eindvonnis, alsmede de weigering om een voor een buitenlander gunstig vonnis ten uitvoer te leggen (zie Nguyen Quoc Dinh, reeds aangehaald).

48 — Dit geldt met name bij geschillen betreffende het familieleven en de burgerlijke staat (gelet op het bepaalde in artikel 8 EVRM), het eigendomsrecht (gelet op het bepaalde in artikel 1 van het Eerste aanvullend protocol) of de vrijheid van meningsuiting (gelet op artikel 10 EVRM). Aangaande de vrijheid van meningsuiting, zie met name arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 26 april 1979, *Sunday Times/Vereinigd Koninkrijk*, gewezen naar aanleiding van een beslissing van het House of Lords waarbij onder toepassing van het begrip „minachting voor de rechter” een verbod op de publicatie van persartikelen over een geneesmiddel werd uitgevaardigd voor de duur van de procedure die over dit product werd gevoerd (Serie A, nr. 30).

sommige regeringen hebben aangegeven, dat het vereiste dat alle nationale rechtsmiddelen moeten zijn uitgeput, impliceert dat de litigieuze rechterlijke beslissing afkomstig is van een hoogste rechterlijke instantie. Daarentegen is het onduidelijk of artikel 13 EVRM de verdragsluitende staten verplicht aan particulieren een nationaal rechtsmiddel — inclusief een schadevergoedingsactie — tegen een rechterlijke beslissing ter beschikking te stellen.⁴⁹

50. Deze overwegingen over de eenheid van de staat in het internationaal recht zijn in het gemeenschapsrecht welbekend. Het in punt 34 van het arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factoratame* genoemde beginsel dat „[i]n de communautaire rechtsorde [...] alle organen van de staat, de wetgevende macht daaronder begrepen, bij de vervulling van hun opdrachten de regels dienen te eerbiedigen die door het gemeenschapsrecht zijn opgelegd”, is hiermee in overeenstemming. Op grond van dit beginsel stelt het Hof in punt 35 van dit arrest: „Dat de verweten schending vanuit het oogpunt van het nationale recht aan de nationale wetgever is toe te rekenen, doet dus niet af aan de vereisten die inherent zijn aan de bescherming van de rechten van de particulieren die zich op het gemeenschapsrecht beroepen, en in casu aan het recht om voor de nationale rechter vergoeding te verkrijgen van de door bedoelde schending veroorzaakte schade”.

51. Uit het voorgaande volgt dat het Hof in het arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factor-*

tame niet alleen uitdrukkelijk heeft aangevaard dat de staat binnen de communautaire rechtsorde aansprakelijk kan zijn voor de handelingen van de wetgever. In feite heeft het Hof dit beginsel tevens — impliciet maar noodzakelijkerwijs — uitgebreid tot de werkzaamheden van rechterlijke instanties, in ieder geval tot die van de hoogste rechterlijke instanties.⁵⁰ In de onderhavige procedure krijgt het Hof dus de gelegenheid om met zoveel woorden te verduidelijken wat het reeds impliciet heeft aangegeven.

52. Ik zie in elk geval niet in hoe het Hof, ook wanneer deze uitlegging van het arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factoratame* niet mocht worden gevolgd, de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van een hoogste rechterlijke instantie van de hand zou kunnen wijzen. De aanvaarding van een dergelijke aansprakelijkheid lijkt, afgezien van het feit dat deze in overeenstemming is met de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof die ik zojuist uitvoerig heb geschetst, rechtstreeks voort te vloeien uit de — prioritaire — rol die de hoogste rechterlijke instanties spelen bij de rechtstreekse en daadwerkelijke bescherming van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontleen. De situatie in de lidstaten, met name op het gebied van de vereiste bescherming van fundamentele rechten, pleit hier eveneens voor.

49 — Zie op dit punt Pettiti, L.-E., Decaux, E. en Imbert, P.-H., *Commentaire article par article de la convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 2e druk 1999, blz. 462.

50 — Zie in die zin ook Barav, A., „Responsabilité et irresponsabilité de l'État en cas de méconnaissance du droit communautaire”, *Liber Amicorum Jean Waline*, blz. 435, Simon, D., „La responsabilité de l'État saisie par le droit communautaire”, *AJDA*, juli-augustus 1996, blz. 494, en Dubouis, L., „La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté”, *RFDA*, mei-juni 1996, blz. 585.

b) De doorslaggevende rol van de nationale rechter bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht

beschermers van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontleenen.

53. De Europese gemeenschappen, die zijn gebaseerd op het recht, hebben zich voornamelijk door middel van het recht ontwikkeld en geconsolideerd. Aangezien de nationale rechter tot taak heeft het recht, inclusief het gemeenschapsrecht, toe te passen, speelt hij onvermijdelijk een essentiële rol binnen de communautaire rechtsorde. Op het „raakvlak” van verschillende rechtsstelsels levert hij een belangrijke bijdrage aan de daadwerkelijke toepassing van het gemeenschapsrecht en, uiteindelijk, aan het Europese integratieproces. Het is dus begrijpelijk dat het Hof in zijn rechtspraak de doorslaggevende rol van de nationale rechter bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht herhaaldelijk heeft bevestigd. Hieraan kan men overigens ook zien dat er geleidelijk een „Europees rechterlijke ethiek”⁵¹ aan het ontstaan is. A. Barav heeft erop gewezen dat „zowel de voorrang van het gemeenschapsrecht als de rechtstreekse werking ervan vooral een appel vormt aan de nationale rechters”.⁵² Op grond van deze twee beginselen⁵³ dient de nationale rechter namelijk zowel de rol van scheidsrechter bij een conflict tussen — nationale en communautaire — rechtsnormen te spelen, als die van „natuurlijke”

54. De taak van de nationale rechter berust op een dubbele verplichting. Hij moet zijn nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming met het gemeenschapsrecht uitleggen. Wanneer dit niet mogelijk is, moet hij nationaal recht dat in strijd is met het gemeenschapsrecht buiten toepassing laten.⁵⁴

55. De verplichting tot uitlegging in overeenstemming met het gemeenschapsrecht is door het Hof bevestigd, zowel ten aanzien van het primaire gemeenschapsrecht (de verdragsbepalingen)⁵⁵ als ten aanzien van het afgeleide gemeenschapsrecht (met name de richtlijnen). Het Hof heeft in dit verband geoordeeld dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting van de lidstaten om het daarmee beoogde resultaat te bereiken, alsook de verplichting krachtens artikel 5 van het Verdrag om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten geldt, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties. Het Hof heeft hieruit afgeleid dat „[b]ij de toepassing van het nationale recht [ongeacht of het gaat om bepalingen van vóór of na de richtlijn] de

51 — Deze uitdrukking wordt gebruikt door Grévisse, F., en Bonichot, J.-C., in „Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres”, *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz 1991, blz. 297 e.v.

52 — Barav, A., „La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire”, *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Dalloz 1991, blz. 1 e.v.

53 — Het Hof heeft deze twee voor de communautaire rechtsorde fundamentele beginselen in de bekende arresten Van Gend & Loos en Costa vastgesteld.

54 — Ik zal niet ingaan op de rol van de nationale rechter bij de beoordeling van de geldigheid van een handeling van afgeleid gemeenschapsrecht en me concentreren op de situatie die in het hoofdgeding aan de orde is, dat wil zeggen op de toepassing door nationale rechters van nationaal recht dat in strijd zou zijn met het gemeenschapsrecht.

55 — Zie met name arrest van 4 februari 1988, *Murphy e.a.* (157/86, Jurispr. blz. 673, punt 11).

nationale rechter dit derhalve zoveel mogelijk [moet] uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het ermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 189, derde alinea, van het Verdrag (thans artikel 249, derde alinea, EG) te voldoen".⁵⁶ Het Hof voegde hieraan toe dat „[h]et beginsel van de richtlijnconforme uitlegging in het bijzonder door de nationale rechter [dient] te worden toegepast wanneer een lidstaat, zoals in casu, heeft geoordeeld, dat de van vóór de betrokken richtlijn daterende bepalingen van zijn nationale recht voldeden aan de vereisten van die richtlijn”⁵⁷, en dus de omzetting ervan in nationaal recht niet nodig heeft geacht.

toepassing te laten is door het Hof nadrukkelijk bevestigd in het reeds aangehaalde arrest Simmenthal. Op basis van de beginselen van rechtstreekse toepasselijkheid en voorrang van het gemeenschapsrecht heeft het Hof vastgesteld dat „de nationale rechter, belast met de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid [als orgaan van een lidstaat], van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, verplicht is zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de — zelfs latere — nationale wetgeving buiten toepassing te laten, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten”.⁵⁹

56. De enige beperking voor de nationale rechter in het kader van deze gemeenschapsconforme uitlegging bestaat erin dat hij een door een niet-omgezette richtlijn opgelegde verplichting niet aan een particulier mag tegenwerpen en evenmin op grond van de richtlijn en bij ontbreken van een ter uitvoering ervan vastgestelde wet de strafrechtelijke aansprakelijkheid mag vaststellen of verzwaren van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen.⁵⁸

58. Uit het arrest Simmenthal volgt dat op de nationale rechter een belangrijke verplichting rust, die vergelijkbaar is met een resultaatsverbintenis. Hij dient de rechtstreekse bescherming te verzekeren van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontlene. Dit vereiste van rechtstreekse bescherming van aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten beantwoordt aan een dubbele doelstelling, namelijk doeltreffendheid van de bescherming en, bijgevolg, doeltreffendheid van de rechtsregel zelf.

57. De verplichting om met het gemeenschapsrecht strijdig nationaal recht buiten

59. In dit verband is erop gewezen dat hoewel de nationale rechter net als de andere organen van een lidstaat het gemeenschapsrecht moet toepassen, zijn

56 — Zie met name arresten van 10 april 1984, Von Colson en Kamann (14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26); 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 8); 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 26); 26 september 1996, Arcaro (C-168/95, Jurispr. blz. I-4705, punt 41), en 11 juli 2002, Marks & Spencer (C-62/00 Jurispr. blz. I-6325, punt 24).

57 — Arrest van 16 december 1993, Wagner Miret (C-334/92, Jurispr. blz. I-6911, punt 21).

58 — Arrest Arcaro, reeds aangehaald (punt 42), onder verwijzing naar arrest van 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Jurispr. blz. 3969, punten 13 en 14).

59 — Punt 24 in samenhang met punt 16. Aanwijzingen in die richting waren reeds te zien in arrest van 19 december 1968, Salgoi (13/68, Jurispr. blz. 661).

taak „des te meer van belang is, omdat hij ‚in het laatste uitvoeringsstadium’ van de rechtsregel garant staat voor de eerbiediging ervan”.⁶⁰ Zijn positie is des te meer „strategisch”, omdat hij het samenspel van zijn nationale recht met het gemeenschapsrecht dient te beoordelen en daaruit de nodige consequenties moet trekken. Daarmee is hij dus niet meer noodzakelijkerwijs, zoals Montesquieu indertijd kon zeggen, „bouche de la loi”, doch dient hij daarentegen zijn nationale recht kritisch te beoordelen, teneinde zich te vergewissen van de verenigbaarheid ervan met het gemeenschapsrecht alvorens het toe te passen. Wanneer hij een gemeenschapsconforme uitlegging van zijn nationale recht niet mogelijk acht, dient hij dit buiten toepassing te laten en zelfs in plaats daarvan de gemeenschapsrechtelijke bepalingen toe te passen via een substitutie van normen, tenzij dit — opnieuw — zou leiden tot een verslechtering van de rechtspositie van particulieren.⁶¹

60. Deze rechtspraak heeft in hoge mate bijgedragen tot een opwaardering van het ambt van de rechter en een versterking van diens gezag binnen de staat, wat binnen bepaalde nationale rechtsstelsels ten koste

60 — Zie Wathelet, M., en Van Raepenbusch, S., „La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l’État sur celle de la Communauté ou l’inverse?” *Cahiers de droit européen*, 1-2, 1997, blz. 13, 17.

61 — Uit het arrest van 11 juni 1987, Pretore di Salò (14/86, Jurispr. blz. 2545, punt 20), volgt dat een „richtlijn [...] uit zichzelf en onafhankelijk van een nationale wettelijke regeling ter uitvoering ervan, niet bepalend kan zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen, noch deze aansprakelijkheid kan verzwaren”. Zie ook arrest van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 48), en arrest Kolpinghuis Nijmegen, reeds aangehaald, (punten 9 en 13). Het Hof heeft duidelijk gemaakt dat deze rechtspraak moet verhinderen dat een lidstaat voordeel heeft bij een niet-nakoming van het gemeenschapsrecht. Zie arrest Faccini Dori, reeds aangehaald (punt 22); arrest van 7 maart 1996, El Corte Inglés (C-192/94, Jurispr. blz. I-1281, punt 16), en arrest Arcaro, reeds aangehaald (punten 36 en 42).

is gegaan van constitutionele ontwikkelingen. Zij betekent tegelijkertijd dat de rechter zich moet aanpassen aan een verruimde en — door de problemen die het samenspel van nationaal en communautair recht kan opwerpen — complexer geworden juridische omgeving. Benadrukt zij evenwel dat de nationale rechter niet geheel aan zichzelf is overgelaten, doch bij deze taak kan rekenen op hulp van het Hof, dankzij een gerechtelijk samenwerkingsinstrument in de vorm van de prejudiciële verwijzingsprocedure.

