

**Het systeem van overheidsaansprakelijkheid wegens
“normatieve onrechtmatigheid” in E.G.-verband.
Een kritische synthese**

Vincent Piessevaux

In dit werk wordt het systeem van rechtsbescherming tegen onrechtmatige normatieve handelingen van de EEG-instellingen en van de nationale overheid in EG-verband, met zijn tekorten, geschetst en wordt voorgesteld hoe die tekorten weg te werken.

Ce travail décrit le système de protection juridique contre les actes normatifs illégaux des institutions de la CEE et des pouvoirs nationaux dans le cadre communautaire, en même temps que ses lacunes, et propose des solutions à ces lacunes.

This paper purposes describing the system of legal protection against illegal normative acts of the EEC-institutions as well as of the national authorities in the EEC-context, together with its shortcomings, and proposing solutions to those shortcomings.

§ 1. ALGEMENE INLEIDING TOT DE PROBLEMATIEK

A. Situering

Sedert de oprichting van de EGKS (1951) en de EEG (1957) hebben wij een nieuwe overheid (1). Die zal, onder andere, op normatieve wijze in het rechtsverkeer optreden, waardoor bijgevolg gelijkaardige rechtsverhoudingen ontstaan als die tussen nationale overheid en individu. Immers niet enkel de Lidstaten, doch ook particulieren zijn haar rechtssubjecten.

Deze nieuwe overheid kan nu, net als elke andere, haar onderdanen onrecht aandoen. Tegen dit onrechtmatig handelen verschaft het Verdrag een aantal rechtsmiddelen, waaronder een aansprakelijkheidsvordering wegens schade (2).

(1) Aangezien het systeem van de EGKS en dat van de EEG toch in grote mate gelijklopen, zal deze verhandeling het voornamelijk hebben over de EEG en het EEG-Verdrag.

(2) Zie artikel 215(2) E.E.G.-Verdrag: “Inzake niet-contractuele aansprakelijkheid moet de Gemeenschap overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben, de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt.”

Een tweede gevolg van de oprichting der Europese Gemeenschappen is dat de nationale overheid, enerzijds door nieuwe normen wordt gebonden, anderzijds in grote mate zal moeten instaan voor de uitvoering van het door de communautaire instellingen ontworpen beleid. Dit zijn voor de Lidstaten twee nieuwe gelegenheden om onder meer onrechtmatig te normeren.

B. Verheldering van begrippen

1. Wat is "normatief"?

Vooreerst moet erop gewezen worden dat de overheid (3) ook niet-normatieve handelingen stelt die eveneens onrechtmatig kunnen zijn en waartegen kan worden opgetreden.

Vanuit het standpunt van de rechtsbescherming van particulieren, is het echter van belang de categorie 'normatief' nauwkeurig te omschrijven - omdat het slagen van de aansprakelijkheidsvordering tegen de Gemeenschap wegens normatieve onrechtmatigheid aan zeer specifieke vereisten is gebonden.

Hoewel individuele handelingen m.i. ook normatief kunnen zijn (4), toch lijkt de rechtsleer algemeen onder dit begrip de verordenende bevoegdheid van de overheid te verstaan, met andere woorden haar bevoegdheid om algemene regels te stellen. Zo laat Gilsdorf bijvoorbeeld, ook richtlijnen en tot de Lidstaten gerichte beschikkingen onder het begrip 'normatieve handelingen' vallen, "soweit sie generellabstrakten Regelungsgehalt aufweisen" (5).

2. Wat is "(niet-contractuele) aansprakelijkheid"?

Deze vraag is belangrijk, want al naargelang van het antwoord daarop zal de reikwijdte van ons probleem verruimd of vernauwd worden. Het probleem dat hier eigenlijk aan de orde komt, is of restitutie (*repetitio*) kan ondergebracht worden onder het begrip 'niet-contractuele aansprakelijkheid'.

(3) Telkens als ik spreek van 'de overheid', versta ik daar ook de Gemeenschap onder.

(4) Cf. LENAERTS, K., annotatie van het arrest Kind t/Raad en Commissie, 15 september 1982 (*Jur.*, 1982, III, 2012) in *C.M.L.R.*, 1983, 482. Zonder zich uit te spreken over de vraag of de regels van aansprakelijkheid van de Gemeenschap wegens normatieve onrechtmatigheid ook toepasselijk zijn op individuele handelingen, schrijft Lenaerts: "Here it is felt that the Court has difficulty in distinguishing between normative acts with a general scope, emanating from the legislature and *normative* acts with either a *general* or an *individual* scope emanating from the executive."

(5) Zie GILSDORF, P., "Die Haftung der Gemeinschaft aus normativem Handeln auf dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs", *EuR.*, 1975, 73, noot 1 (nadruk toegevoegd).

In vele gevallen bestaat het nadelig effect van een onwettig overheids-optreden in E.G.-verband, uit een 'onverschuldigde betaling' van één of andere onderneming aan een nationale overheid of aan de Gemeenschap. Zijn dit gevallen van niet-contractuele aansprakelijkheid? Met andere woorden is de vordering ontstaan uit een quasi-contract, in casu onverschuldigde betaling, te beschouwen als een aansprakelijkheidsvordering? In het Belgische verbintenissenrecht worden de quasi-contracten samen met de onrechtmatige daad onder één hoofding geplaatst: 'verbintenissen buiten overeenkomst' (Boek II, titel IV van het Burgerlijk Wetboek). Prima facie, zou men dus kunnen denken dat onrechtmatige daad en quasi-contracten, beide, vormen zijn van buitencontractuele aansprakelijkheid. Toch lijkt de rechtsleer dit niet zo op te vatten. Volgens haar verwijst dit begrip enkel naar de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad.

De opvatting dat restitutie wel een geval van buitencontractuele aansprakelijkheid is, lijkt mij echter niet ongerijmd, omdat aansprakelijkheid ook louter kan verwijzen naar 'aanspraak', 'aanspreken'. In die zin is iemand dan aansprakelijk wanneer men tegen hem een rechtsvordering heeft, van welke aard ook. Hij die 'onverschuldigd' iets 'ontvangen' heeft, is in die zin 'aansprakelijk' (6). In het Engels recht betekent *liability* naast aansprakelijkheid in de klassieke zin ook (geldelijke) verplichting. *Liability* verwijst dus eveneens naar één of andere verbintenis die men heeft, zonder dat daarbij rechtstreeks op schuld wordt gealludeerd.

Is het woordje *liable* overigens niet verwant met het Franse werkwoord *lier*, wat in het Nederlands 'verbinden' is?

In de zaak *Express Dairy Foods Co t/Interventijn Board for Agricultural Produce* (12 juni 1980, zaak nr. 130/79, *Jur.*, 1980, III, 1837) heeft de verweerder - een Engels overheidslichaam - gepoogd het Hof er toe te bewegen artikel 215(2) tot restitutie te verruimen. Hij steunde zijn verweer op de argumentatie dat het de intentie was van de opstellers van het Verdrag dat artikel 215(2) alle vormen van aansprakelijkheid - waardoor meteen impliciet aanvaard werd dat restitutie onder dit laatste begrip viel - zou omvatten: terwijl de eerste alinea refereert naar contractuele aansprakelijkheid, refereert de tweede alinea naar niet-contractuele aansprakelijkheid, waardoor een gesloten systeem tot stand zou worden gebracht dat alle vormen van aansprakelijkheid omvat (7).

