

**OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID,  
RECHTSVERGELIJKEND EN EUROPEES**

**PLEIDOOI VOOR EEN PRAKTIJKGERICHTE WETENSCHAP  
EN EEN WETENSCHAPSTOEGANKELIJKE PRAKTIJK**

door

W. VAN GERVEN(1)

*Bij wijze van reactie op Prof. J. Vranken's „De Redactie Privaat” in het eerste nummer van de lopende jaargang van dit tijdschrift, wil de auteur aantonen dat wetenschappelijke beoefening van het Europees Privaatrecht wel degelijk de praktijk van het recht vooruit helpt. Daartoe worden eerst enkele rechtsvergelijkende en Europeesrechtelijke ontwikkelingen aangegeven op het gebied van de (buitencontractuele) overheidsaansprakelijkheid (onder I en II) en wordt vervolgens aangetoond (onder III) hoezeer deze ontwikkelingen het rechterlijk (en wetgevend) rechtsvindingsproces kunnen beïnvloeden. Deze invloed is natuurlijk het meest zichtbaar wat betreft de twee systemen van Europees supranationaal recht (E.U. en E.C.R.M.), en dit omwille van hun vervlochtenheid met de rechtsstelsels van de lidstaten. Nochtans, zo betoogt de auteur (onder III, A), moet niet alleen de wetenschap zich waar maken voor de praktijk van het recht, ook de praktijk van het recht moet haar bekwaamheid bewijzen om de resultaten van de wetenschappelijke beoefening van het recht in haar redeneerproces te verdisconteren. Dit betekent meer bepaaldelijk voor de rechterlijke rechtsvinding dat zij een open argumentatiestijl dient te hanteren.*

---

(1) Hoogleraar emeritus K.U.Leuven en U.Maastricht. Visiting professor King's College. Voormalig Advocaat-Generaal in het Hof van Justitie van de E.G. Het hiernavolgende artikel is de tekst van een lezing gehouden te Leiden op 5 oktober 2000 op een congres georganiseerd door het Mordanete College. Zie ook, in verband met de verhouding tussen rechtstheorie en rechtsvergelijking, M. VAN HOECKE, „Ius commune en rechtstheorie: wat heeft de rechtstheorie te bieden aan de rechtsvergelijking?”, in *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Kluwer, 2000, 149-165.

## INHOUD

- I. BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID, RECHTSVERGELIJKEND BEKEKEN (1-11)
  - A. Aansprakelijkheid in het algemeen (1-4)
  - B. Overheidsaansprakelijkheid: met en zonder fout (5-11)
- II. OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID IN EUROPEES PERSPECTIEF (12-19)
  - A. Overheidsaansprakelijkheid in het Europese Gemeenschapsrecht (12-16)
  - B. Overheidsaansprakelijkheid volgens de E.C.R.M. (17-19)
- III. NAAR EEN EUROPEES GEMEENSCHAPPELIJK AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT: „BRIDGING THE GAP” TUSSEN WETENSCHAP EN PRAKTIJK (20-31)
  - A. Het belang van rechtsvergelijking, extern en intern, in het kader van een Europese integratie (22-23)
  - B. De impact van rechtsvergelijking in het gebied van overheidsaansprakelijkheid (24-27)
  - C. Wederzijdse beïnvloeding van met elkaar (binnen de Europese Unie en de Europese Conventie) vervlochten rechtsstelsels (28-31)
- IV. TOT BESLUIT (32)

Is „Aansprakelijkheid een trend van deze tijd?“, zo luidt de vraag die de inrichters van dit colloquium aan de sprekers hebben voorgelegd met betrekking tot buitencontractuele overheidsaansprakelijkheid(2). Wat mij betreft is het antwoord: „Zeker en vast“, zoals moge blijken uit het hierna volgende relaas. Of die ontwikkeling ook wenselijk is, is een vraag die hier, hoe cruciaal zij ook is, onbesproken blijft.

Eerst noem ik enkele tendensen die uit de rechtsvergelijking naar voren komen, eerst in het algemeen aansprakelijkheidsrecht en, vervolgens, in het overheidsaansprakelijkheidsrecht (onder I). Daarna bespreek ik het Europese recht in verband met overheidsaansprakelijkheid (onder II). Tenslotte heb ik het over de wederzijdse beïnvloeding van nationale en supranationale rechtsstelsels (onder III). In het rechtsvergelijkend onderzoek betrek ik het Duitse, het Engelse (en dus ook het Schotse) en het Franse recht, nu en dan ook het Belgische en het Nederlandse recht. Onder Europees recht versta ik zowel het Europees Gemeenschapsrecht als het recht van de Europese Conventie voor de Rechten van de Mens (E.C.R.M.).

## **I. Buitencontractuele aansprakelijkheid rechtsvergelijkend bekeken**

### A. AANSPRAKELIJKHEID IN HET ALGEMEEN

1. Om de verschillen tussen de nationale aansprakelijkheidsrechten te belichten, beperk ik mij tot één enkele illustratie: de vergoeding van economische schade. Ook nu weer neem ik als voorbeeld de rechtspraak in verschillende landen in verband met de zogenaamde „kabel“-zaken, waarbij ik mij veroorloof, gemakshalve, uit een vroeger geschrift (inclusief voetnoten) te citeren(3):

„Wanneer men de regels inzake onrechtmatige daad van de drie grote rechtsstelsels, het Engelse, het Franse en het Duitse, bekijkt, bemerkt men in de eerste plaats aanzienlijke verschillen op het vlak van de beschermde belangen. Een illustratie daarvan bieden de vier hierna-

---

(2) In dit artikel wordt vooral in de voetnoten regelmatig verwezen naar het *Case book*. Het is de afkorting voor W. VAN GERVEN, J. LEVER en P. LAROCHE, *Case-book on Tort law*, 2nd enlarged edition, Oxford, Hart Publishing, 2000. Een eerste, beperktere editie verscheen in 1998 bij dezelfde uitgever onder de titel *Tort law: Scope of Protection*.

(3) Zie mijn feestrede, „In het verleden ligt de toekomst van een Europees *Ius Commune*“, *R.W.* 1995-96, 1430, op 1431. Uittreksels van de erin besproken beslissingen zijn gepubliceerd met commentaar in het *Case book*, *supra*, n. 2 onder section 2-3, p. 169 e.v.

genoemde kabelzaken die allen het probleem betreffen van compensatie van louter economisch of financieel verlies, d.i. verlies dat niet bestaat in, of direct voortvloeit uit, schade aan de persoon van de benadeelde of diens eigendom.

Het Engelse *Spartan Steel* arrest(4), uitgesproken door de Engelse *Court of Appeal*, betrof de beschadiging van een elektrische kabel bij wegenwerken waardoor een fabriek een tijdje moest worden stilgelegd. Het Hof stelde dat de onderneming recht had op een vergoeding voor de schade aan de oven en aan de smelting (inclusief gedeerde winst) die in de oven aanwezig was op het ogenblik dat de stroom werd afgesneden, maar niet voor de schade aan vier andere smeltingen die gedurende de stroomonderbreking zouden zijn afgewerkt geworden. Lord Denning weigerde vergoeding voor deze laatste schade, beschouwd als louter economisch verlies(5), omdat zij niet direct schade aan de eigendom van de onderneming uitmaakt.

In dezelfde zin gaat ook een arrest van het Duitse *Bundesgerichtshof* in een kabelzaak(6) waarin de weigering van de beroepsinstantie werd bevestigd om aan de onderneming schadevergoeding toe te kennen voor het arbeidsloon dat tevergeefs werd uitbetaald voor de tijd dat de fabriek ten gevolge van de stroomonderbreking stil lag. Deze rechtspraak steunt op de vaststelling dat louter economisch verlies geen rechtsbelang is dat in § 823, lid 1, van het *Bürgerliches Gesetzbuch* wordt beschermd.

In tegenstelling tot de Engelse en de Duitse wet, die louter economisch verlies dus niet vergoedbaar achten omdat zij niet valt hetzij onder een jurisprudentiële „duty of care”, hetzij onder een wettelijk „beschermd belang”, leveren de Franse regels inzake onrechtmatige daad een ander resultaat op. Artikel 1382 van de *Code Civil*, zoals geïnterpreteerd door de *Cour de Cassation* en de *Conseil d'Etat*, laat inderdaad vergoeding van schade toe wegens elke inbreuk op een rechtmatig belang. Zoals blijkt uit een kabelzaak van 2 juni 1972(7), is louter economisch verlies zo'n belang, wanneer de geleden schade een onmiddellijk gevolg is van nalatigheid in hoofde van de verwerende partij.

---

(4) (1972) 3 All ER 597.

(5) Louter economisch verlies is een nogal vaag concept. Daarover WINFIELD en JOLOWICZ in *Tort*, 14th editie, Rogers, 93-94.

(6) Arrest van 12 juli 1977, *NJW* 1977, 2208; *JZ* 1977, 721.

(7) *AJDA*, 1972. II. Jur., 356 met advies van de Commissaire du gouvernement, M. BERTRAND.

Tot slot is er de spectaculaire kabelzaak die op 14 mei 1958(8) werd beslecht door de Nederlandse Hoge Raad. Zowel het Gerechtshof van 's Gravenhage als de Hoge Raad namen aan dat de autoriteiten van de Luchtmacht onrechtmatig hadden gehandeld door een piloot toe te staan een duikvlucht uit te voeren in de buurt van een hoogspanningskabel die bij de duikvlucht door het vliegtuig werd beschadigd. De causale band tussen de fout en de schade geleden door een naburig bedrijf dat niet verder kon werken als gevolg van de stroomonderbreking, werd bewezen geacht, aangezien de schade in de specifieke omstandigheden van het geval voorzienbaar was(9)".

2. De gesignaleerde verschillen beletten niet dat, onder bepaalde voorwaarden, ook naar Engels en Duits recht toch schadevergoeding voor „*pure economic loss*” kan worden bekomen maar dan op een andere rechtsgrond (b.v. wegens „*breach of statutory duty*” resp. op grond van b.v. § 826 BGB) dan deze waarop de in het citaat genoemde uitspraken zijn gesteund (met name „*negligence*” resp. § 823 (1) BGB)(10).