61. In het verlengde van het arrest Simmenthal heeft het Hof in het arrest Factortame e.a.⁶² geoordeeld dat de rechter elke regel van nationaal recht die hem verhindert de noodzakelijke voorlopige maatregelen te gelasten ter bescherming van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontleen, buiten toepassing moet laten. In casu ging het om voorlopige maatregelen die moesten worden getroffen in afwachting van een uitspraak ten gronde van de nationale rechter inzake het bestaan van rechten waarop particulieren op basis van het gemeenschapsrecht aanspraak maakten, welk bestaan op zichzelf weer afhing van het antwoord van het Hof op de door deze rechter gestelde prejudiciële vraag inzake de uitlegging van de betrokken gemeenschapsrechtelijke bepalingen. Dit arrest toont aan dat het Hof wil verhinderen dat particulieren — veronderstellenderwijs onherstelbare — schade lijden als gevolg van de toepassing door de nationale rechter van nationale rechtsregels waarvan de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht in redelijkheid valt te betwijfelen. Het vereiste van rechtstreekse bescherming van de rech-

62 — Punt 23.

ten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontlenen is van groot belang, aangezien het Hof de nationale rechter heeft bekleed met een bijzonder efficiënte en operationele taak, die gelijkenis vertoont met die van een kortgedingrechter.

62. Dat de nationale rechter betrokken is bij de bescherming van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontlenen, komt bijzonder duidelijk naar voren in het kader van geschillen inzake de terugvordering van onverschuldigde betalingen. Reeds in 1983 heeft het Hof uitgemaakt „dat het recht op terugbetaling van heffingen die een lidstaat in strijd met het gemeenschapsrecht heeft toegepast, het uitvloeisel en het compliment is van de rechten die de justitiabelen ontlenen aan de gemeenschapsbepalingen die heffingen van gelijke werking als douanerechten respectievelijk discriminerende toepassing van binnenlandse belastingen verbieden”.⁶³ Dit recht op terugbetaling betekent dat op nationaal niveau een passend rechtsmiddel beschikbaar moet zijn dat particulieren in staat stelt om bedragen die zij daadwerkelijk onverschuldigd hebben betaald volledig terug te vorderen. Het betekent tevens dat de nationale rechter verplicht is om de administratie te gelasten de betrokken bedragen aan de belanghebbenden te restitueren.

63. Deze rechtspraak is een belangrijke vooruitgang in de taakomschrijving van de nationale rechter. Deze moet zich immers, om (in het verlengde van het arrest Simmenthal) de vordering tot terugbetaling te kunnen toewijzen, niet alleen losmaken

63 — Arrest van 9 november 1983, San Giorgio (199/82, Jurispr. blz. 3595, punt 12).

van de — met het gemeenschapsrecht strijdige — bepalingen van zijn nationale recht, maar is bovendien verplicht om de administratie te gelasten tot terugbetaling over te gaan.⁶⁴

64. Een volgende, beslissende stap werd gezet met de arresten Francovich e.a. en Brasserie du pêcheur en Factortame. Zoals gezegd heeft het Hof het beginsel aanvaard dat een lidstaat aansprakelijk is voor schade die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die aan hem kunnen worden toegerekend. Hieruit volgt dat particulieren het recht hebben om schadevergoeding te vorderen door de staat — voor de nationale rechter — aansprakelijk te stellen. Deze aansprakelijkheidsregeling vormt een nuttige aanvulling op de regeling van de vorderingen uit onverschuldigde betaling, wanneer de door een staatsorgaan veroorzaakte schade niet voortvloeit uit de tenuitvoerlegging van een bevel tot betaling van een geldbedrag, en dus niet kan worden hersteld door de terugbetaling van dit bedrag. Zij ondervangt tevens de beperkingen van de verplichting tot gemeenschapsconforme uitlegging en van de juridische draagwijdte van richtlijnen.⁶⁵

65. Ten slotte zij erop gewezen dat de nationale rechters in bepaalde gevallen

64 — Dit systeem van rechterlijke bevelen aan de administratie werd in sommige lidstaten volstrekt niet aanvaard, gezien het traditionele beginsel van machtscheiding.

65 — Het Hof heeft uitgemaakt dat „[w]anneer het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet via uitlegging kan worden bereikt, [...] de lidstaten volgens het arrest [...] Francovich e.a. [...] krachtens het gemeenschapsrecht [zijn] gehouden tot vergoeding van de schade die aan particulieren is veroorzaakt doordat een richtlijn niet in nationaal recht is omgezet”. Zie met name arresten Faccini Dori (punt 27) en El Corte Inglés (punt 22). Deze rechtspraak betrof gevallen waarin de rechtstreekse werking van een richtlijn wegens het ontbreken van horizontale rechtstreekse werking (dat wil zeggen in de verhouding tussen particulieren) uitgesloten was.

verplicht zijn om ambtshalve een aan het gemeenschapsrecht ontleend rechtsmiddel op te werpen, wanneer geen van de partijen zich daarop heeft beroepen.⁶⁶

66. Uit al deze rechtspraak kan zonder meer de conclusie worden getrokken dat het Hof aan de nationale rechter een belangrijke rol toekent bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht en de bescherming van de daaruit voortvloeiende rechten van particulieren. De nationale rechter wordt overigens vaak aangeduid als „gewone gemeenschapsrechter”. Deze aanduiding moet eerder symbolisch dan letterlijk worden opgevat. De nationale rechter die het gemeenschapsrecht toetst, doet dit immers als orgaan van een lidstaat⁶⁷ en niet als gemeenschapsorgaan ten gevolge van een functionele tweedeling.

67. Deze belangrijke rol van de nationale rechter bij de uitvoering van het gemeen-

schapsrecht heeft uiteindelijk zijn neerslag gevonden in de erkenning van het recht van „toegang tot de rechter” en de aanvaarding hiervan als algemeen beginsel van gemeenschapsrecht. Het Hof heeft namelijk geoordeeld dat „in de [...] rechterlijke controle [...] een algemeen rechtsbeginsel tot uiting [komt], dat ten grondslag ligt aan het constitutionele erfgoed dat alle lidstaten gemeen hebben [en dat] eveneens [is] neergelegd in de artikelen 6 en 13 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden”.⁶⁸

68. Deze „toegang tot de rechter” is een logisch voortvloeisel uit het beginsel van de rechtsstaat. Advocaat-generaal Darmon heeft hierover in zijn conclusie in de reeds aangehaalde zaak Johnston opgemerkt: „[o]fschoon het wettelijkheidsbeginsel de hoeksteen is van de rechtsstaat, sluit zulks niet uit dat rekening wordt gehouden met de eisen van openbare orde. Deze moeten daarin zelfs worden geïntegreerd om het voortbestaan van de staat te verzekeren en willekeur te voorkomen. Daartoe vormt het rechterlijk toezicht een fundamentele waarborg: de toegang tot de rechter is inherent aan de rechtsstaat”.⁶⁹ Hij heeft hieruit de volgende conclusie getrokken: „De Gemeenschap, die uit rechtsstaten bestaat, is dus noodzakelijkerwijs een rechtsgemeenschap. Zowel haar oprichting als haar werking, anders gezegd het com-

66 — Het Hof oordeelde dat het gemeenschapsrecht zich onder bepaalde omstandigheden (met name wanneer rechtspraak in twee instanties ontbreekt) verzet tegen de toepassing van een nationale procesregel die de in het kader van zijn bevoegdheid geïndiceerde nationale rechter verbiedt ambtshalve de verenigbaarheid te onderzoeken van een handeling van nationaal recht met een gemeenschapsbepaling, wanneer niet binnen een bepaalde termijn door de justitiabele een beroep op laatstbedoelde bepaling is gedaan. Zie arrest van 14 december 1995, *Peterbroeck* (C-312/93, Jurispr. blz. I-4599, punt 21). Het Hof heeft bovendien geoordeeld dat indien de rechter ingevolge het nationale recht verplicht is ambtshalve de aan een dwingende interne regel ontleende middelen op te werpen die niet door partijen zijn aangevoerd, diezelfde verplichting geldt wanneer het dwingende regels van gemeenschapsrecht betreft. Hetzelfde geldt indien het nationale recht de rechter louter de mogelijkheid geeft — niet de verplichting oplegt — de dwingende rechtsregel ambtshalve toe te passen. Zie arrest van 14 december 1995, *Van Schijndel en Van Veen* (C-430/93 en C-431/93, Jurispr. blz. I-4705, punten 13 en 14).

67 — Zie arrest *Simmenthal*, reeds aangehaald (punt 16).

68 — Arrest van 15 mei 1986, *Johnston* (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 18). Het fundamentele karakter van dit beginsel is herhaaldelijk bevestigd. Zie met name arresten van 3 december 1992, *Oleificio Borelli/Commissie* (C-97/91, Jurispr. blz. I-6313, punt 14); 11 januari 2001, *Kofisa Italia* (C-1/99, Jurispr. blz. I-207, punt 46); *Siples* (C-226/99, Jurispr. blz. I-277, punt 17); 27 november 2001, *Commissie/Oostenrijk* (C-424/99, Jurispr. blz. I-9285, punt 45), en 25 juli 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Raad* (C-50/00 P, Jurispr. blz. I-6677, punt 39).

69 — Punt 3.

munautair pact, berust op de gelijke eerbiediging door alle lidstaten van de communautaire rechtsorde”.⁷⁰ Hieruit kan worden afgeleid dat de „toegang tot de rechter” zowel „een verworvenheid als een instrument van de rechtsstaat”⁷¹ is.

69. Deze overwegingen hebben in belangrijke mate bevestiging gevonden in artikel 6 van het uit het Verdrag van Maastricht voortgekomen Europese Unieverdrag, dat luidt: „De Unie is gegrondvest op de beginselen van vrijheid, democratie, eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en van de rechtsstaat, welke beginselen de lidstaten gemeen hebben”.

70. Mijns inziens betekent de gelijke eerbiediging door de lidstaten van de communautaire rechtsorde overeenkomstig de vereisten van een uit rechtsstaten bestaande rechtsgemeenschap, dat de lidstaten aansprakelijk zijn voor een schending van het gemeenschapsrecht, ongeacht of deze aan een wetgevend, rechterlijk of uitvoerend orgaan is toe te rekenen. Het valt namelijk niet in te zien waarom een lidstaat a priori zou zijn ontslagen van elke aansprakelijkheid voor beslissingen van zijn hoogste rechterlijke instanties, nu deze laatste juist tot taak hebben het gemeenschapsrecht toe te passen en te doen eerbiedigen. Dit zou volkomen tegenstrijdig zijn. Hieruit volgt dat het specifieke karakter van de rechterlijke taak, tegenover die van de administra-

tie of de wetgever, weliswaar de instelling van een bijzondere aansprakelijkheidsregeling, doch in geen geval a priori een afwijking van het beginsel van aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van zijn hoogste rechterlijke instanties, kan rechtvaardigen.

71. Deze uitkomst beantwoordt aan de belangrijke rol van de hoogste rechterlijke instanties bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht.

72. Zij moeten immers overeenkomstig hun traditionele taak, te zorgen voor een uniforme rechtsuitlegging, toetsen of de andere nationale rechters het gemeenschapsrecht daadwerkelijk en correct uitvoeren. Daarbij dienen zij in het bijzonder aandacht te besteden aan de verenigbaarheid van het nationale recht met het gemeenschapsrecht, en daaruit de nodige consequenties te trekken.

73. Overigens leert de ervaring dat de hoogste rechterlijke instanties regelmatig worden geconfronteerd met situaties die een dergelijk onderzoek rechtvaardigen, en waarin zij dus een gemeenschapsconforme uitlegging van nationale bepalingen moeten geven, of deze zelfs wegens hun onverenigbaarheid of strijdigheid met het gemeenschapsrecht buiten toepassing moeten laten. De rechtspraak van het Hof

70 — Idem.

