

HET FRANCOVICH-ARREST EN ONRECHTMATIGE WETGEVING NAAR NEDERLANDS RECHT

door
A.J. BOK(*)

1. ALGEMEEN

Elders in dit nummer bespreekt W. van Gerven de consequenties van het Francovich-arrest⁽¹⁾ voor het Europese en het Belgische recht. Dit artikel behandelt acties uit onrechtmatige wetgeving ex art. 6:162 Nederlands Burgerlijk wetboek, in het licht van hetzelfde arrest.

Daartoe wordt in eerste instantie in *par. 2* beschreven, op welke wijze men in Nederland bij de gewone rechter kan opkomen tegen daden van onrechtmatige wetgeving. De toepasselijkheid van art. 6:162 B.W. op daden van wetgeving, de vereisten voor aansprakelijkheid en de mogelijke dicta komen daarbij aan de orde.

Vervolgens worden enkele voorbeelden uit het verleden genoemd, waarbij formele en materiële wetgeving door de gewone rechter onrechtmatig werd verklaard, wegens strijd met het E.G.-recht, resp. niet tijdige of onjuiste implementatie van E.G.-regelgeving (*par. 3*). Tenslotte wordt in *par. 4* nagegaan, in hoeverre het Francovich-arrest tot wijzigingen leidt in het Nederlandse regime inzake onrechtmatige wetgeving.

2. ONRECHTMATIGE WETGEVING EX ARTIKEL 6:162 B.W.

In België kan men bij de Afdeling administratie van de Raad van State vernietigingsberoep instellen tegen zogeheten reglementen (door het bestuur vastgestelde algemene regelingen). Een dergelijke beroepsmogelijkheid tegen algemene regelingen staat bij de Nederlandse administratieve rechters niet open. In vrijwel alle bestaande procesregelingen is het beroep tegen algemeen verbindende voor-

(*) Mr. BOK, A.J. is verbonden aan de Stafafdeling Algemeen Wetgevingsbeleid van het Nederlandse Ministerie van Justitie. Voordien was hij universitair docent bij de vakgroep Bestuursrecht en Bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen.

(1) H.v.J.E.G., 19 november 1991, gevoegde zaken Francovich/Bonifaci, *Jurispr.*, 1991, I-5357.

schriften, resp. tegen besluiten van algemene strekking uitgesloten. Ook in de komende Algemene wet bestuursrecht wordt tegen algemeen verbindende voorschriften geen beroep opengesteld.(2)

Eén en ander betekent echter niet, dat de Nederlandse burger rechtsbeschermingsmogelijkheden tegen algemene regelingen ontbeert. Hij beschikt nl. over de mogelijkheid om bij de gewone rechter een actie in te stellen ex art. 6:162 (1401 oud) B.W.(3), wegens onrechtmatige wetgeving. De mogelijkheid van een dergelijke actie is door de H.R. voor het eerst erkend in het *Pocketbook II-arrest* van 1969.(4)

In dit arrest handelde het om de Vestigingsbeschikking boekverkoopbedrijf 1958 (een ministeriële regeling), waarin het uitoefenen van het boekverkoopbedrijf afhankelijk was gesteld van een vergunning. Deze Vestigingsbeschikking was door de H.R. bij het *Pocketbook-I arrest* van 1960(5) onverbindend verklaard wegens strijd met de vrijheid van meningsuiting ex art. 7 G.w. Twee uitgeversmaatschappijen, die door de Beschikking omzetschade hadden geleden, vorderden vervolgens vergoeding daarvan via een 1401-procedure, stellende dat het vaststellen van de onverbindende Vestigingsbeschikking ten opzichte van hen een onrechtmatige daad was geweest. De H.R. aanvaardde deze stelling, overwegende:

„dat de Staat onrechtmatig handelt indien een Staatssecretaris, orgaan van de Staat, door een Beschikking als de onderhavige een verbod stelt op en daardoor sancties bedreigt tegen een handeling die ingevolge een bepaling van de Grondwet niet mag worden verboden; dat geen rechtsregel de toepasselijkheid van art. 1401 B.W. op de uitvaardiging van een dergelijke Beschikking uitsluit, beperkt of aan nadere vereisten onderwerpt, en ook de aard van de wetgevende functie van de overheid niet meebrengt dat art. 1401 B.W. bij onrechtmatig gebruik daarvan niet of slechts beperkt van toepassing zou kunnen zijn.”

Hoewel het arrest indertijd veel opzien baarde, kan niet gezegd

(2) Zie art. 8.1.1.2 nieuw A.w.b., zoals neergelegd in het wetsontwerp Voltuiging eerste fase herziening rechterlijke organisatie, *T.K.*, 1991-1992, 22 495. Overigens wordt in de literatuur wel bepleit om bij de administratieve rechter mede een vernietigingsberoep tegen algemeen verbindende voorschriften open te stellen. Zie VAN MALE, R.M., *Rechter en Bestuurswetgeving*, diss., Zwolle, 1988 en BOX, A.J., *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, diss. Deventer 1991.

(3) Per 1 januari 1992 — de inwerkingtredingsdatum van het (Nieuw) Burgerlijk Wetboek — is voor het oude onrechtmatige daads-artikel (art. 1401) het nieuwe art. 6:162 in de plaats getreden. Hieronder worden deze wetsartikelen zonder nader onderscheid gehanteerd.

(4) H.R., 24 januari 1969, *N.J.*, 1969, 316, nt. H.D., *A.R.B.*, 1969, p. 194, nt. STELLINGA en *A.A.e.*, 1969, p. 266, met noten van TROOSTWIJK, M. en V.D. GRINTEN, W.C.L.

(5) H.R., 22 maart 1960, *N.J.*, 1960, 274, nt. W.P.

worden dat van de door de H.R. geopende mogelijkheid om tegen onrechtmatige wetgeving in de zin van art. 1401 B.W. op te komen aanstonds massaal gebruik is gemaakt. Pas in de jaren tachtig zijn gaandeweg meer procedures op dit terrein bij de gewone rechter aangespannen, in het bijzonder bij de President van de rechtbank te Den Haag.(6) Momenteel kan men van een „gevestigde” praktijk van acties uit onrechtmatige wetgeving spreken.

2.1. Vereisten voor aansprakelijkheid

Wil het tot een veroordeling wegens onrechtmatige daad — en derhalve ook wegens onrechtmatige wetgeving — in de zin van art. 1401 (huidig 6:162) B.W. komen, dan dient aan de volgende voorwaarden te zijn voldaan: *a.* onrechtmatig handelen; *b.* toerekenbaarheid; *c.* schade, resp. een gelaedeerd belang; *d.* causaliteit en *e.* relativiteit.

Ik loop deze punten kort na, wat betreft onrechtmatige wetgeving.(7)

a. Onrechtmatigheid

Art. 6:162 B.W. noemt als categorieën van onrechtmatigheid: inbreuk op eens anders recht, handelen in strijd met een wettelijke plicht of handelen in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. In de onrechtmatige wetgevingsjurisprudentie worden intussen deze categorieën in de praktijk niet gehanteerd, maar veeleer het onderscheid tussen strijd met het geschreven, resp. het ongeschreven recht.

Dat een regeling onrechtmatig is, indien deze in strijd komt met een hogere *geschreven* regeling, is onomstreden. Zie reeds de hierboven omschreven casuspositie van het Pocketbook II-arrest, waar het ging om strijd tussen een ministeriële regeling en een Grondwetsbepaling. Ook andere (beweerde) vormen van collisie tussen geschreven regelingen doen zich voor, bijvoorbeeld strijd van een algemene maatre-

(6) Dit laatste samenhangend met de omstandigheid dat verreweg de meeste onrechtmatige wetgevingsacties worden aangespannen tegen regelingen, vastgesteld door de Rijksoverheid, en de Staat in Den Haag domicilie heeft.