(6) Cf. de terminologie van het Hof zelf in overweging 6 van de zaak *Dumartier Frères t/Raad*, 4 oktober 1979, *Jur.*, 1979, 3112: "...de nationale bureaus... tot betaling der *restitutions* had moeten *aanspreken*" (cursief toegevoegd).

(7) Zie het verweer van de Intervention Board, *Jur.*, 1980, deel 3, 1857: "dat een dergelijke vordering niet tot het terrein van de overeenkomsten behoort, maar tot dat van de onrechtmatige daad. Zij valt derhalve onder de tweede alinea van artikel 215 E.E.G.-Verdrag, dat

In een constante lijn van arresten, waaronder Express Dairy Foods ook begrepen is, verwerpt het Hof het argument volgens hetwelk het onder artikel 215(2) E.E.G.-Verdrag bevoegd zou zijn voor gevallen van restitutie tegen de Gemeenschap (8).

Steeds is de nationale rechter bevoegd. Dit kan misschien verwondering wekken omdat het hier uiteindelijk ook gaat om het goed maken van de negatieve gevolgen van een onwettige normatieve handeling en ook omdat artikel 215(2) E.E.G.-Verdrag, in tegenstelling tot artikel 40 E.G.K.S.-Verdrag niet spreekt over een eventuele foutvereiste, zodat restitutie als vorm van objectieve 'aansprakelijkheid' denkbaar ware. De vereisten voor een objectieve aansprakelijkheid zijn aanwezig: er is schade - de verarming van de particulier -, er is een oorzakelijk verband - de verrijking van de overheid is de oorzaak van de verarming van de particulier -, er is een wettekst die gebiedt dat deze schade door de verrijkte moet worden vergoed, dat de verrijkte 'aansprakelijk' is.

Het is spijtig, schrijft Hartley (9), dat het Hof zich niet bevoegd heeft verklaard, want daar waar de verschillende nationale wetgevingen terzake nogal uiteenlopend zijn, zou de eenvormigheid van recht de gelijkheid tussen alle E.E.G.-onderdanen ten goede komen. Ook een redenering a fortiori zou de these van de bevoegdheid van het Hof ondersteunen: als het Hof bevoegd is voor niet-contractuele aansprakelijkheid in de zin van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige daad, dan is het a fortiori bevoegd voor restitutie, omdat (1) restitutie minder ver gaat - in geval van onrechtmatige daad moet alle schade vergoed worden, in geval van onverschuldigde betaling, moet enkel het onverschuldigd ontvangene teruggegeven worden - (2) een delictuele aansprakelijkheidsvordering, restitutie - maar dan in feitelijke zin - kan inhouden.

Hoe dan ook, het Hof van Justitie - en daarnaar moeten wij ons uiteindelijk richten, willen wij het systeem van aansprakelijkheid wegens normatieve onrechtmatigheid in E.G.-verband pogen te verhelderen - verklaart de nationale rechter bevoegd, en sluit daardoor impliciet de restitutie uit als een vorm van niet-contractuele aansprakelijkheid.

duidelijk betrekking heeft op alle vormen van aansprakelijkheid, met inbegrip van de niet-contractuele aansprakelijkheid."

(8) Voor een bespreking van die zaken, zie HARTLEY, T., "Concurrent Liability in E.E.C. Law: A Critical Review of the Cases", *E.L.R.*, 1977, 249 e.v.

(9) Zie HARTLEY, T., *The Foundations of European Community Law*, Oxford, Clarendon Press, 1981, 544-545.

§2. AANSPRAKELIJKHEID WEGENS NORMATIEVE ONRECHTMATIGHEID VAN DE LIDSTAAT

Kort gesteld gaat het hier om het volgende vraagstuk: een Lidstaat heeft een normatieve onrechtmatigheid begaan. Hij heeft een wet of een reglement, van welk niveau ook - nationaal, regionaal, lokaal - uitgevaardigd (of niet uitgevaardigd, want dit kan ook een normatieve handeling zijn) en dit in strijd met het Verdrag of met een afgeleide communautaire norm. Hieruit is schade ontstaan voor een particulier. Wat kan deze laatste doen? Kan hij voor om het even welke normatieve onrechtmatigheid schadeloosstelling vragen? Tegen wie en voor welke rechtbank moet hij vorderen (10)?

A. Tegen wie moet gevorderd worden?

Krachtens artikel 155 E.E.G.-Verdrag “*ziet de Commissie toe op de toepassing zowel van de bepalingen van dit Verdrag als van de bepalingen welke de instellingen krachtens dit Verdrag vaststellen*”. De Commissie is dus de ‘hoedster’ van het Verdrag en opdat ze die functie zou kunnen waarmaken heeft het Verdrag haar de bevoegdheid gegeven om krachtens artikel 169 E.E.G.-Verdrag, een Lidstaat die een krachtens het Verdrag op hem rustende verplichting niet is nagekomen voor het Hof te dagen. Prima facie, zou men dus kunnen denken dat het mogelijk is om de Commissie op grond van artikel 215 (2) E.E.G.-Verdrag - of op grond van artikel 175 - voor het Hof van Justitie te dagen, wanneer ze ten onrechte die bevoegdheid niet zou gebruiken. Toch is dit een verkeerde indruk. De bevoegdheid van de Commissie om een Lidstaat voor het Hof te dagen is discretionair, zoals uit de bewoordingen van artikel 169 zelf blijkt: “Indien de Commissie van oordeel is dat...”. Een Lidstaat behoudt immers zijn souvereiniteit, en indien de Commissie om opportuiniteitsredenen ‘oordeelt’ een passieve houding te moeten aannemen ten aanzien van de inbreuk plegende Staat, dan kan zij daarvoor niet aansprakelijk worden gesteld. Haar bevoegdheid krachtens artikel 169 is te vergelijken met de bevoegdheid van het Openbaar Ministerie om een zaak te vervolgen of te seponeren: ze is discretionair.

Aldus, blijkt het enkel mogelijk de schuldige zelf - de Lidstaat of één van zijn organen of agenten - te vervolgen.

(10) De lezer zal wel inzien dat de drie titelvragen en de antwoorden daarop nauw met elkaar samenhangen! Omwille van de klaarheid ga ik ze echter afzonderlijk behandelen, hoewel bij de beantwoording van elk van deze vragen onvermijdelijk aspecten van de andere vragen zullen opduiken.

B. Voor welke rechtbank?

Het Hof van Justitie heeft toegewezen bevoegdheden (11). Daaronder bevindt zich niet de bevoegdheid om kennis te nemen van een aansprakelijkheidsvordering wegens normatieve onrechtmatigheid van een particulier tegen zijn of een andere Lidstaat noch enige andere vordering van een particulier tegen een Lidstaat (12).

De afwezigheid van enige regeling daaromtrent in het Verdrag is, omwille van de belangrijke rol van de Lidstaten in de verzekering van de continuïteit van de Gemeenschap, een te betreuren leemte. De Lidstaten staan immers in voor de verwerkelijking van het communautair beleid. Men moet blijkbaar terugvallen op de rechtsmiddelen voor de nationale rechter.

C. Voor gelijk welke normatieve onrechtmatigheid?

1. Normatieve onrechtmatigheid van de wetgever

“Omwille van de soevereiniteit van de wetgever, is een aansprakelijkheidsvordering tegen de Staat wegens een vermeende fout in de uitoefening van de wetgevende macht onaanvaardbaar.” (13)

Eén van de aspecten van die soevereiniteit is dat de rechters de grondwettigheid van wetten niet mogen toetsen. Het is dan ook verstaanbaar dat geen aansprakelijkheidsvordering tegen de wetgever mogelijk is: immers, afgezien van de ‘algemene zorgvuldigheidsnorm’, waaraan zou de ‘on(grond)wettigheid’ van de wet vereist voor het bestaan van een fout kunnen getoetst worden?