3. De Engelse (en Schotse) weerzin ten aanzien van vergoeding van zuiver economische schade onder de „*tort of negligence*” klinkt tot op heden door in de rechtspraak van het *House of Lords* (maar zie *infra*, III, B in verband met incorrecte adviesverlening). Getuige daarvan de recente uitspraak van 25 november 1999 in de zaak *Macfarlane v. Tayside Health Board (Scotland)*(11). In zijn „*speech*” in die zaak zei Lord Slynn met betrekking tot de vergoeding van de kosten van opvoeding — gekwalificeerd als „*economic loss*” — voor een bij de conceptie ongewenst maar nadien, niettegenstaande een slecht uitgevoerde vasectomie, toch (en gelukkig gezond) geboren kind:

„*Whereas I have no doubt that there should be compensation for the physical effects of the pregnancy and birth I consider that it is not fair, just or reasonable to impose on the doctor or his employer liability for the consequential responsibilities, imposed on or accepted by the parents to bring up a child*”(12).

---

(8) *NJ* 1961, no. 570, p. 1217. Het arrest van het Hof van Beroep dateert van 24 januari 1957.

(9) Zie nu artikel 6:98 van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in Nederland.

(10) Zie uitvoerig, het in n. 2 vermelde *Case book*.

(11) Zie voor uittreksels en commentaar, het in n. 2 vermelde *Case book*, op p. 91 e.v., onder 2.E.G.

(12) Op p. 94 van het *Case book*, *supra* n. 2.

Ook Lord Steyn kwam tot deze conclusie, zij het op grond van onderliggende redenen van „*distributive justice [which] requires a focus on the just distribution of burdens and losses among members of a society*(13)”. Hij zei: „*Relying on principles of distributive justice I am persuaded that our tort law does not permit parents of a healthy unwanted child to claim the costs of bringing up the child from a health authority or a doctor*”(14).

In verband met de in *Macfarlane* beslechte vraag zijn er, in verschillende jurisdicties van *civil* en *common law*, uiteenlopende uitspraken. Het meest bekend is de uitspraak van de Nederlandse Hoge Raad van 21 februari 1997(15) waarin de Raad (maar niet A.G., nu Professor, Vranken) tot een andere conclusie was gekomen dan het *House of Lords*. Deze verschillen beletten niet, zo schreef ik eerder, dat „*whatever the differences may be, the main questions raised turn around the same issues*” (waarna die vragen worden opgesomd) en dat „*the comparison shows how much the courts [overigens ook binnen eenzelfde jurisdictie, wil ik eraan toevoegen] approach these questions from a very similar cultural, ethical and legal background, trying to find solutions while remaining aware that other courts may reach an opposite result starting from the same underlying principles*”(16).

4. In de hiervoor geciteerde rechtspraak, zowel in de „*cable cases*” als in de „*wrongful birth cases*”, komt nog een ander belangrijk verschil naar voren. Dit is dat gelijkaardige betwistingen in sommige landen op grond van verschillende regels (Duitsland), en soms door verschillende jurisdicties (Frankrijk), worden beslecht naargelang de schade werd berokkend door een particulier dan wel door de overheid, terwijl in andere rechtssystemen (Engeland, ook België) geen van deze factoren enig verschil uitmaakt. Zo kom ik tot de bespreking van buitencontractuele overheidsaansprakelijkheid, waarbij ik verwijs naar Duitse, Engelse, Franse en Belgische rechtspraak.

---

(13) *Case book*, *supra* n. 2, op p. 96.

(14) *Ibid.*

(15) *NJ* 1999, 145. De Engelse vertaling van dit arrest, zoals afgedrukt in de eerste editie van het *Case book* (1998) (in de tweede editie, *supra* n. 2, op p. 133 onder 2.NL.25), werd overigens door Lord Slynn geciteerd benevens rechtspraak uit talrijke *common law* en andere *civil law* landen.

(16) Zie de noot in het *Case book*, *supra* n. 2, p. 136.

## B. OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID: MET EN ZONDER FOUT

5. De aansprakelijkheid van ambtenaren wordt in het Duitse recht beslecht overeenkomstig § 839 BGB. Volgens het eerste lid is een ambtenaar die aan zijn ambtsplicht opzettelijk of door nalatigheid te kort schiet, aansprakelijk voor aan een derde berokkende schade (voorzover, aldus het derde lid, de benadeelde niet heeft verzuimd een ander rechtsmiddel aan te wenden tot vergoeding van de geleden schade). Deze bepaling in het BGB wordt aangevuld door artikel 34 van de Duitse Grondwet volgens hetwelk de vergoedingsplicht afgewenteld wordt op de Staat of de autoriteit („*Körperschaft*”) voor wie de ambtenaar optreedt. In een geruchtmakende zaak met betrekking tot een „*go-sick, go slow*” actie van het luchtcontrole-personeel op de luchthaven van Hannover, gaf het *Bundesgerichtshof* een ruime toepassing aan deze bepalingen(17). Het Hof kwam namelijk tot de conclusie dat de betrokken personeelsleden overheidsambtenaren waren en dat zij in de uitvoering van hun ambtsplicht (in dat geval de verplichting om de veiligheid op de luchthaven te vrijwaren) foutief hadden gehandeld. Voorts was het Hof van oordeel dat de door de actie aan derden (reisagentschappen) berokkende zuivere vermogensschade („*reiner Vermögensschaden*”) — ofschoon zij in principe niet voor vergoeding in aanmerking komt onder § 823 (1) BGB, zie *supra* — *in casu* toch moest worden vergoed omdat die derden schade hadden geleden in hun *Recht am Gewerbebetrieb* (vrij vertaald: hun recht op „*going business*”). Dit *Recht* is een bijzonder subjectief recht dat door de rechtspraak is toegevoegd aan de limitatieve lijst van in § 823 (1) genoemde en (door die bepaling) beschermde belangen(18).

6. Aangaande overheidsaansprakelijkheid is er in het Engelse recht — dat de aansprakelijkheid van de overheid meestal overeenkomstig dezelfde regelen beoordeelt als de aansprakelijkheid van particulieren — heel wat beroering ontstaan met betrekking tot de aansprakelijkheid van de politie. De aanleiding daartoe is de *Osman*-zaak waarin bij het E.H.R.M. beroep werd aangetekend (cf. *infra* nr. 18) tegen de uitspraak van de Engelse *Court of Appeal*(19). De zaak ging over een leraar die een bijzondere affectie had ontwikkeld voor een 15-jarige leerling en die, nadat hij door de school ontslagen was, doorging met

(17) Arrest van 16 juni 1977, afgedrukt in uittreksel en met commentaar in het *Case book*, *supra* n. 2, onder 3.G.34.

(18) Daarover uitvoerig het *Case book*, onder 2.3.2.

(19) (1993) 4 All ER 344. Uittreksels uit die beslissing, met commentaar, zijn te vinden in de eerste editie (1998) van het *Case book* op p. 353.

het lastig vallen („*harassing*”) van de leerling. De politie was daarvan op de hoogte en wist dat de leraar wellicht een misdadige ingesteldheid had. Toen de leraar later een verkeersongeval veroorzaakte waarbij de wagen betrokken was waarin de jongen had plaatsgenomen, stelde de politie een onderzoek in dat evenwel zonder resultaat werd afgesloten. Enkele maanden later verwondde de leraar de jongen met een pistool en doodde hij de vader van de jongen. De jongen en de moeder stelden een schadevergoedingsactie in tegen de politie „*under the tort of negligence*”. De eis werd toegestaan in eerste aanleg maar afgewezen door de *Court of Appeal* op grond van de in die zaken niet ongebruikelijke overweging dat „*public policy*” zich verzette tegen het aanwezig achten bij de politie van een „*duty of care*” tegenover de jongen en zijn moeder. Deze uitspraak is een illustratie van de verregaande immuniteit die door de Engelse rechtspraak in schadevergoedingsacties aan politiediensten werd verleend (de zgn. „*exclusionary rule*”). Trouwens, ook daarbuiten is het Engelse recht vrij terughoudend in het aanvaarden van claims tegen overheidsdiensten in zoverre zij over een ruime beoordelingsmarge („*discretion*”) beschikken. Zoals later aangegeven (nr. 19), is daarin nu enige wijziging gekomen.

7. Het Franse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht kent geen *a priori* beperking van schadeclaims, hetzij via een limitatieve opsomming van beschermde belangen (zoals in § 823 (1) BGB), hetzij via enig concept van *duty of care* (zoals in de Engelse „*tort of negligence*”). Men zou derhalve verwachten dat de Franse regelen inzake overheidsaansprakelijkheid de schadeclaims van particulieren gunstig gezind zijn. Dat is evenwel niet altijd zo: in de rechtspraak van de administratieve rechtbanken en in het bijzonder van de *Conseil d’Etat* staat niet zelden de gedachte voorop dat de overheid slechts gehouden is voor zware fout („*faute lourde*”). Dit geldt speciaal voor overheids-optreden dat de uitoefening veronderstelt van technisch complexe bevoegdheden (zoals in de medische sector) of van samenlevingsgevoelige bevoegdheden (zoals politionele of banksupervisie activiteiten) waarbij de overheid over een ruime beoordelingsmarge beschikt<sup>(20)</sup>. Deze restrictieve houding wordt evenwel in grote mate ongedaan gemaakt, zoals trouwens ook in Duitsland maar niet in

---

(20) Zie M. DONY, „Le droit français”, in G. VANDERSANDEN en M. DONY (ed.), *La responsabilité des Etats membres en cas de violation du droit communautaire*, Bruylant, 1997, p. 242-4. Zie ook *Case-book, supra* n. 2, onder 3.4, p. 390 met verdere verwijzingen.

Engeland, door het bestaan van een vorm van foutloze overheidsaansprakelijkheid, waarover verder.