(7) Nader omtrent deze vereisten, in het geval van onrechtmatige wetgeving: VAN BUUREN, P.J.J. en POLAK, J.E.M., „De rechter en onrechtmatige wetgeving”, N.J.V.-preadviezen 1987, *Handelingen N.J.V.*, 1987, Deel 1, tweede stuk, Zwolle 1987 en mijn: *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, 147-167.

gel van bestuur met een formele wet(8), of strijd van een gemeentelijke verordening met een hogere regeling op Rijksniveau.(9)

Strijd tussen formele wetgeving en de Grondwet onttrekt zich aan een beoordeling van de rechter, als gevolg van het toetsingsverbod van art. 120 Gw.

Daarentegen staat art. 94 Gw. het de rechter wel toe om formele wetgeving te toetsen aan rechtstreeks werkende verdragsbepalingen. Geruchtmakend — mede vanwege hun financiële consequenties — waren bijvoorbeeld uitspraken waarin bepalingen van de Wet Uitkeringen Vervolgingssslachtoffers, de Algemene Arbeidsongeschiktheidswet en de Algemene Weduwen- en Wezenwet in strijd werden geacht met het discriminatieverbod van art. 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten(10).

Ook een toetsing aan bepalingen van het E.G.-recht komt voor; deze gevallen worden in par. 3 nader onder de loep genomen.

Toetsing van geschreven regelingen aan *ongeschreven* rechtsbeginselen is een ontwikkeling van de laatste jaren. De H.R. heeft de mogelijkheid om lagere regelgeving te toetsen aan ongeschreven recht aanvaard in het Landbouwwliegersarrest van 1986(11), zij het beperkt tot een toets op willekeur; schending van andere beginselen van behoorlijk bestuur (in het arrest kwamen het motiverings- en zorgvuldigheidsbeginsel ter sprake) zou alleen een daad van onrechtmatige regelgeving opleveren, indien die schending mede als een daad van willekeur aan te merken zou zijn. Het hoogste rechtscollege is echter betrekkelijk snel van deze beperkte benadering afgestapt(12) en acht thans ook een toetsing van geschreven regelingen aan ongeschreven beginselen in het algemeen mogelijk.

De lagere rechtspraak had al eerder deze weg bewandeld en heeft in

(8) Zie bijv. Pres. Rb., Den Haag 18 juli 1986, *K.G.*, 1986, 360, gevolgd door Hof Den Haag, 17 februari 1988, *K.G.*, 1988, 171, waarin werd gesteld, dat de Inschalingsregeling ex-hoofden kleuterscholen in strijd was met de art. 1 Wet Gelijke Behandeling mannen en vrouwen in burgerlijke overheidsdienst en art. 1637ij B.W., echter tevergeefs, nu de maatregel niet alleen vrouwen, maar ook mannen trof.

(9) Pres. Rb. Rotterdam, 30 september 1980, *N.J.*, 1980, 560: Woonruimteverordening Rotterdam hanteert een door de Woonruimtetwet 1947 niet toegestaan criterium.

(10) C.R.v.B., 14 mei 1987, *R.S.V.*, 1987, 246, nt. LEVELT-OVERMARS (W.U.V.), C.R.v.B., 5 januari 1988, *R.S.V.*, 1988, 104 (A.A.W.) en C.R.v.B., 7 december 1988, *N.J.B.*, 1988, p. 1688 (A.W.W.). Het betrof hier overigens geen acties ex art. 6:162 B.W. voor de gewone rechter, wegens onrechtmatige wetgeving, maar om zaken voor de sociale verzekeringsrechter, waarbij in het kader van het beroep tegen een uitvoeringsbeschikking de exceptie van onverbindendheid van de achterliggende wettelijke regeling was ingeroepen.

(11) H.R., 16 mei 1986, *N.J.*, 1987, 251, nt. M.S., *A.B.*, 1986, 574, nt. P.v.B., *RegelMaat*, 1986, p. 167, nt. I.C.v.d.V.

(12) H.R., 19 mei 1987, *A.B.*, 1988, 216 (Anti-crossbepaling A.P.V. Nunspeet).

de afgelopen jaren, in het kader van acties wegens onrechtmatige wetgeving ex art. 6:162 B.W., geschreven regelingen aan verschillende ongeschreven beginselen getoetst, waarbij met name genoemd kunnen worden het verbod van willekeurige of onredelijke wetgeving, het verbod van détournement de pouvoir en het zorgvuldigheidsbeginsel.(13)

Toetsing van de formele wet aan ongeschreven rechtsbeginselen stuit echter, naar de huidige stand van zaken, af op het toetsingsverbod van art. 120, zo heeft de H.R. uitgemaakt in het Harmonisatiewet-arrest.(14)

b. Toerekenbaarheid

Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad vergt dat de daad aan de pleger kan worden toegerekend. Dit is het geval indien de daad te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, aldus art. 6:162 lid 3 B.W.

Uit het Van Gelder-arrest(15) volgt, dat hiervan in beginsel steeds sprake is, indien de overheid een regeling vaststelt die in strijd is met een hogere geschreven regeling. In casu ging het om het Uitvoeringsbesluit verontreiniging rijkswateren, dat in strijd was met de Wet verontreiniging oppervlaktewateren. De H.R. overwoog: „Ingeval een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen is daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam gegeven.”

Met deze vrijwel automatische toerekening kan worden ingestemd. Wanneer het om daden van wetgeving gaat, mag bij uitstek van het uitvaardigende overheidsorgaan verwacht worden, dat het er zich van vergewist, dat de betreffende regeling in overeenstemming is met

(13) Zie voor een overzicht van de toetsing van geschreven regels aan ongeschreven rechtsbeginselen uitgebreid VAN MALE, *Rechter en bestuurswetgeving*, hfdst. 23-29 (VAN MALE behandelt overigens niet alleen de toetsing in het kader van art. 6:162 B.W., maar ook de indirecte toetsing naar aanleiding van een exceptie van onverbindendheid) en mijn: *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, p. 152-163.

(14) H.R., 14 april 1989, *N.J.*, 1989, 469, nt. M.S., *A.B.*, 1989, 207, nt. F.H.v.d.B., *A.A.e.*, 1989, p. 578, nt. HIRSCH BALLIN. De H.R. vermeldde echter uitvoerig een aantal ontwikkelingen sinds de totstandkoming van de herziene Grondwet van 1983, die in de richting van een restrictieve interpretatie van het toetsingsverbod wijzen, terwijl — weliswaar terzijde, maar niettemin — het oordeel werd uitgesproken dat de Harmonisatiewet in strijd was met het rechtszekerheidsbeginsel. De kans lijkt daarom niet uitgesloten dat de H.R. in een later stadium wel een toetsing van formele wetgeving aan ongeschreven recht zal aanvaarden. Vgl. de noot van SCHELTEMA bij het arrest.

(15) H.R., 9 mei 1986, *N.J.*, 1987, 252, nt. M.S.

hogere regelingen. Cf. Scheltema in diens noot bij het van Gelder-arrest: „Zeker voor de overheid geldt, dat zij de wet moet kennen.” Onduidelijk is nog, of de automatische toerekening ook geldt, indien de overheid een regeling heeft getroffen, die in strijd is met het ongeschreven recht. Weliswaar heeft de H.R. recent in het arrest Van Gog-Nederweert uitgemaakt dat een concrete beschikking, die door de administratieve rechter is vernietigd wegens strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, een onrechtmatige daad oplevert die in beginsel voor rekening van het betreffende overheidslichaam komt.(16) Daarmee is echter nog niet met zoveel woorden gezegd dat hetzelfde geldt bij een algemene regeling, die in strijd is met een ongeschreven rechtsbeginsel.

c. Schade, resp. een gelaedeerd belang

Verder dient er schade geleden te zijn, of dient althans een rechtens beschermd belang te zijn gelaedeerd.