In Italië kan de wet aan de grondwet wel worden getoetst en kan inderdaad, na vaststelling van de ongrondwettigheid, een aansprakelijkheidsvordering wegens een onrechtmatige wet worden ingesteld (14).

In België bevinden wij ons in zeker opzicht in een ongewone situatie. De wet kan niet aan de Grondwet worden getoetst maar wel aan het

(11) Zie de eerste zinsnede van artikel 183 E.É.G.-Verdrag, waaruit impliciet blijkt dat het Hof enkel toegewezen bevoegdheden heeft; zie ook VAN GERVEN, W., “De rechtsbescherming van de particulieren in het recht van de Europese Economische Gemeenschap”, *T.P.R.*, 1980, I, 404.

(12) Zie bijvoorbeeld *Sucrimex en Westzucker t/Commissie*, 27 maart 1980, zaak 133/79, *Jur.*, 1980, II, 1311, overweging 24: “Het toezicht op de administratieve handelingen van de Lidstaten bij de toepassing van het Gemeenschapsrecht ligt in de eerste plaats op de weg van de nationale rechterlijke instanties, ...”

(13) Zie SUTENS, L.P., *Administratief recht* (syllabus), deel II, 1981-82, 125; Suetens keurt deze situatie niet goed.

(14) Zie GILSDORF, P., o.c., *EuR.*, 1975, 92-93, waar naast het Italiaans systeem van overheidsaansprakelijkheid ook het systeem van de vijf andere oorspronkelijke Lidstaten bondig wordt uiteengezet.

self-executing internationaal verdragsrecht, in die zin dat een latere wet niet in strijd mag zijn met een vroegere verdragsrechtelijke norm (15). Maar hebben wij dan soms niet een grondslag ter beschikking waaraan we de 'onwettigheid' van de wet vereist voor het bestaan van een fout, kunnen meten (16).

Bovendien, als de wet ondergeschikt is aan het internationaal verdragsrecht, dan kan de wetgever op die gebieden die internationaal zijn geregeld, niet meer doen wat hij wil, m.a.w. hij is niet meer soeverein! Daarenboven is er een gedeeltelijke soevereiniteitsoverdracht gebeurd ten voordele van een supranationale instantie, de Gemeenschap. Deze soevereiniteitsoverdracht werd post factum gesanctioneerd door artikel 25bis van de Grondwet dat bepaalt dat "de uitoefening van bepaalde machten door een verdrag of door een wet kan worden opgedragen aan volkenrechtelijke instellingen". Maar dan, van zodra de wetgever gedeeltelijk niet meer soeverein is, valt ook voor dat deel de grondslag weg, waarop zijn immuniteit voor aansprakelijkheidsvorderingen precies was gesteund!

In België is dus een systeem van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige *wet* zeker denkbaar en zelfs niet strijdig met gevestigde beginselen. Dan had Franco-Suisse Le Ski, in de plaats van een restitutievordering, een aansprakelijkheidsvordering kunnen instellen, waardoor zij haar eventuele bijkomende schade had kunnen laten vergoeden (17)! Aangezien de Commissie, zoals aangetoond sub A, niet aansprakelijk kan gesteld worden omdat ze van haar bevoegdheid krachtens artikel 169 E.E.G.-Verdrag geen gebruik zou hebben gemaakt, en het Hof zich niet bevoegd acht om kennis te nemen van een aansprakelijkheidsvordering tegen een Lidstaat (18), lijkt het ernaar dat voor beide situaties de oplossing dezelfde is. Er is, hoe raar dit ook moge klinken, geen toepassingsgeval bekend van de eerste situatie. Van de tweede situatie

(15) Zie Cass., 27 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, 919: "Attendu que, lorsque le conflit existe entre une norme de droit interne et une norme de droit international qui a des effets directs dans l'ordre juridique interne, la règle établie par le traité doit prévaloir."

(16) Cf. FAGNART, J.L., annotatie van het vonnis van 9 juni 1967 van de rechtbank van eerste aanleg (burg.) te Brussel, in *Cah. Dr. Eur.*, 1968, 568.

(17) In de welbekende zaak Franco-Suisse Le Ski t/Belgische Staat (Cass., 27 mei 1971, *Pas.*, 1971, I, 919) had eiseres in dergelijk geval, in vergelijking met restitutie, m.i. niets *meer* moeten bewijzen (behalve de bijkomende schade)! Immers, ook voor restitutie moest zij de illegaliteit aantonen, weliswaar niet als fout, maar om te wijzen op het *onverschuldigd* karakter van de door haar betaalde bedragen! Wat er op wijst dat, naargelang van de oorzaak van het onverschuldigd karakter, restitutievordering en aansprakelijkheidsvordering zeer dicht bij elkaar kunnen staan!

(18) Zie noot 29 of ook Wagner t/Commissie, 12 december 1979, zaak 12/79, *Jur.*, 1979, III, 3671, ov. 10: "Het beroep tot schadevergoeding bedoeld in artikelen 178 en 215 van het Verdrag, ... beoogt niet, het Hof van Justitie in staat te stellen de geldigheid te onderzoeken van beschikkingen van nationale organen die zijn belast met de toepassing van bepaalde maatregelen in het kader van het gemeenschappelijk landbouwbeleid."

is er slechts één geval bekend, nl. de zaak Corn and Food Trading Company t/Belgische Staat (19), maar het is wel van groot belang omdat het volledig in ons betoog past, en het dus als een *leading case* voor toekomstige geschillen kan dienen.

Het ging in die zaak om een K.B. waarvan werd beweerd dat het een maatregel van gelijke werking als een kwantitatieve invoerbeperking was, en dus strijdig met artikel 30 E.E.G.-Verdrag. Eiseres vroeg vergoeding voor de schade geleden ten gevolge van deze onrechtmatige overheidshandeling.

Het Belgische systeem van overheidsaansprakelijkheid wegens overtreding van een communautaire norm in de uitoefening van de verordenende bevoegdheid is eigenlijk vrij eenvoudig. Sedert het zogenaamde 'Koepokkenarrest' (20) staat het vast dat de overheid ook in de uitoefening van haar reglementerende bevoegdheid, onderworpen is aan het regime van artikel 1382 en volgende van het Burgerlijk Wetboek. Ook in onze zaak ging het om een foutieve uitoefening door de executieve van haar verordenende bevoegdheid.

Anders dan in het 'Koepokkenarrest' ging het hier niet om een overtreding van de algemene zorgvuldigheidsnorm (21), maar wel van een voor de executieve bindende norm (22). Dit was echter geen probleem, aangezien in het Belgische aansprakelijkheidsrecht, anders dan in sommige andere Europese landen, aangenomen wordt dat de overheid, net als de gewone burger, reeds een fout begaat door de loutere overtreding van de wettelijke norm. Dit principe werd in een cassatie-arrest van 4 januari 1973 bevestigd (23).

In ons geval ging het niet om een wettelijke norm, maar wel om internationaalrechtelijke regels met self-executing karakter, met name de artikelen 30 tot 32 E.E.G.-Verdrag. Aangezien dergelijke regels echter

(19) Rb. Brussel, 9 juni 1967, *J.T.*, 1968, 98 en *Cah. Dr. Eur.*, 1968, 553 (geannoteerd door J.L. Fagnart).