**8.** Het Belgische recht neemt een bijzondere plaats in. Ofschoon behorend tot de Franse rechtsfamilie wat betreft aansprakelijkheid in het algemeen (art. 1382 e.v. B.W.), wijkt het inzake overheidsaansprakelijkheid gevoelig af van het Franse recht. In België wordt de aansprakelijkheid van de overheid overigens niet door administratieve maar (zoals in Engeland) door gewone rechtbanken beoordeeld en dit in overeenstemming met de regelen van het B.W. die de aansprakelijkheid van particulieren beheersen. Het Belgische overheidsaansprakelijkheidsrecht heeft in dat opzicht een interessante ontwikkeling doorgemaakt. Zoals bekend begon die ontwikkeling in 1920 met het *Flandria*-arrest van het Hof van Cassatie(21) waarin de aansprakelijkheid van de gemeente Brugge voor zaken onder haar bewaring werd aangenomen op grond van artikel 1384, lid 1, B.W. Zij werd later verdergezet met het „koepok-inenting”-arrest van 26 april 1963(22) waarbij het Hof van Cassatie de aansprakelijkheid van de overheid aannam voor normatieve administratieve handelingen. Tenslotte leidde die ontwikkeling, in een arrest van 19 december 1991(23), tot de erkenning van de aansprakelijkheid van de Staat voor justitiële handelingen(24). Deze rechtspraak is gesteund op (objectieve) foutaansprakelijkheid waarbij het criterium van een „normaal zorgvuldige en omzichtige overheid” als beoordelingsmaatstaf wordt gehanteerd(25).

**9.** In dit verband nog een laatste bemerking: in het recht van geen van de vier hiervoor genoemde landen wordt buitencontractuele (fout-) aansprakelijkheid van de formele wetgever als principe(26) aanvaard. Op dit punt valt evenwel een invloed van het Europese Gemeenschapsrecht waar te nemen, zoals hierna in herinnering wordt gebracht.

---

(21) Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.

(22) *Pas.* 1963, I, 306; *R.W.* 1963-64, 287.

(23) *J.T.* 1992, 142; *R.W.* 1992-93, 396.

(24) Echter niet van de rechter of parket-magistraat zelf en dit omwille van het grondwettelijk beginsel van onafhankelijkheid. Deze evolutie wordt in het *Case book*, *supra* n. 2, besproken in de noten onder 3.B.45.

(25) Dit is in het geval van justitiële handelingen een „normaal zorgvuldige en omzichtige rechter”: zie Cass. 8 december 1994 (*R.W.* 1995-96, 180) waarbij een arrest van het Hof van Beroep van Luik van 28 januari 1993 (*T.B.B.R.* 1995, 104) werd bevestigd.

(26) Voor uitzonderingen, zie het Duitse BGH-arrest van 29 maart 1971 in het *Case book* afgedrukt onder 3.G.35.

10. Tot zover overheidsaansprakelijkheid die op objectieve fout is gesteund. Het Franse en het Duitse recht aanvaarden evenwel, ook onder bepaalde voorwaarden, een vorm van foutloze overheidsaansprakelijkheid<sup>(27)</sup>. In het Franse recht wordt die aansprakelijkheid gesteund op het beginsel van de gelijkheid voor openbare lasten („*égalité devant les charges publiques*”) volgens hetwelk die lasten gelijkelijk over de burgers moeten worden uitgespreid. Dienvolgens kan een burger die zwaarder wordt belast dan anderen door een op zich nochtans rechtmatige overheidshandeling (b.v. als gevolg van openbare werken, verplichte deelneming aan een openbare dienst of onderwerping aan een gevaar- of risicosituatie), aanspraak maken op vergoeding van de hem daardoor berokkende „abnormale” en „bijzondere” schade. Ook naar Duits recht geldt dat de Staat particulieren moet vergoeden indien hun wettelijk beschermde belangen terwille van het algemeen welzijn werden opgeofferd („*Aufopferung*”-principe). Daar ook moet de schadelijder aantonen dat een op zich rechtmatige maatregel hem onderworpen heeft aan een bijzondere last („*Sonderopfer*”) die verder gaat dan degene die andere burgers moeten dragen.

11. Uit het voorgaande summiere overzicht moge blijken dat er, benevens verschillen, toch ook belangrijke gelijkenissen zijn tussen de besproken nationale rechtsstelsels en dat de breuklijn inzake verschil of gelijkenis niet loopt, zoals vaak op een generaliserende manier wordt gesteld, tussen het recht van de *common law*-landen en het recht van de *civil law*-landen. Het voorgaande laat namelijk zien dat, wat het algemene aansprakelijkheidsrecht betreft, het Duitse en het Engelse recht grote overeenstemming vertonen terwijl, wat de overheidsaansprakelijkheid betreft, die gelijkenis eerder bestaat tussen het Engelse en het Franse recht (met name de aarzeling om de overheid te snel aansprakelijk te achten). Inzake aansprakelijkheid voor rechtmatig overheidshandelen laten het Duitse en het Franse recht dan weer een gelijkaardige ontwikkeling zien. Bovendien, zo blijkt uit het voorgaande overzicht, meer speciaal de „*wrongful birth*” gevallen, sluiten verschillen in oplossing, tussen b.v. de rechtspraak van de Nederlandse Hoge Raad en het *House of Lords*, niet uit dat er eensgezindheid is omtrent de argumenten *pro* en *contra* die nu eens in de ene, dan in de andere richting doorwegen.

---

(27) Zie daarover *Case book*, *supra* n. 2, p. 392 e.v. met verwijzingen naar rechtspraak en commentaar op website <http://www.rechten-unimaas.nl/casebook>.

## II. Overheidsaansprakelijkheid in Europees perspectief

### A. OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID IN HET EUROPESE GEMEENSCHAPSRECHT

12. Het Europese Gemeenschapsrecht (hier wordt alleen aandacht gegeven aan het EG-Verdrag) kent twee vormen van overheidsaansprakelijkheid. De ene, die geldt voor de Gemeenschapsinstellingen en hun ambtenaren, is voorzien in artikel 288 (ex 215), lid 2 van het EG-Verdrag; de andere, die geldt voor de Lid-Staten, hun instellingen en ambtenaren, steunt op rechtspraak van het Hof van Justitie, meer in het bijzonder op het *Francovich*-arrest van 19 november 1991(28). Beide vormen van aansprakelijkheid hebben betrekking op schendingen van Europees Gemeenschapsrecht, door Gemeenschaps- respectievelijk door nationale overheidsinstanties, waardoor schade wordt berokkend aan particulieren.

13. Zoals bekend, staat het overeenkomstig artikel 235, ex 178, EG aan het Hof van Justitie (d.i. thans in eerste instantie aan het Gerecht van eerste aanleg en in beroep, op rechtspunten, aan het Hof van Justitie), m.a.w. aan de Gemeenschapsrechtbanken zelf, om uitspraak te doen over de toepasselijkheid van eerstgenoemde aansprakelijkheidsregelen en dus over *schendingen* van Gemeenschapsrecht *door* organen of personeelsleden van *Gemeenschapsinstellingen*. Bij de beoordeling van een op grond daarvan ingeleide schadevergoedingsclaim moet het Hof c.q. het Gerecht zich richten naar „de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben” (artikel 288, ex 215, lid 2). In hoeverre het Hof deze regel heeft ter harte genomen in zijn omvangrijke rechtspraak daaromtrent, is niet helemaal duidelijk(29). Evenmin is duidelijk of het Hof dit eigenlijk wel kan, gelet op de soms aanzienlijke verschillen tussen de nationale rechtsstelsels. In wezen komt de regel erop neer, dat Hof (en Gerecht) tussen de verschillende oplossingen diegene kiest die het meest in overeenstemming is met de structuur en de fundamenten van het Gemeenschapsrecht(30). Op het vlak van de buitencontractuele aan-

---

(28) Gevoegde zaken C-6/90 en 9/90, *Jur. H.v.J.* 1991, I-5357.

(29) Daarover mijn bijdrage „Taking Article 215 EC seriously”, in J. BEATSON en T. TRIDIMAS (eds.), *New Directions on European Public Law*, Oxford, Hart Publishing, 1998, 35-47.

(30) Daarover, J. MERTENS DE WILMARS, „Le droit comparé dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes”, *J.T.* 1991, 37.

sprakelijkheid betekent dit, dat de voorwaarden voor het ontstaan van aansprakelijkheid zodanig moeten worden uitgemeten, dat zij de volle werking van de bepalingen van Gemeenschapsrecht waarborgen en de daarin aan particulieren toegekende rechten beschermen. Het zijn overigens deze overwegingen die het Hof er hebben toe aangezet om in het *Francovich*-arrest(31) het principe van de aansprakelijkheid van de *Lid-Staten* voor schendingen van gemeenschapsrecht — principe dat als dusdanig niet in het Verdrag is neergelegd — te erkennen als een bindend beginsel dat „inherent is aan het systeem van het Verdrag”(32). Ook voor de interpretatie van *deze* aansprakelijkheidsregelen stelt het Hof voorop bij gelegenheid van antwoorden op prejudiciële vragen van nationale rechtbanken (die zelf voor de uiteindelijke *toepassing* van deze regelen moeten instaan) dat het zich, bij ontbreken van geschreven regels, richt naar de algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de Lid-Staten gemeen hebben(33).

**14.** Voor beide vormen van Europeesrechtelijke overheidsaansprakelijkheid geldt derhalve, dat zij steunen op dezelfde algemene beginselen en dat zij dus ook gebonden zijn aan dezelfde toepassingsvoorwaarden(34). In een recent arrest *Bergaderm*(35) van 4 juli 2000 handelend over de (normatieve) aansprakelijkheid van de EG Commissie heeft het Hof dit bevestigd en heeft het die gemeenschappelijke toepassingsvoorwaarden als volgt samengevat:

„Inzake de niet-contractuele aansprakelijkheid bepaalt artikel 215, tweede alinea, van het Verdrag, dat de Gemeenschap overeenkomstig de beginselen welke de rechtstelsels van de lidstaten gemeen hebben, de schade moet vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt.

De door het Hof op basis van deze bepaling aanvaarde regel houdt met name rekening met de ingewikkeldheid van de te regelen situaties, de

---

(31) Geciteerd *supra*, n. 28, overw. 32.

(32) *Ibid.*, overw. 35.

(33) Aldus H.v.J. 5 maart 1996 nr. C-46/93 en 48/93 (*Brasserie du Pêcheur en Factortame*), *Jur. H.v.J.* 1996, I-1131, overw. 41.