71 — Zie Rideau, J., *Le droit au juge dans l'Union européenne*, LGDJ, Parijs, 1998, en met name Picod, F., „Le droit au juge en droit communautaire”, blz. 141-170.

inzake deze rechtsvraag biedt zeker nuttige aanknopingspunten in dit verband.⁷² Verder leggen bepaalde hoogste rechterlijke instanties een grote waakzaamheid aan de dag ten aanzien van de verplichting ambtshalve het gemeenschapsrecht toe te passen.⁷³

rechterlijke instanties een doorslaggevende rol hebben toegekend in de gerechtelijke samenwerking via de prejudiciële verwijzingsprocedure. Artikel 234 EG bepaalt immers dat de rechterlijke instanties waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep, verplicht zijn om een prejudiciële vraag aan het Hof voor te leggen, terwijl de andere nationale rechters daartoe enkel bevoegd zijn.⁷⁴

74. Bovendien zij eraan herinnerd dat de auteurs van het Verdrag aan de hoogste

72 — Dit blijkt met name uit de rechtspraak van de Cour de cassation (Frankrijk) inzake de handhaving van arbeids-overeenkomsten bij veranderingen in de rechtspositie van de werkgever. De Cour de cassation heeft het ter zake geldende artikel L 122-12 van de Code du travail in afwijking van zijn vroegere rechtspraak ruim uitgelegd, teneinde het in overeenstemming te brengen met de uitlegging door het Hof van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB L 61, blz. 26). Zie het arrest van de Cour de cassation van 16 maart 1990 (Bull. civ. Ass. Plén. Nr. 3), gewezen na het arrest van het Hof van 10 februari 1988, Tellerup (324/86, Jurispr. blz. 739), alsmede verschillende arresten van de Cour de cassation, o.a. van 22 januari 2002 (Bull. civ. 2002, V, Nr. 25, blz. 22), gewezen na het arrest van het Hof van 26 september 2000, Mayeur (C-175/99, Jurispr. blz. I-7755). Een ander voorbeeld is de rechtspraak van het Bundesgerichtshof (Duitsland) inzake het recht van eenzijdige beëindiging van de overeenkomst bij huis-aan-huisverkoop, waarbij de toepasselijke bepalingen van Duits recht ruim zijn uitgelegd, conform de uitlegging door het Hof van richtlijn 85/377/EEG van de Raad van 20 december 1985 betreffende de bescherming van de consument bij buiten verkoopruimten gesloten overeenkomsten (PB L 372, blz. 31). Zie arrest Bundesgerichtshof van 9 april 2002 (XI ZR 91/99, *Neue Juristische Wochenschrift* 2002, blz. 1881), gewezen na het arrest van het Hof van 13 december 2001, Heininger (C-481/99, Jurispr. blz. I-9945).

73 — Het Hof heeft uitgemaakt dat de nationale rechter niet verplicht is om ambtshalve het gemeenschapsrecht toe te passen wanneer hij daarvoor buiten de door de partijen afgebakende rechtsstrijd zou moeten treden of feiten zou moeten onderzoeken die niet aan hem zijn voorgelegd (zie arrest Van Schijndel en Van Veen, reeds aangehaald, punten 20-22). Deze precisering betreft vooral de hoogste rechterlijke instanties, aangezien deze over het algemeen uitsluitend bevoegd zijn om uitspraak te doen over rechtsvragen en niet over feitelijke vragen. Deze beperking van de bevoegdheid van de hoogste rechterlijke instanties belet sommige onder hen evenwel niet om op basis van overwegingen waarbij feitelijke en rechtsvragen door elkaar lopen „van bovenaf” controle uit te oefenen en de uitspraak van de feitenrechter te vernietigen wanneer deze onvoldoende heeft onderzocht of, gelet op bepaalde feitelijke elementen waarover de hoogste rechterlijke instanties zelf niet kunnen oordelen, de toepassing van het gemeenschapsrecht niet tot een andere oplossing zou moeten leiden. Zie in dit verband Canivet, G., „Le rôle de la Cour de cassation française dans la construction d'une Europe du droit”, in *L'Europe du droit*, Conférence des notariats de l'Union européenne, Brussel, 2002, blz. 153.

75. Het belang van de verwijzingsplicht van artikel 234 EG is door het Hof beklemtoond in het arrest van 6 oktober 1982, Cilfit e.a.⁷⁵ Deze plicht beoogt te voorkomen dat zich in de Gemeenschap uiteenlopende rechtspraak over vragen van gemeenschapsrecht ontwikkelt.⁷⁶ Het staat aan de hoogste rechterlijke instanties om prejudiciële vragen te stellen, teneinde te voorkomen dat tussen de lidstaten, en met name tussen de gewone rechters van de lidstaat waarin zij hun functie uitoefenen, uiteenlopende rechtspraak ontstaat of blijft bestaan.

74 — Dit algemene schema is gedeeltelijk gewijzigd voor enkele specifieke gebieden die ingevolge het Verdrag van Amsterdam binnen de werkingssfeer van het gemeenschapsrecht zijn komen te liggen. Dit geldt met name voor de gebieden die vallen onder titel IV van het EG-Verdrag (visa, asiel, immigratie, justitiële samenwerking in civiele zaken). Artikel 68, lid 1, EG bepaalt dat alleen de rechterlijke instanties waarvan de beslissingen niet vatbaar zijn voor hoger beroep bevoegd zijn om op deze nieuwe gemeenschapsrechtelijke gebieden prejudiciële vragen te stellen. Deze exclusieve bevoegdheid is gekoppeld aan een verwijzingsplicht. Dit systeem versterkt nog de voorrangstaande rol van de hoogste rechterlijke instanties bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht.

75 — 283/81, Jurispr. blz. 3415.

76 — *Ibidem* (punt 7).

76. Dit alles toont aan hoe doorslaggevend de rol is van de nationale rechters — en in de eerste plaats van de hoogste rechterlijke instanties — bij de uitvoering van het gemeenschapsrecht en bij de bescherming van de daaruit voortvloeiende rechten van particulieren. Tegenover deze doorslaggevende rol staat noodzakelijkerwijs de aanvaarding van het beginsel van aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van zijn hoogste rechterlijke instanties. Om zich, voorzover nodig, nog verder daarvan te overtuigen, hoeft men slecht kennis te nemen van de stand van het nationale recht van de lidstaten op dit gebied.

c) De stand van het nationale recht van de lidstaten inzake staatsaansprakelijkheid voor beslissingen van rechterlijke instanties

77. Voorzover ik weet, aanvaarden alle lidstaten het beginsel van staatsaansprakelijkheid voor werkzaamheden van rechterlijke instanties. Alle lidstaten — behalve Ierland⁷⁷ tot nu toe — aanvaarden dit beginsel voor rechterlijke beslissingen in eigenlijke zin, wanneer deze in strijd zijn met de op hun grondgebied geldende rechtsregels en met name met fundamentele rechten.

78. De draagwijdte van dit beginsel verschilt evenwel naar gelang van de aard van de geschonden rechtsregel en/of de vraag van wie de rechterlijke beslissing afkomstig is.

79. Wat de aard van de rechtsregel betreft, beperken alleen het Verenigd Koninkrijk en het Koninkrijk der Nederlanden de staatsaansprakelijkheid duidelijk tot gevallen waarin sprake is van schending van artikel 5 (in geval van vrijheidsontneming) of zelfs artikel 6 EVRM (dat waarborgen bevat voor een eerlijk proces, in procedendo, dat wil zeggen bij de totstandkoming van de rechterlijke beslissing, en geen waarborgen in iudicando, dat wil zeggen met betrekking tot de inhoud van de beslissing zelf).

80. Alle andere lidstaten⁷⁸ — behalve de Helleense, de Portugese en de Franse Republiek, waar de situatie evolueert en meer gedifferentieerd is — aanvaarden het beginsel van staatsaansprakelijkheid, ongeacht de aard van de geschonden rechtsregel.

81. Wat betreft de vraag van wie de rechterlijke beslissing afkomstig is, beperken alleen de Republiek Oostenrijk en het Koninkrijk Zweden de staatsaansprakelijkheid tot beslissingen van gewone rechters, met uitsluiting van die van hoogste rechterlijke instanties. De Zweedse wetgeving die de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van hoogste rechterlijke instanties uitsluit, lijkt te zijn ingegeven door het ontbreken van een geschikte nationale rechter om een dergelijke aansprakelijk-

⁷⁷ — Zolang het ontwerp van de European Convention on Human Rights Bill 2001 niet is goedgekeurd.

⁷⁸ — Het Koninkrijk België, het Koninkrijk Denemarken, de Bondsrepubliek Duitsland, het Koninkrijk Spanje, de Italiaanse Republiek, het Groothertogdom Luxemburg, de Republiek Oostenrijk, de Republiek Finland en het Koninkrijk Zweden.

heidsvordering te onderzoeken. Deze aansprakelijkheidsuitsluiting geldt echter niet wanneer een beslissing wordt herroepen of gewijzigd door de hoogste rechterlijke instantie zelf.

82. Uit deze rechtsvergelijkende gegevens blijkt dat de lidstaten ondanks de tot op heden bestaande verschillen het beginsel van staatsaansprakelijkheid — voor een beslissing van een hoogste rechterlijke instantie waardoor een rechtsregel wordt geschonden — algemeen aanvaarden, dan wel dat zich op zijn minst een sterke tendens in deze richting aftekent.

83. Deze aanvaarding heeft niet alleen een normatieve (grondwettelijke of wetgevend), maar ook een jurisprudentiële oorsprong. Interessant is, dat het Koninkrijk België de enige lidstaat is waar het algemene beginsel van aansprakelijkheid van de staat voor het optreden van zijn rechterlijke instanties is ingevoerd via de rechtspraak. Dit beginsel werd aanvaard in het arrest *De Keyser* van het Hof van Cassatie (België) van 19 december 1991⁷⁹, in het kader van een geschil waarbij een particulier naar aanleiding van een onherroepelijk geworden rechterlijke beslissing opkwam tegen de Belgische Staat omdat bij deze beslissing een vennootschap in strijd met de beginselen van openbaarheid en van hoor en wederhoor ambtshalve failliet was verklaard. Deze hoogste rechterlijke instantie oordeelde dat „de beginselen van de scheidende machten, van de onafhankelijk-

heid van de rechterlijke macht en van de magistraten ervan, alsmede van het gezag van het rechterlijk gewijsde niet inhouden dat de staat in het algemeen ontheven zou zijn van zijn verplichting om op basis van voormelde wetsbepalingen [artikelen 1382 en 1383 van de Burgerlijk Wetboek] de schade te vergoeden die door zijn fout of door die van een zijner organen aan derden is veroorzaakt in de openbare dienst van de rechtsbedeling, met name bij het verrichten van handelingen die het rechtstreekse voorwerp zijn van de rechtsprekende functie”.

84. Ten slotte is het interessant erop te wijzen dat in Italië dit aansprakelijkheidsbeginsel — van normatieve oorsprong — recentelijk is toegepast in een beslissing van het Tribunale di Roma van 28 juni 2001, in een zaak waarin de Corte suprema di cassazione het gemeenschapsrecht zou hebben geschonden.⁸⁰

85. Uit deze rechtsvergelijkende analyse volgt dat de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van zijn hoogste rechterlijke instanties als een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht kan worden beschouwd. Volgens vaste rechtspraak van het Hof vereist de erkenning van een algemeen rechtsbeginsel namelijk niet dat de betrokken regel in alle rechtsordes bestaat. Ook het feit dat de draagwijdte en toepassingsvoorwaarden van de regel per lidstaat verschillen, doet niet ter zake. Het Hof

79 — *Journal des tribunaux*, 1992, blz. 141. Zie ook de interessante conclusie van advocaat-generaal Velu in deze zaak (*Journal des tribunaux*, 1992, blz. 142-152), alsmede de kritiek op dit arrest in de Europese rechtsliteratuur (o.a. in de *European Review of Private Law* 2, 1994, blz. 111-140).

80 — *Giurisprudenza di merito*, 2002, blz. 360.

beperkt zich tot de vaststelling dat het beginsel algemeen wordt erkend en dat er, afgezien van de verschillen, criteria bestaan die de nationale rechtsordes van de lidstaten gemeen hebben.⁸¹

86. Uit de voorgaande uiteenzetting over de draagwijdte van het beginsel van staatsaansprakelijkheid, de rol van de nationale rechter en de stand van het nationale recht van de lidstaten volgt dat het gemeenschapsrecht de lidstaten een schadevergoedingsplicht oplegt in geval van schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie. De problemen die bepaalde deelnemers aan de onderhavige procedure hebben aangevoerd, kunnen aan deze conclusie niet afdoen.

2. De door enkele deelnemers aan de onderhavige procedure aangevoerde problemen kunnen de aansprakelijkheid van de staat voor schendingen van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie niet uitsluiten

87. De Republiek Oostenrijk, de Oostenrijkse en de Franse regering, alsmede de regering van het Verenigd Koninkrijk hebben gewezen op verscheidene problemen in

81 — Zie in dit verband mijn conclusie in de zaak Commissie/CCRE (arrest van 10 juli 2003, C-87/01 P, Jurispr. blz. I-7617, punten 51-53).

verband met de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, de aanpassing van de aansprakelijkheidsregeling van de lidstaten aan het gemeenschapsrecht, het gezag van gewijsde van onherroepelijk geworden uitspraken en de onpartijdigheid van de nationale rechter die over een dergelijke aansprakelijkheidsvordering beslist. Ik zal deze argumenten in bovenstaande volgorde bespreken.

a) De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht

88. Het argument van de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht is in het gemeenschapsrecht, net als in het internationaal recht, niet relevant. Zoals bekend, kan een staat niet met een beroep op de bijzonderheden van zijn constitutioneel stelsel aan zijn aansprakelijkheid ontsnappen. Dit is slechts een bijzondere uitdrukking van het algemene beginsel dat „een partij [...] zich niet [mag] beroepen op de bepalingen van zijn nationale recht om het niet ten uitvoer leggen van een verdrag te rechtvaardigen”.⁸² Hieruit volgt dat „het gedrag van een staatsorgaan — zelfs wanneer dit onafhankelijk is van de uitvoerende macht — als een handeling van deze staat moet worden aangemerkt.”⁸³

82 — Artikel 27 van het Verdrag van Wenen van 1969 inzake het verdragenrecht.