(20) Cass., 29 april 1963, *Pas.*, 1963, I, 906.

(21) *Ibidem*, 907: "... aucune de ses dispositions n'attribue aux décisions prises par le Roi un caractère souverain, en ce sens que le pouvoir exécutif serait dispensé de respecter l'obligation de prudence que lui imposent les articles 1382 et 1383 du Code Civil."

(22) Zie *J.T.*, 1968, 100: "Attendu que la demanderesse observe cependant à raison que son action en dommages-intérêts n'est pas fondée sur le fait qu'en prenant l'arrêt litigieux, l'Administration aurait manqué à un devoir de prudence, mais sur une *illégalité* caractérisée par une *violation* d'une *norme* imposée à l'exécutif gouvernemental par les Traités C.E.E. et Benelux..." (nadruk toegevoegd).

(23) Zie VANDENBERGHE, H., VAN QUICKENBORNE, M. en HAMELINCK, P., "Overzicht van rechtspraak (1964-1978) - Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad", *T.P.R.*, 1980, II, 1148, nr. 4.

beschouwd worden als regels van een hogere rang dan de wet (24), is de overtreding ervan a fortiori een fout.

Men kan zich echter afvragen of de overheid die een internationale norm zonder self-executing karakter overtreedt ook geen fout begaat. Daarvoor zijn argumenten te vinden. Zo schrijft Waelbroeck bijvoorbeeld: "Lorsqu'un traité limite la liberté d'action du législateur en lui imposant des obligations précises, nous ne voyons pas pourquoi, s'il outrepassé ces limites, cette violation ne pourra être sanctionnée par le refus d'application, même si le traité n'est pas self-executing au sens technique de l'expression (25). Als de schending door de wetgever gesanctioneerd wordt door weigering van toepassing - zoals dat nu reeds het geval is voor normen met directe werking - zou dan als sanctie tegen een schending door de executieve een aansprakelijkheidsvordering niet denkbaar zijn - zoals dat nu reeds mogelijk is voor self-executing normen?

Waelbroeck steunt zijn redenering op het algemeen beginsel dat een lagere norm die met een hiërarchisch hogere norm strijdt onwettig is. Als bijkomend argument komt nog dat waar vroeger voor een aansprakelijkheidsvordering de krenking van een subjectief recht vereist was, een wettig belang nu volstaat (26).

De krenking van een norm met directe werking, die uit haar aard subjectieve rechten doet ontstaan, is dan vanzelfsprekend een grond van aansprakelijkheid. Maar zou men niet kunnen zeggen dat een particulier een wettig belang kan hebben in de naleving door de overheid van een regel van internationaal recht, ook als die niet self-executing is? Als een particulier kan aantonen dat een Lidstaat een gemeenschapnorm zonder self-executing karakter heeft geschonden, dat hij schade heeft geleden *en* dat die schade rechtstreeks is veroorzaakt door die schending, zou een rechter hem dan geen schadevergoeding kunnen toekennen? Stel bijvoorbeeld dat een Lidstaat, op welke wijze ook, tekortkomt aan de plicht tot 'gemeenschapstrouw' onder artikel 5 E.E.G.-Verdrag, dat toch geen self-executing norm is, waardoor een particulier schade lijdt zou deze laatste dan geen schadeloosstelling kunnen bekomen?

Het antwoord op deze vraag hangt af van het antwoord op de preliminaire vraag of normen zonder self-executing karakter een rechtmatig

(24) Zie het besproken vonnis, *J.T.*, 1968, 99: "Attendu que l'Etat belge ne conteste pas le caractère self-executing des articles 30 et suivants du traité de Rome, ni que le droit national doive s'incliner devant les traités" (nadruk toegevoegd) en ook het citaat uit het Franco-Suisse Le Ski-arrest, in voetnoot 33. Hieruit blijkt impliciet dat de internationale rechtsregel met directe werking van een *hogere* rang is.

(25) Zie WAELBROECK, M., "Le juge belge devant le droit international et le droit communautaire", *B.T.I.R.*, 1965, 348.

(26) Zie SUETENS, L.P., *o.c.*, deel II, 1981-82, 109.

belang - een begrip dat nogal vaag is en in functie staat van de appreciatie door de rechter - kunnen doen ontstaan. Men kan zich m.i. zelfs afvragen of het loutere feit dat uit de schending door de overheid van een norm schade kan voortvloeien, reeds geen voldoende vereiste is voor het bestaan van een rechtmatig belang. In dergelijk geval zou de vereiste van wettig belang echter uitgeschakeld worden: het bewijs van een wettig belang zou dan immers op hetzelfde neerkomen als het bewijs dat men schade heeft geleden (27).

Bij wijze van afronding van dit deel weze opgemerkt dat het verwonderlijk is dat tegen de overheid slechts één keer een vordering tot schadeloosstelling is ingesteld. Van verkeerde, dus foutieve, uitvoering van communautaire normen door de nationale overheid zijn zelfs geen *cases* bekend. Nochtans zijn dergelijke gevallen niet ondenkbaar. Zo bijvoorbeeld de toekenning van staatssteun zonder notificatie aan de Commissie of in strijd met een beslissing van de Commissie krachtens artikel 93 (3) E.E.G.-Verdrag (28); de al te restrictieve tenuitvoerlegging van een verordening van de Raad, waardoor een mijnwerker volledige pensioenrechten wordt ontzegd; de ten onrechte geweigerde uitbetaling van een premie aan een exporteur van landbouwproducten (29). Misschien ligt de verklaring in het feit dat andere vorderingen voorhanden zijn.

D. Globale beoordeling van het subsysteem

Samenvattend kan men stellen dat ons systeem van overheidsaansprakelijkheid wegens schending van een communautaire norm in de uitoefening van de verordenende bevoegdheid, tamelijk bevredigend is. Er bestaan wel enkele lacunes, maar die zouden op basis van een 'logische' rechtsvinding, die niet in strijd is met gevestigde beginselen, kunnen worden opgevangen.

In Italië steunt de overheidsaansprakelijkheid op de idee dat het in een 'rechtsstaat' betaamt dat de overheid aansprakelijk zou kunnen gesteld worden (30). In de rechtsstaat is de overheid net als de particulier on-

(27) Cf. DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, deel II, Brussel, Bruylant, (2e uitgave), 1948, 891-92, nr. 950.

(28) Zie DEROM, P., *Les aides de l'Etat: des aides d'expansion aux aides de soutien*, Brussel, 1983, 36.

(29) Deze laatste twee voorbeelden zijn gegeven door VAN GERVEN (*o.c.*, T.P.R., 1980, I, 407-408) als illustratie van vorderingen gesteund op de *niet toepassing* van met het Europese recht strijdige nationale overheidshandelingen, *doch* hij voegt eraan toe dat "in de genoemde gevallen ook een vordering tot schadevergoeding tegen de nationale overheid kan worden overwogen".