(34) Zie verder de rechtspraak van het Hof besproken in de *supra* n. 3 geciteerde feestrede alsmede in het in de tekst opgenomen uittreksel uit het *Bergaderm*-arrest. Zie daarenboven H.v.J. 2 april 1998 nr. C-127/95 (*Norbrook Laboratories*), *Jur. H.v.J.* 1998, I-1531 evenals, met betrekking tot de verdeling van aansprakelijkheid tussen centrale en gedecentraliseerde overheden van een Lid-Staat, H.v.J. 1 juni 1999 nr. C-302/97 (*Konle*), *Jur. H.v.J.* 1999, I-3099 en H.v.J. 4 juli 2000 nr. C-424/97 (*Haim*), nog niet gepubliceerd in de *Jur. H.v.J.*

(35) Zaak C-352/98 P, nog niet gepubliceerd in de *Jur. H.v.J.*

moeilijkheden bij de toepassing of de interpretatie van de teksten en, meer in het bijzonder, de beoordelingsmarge waarover de auteur van de betrokken handeling beschikt (arrest van 5 maart 1996, Brasserie du Pêcheur en Factortame, C-46/93 en C-48/93, *Jurispr.* blz. I-1029, punt 43).

Het Hof heeft er met nadruk op gewezen, dat de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de staat wegens aan particulieren ten gevolge van schending van het gemeenschapsrecht berokkende schade, behoudens indien bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen, niet mogen verschillen van die welke gelden voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in vergelijkbare situaties. De bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontleen, kan namelijk niet verschillen naargelang de schade door een nationaal dan wel een communautair orgaan is veroorzaakt (arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punt 42).

Inzake de aansprakelijkheid van de lidstaten voor aan particulieren toegebrachte schade heeft het Hof verklaard, dat het gemeenschapsrecht een recht op schadevergoeding toekent wanneer aan drie voorwaarden is voldaan, 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 (arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punt 51).

In verband met de tweede voorwaarde moet, zowel wat de aansprakelijkheid van de Gemeenschap uit hoofde van artikel 215 van het Verdrag als wat de aansprakelijkheid van de lidstaten wegens schending van het gemeenschapsrecht betreft, om vast te stellen dat een schending van het gemeenschapsrecht voldoende gekwalificeerd is, als beslissend criterium worden gehanteerd de kennelijke en ernstige miskennis, door een lidstaat zo goed als door een gemeenschapsinstelling, van de grenzen waarbinnen diens discretionaire bevoegdheid dient te blijven (arrest Brasserie du Pêcheur en Factortame, reeds aangehaald, punt 55, en arrest van 8 oktober 1996, Dillenkofer e.a., C-178/94, C-179/94 en C-188/94, C-190/94, *Jurispr.* blz. I-4845, punt 25).

Wanneer de betrokken lidstaat of instelling slechts een zeer beperkte of in het geheel geen beoordelingsmarge heeft, kan de enkele inbreuk op het gemeenschapsrecht volstaan om een voldoende gekwalificeerde schending te doen vaststellen (zie in deze zin arrest

van 23 mei 1996, Hedley Lomas, C-5/94, *Jurispr.* blz. I-2553, punt 28)(36).

**15.** Uit deze rechtspraak van het Hof moge blijken dat (overheids)-aansprakelijkheid ongetwijfeld een trend van deze tijd is. Dit blijkt heel in het bijzonder uit de omstandigheid dat de aansprakelijkheid van artikel 288 (ex 215), lid 2 EG geldt voor alle Gemeenschapsinstellingen, inclusief de formele wetgever (dat is doorgaans de Raad en het Parlement handelend op voorstel van de Commissie), en dat dit evenzeer geldt, op grond van de *Francovich*-rechtspraak van het Hof(37), voor de aansprakelijkheid van de nationale formele wetgevers voor schendingen van Gemeenschapsrecht. Dit laatste is opmerkelijk omdat daarvoor *geen* steun kan worden gevonden in beginselen welke de nationale rechtsstelsels gemeen hebben (behoudens dan de bepaling van artikel 288, lid 2 EG die immers, als direct werkende Verdragsbepaling, zelf deel uitmaakt van het nationaal recht van de Lid-Statens). In het kader van het Gemeenschapsrecht is deze trend naar meer overheidsaansprakelijkheid onderdeel van het fundamentele vereiste van rechtsbescherming. Op grond daarvan moeten particulieren de subjectieve rechten die zij aan het Gemeenschapsrecht ontleen, afdwingbaar kunnen maken via een voor een nationale rechter in te stellen rechtsgang(38). Dit vereiste van rechtsbescherming vindt overigens steun, aldus het Hof, in de artikelen 6 en 13 E.C.R.M. Tot dusver heeft het Hof van Justitie dit vereiste, wat schadevergoedingsclaims betreft, enkel doorgezet met betrekking tot schendingen van Gemeenschapsrecht die door *overheden* zijn begaan. Dit belet niet dat het eventueel ook ingang kan vinden in de rechtspraak van Hof of Gerecht met betrekking tot schendingen van Gemeenschapsrecht (b.v. de artikelen 81 en 82, ex 85 en 86, EG) die door *particulieren* zijn gepleegd(39).

**16.** Aan deze ontwikkeling is nog geen eind gekomen. Getuige daarvan de rechtspraak van het Hof van Justitie en van het Gerecht van eerste aanleg waarin de aansprakelijkheid van Gemeenschapsinstellingen (en bijgevolg op grond van artikel 288, ex 215, lid 2 EG) voor *rechtmatig* handelen aan de orde werd gesteld. Ofschoon de Gemeen-

---

(36) Overwegingen 39-44.

(37) Zie het *Brasserie*-arrest, gecit. *supra* n. 33, overweg. 32.

(38) Daarover mijn artikel „Of Rights, Remedies and Procedures”, in 37 *CML Rev* 2000, 501-536.

(39) Daarover de feestrede geciteerd *supra* n. 3, en de daarin o.m. genoemde conclusie van de AG in *Banks v. British Coal Corporation* zaak C-128/92, *Jur. H.v.J.* 1994, I-1209.

schapsrechters tot dusver dergelijke schadeclaims hebben afgewezen in de hen voorgelegde gevallen, hebben zij in de zaak *Dorsch Consult* de voorwaarden aangegeven onder dewelke aansprakelijkheid kan worden erkend (in navolging van het Duitse en Franse recht, waarover *supra*). In die zaak ging het om een claim tot vergoeding van schade die Dorsch Consult Ingenieursgesellschaft mbH stelde te hebben geleden tengevolge van een Raadsverordening waarbij het handelsverkeer van de Gemeenschap betreffende Irak en Koeweit werd verhinderd, zulks in overeenstemming met een resolutie van de Veiligheidsraad van de VN. De claim werd door het Gerecht van eerste aanleg verworpen bij arrest van 28 april 1998(40) en een nietigheidsberoep tegen die beslissing werd door het Hof van Justitie afgewezen bij arrest van 15 juni 2000(41). Het Gerecht vatte in zijn arrest de vroegere rechtspraak van het Hof samen en duidde de voorwaarden aan onder dewelke de aansprakelijkheid wegens rechtmatig handelen wordt aangenomen indien het beginsel van dergelijke aansprakelijkheid „zou moeten worden erkend”(42). Die voorwaarden zijn, benevens realiteit van de beweerdelijk geleden schade en het bestaan van causaal verband, dat de geleden schade „abnormaal” en „bijzonder” moet zijn. In de genoemde zaak kwam het Gerecht tot de conclusie dat aan die voorwaarde niet was voldaan.

## B. OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID VOLGENS DE E.C.R.M.

17. Ook de E.C.R.M. behelst een bepaling, thans artikel 41 (ex 50), waarbij in een autonoom, zij het subsidiair, buitencontractueel aansprakelijkheidsregime wordt voorzien. Volgens het artikel kan het E.H.R.M. een billijke genoegdoening toekennen aan een particulier die schade heeft geleden ingevolge een schending van de Conventie, of een daaraan gehecht Protocol, door een van de Verdragsluitende Staten. Dergelijke aansprakelijkheid is in die zin subsidiair dat genoegdoening maar wordt toegekend indien het nationale recht van de betrokken Staat geen of slechts een gedeeltelijk rechtsherstel toestaat. Op grond van artikel 41 (ex 50) heeft het Hof voor de Mensenrechten

---

(40) Zaak T-184/95, *Jur. H.v.J.* 1998, II-688.

(41) Zaak C-237/98 P, nog niet gepubliceerd in *Jur. H.v.J.*

(42) Zie overweg. 80 van het arrest van het Gerecht in de zaak T-184/95. Zie ook overweg. 19 van het arrest van het Hof in de zaak C-237/98 P. Daarover P. LAROUCHE, „The Brasserie du Pêcheur Puzzle”, *pro manuscripto* op een colloquium gehouden in Leuven op 15-16 september 2000.

herhaaldelijk schadevergoeding toegekend voor morele en materiële schade(43). Interessanter evenwel, vanuit een oogpunt van nationaal recht, is dat het E.H.R.M. in zijn rechtspraak regelmatig nationale bepalingen of procedures inzake buitencontractuele aansprakelijkheid in strijd heeft verklaard met de Conventie of een daaraan gehecht Protocol.

Een voorbeeld van dat laatste (strijdigheid met een Protocol) biedt het arrest van 20 november 1995 inzake *Pressos Compania Naviera S.A. t. België*(44). In die zaak werd een Belgische wet aangeklaagd die schadeclaims van scheepvaartmaatschappijen tegen de Belgische Staat als aansteller van havenloodsen, met terugwerkende kracht had geëlimineerd. Het Hof zag daarin een beroving van eigendom in de zin van artikel 1 van Protocol nr. 1, dat natuurlijke of rechtspersonen een recht op ongestoord genot van eigendom waarborgt (waarna het aan de nationale rechter toekomt om schadevergoeding toe te kennen(45)). Niettegenstaande de ruime interpretatie die het Hof in die zaak aan de term „eigendom” (in het Engels „*possessions*”) had gegeven, weigerde het Hof, in een latere zaak, belastingclaims als „eigendom” aan te merken(46).