Indien door een onrechtmatige regeling schade is veroorzaakt, levert dit grond op voor een actie ex art. 6:162 B.W. Zie — opnieuw — het Pocketbook II-arrest, waar de uitgeverijen wegens omzetschade konden opkomen. Ook in het zojuist genoemde Van Gelder-arrest ging het om een ontvankelijke schadezaak.(17)

Voor 6:162-acties tegen de overheid is het intussen niet strikt noodzakelijk, dat men vermogensschade heeft geleden; ook het reeds geraakt zijn in een door het recht beschermd *belang* leidt tot een ontvankelijke vordering. Aldus de H.R. in het Westzijderveld-arrest.(18)

Terzake van de geleden schade, resp. het gelaedeerd belang kunnen uiteraard opkomen degene die de schade heeft geleden, resp. degene wiens belang is geschonden. Daarnaast worden bij acties uit onrecht-

(16) H.R., 31 mei 1991, *R.v.d.W.*, 1991, 143. Het arrest betrof een — bij de gewone rechter ingestelde — schadeclaim terzake van een aanschrijving tot bestuursdwang, die door de Afdeling rechtspraak was vernietigd wegens strijd met het ongeschreven willekeurverbod (de „c”-grond ex art. 8 lid 1 Wet Arob.).

(17) VAN GELDER had heffingen betaald op basis van het — naar later bleek: onrechtmatige — Besluit verontreiniging rijkswateren. Weliswaar waren de heffingen nadien terugbetaald, maar VAN GELDER had wel renteverliezen geleden, waarvoor vergoeding gevorderd werd.

(18) H.R., 29 maart 1974, *N.J.*, 1974, 344, met noten W.F.P. en G.J.S. Eisers verzetten zich tegen zandopspuitingen in de omgeving van hun woningen. De verwerende partij, de gemeente Zaandam, betoogde dat eisers niet-ontvankelijk dienden te worden verklaard, aangezien zij door de opspuitingen geen (im)materiële schade leden. De H.R. liet de vraag naar de schade echter buiten beschouwing en oordeelde eenvoudig, dat de door eisers „belangen” in het geding waren gebracht (storing van woongenot en dreigende sloop van de woningen) „van de soort die valt onder de bescherming die art. 1401 bedoelt te bieden”.

matige wetgeving in betrekkelijk ruime mate *belangengroeperingen* toegelaten. Had de H.R. elders uitgemaakt dat „de enkele doelomschrijving van een rechtspersoon deze nog niet bevoegd maakt om ter zake van de belangen, waarvan zij blijkens die omschrijving de behartiging op zich heeft genomen, bij de burgerlijke rechter een vordering in te stellen”(19), bij 6:162-acties tegen wetgeving is van deze terughoudendheid geen sprake.

Zie bijvoorbeeld het LSV-arrest en het WWV-arrest van het Haagse Hof(20), waarin werd overwogen dat het noch in het belang van de Staat noch in het belang van een goede procespleging zou zijn, wanneer allerhande individuele burgers eigen procedures aanhangig zouden maken tegen de betreffende regeling; op grond van deze overweging werden de Landelijke Specialistenvereniging, resp. de vakbond F.N.V. ontvankelijk verklaard in hun vordering.

Naast deze „proces-economische” overweging (het is doelmatiger dat één belangenorganisatie de procedure voert dan een veelheid van individuele leden) lijkt de rechter hier ook geleid door de gedachte, dat het opkomen tegen daden van wetgeving, die de aangesloten leden in het algemeen raken, bij uitstek op het terrein ligt van belangenorganisaties: hun taak is om te bewerkstelligen dat het overheidsbeleid (o.m. neergelegd in wettelijke regelingen) in het algemeen zo ingericht is, dat het belang van hun leden daardoor wordt bevorderd.(21)

d. Causaliteit en relativiteit

Tenslotte dient er, wil het tot een veroordeling wegens onrechtmatige wetgeving komen, een oorzakelijk verband te bestaan tussen de betreffende regeling en de geleden schade, resp. de schending van het belang van eiser (causaliteit). Tevens moet de geschonden norm strekken tot bescherming van het gelaedeerd belang (relativiteit). Beide vereisten hebben tot dusver in de onrechtmatige wetgevings-

(19) H.R., 27 juni 1986, *N.J.*, 1987, 173, nt. W.H.H., Nieuwe Meer-arrest. De H.R. maakte een uitzondering op dit uitgangspunt voor het geval dat een bundeling van belangen via een belangenorganisatie een efficiënte rechtsbescherming kan bevorderen.

(20) H.R., 1 juli 1983, *N.J.*, 1984, 360, nt. M.S., *A.B.*, 1984, 103, nt. F.H.v.d.B. (Landelijke Specialisten Vereniging tegen de Staat) en Hof Den Haag, 13 maart 1985, *N.J.*, 1985, 263 (W.W.V.-zaak; Vakbond F.N.V. tegen de Staat). Bij het L.S.V.-arrest ging het om een prijsmaatregel die in strijd was met de Prijzenwet, bij de W.W.V.-zaak was aan de orde dat de Wet Werkloosheidsvoorziening niet tijdig was aangepast aan de E.E.G.-Richtlijn gelijke behandeling mannen en vrouwen. Op de W.W.V.-zaak kom ik hieronder nog terug.

(21) Nader mijn: *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, 136.

jurisprudentie niet tot problemen geleid, reden waarom ik ze hier verder onbesproken laat.(22)

2.2. Mogelijke dicta

Art. 6:162 B.W. formuleert, evenals het oude art. 1401, de onrechtmatige daadsactie als een *schadevergoedingsactie*.

Veel belangrijker in de onrechtmatige wetgevings-rechtspraak zijn echter acties, waarbij een *verbod* tot toepassing van een regeling wordt gevorderd. De praktijk is, dat gedupeerde burgers (of hun belangenorganisaties) kort na de vaststelling van een beweerdelijk onrechtmatige regeling „op de ketting springen” en aan de gewone rechter een verbod vragen om de regeling in de toekomst toe te passen. Schade zal dan meestal nog niet geleden zijn; het streven is juist om via het verbod schade in de toekomst te voorkomen.

Daarnaast komt het ook een enkele maal voor dat een *gebod* tot vaststelling van een regeling of een *declaratoir*, inhoudende dat een bepaalde regeling onrechtmatig is, wordt gevraagd.

a. *Schadevergoeding*

Zoals zojuist gezegd, worden de meeste onrechtmatige wetgevings-acties als verbodsacties aangespannen, ter voorkoming van schade. Dat neemt niet weg, dat indien reeds schade is gevallen, vergoeding daarvan zonder meer mogelijk is en af en toe ook wordt toegewezen. Zie bijvoorbeeld het hierboven genoemde Pocketbook II-arrest en Van Gelder-arrest, waarbij schadevergoeding terzake van omzet- resp. renteverliezen werd toegekend.

b. *Buitenwerkingstelling*

De mogelijkheid om bij de gewone rechter een verbod terzake van onrechtmatige wetgeving te verkrijgen geeft daarom aanleiding tot veelvuldige vorderingen, doordat in Nederland de mogelijkheid ontbreekt om bij de administratieve rechter een vernietigingsberoep terzake van een regeling in te stellen.(23) Men heeft dus, anders dan in andere landen, niet de mogelijkheid om langs die weg aan het bestaan van de regeling een einde te maken. Ter voorkoming van

(22) Vgl. omtrent het relativiteitsvereiste, in relatie met acties uit onrechtmatige wetgeving nader POLAK, J.E.M., *N.J.V.-preadvies*, 1987, p. 142.

(23) Zie hierboven.

schade dient derhalve de gewone rechter met een verbodsactie ex art. 6:162 B.W. te worden benaderd.

Een verbodsactie terzake van regelgeving wordt meestal gegoten in een vordering tot *buitenwerkingstelling*, dat wil zeggen een algemeen verbod om de regeling toe te passen. Indien een regeling „buiten werking gesteld is”, is het de overheid met andere woorden verboden om enige handeling te verrichten, waardoor de regeling wordt geëffectueerd, hetzij in de zin van administratiefrechtelijke uitvoeringsbeschikkingen, hetzij in de zin van strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving van de regeling, hetzij anderszins.