83 — Zie het advies van het Internationale Gerechtshof van 29 april 1999 inzake een geschil tussen de Organisatie van de Verenigde Naties en de Staat Maleisië, betreffende de schending door de — met name rechterlijke — autoriteiten van deze staat van de immuniteit van jurisdictie van een persoon die deze kon inroepen krachtens het Verdrag van 1946 inzake de voorrechten en immuniteiten van de Verenigde Naties (punt 63).

89. Hetzelfde geldt in het gemeenschapsrecht. Het Hof heeft namelijk herhaaldelijk verklaard „dat een lidstaat zich, ter rechtvaardiging van de niet-eerbiediging van verplichtingen en termijnen die in de richtlijnen van de gemeenschap besloten liggen, niet ten exceptieve op nationaalrechtelijke bepalingen, praktijken of toestanden kan beroepen”.⁸⁴ Op grond hiervan is het vaste rechtspraak van het Hof „dat een lidstaat in de zin van artikel 169 aansprakelijk wordt, onafhankelijk van de vraag welk staatsorgaan door zijn handelen of nalaten het verzuim veroorzaakte, zelfs al betreft het een constitutioneel onafhankelijke instelling”.⁸⁵

90. Voorts kan men zich afvragen of de vraag naar de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht niet veeleer zou moeten worden gesteld in het kader van de invoering van een persoonlijke aansprakelijk-

heidsregeling voor magistraten, dan in het kader van de instelling van een regeling inzake staatsaansprakelijkheid.⁸⁶

91. Bovendien moet worden vastgesteld dat dergelijke overwegingen — hoe legitiem ook — in tal van lidstaten niet aan de instelling van een dergelijke regeling inzake staatsaansprakelijkheid in de weg hebben gestaan.

b) De parallel tussen de aansprakelijkheidsregelingen van de lidstaten en die van de Gemeenschap

92. De vaststelling van de materiële voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de lidstaten is niet zonder betekenis voor de voorwaarden waaronder de Gemeenschap aansprakelijk is. In dit verband heeft de rechtspraak van het Hof een onderlinge toenadering laten zien, die met name wordt geïllustreerd door het arrest *Brasserie du pêcheur en Factortame*⁸⁷, wat de aansprakelijkheid van lidstaten betreft, en vervolgens door het arrest van 4 juli 2000, *Bergaderm en Goupil/Commissie*⁸⁸, wat de aansprakelijkheid van de Gemeenschap betreft.

84 — Zie met name arresten van 26 februari 1976, *Commissie/Italië* (52/75, Jurispr. blz. 277, punt 14); 12 februari 1987, *Commissie/België* (390/85, Jurispr. blz. 761, punt 7); 12 maart 1987, *Commissie/België* (9/86, Jurispr. blz. 1331, punt 5), en, meer recentelijk, 8 maart 2001, *Commissie Portugal* (C-276/98, Jurispr. blz. I-1699, punt 20), en 7 november 2002, *Commissie/Spanje* (C-352/01 Jurispr. blz. I-10263, punt 8).

85 — Zie met name arresten van 5 mei 1970, *Commissie/België* (77/69, Jurispr. blz. 237, punt 15), en 18 november 1970, *Commissie/Italië* (8/70, Jurispr. blz. 961, punt 9), betreffende een geval van niet-nakoming door het parlement. Zie in dezelfde zin de vaste rechtspraak van het Hof inzake de plicht van nationale rechters om hun nationale recht richtlijnconform uit te leggen, aangezien „de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting der lidstaten om het daarmee beoogde resultaat te bereiken, alsook de verplichting krachtens artikel 5 EG-Verdrag [...] om alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten geldt, en dus, binnen het kader van hun bevoegdheden, ook voor de rechterlijke instanties” (zie arrest *Marks & Spencer*, reeds aangehaald, punt 24. Zie ook arrest van 14 december 2000, *Masterfoods* en *HB*, C-344/98, Jurispr. blz. I-11369, punt 49).

86 — Het Belgische Hof van Cassatie stelde zich in het arrest *De Keyser*, reeds aangehaald (*Journal des tribunaux*, 1992, blz. 142), op dit standpunt, in navolging van de conclusie van advocaat-generaal Veuil op dit punt.

87 — Punt 42.

88 — C-352/98 P, Jurispr. blz. I-5291 (punten 39-47).

93. Overigens werd de werking van het communautaire justitiële apparaat reeds bekritiseerd in een geval waarin het Gerecht het beginsel van een redelijke termijn⁸⁹ zou hebben geschonden. Het Hof heeft als hoogste rechterlijke instantie binnen de communautaire rechtsorde dit argument onderzocht.

94. Hieruit kan evenwel nog niet worden geconcludeerd dat de aansprakelijkheidsregeling van de lidstaten en die van de Gemeenschap geheel parallel lopen. Bij de huidige stand van het gemeenschapsrecht kan een beslissing van het Hof namelijk niet tot aansprakelijkheid van de Gemeenschap leiden, aangezien binnen de communautaire rechtsorde het Hof de hoogste rechterlijke instantie is. Dit zou ongetwijfeld met name anders zijn wanneer de Europese Gemeenschap of de Europese Unie zou toetreden tot het EVRM en zich voor de bescherming van grondrechten in het kader van de uitvoering van het gemeenschapsrecht zou onderwerpen aan de rechterlijke controle van het Europees Hof voor de rechten van de mens.⁹⁰

89 — Zie in dit verband arresten van 17 december 1998, *Baustahlgewebe/Commissie* (C-185/95 P, Jurispr. blz. I-8417) en 15 oktober 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e.a./Commissie* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P—C-252/99 P en C-254/99 P, Jurispr. blz. I-8375).

90 — Zie in dit verband advies van het Hof van 28 maart 1996 inzake een voorstel voor toetreding van de Gemeenschap tot het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (advies 2/94, Jurispr. blz. I-1759, punten 20, 21, 34 en 35).

c) De eerbiediging van het gezag van gewijsde

95. Alvorens de gevolgen van het gezag van gewijsde te kunnen bepalen, moeten we de betekenis ervan verduidelijken.

96. *Res judicata pro veritate habetur*: een rechterlijke beslissing geldt als waarheid. Dit Romeinsrechtelijke beginsel wordt in alle lidstaten, alsmede in de communautaire rechtsorde erkend.⁹¹ Het houdt in dat een rechterlijke beslissing — waarbij een geding is beslecht — enkel kan worden aangevochten met wettelijke rechtsmiddelen. Hieruit volgt dat een dergelijke beslissing (met gezag van gewijsde) na uitputting van de rechtsmiddelen niet meer door het instellen van eenzelfde procedure kan worden aangevochten (zij is dus in kracht van gewijsde gegaan of heeft gezag van gewijsde verworven). Zoals diverse regeringen hebben aangegeven, berust dit beginsel op de noodzaak om de stabiliteit van de rechtsverhoudingen te verzekeren door een eindeloze herhaling van geschillen te vermijden. Zij berust dus op een dubbel vereiste: dat van de rechtszekerheid en dat van een goede rechtsbedeling.

91 — Zie de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak *Peterbroeck*, reeds aangehaald (punt 23). Met deze regel wordt door de lidstaten ook op strafrechtgebied ingestemd, via het adagium *ne bis in idem*, (zie arrest van 11 februari 2003, *Gözütok en Brügger* (C-187/01 en C-385/01, Jurispr. blz. I-1345).

97. Welke conclusie kan hieruit in het kader van de uitvoering van het gemeenschapsrecht worden getrokken? Zijn de lidstaten bevoegd om met een beroep op het beginsel van het gezag van gewijsde op te komen tegen een schadevergoedingsactie, ingesteld tegen de staat wegens een tegen het gemeenschapsrecht indruisende beslissing van een hoogste rechterlijke instantie? Bij het ontbreken van een gemeenschapsregeling ter zake, moet het antwoord worden gezocht op het gebied van de procesautonomie van de nationale rechtsstelsels en de met het oog op de eerbiediging van de beginselen van gelijkwaardigheid en effectiviteit aan deze autonomie verbonden beperkingen.

98. Allereerst moet erop worden gewezen dat volgens vaste rechtspraak „het in beginsel aan de nationale rechterlijke instanties staat om na te gaan, of de procedureregels die in het interne recht de door de justitiabele aan het gemeenschapsrecht ontleende rechten [...] moeten waarborgen, in overeenstemming zijn met het beginsel van gelijkwaardigheid”⁹², dat wil zeggen of zij niet ongunstiger zijn dan die welke voor gelijksoortige nationale voorde- ringen gelden. De nationale rechterlijke instanties zijn immers het best in staat om dit onderzoek te verrichten, aangezien dit een vrij nauwkeurige kennis van de nationale procedureregels vereist. Niettemin neemt het Hof doorgaans de moeite om bepaalde opmerkingen op dit punt te

formuleren, teneinde de nationale rechter een leidraad te geven bij dit onderzoek.⁹³

99. Zoals bekend wordt het recht van particulieren om een schadevergoedingsactie in te stellen tegen de staat wegens een schending van nationale wetgeving door een beslissing van een hoogste rechterlijke instantie, door verschillende lidstaten erkend. Ingevolge het beginsel van gelijkwaardigheid zijn deze lidstaten verplicht om een vergelijkbare vordering op basis van het gemeenschapsrecht op dezelfde wijze te behandelen.

100. Bovendien moet in ieder geval worden beklemtoond dat geen enkele lidstaat gerechtigd is om het beginsel van het gezag van gewijsde een ruimere draagwijdte toe te kennen bij schadevergoedingsacties op basis van het gemeenschapsrecht dan bij acties op basis van het nationale recht.

101. Volgens de heersende klassieke opvatting speelt het gezag van gewijsde — en dus de bindende kracht van onherroepelijk geworden uitspraken — echter slechts onder bepaalde omstandigheden een rol, namelijk wanneer er op drie punten — voorwerp, oorzaak en partijen — overeenstemming bestaat tussen een reeds beslecht en een later opgekomen geschil.

92 — Zie met name arresten van 10 juli 1997, Palmisani (C-261/95, Jurispr. blz. I-4025, punt 33); 1 december 1998, Levez (C-326/96, Jurispr. blz. I-7835, punt 39), en 16 mei 2000, Preston e.a. (C-78/98, Jurispr. blz. I-3201, punt 56).

93 — Zie de in voetnoot 91 aangehaalde rechtspraak.

Het gezag van gewijsde is dus in beginsel relatief en niet absoluut.⁹⁴ Derhalve moet worden vastgesteld dat een geschil — zoals in het hoofdgeding aan de orde is — waarvan het voorwerp de vergoeding behelst door de staat van schade die is veroorzaakt door een schending van het gemeenschapsrecht niet aan deze drie (cumulatieve en niet alternatieve) overeenstemmingsvereisten voldoet.

102. Dit is overigens de reden dat de regel van het gezag van gewijsde verschillende lidstaten niet ervan heeft weerhouden een regeling inzake staatsaansprakelijkheid voor de inhoud van rechterlijke beslissingen in te voeren.

103. Hieruit volgt dat de lidstaten, gelet op het gelijkwaardigheidsbeginsel, niet gerechtigd zijn om met een beroep op het beginsel van het gezag van gewijsde a priori tegen een dergelijke aansprakelijkheidsactie tegen

de staat op te komen. Dit geldt temeer, gelet op het effectiviteitsbeginsel.⁹⁵

104. De lidstaten zijn namelijk verplicht om de schade te vergoeden die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die aan hen kunnen worden toegerekend. Dit beginsel is door het Hof aanvaard in het arrest Franco-vich⁹⁶, en sindsdien steeds bevestigd, met name in het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame.⁹⁷ De lidstaten mogen derhalve de uitoefening van het recht op schadevergoeding, dat een door de communautaire rechtsorde toegekend recht is, niet praktisch onmogelijk of uitzonderlijk moeilijk maken. Door een beroep tot schadevergoeding uit te sluiten, ontkent men evenwel duidelijk het bestaan van een dergelijk recht, wat automatisch een schending oplevert van het effectiviteitsbeginsel, dat grenzen stelt aan de procesautonomie van de lidstaten.