**18.** Een nog significantere uitspraak is het arrest van het E.H.R.M. van 28 oktober 1998 in de reeds vermelde zaak *Osman v. UK*(47), waarin de Engelse *Court of Appeal* had beslist de schadevergoedings-eis, na een slechts preliminair onderzoek van de „*merits*”, opzij te schuiven („*strike out*”)(48). Zoals eerder aangestipt (nr. 6), stond in die zaak de zgn. „*exclusionary rule*” aan de orde. Volgens de eisers voor het E.H.R.M. (de betrokken jongen en zijn moeder) functioneerde deze regel als een absolute immuniteit, ten gunste van politieambtenaren, ten overstaan van tot hen gerichte schadevergoedingsclaims „*in negligence*”. Het Hof ging na of de regel verenigbaar was met artikel 6 (1) E.C.R.M. waarin aan eenieder een recht op een

---

(43) Voor een overzicht, zie J.-Fr. FLAUSS, „La réparation directe en cas de violation de la Convention européenne des droits de l’homme”, *J.T. dr. eur.* 1996, 8-15; zie ook *Casebook*, *supra* n. 2, onder 9.ECHR.8.

(44) Relevante uittreksels zijn opgenomen en becommentarieerd in het *Case-book* onder 9.ECHR.9.

(45) Zie in dat verband het latere arrest van het E.H.R.M. van 3 juli 1997, Rep. 1997-IV, gewezen in dezelfde zaak, waarbij aan één van de maatschappijen een billijke vergoeding werd toegekend, nadat de nationale rechter haar eis had afgewezen.

(46) Arrest van 23 oktober 1997, *National & Provincial Building Society v. U.K.*, Rep. 1997-VII, 2325.

(47) Uittreksels met commentaar in het *Case-book*, onder 9.ECHR.10.

(48) Daarover *Rule 3.4 Civil Procedure Rules*.

eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak wordt gewaarborgd. Het aanvaardde, bij wijze van uitgangspunt, dat de regel als dusdanig de toepasselijkheid van artikel 6 (1) *niet* in het gedrang brengt aanzien „*the rule does not automatically doom to failure such a civil action from the outset but in principle allows a domestic court to make a considered assessment on the basis of the arguments before it*” en dat, bijgevolg, „*the applicants must be taken to have had a right, derived from the law of negligence, to seek an adjudication on the admissibility and merits of an arguable claim that they were in a relationship of proximity of the police, that the harm caused was foreseeable and that in the circumstances it was fair, just and reasonable not to apply the exclusionary rule*”.

Niettemin was het Hof van oordeel dat, in het concrete geval, de „*exclusionary rule*” op een disproportionele manier was toegepast in zoverre hij leidde tot een „*striking out of the claim*”. Het Hof kwam tot die conclusie na een onderzoek van de in zijn rechtspraak steeds centraal staande vraag, of de door een Verdragsluitende Staat aan een grondrecht (in dit geval het „recht op toegang tot een rechtbank”) aangebrachte beperkingen „*do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired*”. Het Hof overwoog dienaangaande dat „*a limitation will not be compatible with Article 6 (1) if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved*”.

Om aan te tonen dat er in het onderzochte geval sprake was van een gebrek aan proportionaliteit overwoog het Hof: „*While the Government have contended that the exclusionary rule of liability is not of an absolute nature and that its application may yield to other public policy considerations, it would appear to the Court that in the instant case the Court of Appeal proceeded on the basis that the rule provided a watertight defence to the police and that it was impossible to prise open an immunity which the police enjoy from civil suit in respect of their acts and omissions in the investigation and suppression of crime.*

*The Court would observe that the application of the rule in this manner without further enquiry into the existence of competing public interest considerations only serves to confer a blanket immunity on the police for their acts and omissions during the investigation and suppression of crime and amounts to an unjustifiable restriction on an applicant's right to have a determination on the merits of his or her claim against the police in deserving cases.*”

19. De *Osman*-uitspraak van het Mensenrechtenhof werd in het VK niet onverdeeld gunstig onthaald(49). Zij kan immers verstrekkende gevolgen hebben, nu de „*strike out*”-mogelijkheid van rechtbanken daardoor aan banden wordt gelegd. Dit betekent evenwel niet noodzakelijk dat de strikte voorwaarden om, onder de „*tort of negligence*”, schadeclaims tegen de politie of andere nationale autoriteiten toe te laten, reeds op zich in strijd zijn met het E.V.R.M. Het betekent alleen dat dergelijke eisen niet mogen worden afgewezen zonder voldoende onderzoek van de grond van de zaak. De discussie omtrent de toepasselijkheid van de voorwaarden wordt derhalve alleen maar verlegd(50). Dit blijkt uit latere beslissingen van het *House of Lords*, enerzijds in *Barrett*(51) en anderzijds in *Phelps*(52). Nochtans blijkt uit deze beide zaken — waarin schadeclaims werden onderzocht tegen „*local childcare authorities*” respectievelijk „*local education authorities*” wegens beweerde nalatigheid in de uitoefening van hun functie, dat het *House of Lords* zich nu minder restrictief lijkt op te stellen wat betreft het gegrond verklaren van dergelijke claims.

### III. Naar een Europees gemeenschappelijk aansprakelijkheidsrecht: „*Bridging the gap*” tussen wetenschap en praktijk

20. In een recent editoriaal in dit tijdschrift(53) drukt Professor J.B.M. Vranken de wens uit dat de kloof tussen wetenschap en praktijk in de nieuwe rechtstak „Europees Privaatrecht”, zou worden overbrugd. Voor de wetenschap is het inderdaad belangrijk dat zij haar nut bewijst voor de praktijk van het recht. In zijn bijdrage somt hij verschillende wetenschappelijke initiatieven op, waaronder het (door de auteur van deze bijdrage geleide) project „*Casebooks for the common law of Europe*”. Aan wat Prof. Vranken daarover schrijft, moge ik toevoegen dat het project probeert principes en concepten die

---

(49) Zie *Casebook*, *supra* n. 2, in Note (4) onder 9.ECRH.10.

(50) Daarover P. CRAIG en D. FAIRGRIEVE, „*Barrett*, Negligence and Discretionary Powers”, 1999, *Pub.L.* 626.

(51) *Barrett v. Enfield London Borough Council* (1999) 3 WLR 79, (1999) 3 All ER 193, HL. Voor uittreksels met commentaar, zie het *Casebook* onder 3.E.32

(52) *Phelps v. Mayor of the London Borough of Hillingdon* (te raadplegen op Internet).

(53) „*Bridging the Gap* tussen wetenschap en praktijk”, *T.P.R.* 2000, 3-12. In verband met het daarin aan de orde gestelde onderwerp, zie mijn artikelen „*Bridging the Gap* between Community and National Laws: Towards a Principle of Homogeneity in the field of Legal Remedies”, 32 *C.M.L. Rev.* (1995), 697-702 en „*Bridging the Unbridgeable: Community and National Tort Laws after Francovich and Brasserie*, 45 *ICLQ* 1996, 507-544.

reeds in de rechtspraak, wetgeving en rechtsleer van de nationale en supranationale rechtssystemen besloten liggen, te „ont-dekken” (en er dus, althans in principe, geen nieuwe te formuleren). Het gaat, m.a.w., over een wezenlijk praktijkgericht onderzoek.

De bedoeling van wat volgt is aan te tonen, aan de hand van de hiervoor verzamelde rechtsvergelijkende en Europese gegevens, dat de rechtspraktijk wel degelijk gediend is met een dergelijke praktijkgerichte wetenschap. Daarbij onderscheid ik opnieuw, zoals hiervoor, de impact die uitgaat van rechtsvergelijking — waaronder ik zowel externe als interne rechtsvergelijking versta — en de impact die uitgaat van de twee Europese supranationale rechtsstelsels. Onder interne rechtsvergelijking versta ik, in navolging van Vranken(54), het verschijnsel dat een jurist over de grenzen van zijn vakgebied heen kijkt en aansluiting zoekt bij andere deelterreinen van het eigen nationaal recht. Onder externe rechtsvergelijking wordt de klassieke rechtsvergelijking verstaan, waarbij de jurist over de landsgrenzen heen naar vreemde rechtssystemen kijkt. Ik teken daarbij aan, dat het onderscheid enigszins de mist is ingegaan ingevolge het steeds maar groeiend pluralisme van rechtsbronnen dat de nationale rechtsstelsels kenmerkt ingevolge de supra- en internationalisering van het recht(55). Om slechts één voorbeeld te noemen: Europees Gemeenschapsrecht is integraal onderdeel van het nationaal recht van de Lid-Staten, waaronder het Nederlandse en het Belgische, maar vormt ook een eigen zelfstandige rechtsorde. Of de vergelijking van Europees-rechtelijke regelen inzake de aansprakelijkheid van Gemeenschapsinstellingen en -overheden met de Nederlandse of Belgische regelen inzake overheidsaansprakelijkheid, behoort tot de interne dan wel de externe rechtsvergelijking, is een vraag waarmee het onderscheid niet goed uit de voeten kan.

#### A. HET BELANG VAN RECHTSVERGELIJKING, EXTERN EN INTERN, IN HET KADER VAN EEN EUROPESE INTEGRATIE

**22.** Externe rechtsvergelijking waarbij de blik gericht wordt op het recht van andere landen, of beter: van andere rechtssystemen(56),

---

(54) J.B.M. VRANKEN, *Algemeen Deel* in de Asser-reeks, 1995, 124-140. Zie ook mijn tweede in de vorige noot geciteerde bijdrage, 540 e.v.

(55) Daarover, T. KOOPMANS, „Sources of Law: the new Pluralism”, in *Festschrift til Ole Due*, Liber Amicorum, Copenhagen, 1994, 189-206.

(56) Binnen eenzelfde land kunnen immers verscheiden rechtssystemen functioneren, zoals nationale, Europese en internationale.

komt niet zo vaak voor, aldus Vranken die voor Nederland, Duitsland en Groot-Brittannië enkele approximatieve cijfers citeert(57). Deze vorm van rechtsvergelijking heeft geen bindende uitwerking voor de rechter maar heeft enkel persuasieve waarde(58). Interne rechtsvergelijking waarbij de rechter binnen de landsgrenzen, of beter: binnen de grenzen van eenzelfde rechtssysteem, naar andere deelgebieden kijkt, komt vaker voor en beantwoordt aan „een eis van behoren: vergelijkbare posities dienen voor alle rechters, ongeacht hun rechtsgebied, vergelijkbaar te worden beoordeeld. Verschillen zijn alleen te rechtvaardigen indien en voorzover zij steunen op zakelijke argumenten”(59).