De H.R. heeft de mogelijkheid van een dergelijke algemene buitenwerkingstelling aanvaard in het LSV-arrest, hierboven reeds genoemd. Wel maakte hij uit dat een dergelijke veroordeling in kort geding slechts kan worden uitgesproken, indien de aangevallen regeling „onmiskenbaar” onrechtmatig is.(24)

Hoewel bij een buitenwerkingstelling de regeling als zodanig intact blijft — slechts de toepassing van de regeling wordt in het algemeen verboden — benadert zij qua feitelijk effect de gevolgen van een vernietiging *erga omnes*.(25)

Soms komt een buitenwerkingstelling niet in aanmerking. Dat is het geval, indien de regeling wel ten opzichte van sommigen onrechtmatig is, maar niet ten aanzien van anderen. In die gevallen ziet men dat de rechter een verbod uitvaardigt om de regeling ten aanzien van *bepaalde* personen toe te passen.(26)

c. *Gebod tot vaststelling van een regeling*

Een enkele maal wordt niet een verbod tot toepassing van een bestaande regeling gevorderd, maar juist een gebod tot vaststelling van een nog niet tot stand gekomen regeling. De rechter is echter betrekkelijk terughoudend om een dergelijke vordering toe te wijzen. Vgl. de navolgende uitspraken.

(24) Met de eis van „onmiskenbare” onrechtmatigheid heeft de H.R. kennelijk willen voorkomen dat de rechter in kort geding te lichtvaardig tot een verregaande maatregel als buitenwerkingstelling overgaat. POLAK, J.E.M., *N.J.V.-preadvies*, 1987, p. 148 e.v., meent echter dat de vraag naar de „onmiskenbaarheid” van de onrechtmatigheid zich niet laat stellen: „Een regeling is niet een beetje of heel erg onrechtmatig, zij is onrechtmatig of niet.”

(25) *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, 180.

(26) Vgl. Pres. Rb. Den Haag, 26 juni 1986, *K.G.*, 1986, 320 (S.S.G.Z. tegen de Staat). Het Besluit Medefinanciering oudere ziekenfondsverzekerden was weliswaar onrechtmatig ten aanzien van de S.S.G.Z. (een studentenverzekeraar), maar niet ten aanzien van andere ziekteverzekeraars. De gevorderde (algemene) buitenwerkingstelling werd daarom afgewezen; wel werd het de Staat verboden het Besluit toe te passen ten opzichte van de S.S.G.Z.

— In de W.W.V.-zaak voor het Haagse Hof(27) was gevraagd om een rechterlijk gebod, inhoudende dat de Wet Werkloosheidsvoorziening vóór 1 maart 1985 diende te worden aangepast aan een E.E.G.-Richtlijn inzake gelijke behandeling van mannen en vrouwen. Een dergelijk gebod was in eerste instantie door de Pres. Rb. Den Haag toegewezen.(28) Het Hof overwoog echter dat de Grondwet aan de rechter niet de bevoegdheid geeft om aan de formele wetgever een opdracht tot wetgeving te geven en met name niet om die wetgeving voor een bepaald tijdstip te realiseren.

— Voor de Haarlemse President diende een geding terzake van de Winkelsluitingsverordening ter plaatse.(29) Gevorderd was een gebod tot vaststelling van een dergelijke verordening, waarin diende te worden bepaald dat winkels op bepaalde zondagen van het jaar geopend mochten zijn (B en W hadden toegezegd een dergelijke verordening te zullen bevorderen; de gemeenteraad had de verordening echter niet aanvaard). De Pres. overwoog dat voor een gebod aan de gemeente om voor een bepaalde datum een materieel-wettelijke regeling vast te stellen slechts aanleiding is, wanneer de vaststelling van de desbetreffende bepalingen vóór een bepaalde datum onmiskenbaar door een hogere regeling wordt voorgeschreven en de inhoud van de vast te stellen bepalingen in voldoende mate geconcretiseerd is. *I.c.* werd aan de eerste eis niet voldaan.

— Tenslotte de zaak m.b.t. het Verrichtingengetal huisartsen.(30) In geding stond vast — de Staat had dit ook erkend — dat het zg. verrichtingengetal, op basis waarvan de huisartsentarieven waren vastgesteld, feitelijk onjuist was. De Pres. oordeelde dat er onder deze omstandigheden geen bezwaar tegen bestond om de Staat een gebod tot wetgeving te geven, te weten een aanpassing van de tarieven, nu daarmee aan een onmiskenbaar onrechtmatige situatie een eind zou worden gemaakt.

Bij een gebod tot vaststelling spelen twee problemen. In de eerste plaats zal het veelal de vraag zijn, of er überhaupt rechtens een verplichting bestaat om de betreffende regeling vast te stellen. Is dit het geval, dan is de volgende vraag of in voldoende mate vaststaat, hoe de tot stand te komen regeling er uit moet zien.

Wordt, zoals de Haarlemse President het uitdrukte, „de vaststelling van de desbetreffende bepalingen vóór een bepaalde datum onmis-

(27) Hof Den Haag, 13 maart 1985, *A.B.*, 1985, 253, nt. F.H.v.d.B.

(28) Pres. Rb. Den Haag, 17 januari 1985, *N.J.*, 1985, 252.

(29) Pres. Rb. Haarlem, 10 oktober 1985, *A.B.*, 1986, 176, nt. F.H.v.d.B.

(30) Pres. Rb. Den Haag, 21 mei 1987, *K.G.*, 1987, 243.

kenbaar door een hogere regeling voorgeschreven en is de inhoud van de vast te stellen bepalingen in voldoende mate geconcretiseerd”, dan kan de rechter in beginsel een gebod geven om een regeling met een nader omschreven inhoud vast te stellen.

Neemt de rechter wel een verplichting aan om een regeling als zodanig vast te stellen, maar laat de hogere regeling de betreffende lagere regelgever vrij om zelf nader de inhoud van de te treffen regeling vast te stellen, dan zal de rechter zich moeten onthouden van inhoudelijke aanwijzingen en dient hij zich m.i. te beperken tot een gebod tot vaststelling sec. De rechter mag zich immers niet op de stoel van de wetgever plaatsen en in de „vormgevingsvrijheid” van de lagere regelgever treden.

In het kader van dit artikel is met name de vraag interessant, in hoeverre de rechter, indien hij op grond van een E.G.-Richtlijn een plicht tot het vaststellen van een nationale regeling aanwezig acht, nog nadere aanwijzingen mag geven omtrent de inhoud van deze regeling. Ik kom daarop hieronder nog terug.

Tenslotte nog de opvatting van het Haagse Hof in de W.W.V.-zaak, dat het de rechter ingevolge de Grondwet verboden is aan de Staat een bevel tot formele wetgeving te geven. Ik meen dat deze redenering alleen opgaat, indien uit de Grondwet zelf een plicht tot formele wetgeving voortvloeit. Ik zou het toetsingsverbod van art. 120 Gw. (de rechter mag een eenmaal tot stand gekomen formele wet niet aan de Grondwet toetsen) zo willen interpreteren dat het de rechter ook niet toegestaan is om het — in strijd met de Grondwet — uitblijven van een formele wet onrechtmatig te verklaren, resp. een gebod terzake te geven.

Anders is dit echter, indien de plicht tot regelgeving voortvloeit uit direct werkende bepalingen van internationale verdragen of van E.G.-recht. Vast staat, dat de rechter een reeds tot stand gekomen formele wet daaraan kan toetsen (in het geval van internationale verdragen op grond van art. 94 Gw., en in het geval van E.G.-recht op grond van de rechtstreekse werking van dat recht binnen de Lid-Staten(31)). Dit zo zijnde, zie ik geen beletsel voor een rechterlijk gebod tot formele wetgeving, indien uit verdrags- of E.G.-recht een dwingende verplichting tot regelgeving voortvloeit.(32)

(31) Het is goed zich te realiseren dat bij direct werkende bepalingen van E.G.-recht art. 94 Gw. niet van toepassing is. De directe werking vloeit in dat geval reeds voort uit de communautaire rechtsorde zelf. Aldus het Van Gend & Loos arrest (H.v.J.E.G., 5 februari 1963, *Jurispr.*, 1963, 1). Vgl. VAN GERVEN elders in dit nummer en CRIJNS, F.C.L.M., *Het Europese perspectief van het Nederlandse Staatsrecht*, Zwolle, 1984, 23-27.