105. Hieruit volgt dat het gezag van gewijsde niet in de weg kan staan aan de verplichting van de lidstaten om de schade te vergoeden die het gevolg is van een met

94 — Het gezag van gewijsde is in beginsel relatief. Wat het Franse recht betreft, zie artikel 1351 van de code civil, Tomasin, G., *Essai sur l'autorité de la chose jugée en matière civile* (dat rechtsvergelijkende beschouwingen bevat), Parijs, 1975, en Couchez, „Procédure civile”, Armand Colin, 11de druk, 2000, blz. 165. Wat het Spaanse recht betreft, zie Oliva Santos, A., *Sobre la cosa juzgada (Civil, contencioso administrativa y penal, con examen de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, SA, blz. 44-57. Wat het Duitse recht betreft, zie §§ 322 ZPO en 121 VwGO. Wat het Oostenrijkse recht betreft, zie § 411 ZPO. Een absoluut gezag van gewijsde geldt over het algemeen alleen voor beslissingen waarbij een rechtshandeling in het kader van een rechtmatigheidscontrole nietig is verklaard. Zie o.a. Chapus, R., *Droit du contentieux administratif*, 2e druk, Montchrestien, Parijs, 1990, blz. 587-600. Deze regel is vergelijkbaar met die welke in de communautaire rechtsorde geldt in het kader van beroepen tot nietigverklaring krachtens artikel 230 EG.

95 — Het effectiviteitsbeginsel houdt in dat de procesregels voor rechtsovereenkomsten die ertoe strekken de rechten te beschermen die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleen, niet zo mogen worden ingericht dat zij de uitoefening van deze rechten in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

96 — Punt 37.

97 — Punt 36.

het gemeenschapsrecht strijdige beslissing van een hoogste rechterlijke instantie.⁹⁸

biedt, gelet op de vereisten van artikel 6, lid 1, EVRM.⁹⁹

106. Deze conclusie dringt zich temeer op gelet op het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht. Een nationale regel, zoals die van het gezag van gewijsde, kan niet aan een particulier worden tegen-
geworpen om een op het gemeenschapsrecht gebaseerde schadevordering af te wijzen.

108. Het is immers vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens dat „de onpartijdigheid [moet] worden beoordeeld volgens een subjectief criterium, waarbij moet worden getracht vast te stellen, wat de persoonlijke overtuiging van de betrokken rechter in een bepaald geval was, en ook volgens een objectief criterium, waarbij het erom gaat de zekerheid te verkrijgen, dat de betrokken rechter voldoende waarborgen bood om elke gerechtvaardigde twijfel aan zijn onpartijdigheid uit te sluiten”, met dien verstande dat „wat dit betreft [...] zelfs uiterlijkheden van betekenis [kunnen] zijn”.¹⁰⁰

d) De waarborgen voor onpartijdigheid van de nationale rechter

107. De vraag is gerechtvaardigd of de nationale rechter — die kennis moet nemen van een schadevergoedingsactie tegen de staat naar aanleiding van een beslissing van een hoogste rechterlijke instantie — voldoende waarborgen voor onpartijdigheid

109. Deze delicate vraag is dus ongetwijfeld niet nieuw voor die lidstaten die reeds een regeling inzake de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van rechterlijke instanties, inclusief de hoogste rechterlijke instanties, hebben ingevoerd.

110. Bovendien is, zoals wij hierna zullen zien, de vraag welke rechter op dit gebied bevoegd is geen zaak voor het Hof, daar de lidstaten exclusief bevoegd zijn om daarover autonoom te beslissen.

98 — Deze conclusie is niet in strijd met het arrest van het Hof van 1 juni 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, Jurispr. blz. I-3055, punten 43-48). In die zaak beperkten de betrokken regels van nationaal procesrecht de mogelijkheid om vernietiging te vorderen van een arbitraal vonnis waarvan de geldigheid op grond van artikel 85 EG werd betwist. Dit vonnis bouwde voort op een arbitraal tussenvonnis dat in kracht van gewijsde was gegaan, aangezien hier tegen niet binnen een bepaalde termijn beroep was ingesteld. Het Hof billijkte deze procesregel weliswaar op grond van beginselen die aan het nationale stelsel van rechtspleging ten grondslag liggen, zoals het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van het gezag van gewijsde, dat er de uitdrukking van vormt, doch hieruit kan niet worden geconcludeerd dat dit ook geldt in het kader van een aansprakelijkheidsvordering, aangezien deze er niet toe strekt en evenmin noodzakelijkerwijs tot gevolg heeft dat een rechterlijke beslissing wordt gewijzigd, herzien of ingetrokken.

99 — Dit vereiste van onpartijdigheid van de rechter is ook te vinden in het Handvest van Grondrechten van de Europese Unie (artikel 47).

100 — Zie met name arresten van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 1 oktober 1982, *Piersak* (Serie A, nr. 11, § 31); 26 oktober 1984, *De Cubber* (Serie A, nr. 86); 24 mei 1989, *Hauschildt* (Serie A, nr. 154, § 46) en van 8 februari 2000, *Mc Gonnell* (Serie A, nr. 2112). Zie in dit verband mijn conclusie in de zaak *Baustahlgebebe/Commissie*, reeds aangehaald (punt 67).

111. Ten slotte kan de onpartijdigheid worden gewaarborgd door de gerechtelijke samenwerking via de prejudiciële verwijzingsprocedure. De nationale rechter kan immers, om elke gerechtvaardigde twijfel aan zijn onpartijdigheid weg te nemen, ervoor kiezen om een prejudiciële vraag te stellen en het aldus aan het Hof overlaten om te onderzoeken of de betrokken hoogste rechterlijke instantie daadwerkelijk het gemeenschapsrecht heeft geschonden, en zo ja, in welke mate. Deze aanpak heeft een dubbel voordeel, aangezien hiermee zowel elke twijfel aan de onpartijdigheid van de nationale rechter kan worden weggenomen, als aan laatstgenoemde duidelijkheid kan worden verschaft over deze lastige vraag, waardoor het gevaar van een onjuiste beoordeling van een vermeende fout wordt weggenomen.

112. In dergelijke omstandigheden kan de rol van het Hof — als internationale rechter die onafhankelijk is van de nationale rechters — worden vergeleken met die van het Europees Hof voor de rechten van de mens in het kader van beroepen van particulieren. Het zou echter overdreven zijn om op grond hiervan te concluderen dat hiermee een ultiem rechtsmiddel zou worden geschapen, in die zin dat het Hof tot hoogste beroepsinstantie zou worden verheven. Het gaat er immers niet om van de prejudiciële verwijzing een automatisme te maken, maar om op de mogelijkheid ervan te wijzen. Deze procedure is niets anders dan een vorm van rechterlijke samenwerking die berust op dialoog en wederzijds vertrouwen tussen rechters.

113. Dit argument aangaande de waarborgen voor onpartijdigheid van de nationale rechter kan evenmin als de argumenten in verband met de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, de parallel met de aansprakelijkheidsregeling van de Gemeenschap en de eerbiediging van het gezag van gewijsde in de weg staan aan de aanvaarding van het beginsel van aansprakelijkheid van de staat wegens een schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie.

114. Bijgevolg moet op de eerste prejudiciële vraag worden geantwoord dat het beginsel dat de lidstaten verplicht zijn om de schade te vergoeden die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die aan hen kunnen worden toegerekend, ook geldt wanneer de schending door een hoogste rechterlijke instantie is begaan.

VI — De materiële voorwaarden voor aansprakelijkheid van de staat voor een schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie

115. Alvorens een standpunt te bepalen in de onderhavige zaak, is het van belang om de contouren te schetsen van de regeling van de staatsaansprakelijkheid voor beslissingen van een hoogste rechterlijke instantie.

A — *Opmerkingen van de deelnemers aan de procedure*

116. Degenen die zich over dit punt hebben uitgelaten, hebben zich uitgesproken voor een specifieke, restrictieve aansprakelijkheidsregeling, beperkt tot uitzonderlijke, of zelfs zeer uitzonderlijke gevallen.

117. Volgens de Duitse regering veronderstelt staatsaansprakelijkheid dat de beslissing van de hoogste rechterlijke instantie objectief niet te verdedigen is en op een opzettelijke schending van het gemeenschapsrecht berust.

118. Volgens de Nederlandse regering kan er slechts sprake zijn van staatsaansprakelijkheid in geval van een kennelijke en ernstige schending van de prejudiciële verwijzingsplicht in het kader van de voorbereiding van de rechterlijke beslissing. Of de verwijzingsplicht is geschonden, moet worden beoordeeld aan de hand van de situatie op het moment waarop de rechterlijke beslissing is genomen. Deze opvatting komt deels overeen met die van Köbler.

119. Volgens de Commissie kan de staat alleen aansprakelijk worden gesteld bij een „voldoende gekwalificeerde schending” van het gemeenschapsrecht. Hiervan is sprake wanneer een hoogste rechterlijke instantie haar bevoegdheid duidelijk mis-

bruikt of de betekenis en de draagwijdte van het gemeenschapsrecht kennelijk mis- kent. Hieronder valt met name een schending van de prejudiciële verwijzingsplicht.

B — *Analyse*

120. Een vraag die in dit stadium onmiddellijk rijst is of de materiële voorwaarden voor een dergelijke aansprakelijkheid door het nationale of door het gemeenschapsrecht moeten worden vastgesteld.

121. Mijns inziens zou een loutere verwijzing naar het nationale recht aanzienlijke nadelen hebben voor een samenhangende bescherming van de rechten die de justitiabelen aan het gemeenschapsrecht ontleenen, waaronder het recht op schadevergoeding. Zoals advocaat-generaal Tesouro in zijn conclusie in de zaak Brasserie du pêcheur en Factortame heeft beklemtoond, „[zou] een loutere verwijzing naar het nationale recht [immers] discriminaties in het leven [...] kunnen roepen, in die zin dat bij eenzelfde schending de gemeenschaps- onderdanen een verschillend niveau van bescherming zouden genieten dan wel daarvan zonder meer verstoken zouden blijven”.¹⁰¹ Hij heeft hieruit de volgende conclusie getrokken: „Opdat de bescherming in de vorm van een schadevergoeding dus in alle lidstaten zo al niet op uniforme, dan toch op homogene wijze verzekerd zou zijn, is vereist dat het gemeenschapsrecht

¹⁰¹ — Punt 49.

zelf in ieder geval de minimumvoorwaarden voor het recht op schadevergoeding vaststelt".¹⁰² Ik ben het hiermee eens. Aan deze taak heeft het Hof zich gewijd in het arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factortame*, inzake de aansprakelijkheid van de staat voor handelingen van de wetgever, waarin het zijn arrest *Francovich* nader heeft uitgewerkt.

122. Onderzocht moet dus worden aan welke minimale „communautaire” voorwaarden de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van zijn hoogste rechterlijke instanties moet voldoen. Kan worden volstaan met het eenvoudigweg overnemen van de voorwaarden die het Hof heeft vastgesteld voor de wetgever of de administratie? Mijns inziens moet deze vraag, gelet op de specifieke aard van de rechterlijke functie, ontkennend worden beantwoord. Niettemin moet er een zekere samenhang zijn met de regels die voor deze twee andere staatsorganen zijn vastgesteld en reeds meerdere malen zijn toegepast.

123. In een gebruikelijk geworden formulering heeft het Hof het beginsel vastgesteld dat „het gemeenschapsrecht een recht op schadevergoeding [toekent] 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 de door de benadeelde personen geleden schade”.¹⁰³ Het is van belang om de betekenis en de draagwijdte van deze drie materiële voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de staat voor hoogste rechterlijke instanties te bepalen, waarbij bedacht moet worden dat het hierbij om minimumvoorwaarden gaat. Zij sluiten niet uit dat de staat op grond van nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan worden gesteld.¹⁰⁴

1. De aard van de geschonden rechtsregel

124. Het is algemeen erkend dat het vereiste dat de geschonden rechtsregel ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen, niet automatisch impliceert dat de betrokken regel rechtstreekse werking heeft. Het volstaat dat de regel de toekenning van rechten aan particulieren inhoudt, en dat de inhoud van deze rechten voldoende nauwkeurig (op basis van de bepalingen van de betrokken regel) kan worden vastgesteld.¹⁰⁵ Rechtstreekse werking van de betrokken rechtsregel is een voldoende, maar niet noodzakelijke voorwaarde hiervoor. Mijns inziens dient dit vereiste voor staatsaansprakelijkheid voor handelingen van de wetgever of de administratie ook te gelden voor de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van hoogste rechterlijke instanties.

103 — Zie arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factortame*, reeds aangehaald (punt 51).

104 — *Ibidem* (punten 66 en 74).

105 — Zie met name de reeds aangehaalde arresten *Francovich* e.a. (punten 40 en 44) en *Dillenkofer* e.a. (punten 33-46), en arrest van 15 juni 1999, *Rechberger* e.a. (C-140/97, *Jurispr. blz.* I-3499, punten 22 en 23).

125. Bovendien ben ik van mening dat de aansprakelijkheid van de staat voor beslissingen van een hoogste rechterlijke instantie niet kan worden beperkt tot het geval van schending van een hogere rechtsregel, met uitsluiting van alle andere regels. Hiervoor kunnen verschillende argumenten worden aangevoerd.

gelang het orgaan dat de schade heeft veroorzaakt, een nationaal dan wel een communautair karakter heeft”¹⁰⁸, kan deze bescherming immers evenmin verschillen naar gelang van het staatsorgaan, onder voorbehoud van bepaalde aanpassingen die verband houden met de specifieke functie ervan.