Volgens dezelfde auteur hangt het gebruik van externe rechtsvergelijkende gegevens niet af van de stijl van motiveren *en* worden die gegevens „vrijwel uitsluitend gebruikt wanneer het nationale recht daartoe verplicht, zoals met name in geschillen van internationaal privaatrechtelijke en internationaal handelsrechtelijke aard of bij de uniforme uitleg van Europese richtlijnen”(60). Bij de tweede opmerking wil ik aantekenen dat Europese wetgeving steeds vaker voorkomt en dat harmoniserende werking niet alleen uitgaat van Europese wetgeving maar evenzeer van Europese rechtspraak. Het komt erop aan dat deze steeds omvangrijker wordende Europese wetgeving en rechtspraak geloofwaardig blijven en niet als „*Fremdkörper*” worden ervaren in de rechtssystemen van de Lid-Staten (waarvan zij, zoals vermeld, integraal deel uitmaken overigens met voorrang op „zuiver” nationaal recht). Daartoe is het volstrekt noodzakelijk dat voor deze wetgeving en rechtspraak een soliede basis wordt gevonden in „algemene beginselen (en concepten) welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben” (aldus het reeds geciteerde artikel 288, ex 215, lid 2 EG). Om die en andere redenen, zo heb ik elders gesteld, is rechtsvergelijking, binnen de Europese regionale context, niet alleen maar waardevol wegens de eraan inherente overtuigingskracht, maar is zij nu ook van „strategisch” belang, precies terwille van de geloofwaardigheid die het Gemeenschapsrecht eraan kan ontleen(61). Dit geldt des te meer zo omwille van de ook door Vranken genoemde „eis van behoren” die, zoals gezegd, insluit dat vergelijkbare posities, behoudens zakelijke argumenten, op vergelijkbare wijze worden beoor-

---

(57) *Algemeen deel*, 130.

(58) Op. cit., 140.

(59) Op. cit., 125.

(60) Op. cit., 130-131.

(61) Zie o.m. mijn tweede, *supra*, n. 53 geciteerde artikel.

deeld. Op grond daarvan moeten posities die vallen onder de (beperkte(62)) delen van nationaal recht die door het Europees Gemeenschapsrecht worden beïnvloed, gelijk beoordeeld worden als vergelijkbare posities onder de delen van nationaal recht die niet door het Europees Gemeenschapsrecht worden beïnvloed maar nauw verwant zijn met daardoor wel beïnvloede rechtsgebieden. Zoals later (nr. 30) wordt aangestipt, leidt dit tot wat men het „*spill-over*” effect van het Europees Gemeenschapsrecht kan noemen.

23. Zo kom ik bij Vranken's eerste opmerking, dat het gebruik van *externe* rechtsvergelijking niet afhangt van de stijl van motiveren. Ik ben het daarmee niet eens. Wanneer de noodzaak van externe rechtsvergelijking, zoals hierboven gesteld, toeneemt in een context van groeiende Europese integratie (die sedert de Verdragen van Maastricht en Amsterdam niet langer beperkt is tot een zuiver economische integratie) zal de stijl van motiveren immers wél determinerend zijn voor een efficiënt en correct gebruik van rechtsvergelijking. Het kan namelijk niet worden ontkend dat de narratieve argumentatiestijl die de rechtspraak in *common law* landen kenmerkt, zich veel makkelijker leent tot het gebruik van rechtsvergelijkende elementen dan het strakke keurslijf waarin de summiere argumentatie van b.v. de Franse cassatierechter besloten ligt (en waarin niet eens naar rechtspraak of rechtsleer uit het eigen land wordt verwezen), of dan de uitvoerige en doorwrochte argumentatiestijl die eigen is aan Duitse rechters (die wél in discussie treden met auteurs en andere rechtscolleges) waardoor hun vonnissen wel eens voorkomen als moeilijk te volgen wetenschappelijke traktaten. Wil externe rechtsvergelijking de in een context van Europese integratie gewenste convergentie in de hand kunnen werken, dan dient derhalve ook te worden geijverd voor een transparantere rechterlijke redeneerstijl. Dit betekent natuurlijk ook dat de kennis van andere rechtssystemen o.m. in het onderwijs (ook in het voortgezet onderwijs) moet worden gestimuleerd(63), hetgeen dan weer impliceert dat belangrijke ontwikkelingen in de nationale rechtssystemen binnen de EU in een internationale taal moeten worden toegankelijk gemaakt voor beoefenaars van andere rechtssystemen.

Niet alleen is de argumentatiestijl van de *common law* rechtspraak m.i. het meest bevorderlijk voor externe rechtsvergelijking, *common law*

---

(62) Op beperkte wijze omdat de Lid-Staten slechts beperkte legislatieve bevoegdheden aan de Gemeenschap hebben overgedragen (cf. artikel 5 EG-Verdrag).

(63) Dit is precies wat het *Case book* project op het oog heeft: geordende documentatie ter beschikking stellen van rechters en andere praktijkjuristen, wetgevers, docenten en studenten.

rechters zijn ook met deze vorm van rechtsvergelijking het meest vertrouwd, althans wat vergelijking met andere *common law* landen betreft(64). De rechtssystemen van deze landen zijn immers niet het voorwerp (slachtoffer?) geweest van verregaande „codificatie” en hanteren daarom nog goed vergelijkbare concepten en beginselen en hebben daarenboven eenzelfde rechterlijke argumentatiestijl en eenzelfde (internationale) taal gemeenschappelijk. Ook op het politieke en economische vlak kennen de oud-*Commonwealth* landen overigens nog een vorm van integratie die groter is dan het geval is met derde landen van buiten de EU. Het bereiken van een gelijkaardige juridische convergentie, als gevolg van economische en daarmee verband houdende politieke en culturele integratie, tussen de rechtssystemen van de EU Lid-Staten, is ongetwijfeld een ideaalbeeld dat evenwel, bij voortschrijdende integratie, niet zo ver af dient te zijn. Waarbij men moet bedenken (zoals Vranken terecht aanstipt) dat externe rechtsvergelijking er niet noodzakelijk hoeft toe te leiden dat de buitenlandse oplossing wordt gevolgd, „maar integendeel als slijp- en toetssteen fungeert voor de afwijkende beslissing”(65). De hiervoor (nr. 3) in herinnering gebrachte Engelse (eigenlijk Schotse) „*wrongful birth*” beslissing, waarbij o.m. verwezen werd naar het arrest van de Hoge Raad, is hiervan een fraai voorbeeld. Ook een dergelijk gebruik van rechtsvergelijking leidt tot convergentie op het vlak van de onderliggende argumenten.

## B. DE IMPACT VAN RECHTSVERGELIJKING IN HET GEBIED VAN OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID

**24.** Wat het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht betreft, kan ik mij niet aan de indruk onttrekken dat het Engelse (en Schotse) recht de laatste jaren meer openstaat voor externe rechtsvergelijking uit andere EU-landen dan het recht van die andere EG-landen.

Dit is ongetwijfeld te wijten aan de invloed die hoge rechters (via „*concurring*” of „*dissenting opinions*”) op de vorming van de rechtspraak uitoefenen; rechtspraak die daarenboven in de *common law* landen al op zich een groter gezag heeft dan in de niet-*common law* landen. Lord Goff, Lord Bingham, Lord Slynn, Lord Steyn zijn

---

(64) Volgens gegevens door Vranken vermeld, op. cit., 130 komen verwijzingen naar *common-law* rechtspraak twee tot drie keer zo vaak voor als verwijzingen naar niet-*common-law* rechtspraak.

(65) Op. cit., 131.

daarvan bekende recente voorbeelden(66). Die grotere belangstelling voor buitenlands recht op het gebied van het aansprakelijkheidsrecht heeft ongetwijfeld ook te maken met de „inhaal”-beweging die het Engelse (en Schotse) recht lijkt te maken in de richting van „meer aansprakelijkheid”.

Een (nog niet genoemd) recent arrest van het *House of Lords* in de zaak *Arthur J.S. Hall & Co.* (e.a.)(67), is daarvan een mooie illustratie. Het arrest betreft de aansprakelijkheid van *barristers* en *solicitors*, meer in het bijzonder de immuniteit tegen aansprakelijkheidsclaims „*in negligence*” waarop deze beroeps categorie zich vóór het arrest kon beroepen. „*Their Lordships*” waren namelijk van oordeel dat „*in the light of changes in the law of negligence, the functioning of the legal profession, the administration of justice and public perceptions reconsideration of the advocates’ immunity from suit was appropriate*”(68). Lord Steyn, een Zuid-Afrikaan van afkomst (er zijn heel wat *Law Lords* in het *House* uit vroegere *Commonwealth*-landen) analyseerde in de „*leading speech*” de redenen die de immuniteit tot dan hadden verantwoord. Hij kwam tot de conclusie dat hen niet langer een zelfde gewicht toekwam en dat „*the public interest in the administration of justice no longer required that advocates enjoy immunity from suit for alleged negligence in the conduct of civil proceedings*”. Om tot die conclusie te komen vergeleek hij het aansprakelijkheidsregime van „*advocates*” (dit zijn „*barristers*” én „*solicitors*”) met dat van artsen die immers ook — zoals advocaten, benevens plichten tegenover hun cliënt, een „*overriding duty to the court*” hebben — „*have duties not only to their patients but also to an ethical code*”. Vervolgens vergeleek hij het Engelse recht met buitenlandse rechtssystemen van zowel *common law* landen als „*in countries in the European Union*”, en dit vooral vanuit een oogpunt van de rol van de rechter bij het leiden van de procedure omdat zulks een invloed kan hebben op de „*duty to the court*” van de advocaat(69).

**25.** Het eerste hiervoor weergegeven citaat begint met de woorden „*in the light of changes in the law of negligence*”. En inderdaad,

---

(66) Zie ook mijn lezing gehouden in Nijmegen op 7 oktober 2000, over „The Future meeting the Past”, nog niet gepubliceerd.