(30) Zie CONSTANTINESCO, L.-J., *Les problèmes résultant de la responsabilité extra-contractuelle concomitante de la Communauté et d'un Etat membre*, Série concurrence. Rapprochement des législations, nr. 34, Brussel, 1980, 57: "Le fondement théorique résulte

derworpen aan de *rule of law*. Dit houdt m.i. in dat niet alleen de executieve doch ook de wetgever zonder beperkingen aansprakelijk kan gesteld worden, zowel voor een gebrek aan 'algemene zorgvuldigheid' als voor een illegaliteit zoals de overtreding van een communautaire norm. Bovendien als er onrecht is geschied, dan moet dit hersteld worden - anders is het recht zijn naam niet waardig! Als een particulier effectief schade geleden heeft omdat de overheid een internationale norm die niet self-executing is, geschonden heeft, dan moet die schade vergoed worden.

Wellicht is de vaststelling van Fagnart, toen hij zich afvroeg of aansprakelijkheid van de wetgever wegens schending van een gemeenschapsnorm mogelijk was, ook hier terecht: "Logiquement, il faudrait répondre par l'affirmative. Et pourtant cela heurte nos conceptions juridiques actuelles. Sans doute, est-il encore trop tôt pour se prononcer (31)."

§3. AANSPRAKELIJKHEID WEGENS NORMATIEVE ONRECHTMATIGHEID VAN DE GEMEENSCHAP

A. Tegen wie moet gevorderd worden? (32)

Anders dan in verband met de onverschuldigde betaling heeft het Hof hier blijkbaar meer conform de logica geoordeeld, toen de Commissie aanvoerde dat alle vorderingen tegen haar moesten worden ingesteld. Dit was in de zaak Wehrhahn t/Raad en Commissie (33). De Commissie betoogde dat artikel 211 E.E.G.-Verdrag - waarin bepaald wordt dat in geschillen voor nationale rechtbanken de Commissie de Gemeenschap vertegenwoordigt - per analogiam moet worden toegepast in geschillen voor het Hof van Justitie. Dit argument werd echter door het Hof verworpen op grond van het feit dat het in het kader van een behoorlijke rechtsbedeling passend is dat waar de aansprakelijkheid van de Gemeenschap in het geding is, deze laatste zou vertegenwoordigd worden door de instelling aan wie de schadeberokkende handeling wordt toegeschreven (34).

In casu werden beide instellingen aangesproken omdat de beweerde foutieve Raadsverordening op voorstel van de Commissie was genomen. Meteen legde het Hof ook vast dat in gevallen van samengaan aansprakelijkheid van twee instellingen, beide moeten worden gedaagd.

de l'idée que cette responsabilité est naturelle dans un Etat de droit."

(31) Zie FAGNART, J.L., *a.c.*, Cah. Dr. Eur., 1968, 568.

(32) De opmerking in voetnoot 10 is hier evenzeer op haar plaats.

(33) 13 november 1973, zaak 63-9/72, *Jur.*, 1973, 1229.

(34) Zie *ibidem*, *Jur.*, 1973, 1243, ov. 7.

Toch heeft het Hof de idee, die, naar verondersteld wordt, voorlag in de zaak Wehrhahn - namelijk dat diegene die een fout heeft begaan, moet worden aangesproken - in een bepaald geval niet volledig konsekwent gevolgd, te weten het geval waar de uitbetaling van een vaste premie, compenserend bedrag of subsidie door de Commissie of de Raad ten onrechte werd afgeschaft.

In dergelijk geval moet de particulier die zich benadeeld acht, tegen de nationale overheid en voor de nationale rechtbank vorderen. Indien de onwettigheid, eventueel na een verwijzing naar het Hof van Justitie krachtens artikel 177 E.E.G.-Verdrag, komt vast te staan, zal het recht van de particulier op de premie, de subsidie of het monetair compenserend bedrag *ab initio* worden hersteld (35).

Pragmatisch bekeken is deze houding van het Hof begrijpelijk, want zelfs al gaat het om de (on)wettigheid van een gemeenschapsnorm, de particulier zal de uitbetaling uiteindelijk toch van de nationale overheid moeten bekomen. De nationale overheid is onderworpen aan het gemeenschapsrecht, doch ze moet een zelfs onwettige norm van een instelling uitvoeren totdat die ongeldig is verklaard (36). Wanneer een dergelijke norm, die een recht op een geldsom afschaft, echter geïnvalideerd is, wordt de vroegere stand van het gemeenschapsrecht de facto hersteld en is er geen hinderpaal meer voor de uitbetaling. De particulier heeft er overigens geen voordeel bij een vordering krachtens artikel 215(2) voor het Hof in te stellen, want zoals algemeen bekend, zijn de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap uiterst restrictief (37).

Een dergelijke vordering tegen een Lidstaat stoort weliswaar minder dan een restitutievordering, want het is immers de Lidstaat die zal moeten uitbetalen. De vraag is echter wat voor een soort vordering dit wel kan zijn. Het kan toch geen eis tot uitbetaling zijn, aangezien er tot aan het vonnis voor de Lidstaat daartoe geen plicht bestond. Het zou zoiets zijn als een vordering strekkende tot de vaststelling van de 'onwettigheid' van de nationale uitvoeringsmaatregel, als zijnde aangetast door de onwettigheid van de hogere gemeenschapsnorm. En hieruit zou dan de facto de plicht tot uitbetaling voortvloeien. De vraag die dan onmiddellijk rijst, is: voor welk rechtscollege moet dergelijke vor-

(35) Ter illustratie, zie bijvoorbeeld *Einführ und Vorratstelle Getreide t/Mackprang*, 27 mei 1975, zaak nr. 2/75, *Jur.*, 1975, 607.

(36) *Granaria t/Hoofdproduktschap voor Akkerbouwprodukten*, 31 maart 1978, zaak nr. 101/78, *Jur.*, 1979, 636: "Elke verordening die overeenkomstig het Verdrag in werking is getreden, moet worden verondersteld geldig te zijn zolang een bevoegde rechterlijke instantie ze niet ongeldig heeft verklaard"; zie ook de bespreking van T. HARTLEY in "Community Liability and National Liability", *E.L.R.*, 1979, 182.

(37) Zie GOFFIN, L., "La recevabilité du recours en indemnité devant la Cour de Justice des Communautés européennes", *J.T.*, 1981, 5.

dering worden ingesteld (38)? Gelukkig zijn dergelijke vorderingen niet zo frekvent, "because most community payments, refunds, subsidies, etc. are fixed by the Commission on a day-to-day basis. A declaration that a particular fixing... is invalid, will rarely mean that a previous one is applicable" (39).

Verschillende auteurs hebben deze vordering samen met de restitutie onder één noemer gebracht, *claims for a specific sum*, omdat beide vorderingen een specifiek bedrag betreffen en tegen de nationale overheid, voor de nationale rechtbank moeten worden ingesteld. Men moet beide vorderingen nochtans goed uit elkaar houden - de ene is een eis tot terugbetaling van een bedrag (restitutie), de andere een eis tot uitbetaling van een som - want hoe inconsistent ook, sommige eisen tot uitbetaling van een som, kunnen toch voor het Hof van Justitie, en derhalve tegen de Gemeenschap, worden gebracht. Dit is bijvoorbeeld het geval waar een instelling een premie of dergelijke had moeten toekennen en dit niet heeft gedaan - dit is niet dezelfde situatie als hierboven, waar een bestaand recht wordt afgeschaft -, of op een te laag niveau heeft vastgesteld, of nog waar ze haar berekeningsmethode ten onrechte heeft veranderd. In dergelijk geval is het voor de nationale rechter immers onmogelijk om de schade te begroten, want daartoe moet voorafgaand bepaald worden welke communautaire maatregel had moeten genomen worden, iets waartoe hij niet bevoegd is (40). Dergelijke vorderingen, die de Engelstaligen *claims for unliquidated damages* noemen, komen wel frekvent voor.