126. In de eerste plaats is het, vooral binnen een rechtsselsel als het gemeenschapsrecht, dat geen normenhierarchie kent, verre van eenvoudig om te bepalen wanneer er sprake is van een hogere rechtsregel.¹⁰⁶

129. Na deze uiteenzetting over de aard van de geschonden regel van gemeenschapsrecht, zal ik vaststellen onder welke voorwaarden de schending van het gemeenschapsrecht recht op schadevergoeding kan geven.

127. Bovendien heeft het Hof deze voorwaarde dat een hogere rechtsnorm is geschonden, die het enkele jaren geleden in verband met de buitencontractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap heeft vastgesteld, recentelijk in het reeds aangehaalde arrest Bergaderm en Goupil/Commissie laten vallen, zodat we thans kunnen spreken van een onderlinge aanpassing van de twee aansprakelijkheidsregelingen (Gemeenschap-lidstaten).¹⁰⁷

2. De aard van de schending van het gemeenschapsrecht

128. Ten slotte zou het, gelet op de samenhang tussen de aansprakelijkheidsregelingen, op zijn minst merkwaardig zijn thans opnieuw een dergelijk vereiste in te voeren. Zoals „[d]e bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontlenuen, [niet] [...] [kan] verschillen naar-

130. Uit het arrest Francovich e.a. volgt dat „[d]e voorwaarden waaronder de uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende aansprakelijkheid van de staat een recht op schadevergoeding doet ontstaan, [...] afhankelijk [zijn] van de aard van de aan de schade ten grondslag liggende schending van het gemeenschapsrecht”.¹⁰⁹

131. Deze voorwaarde in verband met de aard van de betrokken schending is door het Hof verduidelijkt in het arrest Brasserie

106 — Zie in die zin de conclusie van advocaat-generaal Tesouro in de zaak Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald (punten 71 en 72).

107 — Punt 42.

108 — Zie arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald (punt 42).

109 — Punt 38.

du pêcheur en Factortame. In het verlengde van zijn rechtspraak inzake de voorwaarden voor buitencontractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap voor haar wetgevende activiteit, heeft het Hof de volgende twee gevallen onderscheiden.

132. In de eerste plaats kan de enkele schending van het gemeenschapsrecht door een lidstaat die op het moment van deze schending niet voor normatieve keuzes stond en slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge had, volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending te doen vaststaan. Dit is het geval wanneer het gemeenschapsrecht de nationale wetgever op een door het gemeenschapsrecht geregeld gebied resultaatsverplichtingen, gedragsverplichtingen (zoals de omzetting van een richtlijn binnen een bepaalde termijn)¹¹⁰ of verboden oplegt. Deze ruime opvatting inzake staatsaansprakelijkheid heeft het Hof reeds herhaaldelijk toegepast, met name bij de niet-omzetting van een richtlijn¹¹¹, bij een omzetting waarbij de werking in de tijd van een richtlijn was miskend¹¹², en bij de weigering van de administratie om een uitvoervergunning af te geven, hoewel deze wegens het bestaan van harmonisatierichtlijnen op dit gebied vrijwel automatisch had moeten worden toegekend.¹¹³

133. In de tweede plaats kan een lidstaat die optreedt op een domein waarop hij over een ruime beoordelingsmarge beschikt, slechts aansprakelijk worden gesteld wanneer er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, dat wil zeggen wanneer hij bij de uitoefening van zijn regelgevende functie de grenzen van zijn bevoegdheden kennelijk en ernstig heeft miskend.¹¹⁴

134. Gelet op de recente ontwikkeling van 's Hof's rechtspraak op het gebied van staatsaansprakelijkheid voor handelingen van de wetgever of de administratie, kan men zich evenwel afvragen of een dergelijk onderscheid thans nog relevant is.

135. Immers, in het eerste in het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame genoemde geval, dat de lidstaten slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge hebben, berust de beoordeling door het Hof of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, steeds minder op de constatering van een loutere inbreuk op het gemeenschapsrecht. Het Hof baseert zich daarentegen steeds meer op criteria als die welke gelden in het tweede in het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame genoemde geval, dat de lidstaten wel over een ruime beoordelingsmarge beschikken.

110 — Zie arrest Francovich e.a., reeds aangehaald (punt 46, dat wijst op de niet-omzetting in die zaak).

111 — Arrest Dillenkofer e.a., reeds aangehaald (punt 26).

112 — Arrest Rechberger e.a., reeds aangehaald (punt 51).

113 — Arrest Hedley Lomas, reeds aangehaald (punten 18, 28 en 29).

114 — Zie arrest Brasserie du pêcheur en Factortame, reeds aangehaald (punten 45, 47, 51 en 55).

136. Zo heeft het Hof geoordeeld dat „een enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht door een lidstaat een voldoende gekwalificeerde schending kan, maar niet noodzakelijkerwijs hoeft te vormen”.¹¹⁵ Het Hof heeft hieraan toegevoegd dat „[o]m te bepalen of een dergelijke inbreuk op het gemeenschapsrecht een voldoende gekwalificeerde schending vormt, [...] de nationale rechter bij wie de schadevordering aanhangig is, rekening [dient] te houden met alle elementen die de aan hem voorgelegde situatie kenmerken”.¹¹⁶ Tot deze elementen behoren met name „de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel”¹¹⁷, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is en de vraag of de handelwijze van een gemeenschapsinstelling heeft kunnen bijdragen tot de vaststelling of de instandhouding van met het gemeenschapsrecht strijdige nationale maatregelen of praktijken”.¹¹⁸ Opvallend is dat deze elementen volkomen overeenstemmen met die welke het Hof heeft genoemd in het arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factortame*, waarin

het uitging van een ruime beoordelingsmarge van de wetgever.¹¹⁹

137. Deze rechtspraak is door het Hof bevestigd in het reeds aangehaalde arrest *Larsy*¹²⁰, inzake de toekenning door de Belgische administratie van een rustpensioen aan een zelfstandige. Het Hof beklemtoonde dat het bevoegde nationale orgaan in die zaak geen enkele normatieve keuze hoefde te maken.¹²¹

138. Gelet op de huidige rechtspraak van het Hof is het mijns inziens bijgevolg niet nodig om te bepalen of de staat bij de uitoefening van zijn rechterlijke functie al dan niet over een ruime beoordelingsmarge beschikt. Daarentegen is het wel van belang vast te stellen of de door het Hof vastgestelde criteria om uit te maken of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht die aan de wetgever of de administratie is toe te rekenen, geheel of gedeeltelijk kunnen worden toegepast in het geval waarin een schending aan een hoogste rechterlijke instantie is toe te rekenen.

139. Doorslaggevend is volgens mij of de betrokken rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is. Het antwoord op deze vraag kan zowel afhangen van de mate van

115 — Arrest *Haim*, reeds aangehaald (punt 41). Het hoofdgeding betrof een geschil tussen een tandarts en een Duitse vereniging van ziekenfondstandarisen, naar aanleiding van de weigering van deze vereniging om hem in te schrijven in het tandartsenregister, wat een voorwaarde was om door een ziekenfonds te kunnen worden erkend. Betrokkene stelde een aansprakelijkheidsvordering in tegen de staat wegens het optreden van de administratie en eiste vergoeding voor de inkomsten die hij stelde te hebben gederfd. Het Hof liet in het midden of het hierbij ging om het eerste of het tweede in het arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factortame* genoemde geval. Het liet het aan de verwijzende rechter over om hierover te oordelen, waarbij het aangaf dat het bestaan en de omvang van de beoordelingsmarge van de betrokken lidstaat mochten worden bepaald door het gemeenschapsrecht en niet door het nationale recht (punt 40).

116 — *Ibidem* (punt 42).

117 — Met dit element werd ook rekening gehouden in het arrest *Rechberger e.a.*, reeds aangehaald (punten 50 en 51), inzake de omzetting van een richtlijn waarbij de werking in de tijd ervan werd miskend (zie ook de zaak *Dillenköfer e.a.*, reeds aangehaald), alsmede in het arrest *Stockholm Lindöpark*, reeds aangehaald (punten 39 en 40). In beide arresten gaf het Hof aan dat de betrokken lidstaat geen normatieve keuze hoefde te maken. Het ging dus om het eerste in het arrest *Brasserie du pêcheur* en *Factortame* genoemde geval.

118 — Arrest *Heim*, reeds aangehaald (punt 43).

119 — Punt 56.

120 — Punt 39.

121 — Punt 41.

duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden rechtsregel, als van de stand van de rechtspraak van het Hof ter zake. In dit verband zijn meerdere voorbeelden te noemen.

teneinde het aan hen voorgelegde geschil te kunnen beslechten.¹²³

140. Zo kan de staat bijvoorbeeld aansprakelijk worden gesteld wanneer een hoogste rechterlijke instantie een met de gemeenschapsrechtelijke bepalingen strijdige beslissing neemt, hoewel de betekenis en draagwijdte van deze bepalingen duidelijk zijn. Dit zou het geval zijn wanneer de formulering van de betrokken bepalingen in elk opzicht duidelijk en ondubbelzinnig is en dus geen enkele ruimte laat voor interpretatie, maar enkel voor toepassing van de bepalingen zonder meer.

141. De staat kan ook aansprakelijk worden gesteld wanneer bijvoorbeeld een hoogste rechterlijke instantie een beslissing neemt die kennelijk in strijd is met de op het moment van de uitspraak bestaande rechtspraak van het Hof. De door het Hof — met name in het kader van de prejudiciële procedure — gewezen arresten, zijn immers, wat de uitlegging van bepalingen van gemeenschapsrecht betreft, noodzakelijkerwijs bindend voor de nationale rechters¹²², die niet van de rechtspraak van het Hof mogen afwijken en enkel het recht hebben om een prejudiciële vraag te stellen, om nuttige nadere gegevens te verkrijgen

142. De staat kan daarentegen niet aansprakelijk worden gesteld voor een beslissing van een hoogste rechterlijke instantie die in strijd is met een latere uitspraak van het Hof, doch ten tijde van haar vaststelling wel conform de rechtspraak van het Hof was. Dit geldt des te meer, wanneer alles erop wees dat het hier om vaste rechtspraak ging. Wanneer in een dergelijk geval sprake is van een vergissing, kan de hoogste rechterlijke instantie niet worden verweten enigerlei verplichting te hebben geschonden, aangezien zij zich mocht baseren op de rechtspraak zoals die gold ten tijde van zijn uitspraak. Deze analyse lijkt mij niet onverenigbaar met de werking in de tijd van prejudiciële uitleggingsarresten.

123 — Een nationale rechter kan of moet een prejudiciële vraag stellen, ook wanneer hij in het kader van hetzelfde geding reeds een vraag heeft gesteld. Deze mogelijkheid wordt beklemtoond in het arrest *Milch-, Fett- und Eierkontor*, reeds aangehaald (punt 3). Het Hof stelt hierin dat een nieuwe prejudiciële verwijzing gerechtvaardigd is „wanneer de nationale rechter bij de uitlegging of toepassing van het arrest op moeilijkheden stuit, wanneer hij het Hof een nieuwe rechtsvraag stelt of wanneer hij het Hof nieuwe feiten ter beoordeling voorlegt die ertoe kunnen leiden, dat het Hof een vraag waarover eerder uitspraak werd gedaan, anders beantwoordt” (zie arrest *Pretore di Salò*, reeds aangehaald, punt 12, en beschikking van 5 maart 1986, *Wiinsche*, 69/85, Jurispr. blz. 947, punt 15). De nationale rechters hebben al enkele malen van deze mogelijkheid gebruik gemaakt. Zie met name arresten van 13 juli 1978, *Milac* (8/78, Jurispr. blz. 1721); 16 december 1981, *Foglia* (244/80, Jurispr. blz. 3045); 12 november 1992, *Keramina — Keramische und Finanz-Holding en Viokimatiki* (C-134/91 en C-135/91, Jurispr. blz. I-5699), en *Denkavit e.a.*, reeds aangehaald.

122 — Zie met name arresten van 24 juni 1969, *Milch-, Fett- und Eierkontor* (29/68, Jurispr. blz. 165, punt 3), en 3 februari 1977, *Benedetti* (52/76, Jurispr. blz. 163, punt 26).

143. Zoals bekend is het vaste rechtspraak van het Hof¹²⁴ dat de uitlegging die het aan een voorschrift van gemeenschapsrecht geeft de betekenis en strekking van dat voorschrift zoals het sedert het tijdstip van zijn inwerkingtreding moet of had moeten worden verstaan en toegepast, verklaart en preciseert, zodat het aldus uitgelegde voorschrift door de rechter ook kan en moet worden toegepast op rechtsbetrekkingen die zijn *tot stand gekomen* vóórdat het prejudiciële uitleggingsarrest is geweest. Mijns inziens moet hieraan worden toegevoegd dat deze rechtsbetrekkingen niet *definitief bevestigd* mogen zijn door een rechterlijke beslissing, en al helemaal niet door een niet voor beroep vatbare beslissing. Wanneer de betrokken rechtsbetrekkingen door een beslissing van een hoogste rechterlijke instantie definitief zijn bevestigd, staat het rechtszekerheidsbeginsel aan elke hierop gebaseerde schadevergoedingsactie tegen de staat in de weg.¹²⁵

144. Ten slotte meen ik dat niet a priori kan worden uitgesloten dat de staat aansprakelijk wordt gesteld wanneer een hoogste rechterlijke instantie de prejudiciële verwijzingsplicht, die bijvoorbeeld op haar

rust wanneer er op het moment van haar uitspraak geen rechtspraak van het Hof aangaande de betrokken rechtsvraag bestaat, kennelijk niet is nagekomen.