(32) Vgl. ook: *Rechterlijke toetsing van regelgeving*, 176.

Ik kom ook op dit punt — dat uiteraard raakvlakken heeft met het Francovich-arrest — nog nader terug.

d. Declaratoir

Tenslotte een laatste dictum, waartoe een actie uit onrechtmatige wetgeving kan leiden: een verklaring voor recht, dat een regeling onrechtmatig is. Een dergelijk declaratoir — dat in het algemeen ex art. 6:162 toelaatbaar is — is in het verleden een enkele maal uitgesproken.(33)

De enige beperking is, dat een declaratoir — immers geen „voorlopige maatregel” — niet in kort geding verkregen kan worden; men zal daartoe derhalve een bodemprocedure moeten aanspannen.(34)

3. ONRECHTMATIGE WETGEVING WEGENS SCHENDING VAN E.G.-RECHT

Buitengewoon vaak komt het niet voor, dat in Nederland onrechtmatige wetgevingsacties ex art. 6:162 B.W. worden aangespannen, wegens strijd met het E.G.-recht. Hieronder vindt men enkele uitspraken, waar deze vraag aan de orde kwam. Daarbij kan worden onderscheiden tussen: *a.* Bestaande regelingen die in strijd zijn met de E.G.-verdragen of E.G.-Verordeningen en *b.* gevallen waarin E.G.-Richtlijnen onjuist of niet tijdig zijn geïmplementeerd.(35)

a. Strijd met E.G.-Verdragen of E.G.-verordeningen

Eerst enkele voorbeelden van regelingen waarbij de vraag speelde, of deze in strijd waren met de E.G.-verdragen of E.G.-verordeningen:

(33) Vgl. H.R., 6 mei 1983, *N.J.*, 1984, 361, nt. M.S. (Bullenbaai-arrest), waarin als verklaring voor recht werd gegeven, dat een belastingverordening van het Eiland Curaçao onverbindend en derhalve onrechtmatig was.

(34) Pres. Rb. Den Haag, 19 november 1987, *K.G.*, 1987, 529 (Tijdelijke regeling beperking capaciteit visserijvaartuigen).

(35) Strijd met het E.G.-recht wordt hier uitsluitend behandeld in het kader van art. 6:162-acties tegen regelgeving bij de gewone rechter. Buiten beschouwing blijven de — talrijker — gevallen waarin de administratieve rechter een achterliggende Nederlandsrechtelijke regeling (on)verbindend verklaart in het licht van het E.G.-recht, zulks in het kader van een beroep tegen een concrete uitvoeringsbeschikking. Vooral het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, dat (grof gezegd) oordeelt over economische ordeningswetgeving — waar E.G.-recht gemakkelijk in het zicht komt — wordt regelmatig tot een dergelijke toets geroepen. Zie bijvoorbeeld C.B.B., 24 januari 1976, *S.E.W.*, 1977, p. 579, nt. H.H.M. en C.B.B., 13 mei 1977, *A.B.*, 1977, 264, nt. In 't V., waarin Heffingsverordeningen van het Produktschap voor Siergewassen onverbindend werden verklaard wegens strijd met het E.E.G.-verdrag.

— Het Besluit Farmaceutische hulp ziekenfondsverzekerden werd — na prejudiciële beslissing van het H.v.J.E.G. — niet in strijd geacht met het verbod van handelsbelemmeringen ex art. 30 E.E.G.-verdrag.(36)

— Daarentegen werd de zg. Kabelregeling voor televisie-uitzendingen, wat betreft het ondertitelingsverbod voor buitenlandse uitzendingen, strijdig geoordeeld met het vrij verkeer van diensten ingevolge het E.E.G.-verdrag.(37)

— Geen strijd met het E.E.G.-recht leverde op de zg. Boomkorregeling (een visserijzaak). De toepassing van een nationale vangstbeperkingsregeling die strengere bepalingen bevatte dan regelingen van andere Lid-Staten was volgens de Pres. Rb. Den Haag niet discriminatoir in de zin van E.G.-Visserijverordening 101/76.(38)

— Ook de Kistenregeling kabeljauwvangst 1988 werd in overeenstemming geacht met E.G.-recht, in het bijzonder met de E.G.-Visserijverordening 170/83.(39)

b. Onjuiste of ontijdige implementatie van E.G.-Richtlijnen

— Een *onjuiste* implementatie van een E.E.G.-Richtlijn was vervat in het Uitvoeringsbesluit Omzetbelasting: de B.T.W.-plichtigheid van commerciële uitzendbureaus werd in strijd geacht met het verbod van concurrentievervalsing van de zesde E.E.G.-Richtlijn, nu niet-commerciële uitzendbureaus van B.T.W. waren vrijgesteld.(40)

— Ingevolge E.E.G.-Richtlijn 2057/82 dienen de Lid-Staten eisen te stellen aan de administratie van transacties van bepaalde soorten vis. Naar het oordeel van de Pres. Rb. Den Haag had de Staat daarnaast de autonome bevoegdheid om ook voor andere soorten vis soortgelijke regels vast te stellen.(41)

— Een voorbeeld van *ontijdige* implementatie gaf de reeds enkele malen genoemde WWV-zaak, waarbij de grief was dat Wet Werkloosheidsvoorziening ten onrechte niet was aangepast aan de E.E.G.-richtlijn inzake gelijke behandeling mannen en vrouwen. De

(36) Pres. Rb. Den Haag, 7 juni 1984, *K.G.*, 1984, 196, na prejudiciële beslissing van het H.v.J.E.G., dd. 7 februari 1984.

(37) Pres. Rb. Den Haag, 7 juni 1985, *K.G.*, 1985, 182, gevolgd door Hof Den Haag, 30 oktober 1985, *K.G.*, 1985, 374.

(38) Pres. Rb. Den Haag, 17 december 1987, *K.G.*, 1988, 24.

(39) Pres. Rb. Den Haag, 15 december 1988, *K.G.*, 1989, 40.

(40) Pres. Rb. Den Haag, 29 januari 1986, *K.G.*, 1986, 108, gevolgd door Hof Den Haag, 10 december 1987, *K.G.*, 1988, 121.

(41) Pres. Rb. Den Haag, 12 augustus 1986, *K.G.*, 86, 377.

Pres. Rb. Den Haag had de Staat het bevel gegeven om de W.W.V. vóór 1 maart 1985 aan de Richtlijn aan te passen.(42)

Dit vonnis werd echter door het Hof Den Haag vernietigd, op de reeds vermelde grond dat de Grondwet aan de rechter niet de bevoegdheid geeft om aan de formele wetgever een opdracht tot wetgeving te geven en met name niet om die wetgeving voor een bepaald tijdstip te realiseren.(43)

Wel werd aan het H.v.J.E.G. de prejudiciële vraag gesteld op welk tijdstip de Richtlijn rechtstreekse werking verkregen had. Nadat het H.v.J.E.G. had uitgemaakt dat dit per 23 december 1984 het geval was geweest(44) keerde de zaak naar het Hof terug. Aangezien de W.W.V. intussen bij Wet van 24 april 1985 was aangepast — waarbij de uitkeringen voor vrouwen en mannen vanaf december 1984 gelijk getrokken waren, maar tegelijkertijd ook de uitkeringsbedragen waren verlaagd: iedereen minder is ook gelijk! — resteerde slechts een beslissing van het Hof over de proceskosten.(45)

4. WAT BETEKENT HET FRANCOVICH-ARREST VOOR HET NEDERLANDSE REGIME INZAKE ONRECHTMATIGE WETGEVING?

De zojuist genoemde W.W.V.-zaak betrof een geval van niet tijdige implementatie van een E.G.-Richtlijn. Ook het Francovich-arrest ziet op die situatie. Het is daarom van belang te bezien, in hoeverre dit arrest wijzigingen brengt in het hierboven beschreven regime inzake onrechtmatige wetgeving ex art. 6:162 B.W. Daarbij kan ik over het Francovich-arrest zelf, gelet op de uitvoerige beschouwingen van Van Gerven elders in dit nummer, betrekkelijk kort zijn.