(67) Gepubliceerd in *WLR* van 4 augustus 2000, 543.

(68) Aldus de hoofding in *WLR* van 4 augustus 2000, 543.

(69) Het weze terloops vermeld dat het principe van de lijdelijkheid van de rechter door het EG Hof van Justitie is bestempeld geworden als een beginsel dat uitdrukking geeft aan in de meeste Lid-Staten bestaande opvattingen: H.v.J. 14 december 1995 (Van Schijndel) gev. zaken C-430/93 en C-431/93, *Jur. H.v.J* 1995, I-4705, overw. 21.

speciaal in verband met de aansprakelijkheid voor aan cliënten berokkende economische schade („*pure economic losses*”, waarover *supra*, nr. 1) als gevolg van fouten begaan bij het geven van professioneel advies, is er in het Engelse recht een tendens om tot een steeds zwaardere aansprakelijkheid te komen (en het daardoor meer in overeenstemming te brengen met het recht in andere EG-landen). Deze materie wordt in het Engelse recht nog steeds beheerst door het *Hedley Byrne* arrest van het *House of Lords*(70) waarin een bank die verkeerd financieel advies had gegeven, onder de bijzondere omstandigheden van het geval, geacht werd een „*duty of care*” te hebben jegens de cliënt. In latere rechtspraak werd deze aansprakelijkheid verder uitgebreid. Zo o.m. in *White v. Jones* waar Lord Goff — in het geval van een „*solicitor*” die verzuimd had een testament tijdig (vóór de dood van de testator) op te maken — voor het *House of Lords* tot de conclusie kwam dat de „*solicitor*” aansprakelijk moest worden gesteld jegens de potentiële begunstigden(71). In zijn „*speech*” wijdde Lord Goff een grondig onderzoek aan de Duitse leer van het *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*, waarvoor hij evenwel geen steun vond in het Engelse recht. Toch besloot hij tot het bestaan van aansprakelijkheid omdat redenen van „*practical justice*” verlangen dat een „*lacuna in the law*” werd gedicht. In een nog recenter arrest, *Henderson v. Merrett Syndicates Ltd.*(72), ging het *House of Lords* over tot een herformulering van de *Hedley Byrne* regel, nu bekend als het „*extended Hedley Byrne principle*”. Op grond daarvan is nu een algemene „*remedy for the recovery of damages in respect of economic loss caused by the negligent performance of services*” beschikbaar(73). Uit deze rechtspraak moge blijken dat er in het traditioneel restrictieve Engelse aansprakelijkheidsrecht nu ook een verruimings-tendens valt waar te nemen, en dat ontwikkelingen in andere *common law* landen maar ook in de continentale EU landen daaraan niet vreemd zijn.

**26.** Tot dusver ging het over externe rechtsvergelijking op het vlak van nationale rechtssystemen. Uiteraard, zo mag worden aangenomen, voltrekt zich in alle landen ook heel wat *interne* rechtsvergelij-

---

(70) (1964) AC 465, (1963) 2 All ER 575, HL. Daarover het *Casebook*, *supra*, n. 2, onder 2.E.47, Note (1).

(71) (1995) 2 AC 207. Uittreksels uit het arrest met commentaar zijn opgenomen in het *Case book* onder 2.E.48.

(72) Uittreksels zijn afgedrukt in het *Case book*, *supra* n. 2, onder 1.E.14 en 1.E.17.

(73) Aldus Lord Steyn in *Williams v. Natural Life Health Foods Ltd.* geciteerd in het *Case book*, *supra* n. 2, onder 2.4.1., *Introductory Note*, onder d).

king, b.v. tussen civiel en administratief aansprakelijkheidsrecht. Een illustratie daarvan biedt het Franse recht waar, zoals reeds vermeld, niet alleen twee verschillende materieelrechtelijke aansprakelijkheidsregelingen bestaan: één neergelegd in de *Code* civil voor particulieren en een ander voor instellingen van publiek recht. Maar bovendien worden beide systemen door verschillende rechtbanken toegepast, het eerste door de gewone rechtbanken, met de *Cour de cassation* bovenaan, het tweede door administratieve rechtbanken, met aan de top de *Conseil d'Etat*. Ofschoon het onderscheid tussen privaat en publiek recht in het Franse recht diepe wortels heeft en, derhalve, in handboeken van privaat aansprakelijkheidsrecht weinig aandacht wordt gegeven aan de regels betreffende overheidsaansprakelijkheid (en *vice versa*), kan niettemin worden vastgesteld dat de rechtspraak van de *Conseil d'Etat*, soms na enige aarzeling, uiteindelijk die van de *Cour de cassation* pleegt te volgen<sup>(74)</sup>. Dit kan moeilijk anders dan het resultaat te zijn van interne rechtsvergelijking. Ook op het vlak van het *supranationale* recht, meer bepaaldelijk het Europese Gemeenschapsrecht, leidt interne rechtsvergelijking tot harmonisatie van in verschillende domeinen werkzame regelen. Een sprekend voorbeeld is hierboven al besproken (onder nr. 14) en houdt verband met de twee systemen van overheidsaansprakelijkheid die het EG-recht kent: één voor schendingen van Gemeenschapsrecht gepleegd door communautaire instellingen en een ander voor schendingen gepleegd door de autoriteiten van de Lid-Staten. Ofschoon beide systemen door verschillende rechters worden toegepast, het eerste door het Europees Gerecht van eerste aanleg en het Europese Hof van Justitie, het tweede door de nationale rechters in de Lid-Staten, is het Hof van Justitie erin geslaagd, via de prejudiciële vraagstellingsprocedure, een verregaande homogeniteit tussen beide systemen door te voeren. Dit kon ook moeilijk anders aangezien het Hof van Justitie, zoals hiervoor reeds gesignaleerd, aanneemt dat beide systemen gesteund zijn op „algemene beginselen welke de rechtsstelsels van de lidstaten gemeen hebben”. In het reeds geciteerde *Brasserie*-arrest<sup>(75)</sup> geeft het Hof dan ook uitdrukkelijk aan, dat „de voorwaarde voor de aansprakelijkheid van de staat wegens aan particulieren veroorzaakte schade, behoudens indien bijzondere omstandigheden zulks rechtvaardigen, niet (mogen) verschillen van die welke gelden

---

(74) Zie het *Case book*, onder I.F.24-25, waar in het tweede document wordt beschreven hoe de administratieve rechtbanken uiteindelijk het standpunt van de *Cour de cassation* in verband met volledige vergoeding van morele schade hebben overgenomen.

(75) *Supra*, n. 35.

voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in vergelijkbare omstandigheden”(76). Naast het vereiste van gelijke behandeling van benadeelden pleit voor dergelijke harmonisatie natuurlijk ook de noodzaak om een rechtssysteem — in dit geval het Europees Gemeenschapsrecht en de daarop gesteunde nationale regelen — zo homogeen mogelijk te houden (en zodoende de verkokering van rechtsdisciplines, waar mogelijk, binnen perken te houden).

**27.** Nog even terug naar *externe* rechtsvergelijking. Zoals hiervoor reeds aangestipt (in nr. 22), omvat externe rechtsvergelijking ook de vergelijking van twee verschillende rechtssystemen die in eenzelfde land, of groep van landen, naast elkaar functioneren. Zo ook, en meer bepaaldelijk, de vergelijking van de twee supranationale Europese systemen: het EG-recht en het recht van de E.C.R.M. Met die vergelijking treden we evenwel in de meer complexe situatie die hierna afzonderlijk wordt behandeld. Zij voltrekt zich immers in het kader van de wederzijdse beïnvloeding van nationale en supranationale rechtssystemen die weliswaar onafhankelijk zijn van elkaar maar niettemin, op een min of meer intense wijze, intrinsiek met elkaar verbonden of zelfs vervlochten zijn. De impact die deze rechtssystemen op elkaar uitoefenen is dan ook van een andere aard dan de invloed die uitgaat van twee aan elkaar totaal „vreemde” rechtssystemen (zoals aangestipt onder III B, speelt rechtsvergelijking in dat kader een andere, nl. „strategische”, rol dan „gewone” externe rechtsvergelijking).

#### C. WEDERZIJDSE BEÏNVLOEDING VAN MET ELKAAR (BINNEN DE EUROPESE UNIE EN DE EUROPESE CONVENTIE) VERVLOCHTEN RECHTSSTELSLS

**28.** Een vervinging van rechtsstelsels bestaat in de eerste plaats tussen het Europese Gemeenschapsrecht (en in mindere mate het overige Europese Unierecht) en het nationale rechtsstelsel van elk der Lid-Staten (en trouwens ook rechtstreeks tussen de rechtsstelsels van de Lid-Staten onderling in zoverre zij in EG-verband gehouden zijn tot samenwerking op grond van artikel 10, ex 5, EG). Een gelijkaardige, zij het minder intense, vervinging bestaat in de tweede plaats tussen het recht van de E.C.R.M. en het nationale rechtsstelsel van elk van de Verdragsluitende Staten. Tenslotte bestaat er een „eigen-aardige” vervinging tussen de twee supranationale rechtsstelsels, het EG- en EU recht enerzijds, het recht van de E.C.R.M.

---

(76) Overweg. 42. Zie ook de hiervoor, in nr. 14, geciteerde passage uit het *Bergaderm*-arrest.

anderzijds. Zoals reeds is gebleken uit wat voorafgaat en hierna wordt samengevat, oefent elk van deze vervlechtingen een invloed uit in het domein van het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht.