B. Voor welke rechtbank ?

Artikel 178 E.E.G.-Verdrag stelt dat "het Hof van Justitie bevoegd is kennis te nemen van geschillen over de vergoeding van de in de tweede alinea van artikel 215 bedoelde schade". Aansprakelijkheidsvorderingen wegens normatieve onrechtmatigheid vallen onder artikel 215(2). Het Hof is in dergelijk geval dus bevoegd, maar met een dubbel voorbehoud: (1) een vordering tot vergoeding van de schade, bestaande uit een vaststaande geldsom, te weten de waarde van een premie, subsidie of compenserend bedrag, die door de Raad of de Commissie onrechtmatig werd afgeschaft, is m.i. ook een aansprakelijkheidsvordering wegens normatieve onrechtmatigheid. In het systeem door het Hof ontworpen, moet men zich voor dergelijke schade echter tot de nationale rechter richten; (2) in zover men aanvaardt dat restitutie onder de

(38) Zie verder sub 2.

(39) Zie DURAND, A., "Restitution or Damages: National Court or European Court", *E.L.R.*, 1976, 437.

(40) Zie DURAND, A., *ibidem*; CORNELIS, L., "De extra-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap (1976-1982)", *S.E.W.*, 1984, 7.

categorie van de buitencontractuele aansprakelijkheid valt, vormt dit in het systeem van het Hof een tweede uitzondering op zijn bevoegdheid.

Sub A werd reeds de vraag opgeworpen voor welk rechtscollege de vordering die hier als de eerste uitzondering op de bevoegdheid van het Hof van Justitie omschreven wordt, moet worden gebracht.

Artikel 107 van de Belgische Grondwet dat ook als grondslag kan dienen voor een rechtstreeks beroep tegen de overheid (41), is hier niet toepasselijk omdat ex hypothesi, de nationale overheid correct heeft gehandeld. Een beroep tot nietigverklaring voor de Raad van State is wel denkbaar, doch het grote probleem is hier de korte termijn van 60 dagen. Een probleem om verder over na te denken...

C. Voor gelijk welke normatieve onrechtmatigheid ?

Daar waar wij in de tweede paragraaf een onderscheid konden maken tussen normatieve onrechtmatigheid van de wetgever en van de executieve, blijkt dit niet mogelijk te zijn wat de communautaire overheid betreft.

Daar waar het Hof een gedifferentieerd systeem van overheidsaansprakelijkheid wegens normatieve onrechtmatigheid had kunnen opbouwen daartoe was het krachtens artikel 215(2) E.E.G.-Verdrag immers bevoegd (42) -, heeft het verkozen "(to) put *all* general acts of Community institutions into the most restrictive category known in the Member States ("in accordance with the general principles common to the laws of the Member States")" (43), namelijk de categorie van de legislatieve handelingen.

Vandaar dat op de titelvraag ontkennend moet worden geantwoord. Enkel normatieve onrechtmatigheid die aan bepaalde zeer strenge vereisten voldoet - die van de Schöppenstedt-formule - zal aanleiding kunnen geven tot de aansprakelijkheid van de Gemeenschap. Als antwoord op de titelvraag kunnen in dit verband een paar punten verduidelijkt worden (44). Principieel vallen alle algemene overheidshandelin-

(41) En dus niet enkel als grondslag voor een exceptie van illegaliteit : zie SUETENS, L.P., o.c., deel II, 1981-82, 130 e.v.

(42) Genoemd artikel bepaalt immers dat de Gemeenschap inzake niet-contractuele aansprakelijkheid *overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lidstaten gemeen hebben*, de schade moet vergoeden enz. Dit was een impliciete doch zekere toekenning aan het Hof van de *bevoegdheid* om uit te maken welke die algemene beginselen waren en derhalve om een eigen systeem van aansprakelijkheid op te bouwen : cf. VAN GERVEN, W., "De niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap wegens normatieve handelingen", *S.E.W.*, 1976, 8.

(43) Zie LENAERTS, K., annotatie van het arrest Julius Kind t/Europese Economische Gemeenschap (Raad en Commissie van), *C.M.L.R.*, 1983, 843.

(44) De literatuur daarover is zo overvloedig dat terzake niet veel nieuws kan worden gezegd.

gen onder één en hetzelfde systeem. Toch valt misschien een kleine differentiatie te maken ten aanzien van het eerste deel van de Schöppenstedt-formule. Trevor Hartley omschrijft een hogere rechtsregel als: "any rule of Community law, provided it is *binding* on the author of the allegedly tortious act" (45). Dit impliceert dat voor de Commissie ook de tegenover haar bindende verordeningen van de Raad, 'hogere rechtsregels' zijn. Wellicht is de incompatibiliteit van een handeling van de Commissie met dergelijke regel gemakkelijker aan te tonen, vooral als het gaat om een preciese bepaling, die in tegenstelling tot bepalingen met een *open texture* als daar zijn het discriminatieverbod van artikel 40 E.E.G.-Verdrag bijvoorbeeld, gemakkelijker in het afgeleid recht te vinden zullen zijn. In dergelijk geval kan het Hof zich immers beperken tot een zuiver juridische analyse en kan zijn toetsing volledig zijn, terwijl deze in het geval van bepalingen met *open texture* slechts marginaal zal zijn (46). Helaas is deze differentiatie niet van zo'n groot belang, aangezien de problemen voor de verzoeker zich vooral situeren op het niveau van de tweede vereiste. Deze vormt een haast onoverkomelijke hinderpaal en kan m.i. qua moeilijkheid in het bewijs, vergeleken worden met de vereiste volgens artikel 33 E.G.K.S.-Verdrag, dat "algemene beschikkingen en aanbevelingen" waartegen ondernemingen en verenigingen van ondernemingen een beroep tot nietigverklaring willen instellen "te hunnen opzichte een misbruik van bevoegdheid (moeten) inhouden".

Een andere differentiatie die in de toekomst misschien nog gemaakt zal worden, is deze tussen normatieve handelingen "die economische *beleidskeuzen* impliceren" en zij die er geen impliceren. Tot nu toe heeft het Hof steeds te oordelen gehad over eerstgenoemde handelingen, of tenminste heeft het die normatieve handelingen waarover het te oordelen had als dusdanig gekwalificeerd. Steeds ging het immers om handelingen in het kader van de Gemeenschappelijke Landbouwpolitiek, voor de verwezenlijking waarvan een ruime discretionaire bevoegdheid van Raad en Commissie noodzakelijk is (47). En het is juist op die

De meest voortreffelijke ontleding van de Schöppenstedt-vereisten lijkt mij die van JOLIET, R. te zijn: *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Luik, Rechtsfaculteit, 1981, 258-267. Pro memorie worden ze hier opgesomd: de normatieve onrechtmatigheid moet bestaan in 1) de schending van een *hogere rechtsregel*; 2) deze schending moet *voldoende gekwalificeerd* zijn; 3) de geschonden rechtsregel moet de *bescherming van particulieren* tot doel hebben.

(45) Zie HARTLEY, T., *o.c.*, 513-514 (nadruk toegevoegd).

(46) Zie VAN GERVEN, W., *o.c.*, *S.E.W.*, 1976, 12-13.