Het H.v.J.E.G. wijdt achtereenvolgens beschouwingen aan: *a.* de aansprakelijkheid van de Lid-Staten wegens schending van het E.G.-recht in het algemeen en *b.* de bijzondere condities voor aansprakelijkheid, bij het schenden van de verdragsverplichting van art. 189 E.E.G. terzake van het implementeren van Richtlijnen.

(42) Pres. Rb. Den Haag, 17 januari 1985, *K.G.*, 1985, 35.

(43) Hof Den Haag, 13 maart 1985, *A.B.*, 1985, 253, nt. F.H.v.d.B. Hierboven gaf ik reeds aan dat deze opvatting van het Hof, wanneer het gaat om de implementatie van direct werkende E.G.-bepalingen, m.i. onjuist is.

(44) H.v.J.E.G., 4 december 1986, *N.J.*, 1987, 846, nt. P.A.S.

(45) Hof Den Haag, 23 juni 1988, *K.G.*, 1988, 351.

a. De aansprakelijkheid van Lid-Staten wegens schending van het E.G.-recht in het algemeen

Het Hof schetst allereerst een aantal reeds in eerdere arresten neergelegde uitgangspunten, zoals de rechtstreekse doorwerking van het E.G.-recht in de rechtsorde van de Lid-Staten (r.o. 31), alsook de verplichting van de Lid-Staten om de toepassing van het E.G.-recht in hun eigen rechtsorde ten volle te verzekeren en rechten die het E.G.-recht aan particulieren toekent te beschermen (r.o. 32). Daartoe is onmisbaar dat er een mogelijkheid tot rechtsherstel voor particulieren bestaat, indien de Lid-Staat niet aan zijn verdragsverplichtingen voldoet (r.o. 34).

Al met al concludeert het Hof dat het gemeenschapsrecht het beginsel omvat, dat Lid-Staten verplicht zijn de schade te vergoeden die aan particulieren wordt berokkend als gevolg van door hen gepleegde schendingen van het gemeenschapsrecht (r.o. 37). Daartoe wordt mede een beroep gedaan op het systeem van het Verdrag (r.o. 35) en de gemeenschapstrouw ex art. 5 E.E.G.-Verdrag (r.o. 36).

Schending van het gemeenschapsrecht door Lid-Staten kan op vele wijzen plaatsvinden, bijvoorbeeld door administratieve beschikkingen of feitelijke handelingen. Hier beperk ik mij tot schending van het gemeenschapsrecht door vaststelling of instandhouding van met dit recht strijdige nationale regelingen.⁽⁴⁶⁾

In het algemeen kan worden gezegd, dat het Nederlandse rechtsbeschermingssysteem op dit terrein voldoet aan het door het Hof omschreven aansprakelijkheidssysteem. Immers, indien de Nederlandse overheid een regeling vaststelt, die onrechtmatig is wegens strijd met het E.G.-recht, staat ingevolge het Pocketbook II-arrest een actie bij de gewone rechter open ex art. 6:162 B.W. Uit de hierboven gereleveerde jurisprudentie blijkt, dat schending van het gemeenschapsrecht als een onrechtmatige daad in de zin van dit Nederlandse wetsartikel wordt aangemerkt en als zodanig ook tot een veroordeling tot schadevergoeding kan leiden.

Vraag kan zijn of het door het Hof ontwikkelde aansprakelijkheidsregime ook andere veroordelingen dan die tot schadevergoeding omvat. Daarbij valt met name te denken aan een *verbod* tot het toepassen van met E.G.-recht strijdige nationale regelgeving of een *gebod* tot nationale regelgeving, indien het E.G.-recht zulks vergt.

(46) Met andere woorden, de in par. 3, sub a onderscheiden categorie.

Van Gerven in dit nummer en Prechal(47) menen dat iedere vorm van genoegdoening, derhalve ook een ge- of verbod, in aanmerking komt om de schade ongedaan te maken.

Men kan er enige twijfel bij hebben of de in r.o. 37 van het arrest gehanteerde term „réparation des dommages” wel zo ruim uitgelegd moet worden. Anderzijds valt er op te wijzen dat het Hof ook reeds in eerdere arresten een daadwerkelijke rechtsbescherming heeft geëist in het geval van schending van gemeenschapsrecht.(48) En, zo kan men vragen, brengt een „daadwerkelijke rechtsbescherming” niet mee dat, naast vergoeding van reeds gevallen schade, ook schade voorkomen moet kunnen worden door een ge- of verbod?

Wat hiervan zij, ingevolge het Nederlandse art. 6:162 B.W. kan op zichzelf een ge- of verbod tot wetgeving gegeven kan worden (par. 2.1.). Zoals uiteengezet, bestaat de mogelijkheid tot een gebod m.i. ook dan, indien het gaat om een formele wet die niet tijdig is aangepast aan een E.G.-Richtlijn.(49)

Wel dient hier opnieuw aandacht gevraagd te worden voor de problemen, die de rechter bij een gebod tot wetgeving kan ondervinden. De rechter mag zich niet op de stoel van de wetgever plaatsen. Indien derhalve niet voldoende duidelijk is, hoe de tot stand te brengen regeling er inhoudelijk uit moet zien, dient de rechter zich te beperken tot het geven van een gebod tot vaststelling sec. In de nadere „vormgevingsvrijheid” van de regelgever zal hij niet mogen treden.(50)

Rechterlijke terughoudendheid op dit punt zal met name geboden zijn bij Richtlijnen, die slechts resultaatsverplichtingen op de Lid-Staten leggen, maar voor het overige de Lid-Staten de vrijheid laten om vorm en middelen te kiezen om dit resultaat te bereiken. Naarmate intussen de Richtlijn gedetailleerder voorschriften inhoudt, zal de rechter ook meer ruimte hebben om bij een gebod inhoudelijke aanwijzingen, conform de Richtlijn, te geven.

(47) VAN GERVEN, nr. 11 en PRECHAL, S. noot bij het Francovich-arrest in Actualiteitenkatern *Nemesis*, 1992, nr. 1.

(48) Zie bijv. recent het Factortame-arrest, H.v.J.E.G., 1990, *Jurispr.*, 1990, I-2433, waarnaar het Hof in r.o. 32 van het Francovich-arrest ook verwijst.

(49) Anders Hof Den Haag, 13 maart 1985, *A.B.*, 1985, 253, nt. F.H.v.d.B. (W.W.V.-zaak), hierboven (per. 2.1. sub c) bestreden.

(50) Vgl. de benadering van de Pres. Rb. Haarlem, 10 oktober 1985, *A.B.*, 1986, 176, nt. F.H.v.d.B. (Winkelsluitingsverordening Haarlem), hierboven besproken.

b. Conditioes voor aansprakelijk bij het niet, niet tijdig of onjuist implementeren van Richtlijnen

Na de overwegingen inzake de aansprakelijkheid van Lid-Staten in het algemeen omschrijft het Hof nader de aansprakelijkheid bij het schenden van de verdragsplicht ex art. 189 E.E.G. om Richtlijnen in de eigen rechtsorde te implementeren.

Daartoe dient aan drie condities te zijn voldaan: (I) Het door de Richtlijn voorgeschreven resultaat moet de toekenning van rechten aan particulieren inhouden; (II) de inhoud van deze rechten moet kunnen worden vastgesteld op basis van de Richtlijn en (III) er moet een causaal verband bestaan tussen het schenden van de implementatieplicht door de Lid-Staat en de schade, die de eiser heeft geleden (r.o. 40).