**29.** Wat betreft het EG-recht (d.i. de eerste en veruit belangrijkste pijler van het EU-recht) heeft de *Francovich*-rechtspraak van het Europese Hof van Justitie tot gevolg dat de nationale rechtssystemen in een rechtsgang („*remedy*”) moeten voorzien die particulieren toelaat vergoeding te bekomen voor schade die hen werd berokkend door een schending van het Gemeenschapsrecht door de nationale autoriteiten van de betrokken Lid-Staat. De voorwaarden waaronder deze rechtsgang moet worden toegestaan zijn vastgelegd in rechtspraak van het Hof (in het bijzonder in de reeds geciteerde arresten *Brasserie du Pêcheur* en *Bergaderm*(77)) en werden in latere arresten gepreciseerd — en zullen dat ongetwijfeld nog meer worden in latere rechtspraak. Op grond van die rechtspraak moet een schadevergoedingsclaim: (i) kunnen worden ingesteld ongeacht de nationale autoriteit van wie de schending uitgaat en dus ook als dat de formele nationale wetgever is(78); (ii) dient het mogelijk te zijn voor de benadeelde om ook vergoeding te krijgen voor zuiver economische schade, hetgeen betekent dat Duitse (of Engelse) regelingen die een „totale uitsluiting van winstderving als voor vergoeding in aanmerking komende schade”(79) inhouden, door de nationale rechter buiten toepassing moeten worden gelaten, inzonderheid „in verband met geschillen van economische of commerciële aard”(80) (waarover geschillen van Europees recht doorgaans handelen); en (iii) dat, onder voorbehoud van schade die de benadeelde zelf moet dragen als hij nagelaten heeft „zich redelijke inspanningen te getroosten om de omvang van de schade te beperken”(81), „de vergoeding van de aan particulieren veroorzaakte schade adequaat dient te zijn ten opzichte van de geleden schade, zodat de daadwerkelijke bescherming van hun rechten is verzekerd”(82).

**30.** Het spreekt vanzelf, ofschoon het vaak vergeten wordt, dat de rechtstreekse impact van het Gemeenschapsrecht op de nationale

---

(77) *Supra*, n. 33 en 35.

(78) *Brasserie*, overw. 36; zie ook overw. 71-72 en 73 voor de toepassing van dat principe op het Duitse resp. het Engelse recht.

(79) *Brasserie*, overweg. 87.

(80) *Ibid.*

(81) *Brasserie*, overweg. 85.

(82) *Ibid.*, overweg. 82.

rechtsstelsels, impact die voor alle nationale rechtstelsels zo eenvormig mogelijk dient te zijn, beperkt blijft tot de gebieden waarvoor de Lid-Staten aan de Gemeenschap soevereine bevoegdheden hebben overgedragen. Dit geldt voor rechtspraak van het Hof die, zoals de *Francovich*-rechtspraak, rechtstreeks op het EG-Verdrag is gesteund maar ook voor Europese wetgeving, zoals de richtlijn betreffende produktaansprakelijkheid, die door de Europese wetgever is uitgevaardigd binnen de door het Verdrag toegelaten grenzen. Daarbuiten heeft de Gemeenschap geen bevoegdheid, hetgeen leidt (zoals reeds aangegeven in nr. 22) tot een verbodskeling in een bepaald gebied van voorheen eenvormig nationaal recht in, enerzijds, nationaal recht dat als gevolg van het Gemeenschapsrecht gewijzigd is en, anderzijds, nationaal recht dat ongewijzigd van kracht blijft. Zo b.v. geldt, volgens de *Francovich*-rechtspraak, dat een Lid-Staat tegenover een particulier slechts aansprakelijk is voor schending van Gemeenschapsrecht wanneer de schending „voldoende gekwalificeerd is”, d.w.z. bij uitoefening van een discretionaire bevoegdheid, wanneer de betrokken nationale autoriteit de grenzen van die bevoegdheid „kennelijk en ernstig” heeft miskend(83). Voor Lid-Staten die, zoals België en Nederland, inzake overheidsaansprakelijkheid een voor de benadeelde gunstiger foutcriterium hanteren, betekent dit dat aansprakelijkheid voor schendingen van nationaal recht gemakkelijker ontstaat dan voor schendingen van Gemeenschapsrecht. Wil een nationaal rechtssysteem deze inconsistentie, en de daaruit voortvloeiende ongelijke behandeling van eisers in nochtans gelijkaardige geschillen, ongedaan maken, dan moet het *ofwel* het voor benadeelden gunstiger criterium ook voor schendingen van Gemeenschapsrecht hanteren(84), *ofwel* het voor benadeelden minder gunstige criterium ook voor overtredingen van nationaal recht gebruiken. Deze keuze is een beslissing die zuiver nationaal is en niet door het Gemeenschapsrecht wordt opgelegd. Zij toont evenwel aan dat het Gemeenschapsrecht een verdergaande invloed op het nationaal recht kan uitoefenen dan, strikt genomen, door het Gemeenschapsrecht wordt vereist (hetgeen ook

---

(83) *Brasserie*, overweg. 55. Het Hof neemt hier het criterium over dat het gebruikt voor de toepassing van artikel 288, ex 215, lid 2 EG, zoals het in *Mulder*, op voorstel van de AG, werd verijnd: zie H.v.J. 19 mei 1992 gev. zaken C-104/89 en 37/90, *Jur. H.v.J.* 1992, I-3061. Daarover ook *Case book*, *supra* n. 3, onder 9.EC.3, Note (1).

(84) Vgl. *Brasserie*, overweg. 79. Aldus een arrest van 14 januari 2000 van het Belgische Hof van Cassatie in de zaak *Evobus Belgium*, nog niet gepubl., vermeld in het jaarverslag 2000 van het Hof van Cassatie, p. 47.

wel het „spill-over” effect van het Gemeenschapsrecht wordt genoemd)(85).

31. Over de invloed die uitgaat van de twee andere hiervoor genoemde vervlechtingen zal ik kort zijn. Dat de rechtspraak betreffende de E.C.R.M. eveneens ingrijpende gevolgen kan hebben op de nationale rechtstelsels van de Verdragsluitende Staten wiens recht aan de Conventie is ondergeschikt, is hiervoor al duidelijk geworden bij de bespreking van het *Osman*-arrest (supra, nr. 18). Door dit arrest is de bevoegdheid van de Engelse (en Schotse) rechter „to strike out” schadevergoedingsclaims, na een louter preliminair onderzoek, op de helling gezet.

Wat tenslotte de vervlechting van Europees Gemeenschapsrecht met E.C.R.M.-recht betreft, die ligt wat moeilijker omdat geen van beide supranationale rechtsordes ondergeschikt is aan de andere. Dit belet echter niet dat het Hof van Justitie, zoals bekend, ervan uitgaat dat de E.C.R.M. behoort tot de algemene beginselen van het Gemeenschapsrecht waarvan het zelf de handhaving waarborgt met betrekking tot handelingen van de Gemeenschapsinstellingen. Deze toestand leidt meestal tot eenvormigheid tussen de twee rechtshandhavingssystemen en leidt slechts uitzonderlijk tot tegenstrijdigheid. Een voorbeeld van het eerste vormt het *Hornsby t. Griekenland*-arrest van het E.H.R.M. waarbij het Mensenrechtenhof de uitvoering van een arrest van het Hof van Justitie ondersteunt onder verwijzing naar het recht op „toegang tot een rechtbank” neergelegd in artikel 6 E.C.R.M.(86). Een voorbeeld van het tweede vormt het *Matthew t. UK*-arrest van het E.H.R.M. waarin een verstoring zou kunnen worden gezien van de goede samenwerking tussen beide Europese rechtscolleges(87).

---

(85) Daarover G. ANTHONY, “Community Law and the Development of UK Administrative Law: Delimiting the ‘Spill-Over’ Effect”, in *European Public Law* 1998, 253-276. Meestal leidt dit tot harmonisatie in het voordeel van de benadeelde doordat de nationale wetgever/rechter hem/haar een ruimere „remedy” ter beschikking stelt, en dus een hogere rechtsbescherming verleent.

(86) Voor uittreksels met commentaar van R.A. LAWSON, zie *SEW* 1997, 339-342.

(87) Zie D. CURTIN, „The ‘EU Human Rights Charter’ and the Union Legal Order: the ‘Banns’ before the Marriage” in *Judicial Review in European Union Law*, Liber Amicorum in honour of Lord Slynn of Hadley, Vol. I (ed. David O’Keeffe), p. 303, op 311.

## Tot besluit

32. Uit het voorgaande kunnen volgende vaststellingen worden afgeleid: (i) dat er een duidelijke tendens is, in de Europese nationale en supranationale rechtsordes, tot verruiming van buitencontractuele aansprakelijkheid in het algemeen en van overheidsaansprakelijkheid in het bijzonder; (ii) dat deze tendens meer bepaaldelijk in de hand wordt gewerkt door de invloed die uitgaat van de Europese supranationale rechtsstelsels op de nationale rechtsstelsels waarmee zij intrinsiek vervlochten zijn; (iii) dat de verruiming van aansprakelijkheid ook het gevolg is van klassieke externe én interne rechtsvergelijking, wat de eerste betreft, vooral in rechtssystemen die voldoende openheid in rechterlijke motivering aan de dag leggen en de incorporatie van aan de rechtsvergelijking ontleende argumenten daardoor gemakkelijken; en (iv) dat, wil men de invloed van de supranationale rechtsordes, vooral die van de EG, aanvaardbaar maken voor de nationale rechtsstelsels waarvan zij deel uitmaken, de supranationale regelingen zoveel mogelijk moet worden opgebouwd met behulp van concepten en algemene beginselen die de rechtsordes van de Lid-Staten gemeen hebben; hetgeen betekent dat externe rechtsvergelijking, in een context van Europese integratie, van strategisch belang is. Hopelijk is uit het voorgaande gebleken dat een praktijkgerichte „wetenschap” van het Europees Privaatrecht nut heeft voor de praktijk van het recht. Zowel traditionele rechtsvergelijking, extern en intern, als de moderne vorm van rechtsvergelijking die plaats vindt in het kader van de twee supranationale Europese rechtsstelsels oefenen een facultatieve c.q. verplichtende invloed uit op de jurisprudentie van de erbij betrokken landen en leiden tot steeds meer convergentie, een ontwikkeling waarvan het eindpunt nog op verre na niet in zicht is. Met het oog op het vrijwaren van de homogeniteit van het recht en de gelijke behandeling van rechtzoekenden, staat het aan de wetenschap om deze ontwikkeling te begeleiden en binnen grenzen te houden. Van haar kant moet de „praktijk”, en moeten vooral de rechters, de openheid creëren die moet toelaten de resultaten van de wetenschappelijke beoefening van het recht in hun redeneerproces te verdisconteren.