(47) Zie JOLIET, R., *o.c.*, 243.

ruime discretionaire bevoegdheid dat het Hof de strengheid van de tweede Schöppenstedt-vereiste steunt. Nu, als bepaalde normatieve handelingen *niet* genomen zijn in de uitoefening van die ruime beleidsvrijheid, dan valt ook de ratio van de tweede Schöppenstedt-vereiste weg. Met andere woorden, het ware denkbaar normatieve handelingen reeds als 'onrechtmatig' te kwalificeren wegens de loutere schending van een hogere rechtsregel ter bescherming van particulieren. Dergelijke handelingen zouden natuurlijk vooral uitvoeringsmaatregelen zijn, zodat ook deze tweede, hypothetische differentiatie vooral ten aanzien van de Commissie bedoeld is. Dit zou een eerste welgekomen 'bres' kunnen betekenen, in de dijk die door het Hof tegen effectieve schadeloosstelling door de Gemeenschap is opgericht.

D. Globale beoordeling van het subsysteem

Vanuit het in dit werk genomen standpunt, lijkt het systeem inzake de vraag naar de bevoegde rechtbank en naar de persoon tegen wie gevorderd moet worden, niet al te consistent. In beide gevallen zijn er op het getelde beginsel telkens twee uitzonderingen. Deze zijn echter, pragmatisch bekeken, begrijpelijk.

Wat de vraag naar de soort normatieve onrechtmatigheid betreft, die in aanmerking komt voor een vergoedingsaanspraak, is het Hof veel te restrictief opgetreden, doch in het huidige systeem is differentiatie denkbaar volgens de soort normatieve handeling - met name tussen beleidsmatige en uitvoerende normatieve handelingen. Deze differentiatie zou m.i. beter stroken met "de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lidstaten gemeen hebben."

§4. DE SAMENGAANDE AANSPRAKELIJKHEID WEGENS NORMATIEVE ONRECHTMATIGHEID VAN DE GEMEENSCHAP EN EEN LIDSTAAT

In de omschrijving van de context (§1.) werd reeds geschreven dat de creatie van de Europese Gemeenschappen voor de Lidstaten met zich had meegebracht dat zij het beleid van de Europese Instellingen moeten verwerklijken, concretiseren. Een coöperatie tussen de nationale en de Europese overheden is daartoe nodig, doch scheidt weer nieuwe mogelijkheden tot normatieve onrechtmatigheid.

Gezien de door het Hof terzake gestelde regels rond één arrest draaien, worden de drie traditionele vragen in één betoog behandeld.

A. Het arrest Kampffmeyer, nog steeds de 'leading case' terzake (48)

Het ging in dit arrest om het volgende (49). Verzoeksters in deze zaak waren Duitse firma's die maïs uit Frankrijk invoerden. Daartoe was krachtens het geldende Gemeenschapsrecht een invoerlicentie vereist van de Duitse overheid (de Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide). Deze licentie kon slechts in speciale omstandigheden en met goedkeuring van de Commissie geweigerd worden. Op het ogenblik dat verzoeksters wilden importeren, was de variabele heffing op dergelijk maïsvoer gelijk aan 0%. Gezien de massale invoer van maïs uit Frankrijk, besloot de Duitse overheid om vanaf 1 oktober 1963 (de dag waarop verzoeksters een licentie hadden aangevraagd) geen licentie meer te verstrekken. De Commissie keurde dit goed. Een paar dagen later werd het verbod opgeheven doch het niveau van de heffing werd verhoogd.

Toen de verzoeksters een schadevergoedingsactie instelden, was de beslissing van goedkeuring van de Commissie, in een andere zaak, door het Hof reeds vernietigd. De Gemeenschap werd principieel aansprakelijk gesteld, wegens de fout van de Commissie "die de belangen heeft geschonden van de importeurs, die waren afgegaan op volgens de communautaire voorschriften verstrekte inlichtingen" (50). In dit geval was de fout van de Commissie geen normatieve onrechtmatigheid doch bestond erin een normatieve onrechtmatigheid vanwege de Duitse overheid te bevestigen.

De verzoeksters waren in twee groepen in te delen: enerzijds zij die toch ingevoerd hadden, en dus de heffing hadden betaald, anderzijds zij die hun contracten ten gevolge van de Duitse maatregel hadden geannuleerd.

Ten aanzien van de eerste groep vroeg het Hof zich af "of de schade niet vergoed zou zijn, wanneer de onverschuldigd betaalde heffingen zouden worden terugbetaald" (51). Bijgevolg stuurde het Hof deze groep terug naar het nationaal niveau, ten einde eerst daar alle middelen uit te putten. Pas dan zou het Hof onderzoeken "of mogelijkwijze sprake is van door de Gemeenschap te vergoeden schade" (52) (53). Anders dan in de latere zaak Haegeman, waar de opbrengst van de heffing in de communautaire schatkist was terechtgekomen, was de

(48) Zie CORNELIS, L., *o.c.*, 8 en noot 17.

(49) Kampffmeyer e.a. t/Commissie, 14 juli 1967, gevoegde zaken nrs. 5, 7 en 13 tot 24/66, *Jur.*, 1967, 305.

(50) *Ibidem*, 327.

(51) *Ibidem*, 329.

(52) *Ibidem*.

(53) Hetgeen nog eens wijst op de niet-ongerijmdheid van de stelling in hoofdstuk I verwoord, dat restitutie als een vorm van extra-contractuele aansprakelijkheid denkbaar is.

heffing hier ten bate van de Lidstaat gebeurd, zodat een restitutie beter te verantwoorden was. Hartley commentarieert, m.i. terecht, hierop: "it was not unreasonable to regard this head of damage as one where the Community liability was *subsidiary*. This does *not*, however, mean that it was justifiable to require the plaintiffs to *exhaust* the possibilities of obtaining such a remedy before coming against the Community; the Court could have awarded damages and left it to the Commission to recover the money from the German Government" (54).

Voor de tweede groep bestond de schade hoofdzakelijk in "vergoedingen wegens rouwkoop en verliezen". Voor deze schade waren zowel de Lidstaat als de Commissie aansprakelijk. Het Hof besloot echter dat "alvorens overgegaan wordt tot vaststelling van de schade waarvoor de Gemeenschap aansprakelijk moet worden gesteld, de nationale rechter in de gelegenheid dient te worden gesteld zich uit te spreken nopens de aansprakelijkheid van de Bondsrepubliek Duitsland".

Het Hof gaf als verantwoording dat, aangezien twee verschillende rechterlijke instanties over de schade te oordelen hebben volgens verschillende rechtsregels, vermeden moet worden dat daardoor de schade te hoog of te laag wordt geschat. Daarmee bedoelde het Hof waarschijnlijk dat indien het zelf had moeten oordelen, het mogelijks het deel van de schade aangericht door de Commissie te hoog of te laag zou kunnen schatten, aangezien zij niet weet hoeveel schadevergoeding de Duitse rechter zal toekennen.

Hierbij kan men aanmerken (1) dat de Duitse rechter precies hetzelfde had kunnen zeggen, en de vraag is of het Hof wel bevoegd was om de Duitse rechter op te leggen eerst te oordelen; (2) dat het Hof hier impliciet twee principes stelt, die de regels geworden zijn inzake samengaande aansprakelijkheid van de Gemeenschap en een Lidstaat: ten eerste, stelt het Hof impliciet dat er tussen de twee overheden geen aansprakelijkheid in solidum bestaat; ten tweede, beslist het Hof, door de zaak naar de nationale rechter te verwijzen, dat de aansprakelijkheid van de Lidstaat primair is, die van de Gemeenschap subsidiair. Samengevat, kunnen de drie traditionele vragen als volgt beantwoord worden. In gevallen van samengaande aansprakelijkheid moet eerst *tegen* de Lidstaat *voor* de nationale instanties gevorderd worden, dan, voor zover nodig, *tegen* de Instelling voor het Hof.