Deze condities zijn exclusief; andere voorwaarden worden ten aanzien van de aansprakelijkheid van de Lid-Staat niet gesteld (r.o. 41). Het is aan de Lid-Staten om in hun eigen rechtsorde de bevoegde rechter aan te wijzen en procedureregels vast te stellen om deze aansprakelijkheid te effectueren, zij het dat daarbij niet een zodanig restrictieve regeling mag worden getroffen dat de mogelijkheden tot het verkrijgen van schadevergoeding illusoir worden (r.o. 42 en 43).

De hierboven omschreven condities voor aansprakelijkheid terzake van het implementeren van Richtlijnen zullen tot vele nadere kwesties kunnen leiden. Notoir lastig is bijvoorbeeld de vraag, wanneer een Richtlijn nu precies „rechten” aan particulieren toekent. Ook de voorwaarde dat de inhoud van deze rechten moet kunnen worden „vastgesteld” op basis van de Richtlijn biedt niet op voorhand alle duidelijkheid.(51)

Hoe dit ook zij, de materiële betekenis van het Francovich-arrest voor de Nederlandse rechter is dat, indien aan de bovengenoemde condities is voldaan, *steeds* zal moeten geoordeeld dat de Staat een onrechtmatige daad in de zin van art. 6:162 heeft gepleegd. Een beoordeling van de aansprakelijkheid naar Nederlands recht komt niet meer aan de orde; deze vraag wordt rechtstreeks beheerst door het Europese recht.(52)

Tevens betekent dit, dat ook dat eventuele aanvullende onrechtmatigheidsvereisten naar Nederlands recht niet meer van toepassing

(51) Vgl. VAN GERVEN in dit nummer, nr. 14.

(52) Dat geldt niet alleen ten aanzien van de condities I en II (het bestaan van aan de hand van de Richtlijn vast te stellen rechten van particulieren; ook het causaliteitsbegrip (III) zal waarschijnlijk Europeesrechtelijk moeten worden ingevuld. Vgl. BETLEM, G. en ROOD, E., „Francovich-aansprakelijkheid”, *N.J.B.*, 1992, 252.

zijn. Zie ik het goed, dan heeft dit laatste m.n. op twee punten consequenties: bij aansprakelijkheid terzake van de implementatie van E.G.-Richtlijnen zal het vereiste van toerekenbaarheid in het geheel niet meer aan de orde komen; daarnaast zal ook de eis van „onmiskerbare” onrechtmatigheid — die in kort geding geldt terzake van een buitenwerkingstelling — bij Francovich-aansprakelijkheid m.i. niet meer gelden.(53)

— Hierboven (par. 2.1. sub b) werd uiteengezet dat de H.R. *toerekenbaarheid* bij onrechtmatige overheidsdaden in beginsel aanwezig acht.

Vgl. het van Gelder-arrest, waarin werd geoordeeld dat indien de overheid een onrechtmatige regeling uitvaardigt „daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam is gegeven.” De H.R. laat echter met de toevoeging „in beginsel” toch nog een kiertje open voor een eventuele disculpatie van de overheid. Ook in het later gewezen arrest Van Gog-de Staat wordt overwogen dat een onrechtmatige beschikking in beginsel voor rekening van het betreffende overheidslichaam komt. Veiligheidshalve wordt daaraan echter toegevoegd: „Niet uitgesloten is dat hierop onder bijzondere omstandigheden een uitzondering moet worden gemaakt (...)”.

Een disculpatie van de overheid in het geval van Francovich-aansprakelijkheid is intussen uitgesloten. Het Francovich-arrest is op dit punt duidelijk: Indien aan de drie bovengenoemde condities is voldaan, is de aansprakelijkheid gegeven. Schuld, resp. toerekenbaarheid komt niet meer aan de orde. De ontsnappingsclausule van het Nederlandse Van Gelder-arrest geldt hier dus niet.(54)

— Naar Nederlands recht bestaat de mogelijkheid van „buitenwerkingstelling” van een regeling. Een dergelijke verregaande maatregel kan intussen in kort geding alleen gegeven worden, indien de regeling „onmiskembaar onrechtmatig” is, aldus de H.R. in het LSV-arrest. Ook deze aanvullende eis zal m.i. niet meer kunnen gelden in Francovich-gevallen. Opnieuw kan worden gewezen op het exclusief karakter van de door het H.v.J.E.G. omschreven condities voor

(53) Vgl. ook PRECHAL, S. in haar Nemesiis-noot onder het Francovich-arrest. Daarnaast is het nog de vraag of in Francovich-gevallen de — korte — verjaringstermijn van vijf jaar, die ingevolge art. 3:310 B.W. voor schadevergoedingsvorderingen geldt, wel tegengeworpen kan worden. Daaronder BETLEM en ROOD, „Francovich-aansprakelijkheid”, 254.

(54) VAN GERVEN, nr. 13, meent dat een Lid-Staat zich nog wel kan disculperen, indien onjuiste, resp. onvolledige implementatie te wijten is aan onduidelijkheid of dubbelzinnigheid van de betreffende Richtlijn, oftewel: een geval van rechtsdwaling. Ik wijs er op dat juist in het Nederlandse Van Gelder-arrest de Staat zich had beroepen op dwaling omtrent de voorschriften van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren, een verweer dat door de H.R. niet werd aanvaard.

aansprakelijkheid. Indien deze condities vervuld zijn, is de Staat zonder meer aansprakelijk. Het lijkt mij dan niet in de rede te liggen om een — uit die aansprakelijkheid voortvloeiende — buitenwerkingstelling afhankelijk te maken van het aanvullende vereiste, dat de onrechtmatigheid „onmiskenbaar” is.(55)

Aldus leidt het Francovich-arrest op een enkel punt tot een wijziging in het Nederlandse regime van onrechtmatige wetgeving.

Grote praktische betekenis hebben deze veranderingen intussen niet: Het vereiste van toerekenbaarheid — dat in Francovich-gevallen geen rol speelt — wordt door de Nederlandse rechter al vrijwel nooit gehanteerd bij onrechtmatige overheidsdaden.

Ook het vervallen van de eis van „onmiskenbare” onrechtmatigheid bij een buitenwerkingstelling zal in de praktijk tot weinig verschillen leiden: aangenomen mag worden dat als aan de drie Francovich-criteria is voldaan, zich zonder meer een situatie van onmiskenbare onrechtmatigheid voordoet. Een buitenwerkingstelling komt in dat geval altijd in aanmerking, zodat het dan niet uitmaakt of men de onmiskenbaarheid al dan niet hanteert als een aanvullend criterium.

5. TOT SLOT

Hierboven is beschreven, dat de Nederlandse burger ruime mogelijkheden heeft om op te komen tegen onrechtmatige wetgeving. Deze mogelijkheden zullen ook kunnen worden benut in gevallen van Francovich-aansprakelijkheid.

Materieel brengt het Francovich-arrest aanzienlijke consequenties mee: De aansprakelijkheid terzake van implementatie van E.G.-Richtlijnen moet nu immers worden beoordeeld naar Europees, en niet meer naar Nederlands recht.

Voor het overige bleken de veranderingen beperkt: de overheid zal zich in Francovich-gevallen niet meer kunnen disculperen (maar kon dat overigens ook al vrijwel niet); daarnaast brengt ook het vervallen van de eis van onmiskenbare onrechtmatigheid bij buitenwerkingstelling weinig praktische consequenties.

(55) Men kan tegenwerpen dat onderscheiden moet worden tussen de vraag naar de aansprakelijkheid als zodanig en de dicta, die de rechter vervolgens kan geven. Het ene — zo zou men kunnen stellen — wordt wel door het Francovich-arrest beheerst, het andere niet. Het Francovich-arrest claimt echter uitdrukkelijk het exclusief Europeesrechtelijke karakter van de aansprakelijkheid terzake van implementatie van Richtlijnen. M.i. dient dat exclusieve karakter mede door te werken in de voorwaarden, waaronder de rechter een bepaalde uitspraak kan geven.