145. Tot nu toe heeft het Hof zich nog niet over dit onderwerp uitgesproken.¹²⁶

146. Zoals bekend heeft de prejudiciële verwijzingsplicht een principieel karakter. Zij biedt een belangrijke waarborg voor de uniforme toepassing van het gemeenschapsrecht, alsmede voor de doeltreffende bescherming van de rechten die particulieren aan de communautaire rechtsorde ontfelen. Deze overwegingen had het Hof duidelijk voor ogen, toen het in het reeds aangehaalde arrest Cilfit e.a.¹²⁷ de draagwijdte van de door het Verdrag opgelegde prejudiciële verwijzingsplicht bepaalde.

147. Bovendien is de opgelegde prejudiciële verwijzingsplicht het logische voortvloeisel van het recht op „toegang tot de rechter”. Het is namelijk vaste rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens dat, „hoewel het recht om het Hof om een prejudiciële beslissing te verzoeken niet

124 — Zie met name arresten van 27 maart 1980, *Denkavit italiana* (61/79, Jurispr. blz. 1205, punt 16); 11 augustus 1995, *Rodens e.a.* (C-367/93—C-377/93, Jurispr. blz. I-2229, punt 42); 13 februari 1996, *Bautiaa en Société française maritime* (C-197/94 en C-252/94, Jurispr. blz. I-505, punt 47), en 15 september 1998, *Edis* (C-231/96, Jurispr. blz. I-4951, punt 15).

125 — Het is overigens in het belang van de rechtszekerheid dat het Hof op de werking in de tijd van zijn arresten bepaalde beperkingen heeft aanvaard, die betrekking hebben op de uitputting van redelijke beroepstermijnen die gelden op straffe van verval (zie arrest *Edis*, reeds aangehaald, punt 20, en de aldaar aangehaalde rechtspraak). Interessant is, dat advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in punt 24 van zijn conclusie in die zaak heeft beklemtoond dat „arresten [van het Hof] niet een soort supratemporele werking [hebben]”. Hij voegde hieraan toe: „Wel moeten zij hun werking kunnen ontplooiën met betrekking tot rechtssituaties die naar nationaal recht nog voorwerp van geschil of herziening kunnen uitmaken, en die om die reden aan de beslissing van een rechtsprekend orgaan kunnen worden onderworpen.”

126 — In 1975 stelde het Hof in zijn suggesties inzake de Europese Unie dat het wenselijk was om — in het Verdrag — een passende waarborg op te nemen voor de bescherming van de rechten van particulieren bij een schending van artikel 177 EG-Verdrag (thans artikel 234 EG). Het liet evenwel in het midden of deze waarborg zou moeten bestaan in de mogelijkheid voor de partijen in het hoofdgeding om beroep in te stellen bij het Hof, in een verplichte niet-nakomingsprocedure of in een schadevergoedingsactie tegen de betrokken staat, in te stellen door de benadeelde partij (Bull. EG, bijlage 9/75, blz. 18).

127 — Punten 13-17.

absoluut is, het niet uitgesloten is dat de weigering van een nationale rechter die in laatste instantie moet beslissen, afbreuk doet aan het in artikel 6 EVRM geformuleerde beginsel van een eerlijk proces, met name wanneer deze weigering willekeurig lijkt.”¹²⁸ Deze uit het recht op „toegang tot de rechter” voortvloeiende verplichting heeft overigens, zoals ter terechtzitting is opgemerkt, in Duitsland bijzondere gevolgen.¹²⁹

148. In die omstandigheden is het logisch en redelijk dat de klaarblijkelijke niet-nakoming door een hoogste rechterlijke instantie van de prejudiciële verwijzingsplicht op zich kan leiden tot staatsaansprakelijkheid.

149. Toch kan de aansprakelijkstelling van de staat stuiten op bepaalde moeilijkheden bij de levering van het bewijs van een direct

128 — Zie met name beschikkingen van 23 maart 1999, inzake de ontvankelijkheid van het beroep van André Desmots tegen Frankrijk (nr. 41358/98, punt 2), en 25 januari 2000, Peter Moosbrugger tegen Oostenrijk (nr. 44861/98, punt 2), en arrest ten gronde van 22 juni 2000, Coëme e.a. tegen België (nrs. 32492/96, 32547/96, 33209/96 en 33210/96, § 114), alsmede beschikkingen van 4 oktober 2001, inzake de ontvankelijkheid van het beroep van Nicolas Calena Santiago tegen Spanje (nr. 60350/00), en 13 juni 2002, inzake de ontvankelijkheid van het beroep van Lambert Bakker tegen Oostenrijk (nr. 43454/98, punt 2). In al deze zaken heeft het Europees Hof voor de rechten van de mens geoordeeld dat het niet stellen van een prejudiciële vraag niet willekeurig was.

129 — Het Bundesverfassungsgericht (Duitsland) beschouwt het Hof als een door de wet aangewezen rechter van partijen, in de zin van artikel 101 van de Duitse grondwet. Hieruit volgt dat wanneer een hoogste rechterlijke instantie in strijd met artikel 234, lid 3, EG geen prejudiciële vraag stelt, het Bundesverfassungsgericht bevoegd is deze beslissing te vernietigen wegens schending van de grondwet. Zie bijvoorbeeld de beschikking van het Bundesverfassungsgericht van 9 januari 2001, inzake een beslissing van het Bundesverwaltungsgericht betreffende gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het kader van het medisch beroep (BvR 1036/99).

causaal verband tussen de niet-nakoming van de prejudiciële verwijzingsplicht en de gestelde schade. Dit causaliteitsbewijs veronderstelt immers dat de particulier kan aantonen dat het uitblijven van verwijzing noodzakelijkerwijs een werkelijke en zekere — dus niet louter hypothetische — schade heeft veroorzaakt, die niet zou zijn ontstaan wanneer de hoogste rechterlijke instantie zou hebben besloten om wél een prejudiciële vraag te stellen.

150. Dit bewijs zal bij louter immateriële schade, zoals het verlies door de particulier van een kans om zijn aanspraken geldend te maken, ongetwijfeld relatief eenvoudig kunnen worden geleverd.¹³⁰

151. Bij materiële schade zal dit waarschijnlijk niet het geval zijn. Het bewijs van een causaal verband tussen een dergelijke schade en de niet-nakoming van de prejudiciële verwijzingsplicht veronderstelt namelijk dat de particulier die stelt te zijn benadeeld aantoonde dat de beslissing van de hoogste rechterlijke instantie in zijn voordeel zou zijn uitgevallen indien deze instantie daadwerkelijk een prejudiciële vraag had gesteld. Tenzij het Hof kort na de beslissing van de hoogste rechterlijke

130 — Zie in dit verband de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens betreffende beroepen van particulieren wegens schending van artikel 6 EVRM (met name arrest Coëme e.a. tegen België, reeds aangehaald, §155-158). Volgens het Europees Hof voor de rechten van de mens kan niet worden gespeculeerd hoe een procedure zou zijn afgelopen indien zij overeenkomstig artikel 6 EVRM was verlopen, en kan op grond hiervan dus geen materiële schadevergoeding worden toegewezen. Gelet op de omvang van de immateriële schade erkent het evenwel dat de enkele constatering van de schending van de genoemde bepalingen ontoereikend is, en toewijzing van een bepaald bedrag als schadevergoeding rechtvaardigt.

instantie een arrest betreffende de betrokken rechtsvraag zou wijzen dat de aanspraken van deze particulier zou bevestigen, lijkt het bewijs van een dergelijk causaal verband moeilijk te leveren.

wetgever of de administratie is het moeilijk voorstelbaar dat de houding van de gemeenschapsinstellingen (althans van de Commissie), relevant zou kunnen zijn voor de beoordeling van de vraag of de staat aansprakelijk kan worden gesteld voor beslissingen van een hoogste rechterlijke instantie. De hoogste rechterlijke instanties bevinden zich immers niet in de beste positie om te weten wat de Commissie onderneemt en, onder meer, wanneer zij een niet-nakomingsprocedure inleidt waarbij bijvoorbeeld vraagtekens worden geplaatst bij de verenigbaarheid van nationaalrechtelijke bepalingen met het gemeenschapsrecht.

152. Mijns inziens zou het te ver voeren om van de nationale rechter die kennis neemt van een vordering tot vergoeding van materiële schade te eisen dat hij een prejudiciële vraag aan het Hof stelt, om te weten welk antwoord het Hof zou hebben gegeven indien daadwerkelijk een dergelijke vraag was gesteld.

153. Deze uiteenzetting en de gegeven voorbeelden tonen aan dat het bij de beoordeling van de vraag of een hoogste rechterlijke instantie een voldoende gekwalificeerde schending heeft begaan die tot aansprakelijkheid van de staat kan leiden, van belang is om na te gaan of deze rechterlijke instantie al dan niet een verschoonbare rechtsdwaling heeft begaan.

156. Aangaande de vraag of een schending van het gemeenschapsrecht opzettelijk of onopzettelijk is begaan, moet worden erkend dat het uiterst moeilijk zal zijn om een uitspraak te doen over een dergelijk subjectief element. Dit geldt des te meer in het zeer waarschijnlijke geval dat de betrokken uitspraak is gevelde door een rechtscollege. Bovendien kan naar mijn mening moeilijk van een nationale rechter worden verlangd dat hij onderzoekt of een van zijn collega's opzettelijk een rechtsnorm heeft geschonden.

154. Naar mijn mening is het daarbij noodzakelijk noch opportuun om bijzondere aandacht te schenken aan elementen als de houding van de gemeenschapsinstellingen of de vraag of de schending van het gemeenschapsrecht al dan niet opzettelijk is begaan.

3. Het directe causale verband tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade

155. Anders dan voor de aansprakelijkheid van de staat voor handelingen van de

157. Dit aspect is reeds aan de orde gekomen in verband met de schending van de

prejudiciële verwijzingsplicht. Het volstaat dat er sprake is van een direct causaal verband tussen de betrokken schending en een werkelijke en zekere, materiële of immateriële schade.

158. Bijgevolg moet aan de verwijzende rechter worden geantwoord dat wanneer een schending van het gemeenschapsrecht door een lidstaat is toe te rekenen aan een hoogste rechterlijke instantie, de benadeelde particulieren recht op schadevergoeding hebben wanneer de geschonden regel van gemeenschapsrecht ertoe strekt rechten aan hen toe te kennen, de schending voldoende gekwalificeerd is en er een direct causaal verband bestaat tussen deze schending en de door hen geleden schade. Onder dit voorbehoud rust op de staat de verplichting om binnen het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de nadelige gevolgen van de aan hem toe te rekenen schending van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken, met dien verstande dat de in het nationale recht vastgelegde 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 in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

VII — De aanwijzing van de rechter die bevoegd is om te oordelen over de gegrondheid van een schadevergoedingsactie

159. Dit punt heeft zowel betrekking op de aanwijzing van de bevoegde nationale rechter, als op de respectieve rol van deze

rechter en het Hof bij de beoordeling van de gegrondheid van een schadevergoedingsactie tegen de staat op grond van zijn aansprakelijkheid voor beslissingen van een hoogste rechterlijke instantie.

A — De aanwijzing van de bevoegde nationale rechter

160. Met zijn tweede prejudiciële vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen of de lidstaten vrij zijn om zelf de nationale rechter aan te wijzen die bevoegd is om een schadevergoedingsactie tegen de staat wegens beslissingen van een hoogste rechterlijke instantie te onderzoeken.

161. Volgens vaste rechtspraak „[moet] [d]e rechtsorde van elke lidstaat [...] de rechterlijke instantie aanwijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde zijn ontleend, echter met dien verstande dat de lidstaten gehouden zijn in elk geval een effectieve bescherming van die rechten te verzekeren”.¹³¹ Het Hof heeft hieruit geconcludeerd dat het „[o]nverminderd dit laatste,

¹³¹ — Dit beginsel is ontwikkeld in het arrest van 9 juli 1985, Bozzetti (179/84, Jurispr. blz. 2301, punt 17), waarin in dit verband verwezen wordt naar het arrest Salgoil, reeds aangehaald (vooral blz. 675). Het is met name bevestigd in het arrest van 18 januari 1996, SEIM (C-446/93, Jurispr. blz. I-73, punt 32), en in het (door de verwijzende rechter genoemde) arrest Dorsch Consult, reeds aangehaald.

[...] zich niet [dient] in te laten met de beslechting van bevoegdheidsvragen [...] op het niveau van de nationale rechterlijke organisatie [...]".¹³²

162. Op de betrokken vraag van de verwijzende rechter moet worden geantwoord dat dit beginsel van institutionele soevereiniteit — onder voorbehoud van een effectieve rechtsbescherming — ook van toepassing is op eventuele schadevergoedingsacties van particulieren tegen de lidstaten wegens beslissingen van een hoogste rechterlijke instantie.