Of de onrechtmatigheid normatief is, hetzij aan beide kanten, hetzij aan één kant, verandert niets aan het systeem. In casu bestond de fout in hoofde van de Commissie niet in een normatieve onrechtmatigheid; trouwens, ware dat het geval geweest, dan had men te doen met de bekende Schöppenstedt-vereisten.

(54) Zie HARTLEY, T., *a.c.*, *E.L.R.*, 1977, 252 (nadruk toegevoegd).

Kritiek

Een *eerste* punt van kritiek is dat het onverantwoord is de particulier de gevolgen te laten dragen van de moeilijkheid om ieders deel in de aansprakelijkheid te bepalen. De enige oplossing lijkt hier te zijn een aansprakelijkheid in solidum. De overheden kunnen daarna onder elkaar uitmaken wie welk deel van de schadeloosstelling voor haar rekening moet nemen.

Een *tweede* kritiek is dat het Hof inzake niet-contractuele aansprakelijkheid overeenkomstig de 'gemeenschappelijke algemene beginselen' moet oordelen. Volgens sommigen (55) weliswaar, zijn deze algemene beginselen slechts 'richtingsaanwijzers'. Doch zou men niet kunnen stellen dat wanneer de verschillende rechtstelsels inzake een bepaald probleem alle duidelijk in 'éénzelfde richting wijzen', deze beginselen dan eerder bindend zijn? Constantinesco heeft in zijn onderzoek van de verschillende nationale rechtstelsels duidelijk doen uitkomen dat inzake samengaande aansprakelijkheid van twee overheden, de 'aansprakelijkheid in solidum' de regel is.

Deze kritiek kan misschien wat verzacht worden, omdat ofschoon de verschillende nationale rechtstelsels in éénzelfde richting wijzen, de situatie daar niet volledig dezelfde is als hier. Daar waar in het nationaal recht de co-auteurs van de schade beide beoordeeld worden volgens dezelfde rechtsregels, wordt hier elk van de aansprakelijke overheden, in een verschillende rechtsorde beoordeeld. Daarom is de verlegenheid van het Hof enigszins begrijpelijk. Toch moet de kritiek dat het voor aansprakelijkheid in solidum had moeten opteren, gehandhaafd worden.

Een *laatste* kritiek houdt verband met de omstandigheden van de zaak Kampffmeyer. Als het Hof opteert voor een systeem van primaire en subsidiaire aansprakelijkheid, dan moet het toch tenminste diegene primair aanspreken, die werkelijk primair verantwoordelijk is. In de zaak Kampffmeyer lag de zwaarste verantwoordelijkheid bij de Commissie want "in terms of decisionmaking the Commission was therefore the senior body" (56). Aldus had zij primair moeten aansprakelijk gesteld worden.

§ 5. BESLUIT: DE LEGE AMENDANDA ET FERENDA

Bij wijze van besluit worden de punten waar het schoentje wringt - vanuit het standpunt van de *rechtsbescherming van de particulieren*

(55) Zie bijvoorbeeld VAN GERVEN, W., "De niet-contractuele aansprakelijkheid van de Gemeenschap wegens normatieve handelingen", *S.E.W.*, 1976, 8.

(56) Zie HARDING, C., "the Choice of Court Problem in cases of Non-contractual Liability under E.E.C.-Law", *C.M.L.R.*, 1979, 405.

bekeken - op een rijtje gezet.

1. Het Hof heeft vorderingen tot restitutie van niet verschuldigde bedragen verwezen naar de nationale rechter. Zelfs al ligt de fout bij een Gemeenschapsinstelling en al is het geld in de communautaire schatkist terecht gekomen, toch kan de benadeelde particulier slechts tegen de nationale innende instantie vorderen.

Voor de oplossing van deze inconsistentie zijn verschillende mogelijkheden voorhanden: ofwel aanvaardt het Hof restitutie als vorm van objectieve aansprakelijkheid, onder het begrip niet-contractuele aansprakelijkheid te laten vallen (57), ofwel is de Haegeman-regel een bevoegheidsregel (58) waarin het Hof zich voor restitutie onbevoegd verklaart, en waardoor het dus mogelijk wordt hetzij de Gemeenschap rechtstreeks te dagen voor de nationale rechter hetzij haar in vrijwaring te roepen (59).

2. De eerste mogelijkheid - omdat het de gelijkheid tussen alle E.E.G.-onderdanen bevordert - geniet de voorkeur. Dit op voorwaarde evenwel dat de tweede Schöppenstedt-vereiste aanzienlijk wordt verzacht, zoniet - per analogiam met het nationaal recht - afgeschaft. Dit moet minstens mogelijk zijn voor bepaalde categorieën van minder beleidsmatige normatieve gemeenschapshandelingen. Zonder het bestaande systeem te veranderen, kan dit door differentiatie bereikt worden.

De Commissie heeft in haar zevende algemeen verslag (60) betoogd dat de beperkende Schöppenstedt-vereisten waren geconstrueerd om de vloed van aansprakelijkheidsvorderingen, die er anders ongetwijfeld zou zijn, tegen te houden. Rasmussen stelt een zelfde situatie vast ten aanzien van het beroep van particulieren strekkende tot nietigverklaring en geeft als verklaring voor dit rechterlijk beleid dat het Hof zichzelf liever de rol van een soort Europees Hof van Cassatie zou zien toegewezen worden: de gewone nationale rechtbanken en op te richten *federal courts* - in eerste aanleg bevoegd voor problemen van communautair recht - zouden dan als lagere rechtbanken fungeren (61). Mocht dit ooit werkelijkheid worden, dan zou de ratio van de drie Schöppenstedt-vereisten wegvallen!

3. Het systeem van aansprakelijkheid in solidum dient, zoals in §4 uiteengezet, boven het Kampfmeier-systeem verkozen te worden, doch veronderstelt een 'recuperatiemechanisme'. Zo'n mechanisme is

(57) Zie § 1., sub B.2.

(58) Zie HARTLEY, T., o.c., 545-546.

(59) *Ibidem*, 546.

(60) Geciteerd in HARDING, C., "Private Interest in Challenging Community Action", *E.L.R.*, 1980, 356.

(61) Zie RASMUSSEN, H., "Why is Article 173 Interpreted against Private Plaintiffs?", *E.L.R.*, 1980, 114.

bovendien onontbeerlijk indien restitutie niet als vorm van objectieve aansprakelijkheid wordt aanvaard.

Harding (62) meent twee mogelijke methoden te zien: *ofwel* bekomt men volledige schadevergoeding van de Lidstaat en stelt deze een vordering krachtens artikel 215(2) E.E.G.-Verdrag in tegen de Gemeenschap, *ofwel* beveelt het Hof van Justitie volledige schadeloosstelling door de Gemeenschap en bepaalt tegelijk dat, zo tevens voor de nationale rechter wordt gevorderd en schadevergoeding wordt bekomen, het bedrag van deze schadevergoeding door de particulier aan de Gemeenschap moet worden terugbetaald.

Het Hof van Justitie heeft meer dan eens getuigd van moed en creativiteit. Hopelijk zal het dit in de toekomst blijven doen...

(62) HARDING, C., *a.c.*, *C.M.L.R.*, 1979, 404.