Afrondend kan worden gezegd dat het huidige Nederlandse regime inzake onrechtmatige wetgeving een goed „voertuig” is om de Francovich-aansprakelijkheid te effectueren. Daarbij past wel de wens dat dit voertuig zo min mogelijk gebruikt zal hoeven te worden. Weliswaar biedt de Francovich-aansprakelijkheid verruimde rechtsbescherming aan de burger, beter is het natuurlijk dat E.G.-Richtlijnen juist en tijdig worden geïmplementeerd. Daar is het tenslotte — ook bij Francovich — allemaal om begonnen.

SOMMAIRE

L'ARRÊT FRANCOVICH ET LA LÉGISLATION ILLICITE DANS LE DROIT DES PAYS-BAS

Aux Pays-Bas, il n'est pas possible d'introduire devant la juridiction administrative un recours en annulation de dispositions généralement obligatoires. Ceci veut dire qu'en cas de législation illicite, l'on doit s'adresser au juge ordinaire par le biais d'une action basée sur l'art. 6:162 B.W. (Code civil).

Dans son arrêt Pocketbook II de 1969, le *Hoge Raad* a admis la possibilité d'une telle action. Au paragraphe 2.1. sont commentées les conditions d'admission d'une action fondée sur l'illicéité d'une législation (caractère illicite, imputabilité, dommage, causalité et relativité).

Le paragraphe 2.2. est consacré aux décisions possibles en cette matière. Outre des dommages et intérêts, l'on peut obtenir en matière de législation illicite, une interdiction d'application („mise hors service") et éventuellement une décision imposant un règlement. Une décision déclaratoire est également possible.

Le paragraphe 3 décrit quelques cas dans lesquels se pose, dans le cadre d'actions basées sur une législation illicite, la question de la contradiction avec le droit des CE.

Le paragraphe 4 enfin analyse les conséquences de l'arrêt *Francovich* de la Cour de Justice des CE pour le régime de la législation illicite aux Pays-Bas. Au plan matériel, l'arrêt implique que la question de la responsabilité du fait de la transposition tardive ou inexacte de directives des CE ne devra plus s'apprécier en droit hollandais mais en droit européen. Ceci signifie notamment qu'en cette matière ne se pose plus du tout l'exigence de l'imputabilité sur base de l'art. 6:162 B.W. De même, il ne faut désormais plus tenir compte de l'exigence qu'une mise hors service ne pourra plus être accueillie qu'en présence d'une législation „incontestablement" illicite.

ZUSAMMENFASSUNG

DAS FRANCOVICH-URTEIL UND UNRECHTMÄßIGE GESETZGEBUNG NACH NIEDERLÄNDISCHEM RECHT

In den Niederlanden steht bei dem Verwaltungsrichter keine Vernichtungsberufung gegen allgemeinverbindliche Vorschriften offen. Das bedeutet, daß man sich im Fall einer unrechtmäßigen Gesetzgebung mit einer Aktion ex Art. 6:162 BGB an den üblichen Richter wenden muß.

Der HR hat im Pocketbook II-Urteil von 1969 die Möglichkeit einer solchen Aktion akzeptiert. In Abschnitt 2.1. werden die Konditionen, unter denen eine Aktion aus unrechtmäßiger Gesetzgebung zuweisbar ist, eingehend behandelt (Unrechtmäßigkeit, Zurechenbarkeit, Schaden, Kausalität und Relativität).

In Abschnitt 2.2. werden die möglichen dicta besprochen. Außer eines Schadenersatzes kann man hinsichtlich unrechtmäßiger Gesetzgebung auch ein Verbot zur Anwendung („Außerkräftsetzung") und gegebenenfalls ein Gebot zur Feststellung einer Regelung zugewiesen bekommen. Auch ein deklaratorisches Urteil ist möglich.

Abschnitt 3 beschreibt einige Fälle, bei denen sich im Rahmen von Aktionen aus unrechtmäßiger Gesetzgebung Rechtswidrigkeit gegenüber dem EG-Recht ergab.

In Abschnitt 4 werden schließlich die Folgen des Francovich-Urteils des HvJEG für das niederländische Regime der unrechtmäßigen Gesetzgebung behandelt. Materiell beinhaltet das Urteil, daß die Frage nach der Haftung bei nicht-rechtzeitiger oder falscher Implementation der EG-Richtlinien nicht mehr nach niederländischem Recht, sondern nach europäischem Recht beurteilt werden muß. Das bedeutet, daß u.a. in diesem Bereich die Erfordernis der Zurechenbarkeit ex Art. 6:162 BGB gar nicht mehr zur Rede steht. Auch wird die Erfordernis, daß eine Außerkraftsetzung nur bei einer „unverkennbar“ unrechtmäßigen Regelung zugewiesen werden kann, nicht mehr angewendet werden können.

SUMMARY

THE FRANCOVICH DECISION AND UNLAWFUL LEGISLATION UNDER NETHERLANDS LAW

In the Netherlands, no action for annulment can be brought before the administrative courts against generally binding provisions. This entails that any case of unlawful legislation must be brought before the ordinary courts by means of an action under Article 6:162 of the Civil Code.

In its 1969 decision in the Pocketbook II-case, the *Hoge Raad* acknowledged the admissibility of such actions. Paragraph 2(1) features a discussion of the conditions under which such an action may be awarded, i.e. unlawfulness, attributability, damage, causation and relativity.

In Paragraph 2(2), the possible verdicts are discussed. Apart from the award of compensation, it should also be possible to obtain, in relation to unlawful legislation, an order prohibiting its application and, where appropriate, an order for the adoption of a correct measure. It should also be possible to obtain a declaratory judgment.

Paragraph 3 specifies a number of cases in which actions for unlawful legislation featured a conflict with EC law.

Paragraph 4 deals with the implications of the Francovich decision of the ECJ for the Netherlands law relating to unlawful legislation. In substantive terms, the decision entails that the question of liability in case of late or incorrect implementation of EC directives will need to be assessed in the light of EC law rather than by reference to Netherlands law. This means that, *inter alia*, on this question, the requirement of „attributability“ under Article 6:162 of the Civil Code will no longer apply. In addition, the requirement that an order prohibiting application of the measure in question can only be awarded in the case of „obviously“ unlawful rules, will no longer be able to be applied.

RESUMEN

LA SENTENCIA FRANCOVICH Y LA LEGISLACIÓN HOLANDESA CONTRARIA AL DERECHO

En el ordenamiento jurídico holandés, no cabe un recurso de anulación en vía administrativa contra normas positivas. Esto significa que, en el supuesto de una norma jurídica formal contraria al derecho, haya que dirigirse al juez ordinario, en una acción basada en el artículo 6:162 del Código civil holandés.

En la sentencia Pocketbook II de 1969, el Tribunal Supremo de los Países Bajos admitió la posibilidad de tal acción. En el párrafo 2.1., se habla más detalladamente de las condiciones en las cuales se puede estimar una acción por legislación contraria al derecho (ilicitud, imputabilidad, daños, causalidad y relatividad).

En el párrafo 2.2., se plantea el tema de los pronunciamientos judiciales que son admisibles. Además de daños y perjuicios, en el caso de norma jurídica formal contraria a derecho, también se puede obtener una interdicción de aplicación („derogación”) y, eventualmente, una obligación de determinación de una regulación. También es posible una sentencia meramente declarativa.

El párrafo 3 expone algunos casos en los cuales se trataba de incompatibilidad con el derecho comunitario en el marco de acciones por legislación contraria a derecho.

En el párrafo 4 por último, se discuten las consecuencias de la sentencia Francovich del Tribunal de Justicia CE para el régimen holandés de legislación contraria al derecho. Desde el punto de vista material, la sentencia implica que la demanda de responsabilidad en caso de transposición tardía o incorrecta de Directivas comunitarias ya no deberá ser evaluada según el derecho holandés, sino según el derecho europeo. Esto significa, entre otros, que en este terreno, el requisito de imputabilidad en virtud del artículo 6:162 del Código civil pierda totalmente la trascendencia que tenía anteriormente. En adelante, tampoco se podrá utilizar el requisito de que sólo se puede otorgar una derogación en caso de regulación „indiscutiblemente” contraria a derecho.