B — De respectieve rol van het Hof en de nationale rechters bij de beoordeling van de gegrondheid van een schadevergoedingsactie

163. Met zijn vijfde prejudiciële vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen of de gegrondheid van de schadevergoedingsactie in casu door hem of door het Hof dient te worden beoordeeld.

164. In het arrest Brasserie du pêcheur en Factortame heeft het Hof geoordeeld dat „het [...] zijn beoordeling niet in de plaats [kan] stellen van die van de nationale rechterlijke instanties, die bij uitsluiting bevoegd zijn om de feiten van de hoofdzaken vast te stellen en de betrokken

schendingen van het gemeenschapsrecht te kwalificeren".¹³³ Wel achtte het Hof het „nuttig bepaalde omstandigheden in herinnering te brengen die de nationale rechterlijke instanties in de beschouwing zouden kunnen betrekken".¹³⁴ Deze rechtspraak is door het Hof herhaaldelijk bevestigd.¹³⁵ Zij is volledig van toepassing op schadevergoedingsacties tegen de staat wegens schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie. Ik zal mij derhalve beperken tot enkele opmerkingen over de onderhavige zaak.

VIII — De onderhavige zaak

165. Met zijn derde en vierde vraag wenst de nationale rechter in wezen te vernemen of in casu aan de materiële voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid is voldaan.

166. Om te beginnen heeft de rechtsregel die zou zijn geschonden, te weten artikel 48 van het Verdrag, rechtstreekse werking. Deze bepaling heeft dus noodzakelijkerwijs tot doel rechten voor particulieren te doen ontstaan.¹³⁶ In artikel 48, lid 1, is het beginsel van het vrije verkeer van werk-

¹³³ — Punt 58.

¹³⁴ — Idem.

¹³⁵ — Zie met name de reeds aangehaalde arresten Konle (punt 59), Haim (punt 44) en Stockholm Lindöpark (punt 38).

¹³⁶ — Zie met name arresten van 4 december 1974, Van Duyn (41/74, Jurispr. blz. 1337, punten 5-8), en 15 december 1993, Bosman (C-415/93, Jurispr. blz. I-4921, punt 129).

132 — Idem.

nemers neergelegd. Dit houdt volgens lid 2 met name de afschaffing in van elke discriminatie op grond van nationaliteit tussen de werknemers der lidstaten, wat betreft de werkgelegenheid, de beloning en de overige arbeidsvoorwaarden. Deze verdragsbepalingen zijn uitgevoerd en nader uitgewerkt door verordening nr. 1612/68.

167. Bovendien heeft het Hof geoordeeld dat het in artikel 39, lid 2, EG vervatte en in verordening nr. 1612/68 uitgewerkte non-discriminatiebeginsel van toepassing is op „[i]edere gemeenschapsonderdaan die gebruik heeft gemaakt van het recht op vrij verkeer van werknemers en die een beroepswerkzaamheid in een andere lidstaat heeft uitgeoefend, [...] ongeacht zijn woonplaats en zijn nationaliteit”.¹³⁷ Bijgevolg heeft het feit dat de particulier die zich beroept op het non-discriminatiebeginsel onderdaan is van de betrokken lidstaat en niet van een andere lidstaat, volgens het Hof geen invloed op de toepassing van dit beginsel.¹³⁸ Op grond van deze rechtspraak mocht Köbler zich dus beroepen op het in artikel 39, lid 2, EG vervatte beginsel van non-discriminatie van werknemers.

168. Voorts verbiedt dit beginsel volgens vaste rechtspraak niet alleen zichtbare discriminaties op grond van nationaliteit,

maar ook alle vormen van verkapte discriminatie die, door toepassing van andere onderscheidingscriteria, in feite tot hetzelfde resultaat leiden.¹³⁹ In reeds aangehaalde het arrest O’Flynn heeft het Hof uitgemaakt dat „als indirect discriminerend [moeten] worden beschouwd de voorwaarden van nationaal recht die, hoewel zonder onderscheid naar nationaliteit van toepassing, hoofdzakelijk [...] of in de meeste gevallen [...] migrerende werknemers treffen, alsook de zonder onderscheid van toepassing zijnde voorwaarden waaraan nationale werknemers gemakkelijker kunnen voldoen dan migrerende werknemers [...], of die in het bijzonder voor migrerende werknemers nadelig kunnen uitvallen”.¹⁴⁰

169. Gelet op deze rechtspraak is er duidelijk indirecte discriminatie wanneer als voorwaarde voor toekenning van de bijzondere anciënniteitstoelage vijftien jaar anciënniteit als hoogleraar aan — uitsluitend — Oostenrijkse universiteiten wordt gesteld. Deze voorwaarde kan namelijk nadelig uitvallen, meer bepaald voor migrerende werknemers, dat wil zeggen werknemers die hun recht op vrij verkeer hebben uitgeoefend. Het gaat om personen die, net als Köbler, hun lidstaat van herkomst hebben verlaten om in een andere lidstaat te gaan werken, en vervolgens naar hun herkomststaat terugkeren om daar hun loopbaan voort te zetten.

¹³⁷ — Zie arrest van 22 november 1995, Vougioukas (C-443/93, Jurispr. blz. I-4033, punten 38-42). Zie ook arrest van 23 februari 1994, Scholz (C-419/92, Jurispr. blz. I-505, punt 9).

¹³⁸ — Arrest Scholz, reeds aangehaald (punt 8).

¹³⁹ — Zie met name arresten van 12 februari 1974, Sotgiu (152/73, Jurispr. blz. 153, punt 11); 21 november 1991, Le Manoir (C-27/91, Jurispr. blz. I-5531, punt 10); 10 maart 1993, Commissie/Luxemburg (C-111/91, Jurispr. blz. I-817, punt 9); Scholz, reeds aangehaald (punt 7), en 23 mei 1996, O’Flynn (C-237/94, Jurispr. blz. I-261, punt 17).

¹⁴⁰ — Punt 18.

170. Mijns inziens kan bezwaarlijk worden aangenomen dat het Verwaltungsgerichtshof een verschoonbare rechtsdwalig heeft begaan door te oordelen dat een dergelijke indirect discriminerende voorwaarde redelijkerwijs gerechtvaardigd wordt door de wens om de trouw van een werknemer aan zijn werkgever te belonen.

172. In casu is het jammer dat het Verwaltungsgerichtshof niet heeft onderzocht of het evenredigheidsbeginsel is geëerbiedigd. Het is immers nauwelijks aannemelijk dat de betrokken anciënniteitsvoorwaarde evenredig is aan het ter rechtvaardiging aangevoerde doel. Zij gaat zonder twijfel verder dan noodzakelijk is voor dit doel.¹⁴³

171. Ook al zou deze rechtvaardiging in casu wel worden aanvaard, op grond dat de Oostenrijkse universiteiten — anders dan in de reeds aangehaalde zaak Schöning-Kougebetopoulou — onder slechts één werkgever vallen, dan zou de hoogste rechterlijke instantie immers altijd nog moeten nagaan of de betrokken anciënniteitsvoorwaarde evenredig is aan een dergelijk doel. Het Hof heeft dit algemene evenredigheidsvereiste herhaaldelijk bevestigd.¹⁴¹ Het heeft hierop ook gewezen in punt 21 van het arrest Schöning-Kougebetopoulou dat het heeft toegezonden aan het Verwaltungsgerichtshof naar aanleiding van diens verwijzingsbeschikking, ook al oordeelde het Hof in die zaak dat het belonen van de trouw van een werknemer aan een bepaalde werkgever geen relevante rechtvaardigingsgrond was. In die zaak hoefde derhalve voor de oplossing van het hoofdgeding niet te worden onderzocht of de betrokken anciënniteitsvoorwaarde evenredig was aan een dergelijk doel.¹⁴²

173. Bovendien had deze hoogste rechterlijke instantie haar prejudiciële vraag moeten handhaven of desnoods aanvullen, om duidelijkheid te verkrijgen over de draagwijdte van het arrest Schöning-Kougebetopoulou. Uitgaande van het arrest Cilfit e.a. kon het Verwaltungsgerichtshof er moeilijk echt van overtuigd zijn dat de juiste toepassing van het gemeenschapsrecht zo voor de hand lag dat er geen enkele gerechtvaardigde twijfel kon bestaan omtrent de wijze waarop de betrokken rechtsvraag moest worden opgelost, en dat deze oplossing evident was voor zowel de rechterlijke instanties van de andere lidstaten als het Hof.¹⁴⁴

141 — Zie met name arrest van 2 augustus 1993, Allué e.a. (C-259/91, C-331/91 en C-332/91, Jurispr. blz. I-4309, punt 15), en arrest O'Flynn, reeds aangehaald (punt 19), alsmede het — enkele maanden voor de uitspraak van het Verwaltungsgerichtshof gewezen — arrest van 12 maart 1998, Commissie/Griekenland (C-187/96, Jurispr. blz. I-1095, punt 19).

142 — Zie arrest Schöning-Kougebetopoulou, reeds aangehaald (punten 26 en 27).

143 — Dit heeft het Hof overigens later geoordeeld met betrekking tot een voor het vrije verkeer van personen minder beperkende Oostenrijkse regeling. Volgens deze regeling worden voorafgaande tijdvakken van arbeid vervuld in andere lidstaten in aanmerking genomen voor de berekening van de beloning van docenten, echter onder striktere voorwaarden dan die welke gelden voor de in Oostenrijk vervulde tijdvakken. Nadat het Hof op grond van het grote aantal werkgevers, de beloning van trouwe dienst als rechtvaardigingsgrond had afgewezen, gaf het aan dat de litigieuze discriminerende beperking hoe dan ook niet evenredig was aan de genoemde doelstelling (zie arrest van 30 november 2000, Österreichischer Gewerkschaftsbund, C-195/98, Jurispr. blz. I-10497, punt 50).

144 — Zie arrest Cilfit e.a., reeds aangehaald (punt 16).

174. Derhalve dient op de prejudiciële vragen van de verwijzende rechter te worden geantwoord, dat artikel 39 EG aldus moet worden uitgelegd dat het ertoe strekt rechten aan particulieren toe te kennen. Onder omstandigheden als die van het hoofdgeding kan ervan worden uitgegaan

dat de door het Verwaltungsgerichtshof met betrekking tot de betekenis en draagwijdte van dit verdragsartikel begane rechtsdwaling onverschoonbaar is, en dus tot aansprakelijkheid van de staat kan leiden.

IX — Conclusie

175. Gelet op een en ander, geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Landesgericht für Zivilrechtssachen Wien te beantwoorden als volgt:

„1) Het beginsel dat lidstaten verplicht zijn de schade te vergoeden die particulieren lijden als gevolg van schendingen van het gemeenschapsrecht die aan deze lidstaten kunnen worden toegerekend, geldt ook wanneer de verweten schending door een hoogste rechterlijke instantie is begaan.

2) Wanneer een schending van het gemeenschapsrecht door een lidstaat is toe te rekenen aan een hoogste rechterlijke instantie, hebben de benadeelde particulieren recht op schadevergoeding wanneer de geschonden regel van gemeenschapsrecht ertoe strekt rechten aan hen toe te kennen, de schending voldoende gekwalificeerd is en er een rechtstreeks causaal verband bestaat tussen deze schending en de door hen geleden schade. Onder dit voorbehoud

rust op de staat de verplichting om binnen het kader van het nationale aansprakelijkheidsrecht de nadelige gevolgen van de aan hem toe te rekenen schending van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken, met dien verstande dat de in het nationale recht vastgelegde 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 in de praktijk onmogelijk of uiterst moeilijk maken.

- 3) Het beginsel dat het, onder voorbehoud van een effectieve rechtsbescherming, aan de rechtsorde van elke lidstaat staat om de rechterlijke instantie aan te wijzen die bevoegd is om kennis te nemen van geschillen betreffende individuele rechten die aan de communautaire rechtsorde worden ontleend, is van toepassing op schadevergoedingsacties van particulieren tegen een lidstaat wegens schending van het gemeenschapsrecht door een hoogste rechterlijke instantie.

- 4) De nationale rechters zijn bij uitsluiting bevoegd om te bepalen of aan de materiële voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid voor beslissingen van een hoogste rechterlijke instantie is voldaan, en met name om te bepalen of de rechtsdwaling die aan de betrokken schending van het gemeenschapsrecht ten grondslag ligt al dan niet verschoonbaar is. Daarbij kunnen zij rekening houden met de opmerkingen die het Hof in dit verband heeft gemaakt.

- 5) Artikel 39 EG moet aldus worden uitgelegd dat het ertoe strekt rechten aan particulieren toe te kennen. Onder omstandigheden als die van het hoofdgeding kan ervan worden uitgegaan dat de door de betrokken hoogste rechterlijke instantie met betrekking tot de betekenis en draagwijdte van dit verdragsartikel begane rechtsdwaling onverschoonbaar is, en dus tot aansprakelijkheid van de staat kan leiden.”