

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/20222> holds various files of this Leiden University dissertation.

**Author:** Kruif, Christien de

**Title:** Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht : de complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde

**Date:** 2012-12-04

Onderlinge overheidsaansprakelijkheid  
voor schendingen van Europees recht



# Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht

*De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker  
betaalt' in een veellagige rechtsorde*

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van  
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,  
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. P.F. van der Heijden,  
volgens besluit van het College voor Promoties  
te verdedigen op dinsdag 4 december 2012  
klokke 11.15 uur

*door*

**Christien de Kruif**

geboren te De Bilt

in 1975

Promotiecommissie:

Promotores: Prof. mr. W. den Ouden  
Prof. mr. T. Barkhuysen

Overige leden: Prof. mr. J.E.M. Polak  
Mr. dr. M.L. van Emmerik  
Prof. dr. B. Hessel (Universiteit Utrecht)  
Prof. mr. A.E. Schilder (Vrije Universiteit Amsterdam)  
Prof. mr. E. Steyger (Vrije Universiteit Amsterdam)  
Prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven (Universiteit Utrecht)

Lay-out: AlphaZet prepress, Waddinxveen

© 2012 Christien de Kruif | Maklu-Uitgevers, Apeldoorn/Antwerpen

ISBN 978-90-466-0570-7  
D 2012/1997/75  
NUR 823

*Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden vervoelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de auteur.*

*Voor zover het maken van reprografische vervoelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)). Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp).*

*No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the authors.*

## Voorwoord

Mijn outputgerichtheid en het vele plezier dat ik als onderwijs- en onderzoeksmedewerker had in mijn andere taken, hebben dit onderzoek voor deze ex-advocaat tot een taai en uitdagend proces gemaakt. Menigmaal was het werk aan mijn boek pas het sluitstuk van de dag, maar wel een boeiend sluitstuk. Dat het nu af voor u ligt, is te danken aan veel mensen.

Willemien en Tom, mijn promotoren: bedankt voor jullie onvoorwaardelijke steun en deskundige begeleiding. Dat mijn onderzoek niet alleen op onze werkplekken maar op menig terrasje, feestje en café is besproken, was uitermate plezierig. Ik hoop nog vele jaren met jullie te mogen werken.

Mijn leescommissie, prof. mr. J.E.M. Polak, dr. M.L. van Emmerik, prof. dr. B. Hessel, prof. mr. A.E. Schilder, prof. mr. E. Steyger en prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven, bedank ik voor uw grondige en leerzame commentaar.

De layout van dit boek is op zeer prettige wijze verzorgd door AlphaZet. Dank ook aan mijn uitgever, Maklu-Uitgevers, die net als ik een combinatie is van Vlaanderen en Nederland.

Mijn directe collega's van de afdeling Staats- en bestuursrecht verdienen een prominente plaats in deze rij. In het bijzonder wel Jaco & Jerfi die elk met hun eigen ups en downs tegelijkertijd met mij, alle proefschriftstress ervaren hebben. Ik kijk uit naar de vele jaren die we op de faculteit of daarbuiten nog met elkaar zullen beleven.

En natuurlijk mijn paranimfen: Jacobine & Henk. Jaco: voor je vriendschap, je oprechte directheid en onze fijne koppen thee met de deur dicht ;-)  
Henk: voor je vriendschap en de integere, open en originele wijze waarop ik met je van gedachten kan wisselen.

Tot slot wil ik mijn vrienden, mijn ouders, mijn schoonouders, mijn broer en zussen (Jaap, Lijn & Roos) en Martijn bijzonder bedanken voor het trouwe en humorvolle 'overleven' van mijn proefschrift.



# Inhoudsopgave

AFKORTINGEN	XIII
1 INLEIDING EN VERANTWOORDING	1
1.1 Introductie van het thema	1
1.2 Nadere afbakening van de onderzoeksvraag	5
1.3 Plan van aanpak en deelvragen	7
1.4 Afbakening en definiëring	11
1.5 Verantwoording	13
DEEL I	
2 STAATSAANSPRAKELIJKHEID	17
2.1 Inleiding	17
2.2 Staatsaansprakelijkheid uit hoofde van het internationale recht	18
2.2.1 Het leerstuk van toerekening volgens de <i>Articles</i>	20
2.2.2 Toerekening aan Staatsorganen en entiteiten bekleed met (elementen van) openbaar gezag	22
2.2.3 Artikel 7: uitbreiding van de toerekening van artikel 4- en 5-organen	24
2.2.4 Artikel 8: toerekening bij <i>de facto</i> -relatie tussen individu en Staat	25
2.2.5 Conclusie paragraaf 2.2	26
2.3 Staatsaansprakelijkheid uit hoofde van het EVRM	27
2.3.1 Inleiding	28
2.3.2 Staatsaansprakelijkheid in de jurisprudentie van het EHRM	33
2.3.2.1 Inleiding	33
2.3.2.2 Officiële staatsorganen, ambtenaren en individuen	33
2.3.2.3 Decentrale, regionale en lokale overheden	46
2.3.2.4 Overige 'publieke' entiteiten	51
2.3.3 Conclusie paragraaf 2.3	67
2.4 Staatsaansprakelijkheid uit hoofde van het EU-recht	69
2.4.1 Inleiding	69
2.4.2 Toerekening krachtens EU-recht	70



2.4.2.1	Toerekening aan 'typische' staatsorganen	70
2.4.2.2	Decentrale, regionale en lokale overheden	79
2.4.2.3	'Publieke' entiteiten ongeacht hun rechtsvorm	83
2.4.2.4	Particuliere derden	92
2.4.3	Conclusie paragraaf 2.4	95
2.5	Conclusie Hoofdstuk 2	96
3	FINANCIËLE CONSEQUENTIES	99
3.1	Inleiding	99
A	Financiële consequenties vanwege een schending van het EVRM	100
3.2	Inleiding	100
3.3	Financiële consequenties opgelegd in het kader van de klachtprocedure	102
3.3.1	Inleiding	102
3.3.2	De minnelijke schikking ex artikel 39 EVRM	102
3.3.3	De eenzijdige verklaring	104
3.3.4	De billijke genoegdoening ex artikel 41 EVRM	105
3.3.5	De tenuitvoerlegging van uitspraken van het EHRM	111
3.3.6	De procespositie medeoverheden onder het EVRM	117
3.3.7	Risico's voor Nederland	118
3.4	Financiële gevolgen vanwege effectief rechtsmiddel ex artikel 13 EVRM	122
3.5	Conclusie EVRM	125
B	Financiële consequenties van een schending van EU-recht	126
3.6	Financiële verplichtingen ten gevolge van de procedure ex artikel 260 lid 2 VwEU	127
3.6.1	Inleiding	127
3.6.2	Financiële sancties ex artikel 260 lid 2 VwEU	128
3.6.3	Risico's voor Nederland	139
3.6.4	Bijzondere inbreukprocedures	144
3.6.5	Conclusie paragraaf 3.6	146
3.7	Financiële consequenties ten gevolge van onregelmatigheden bij subsidiëring in gedeeld beheer	147
3.7.1	Inleiding	147
3.7.2	De verantwoordelijkheidsverdeling tussen Commissie en lidstaat bij subsidiëring in gedeeld beheer	149
3.7.2.1	Inleiding	149
3.7.2.2	ELGF & ELFPO	152
3.7.2.3	ESF en EFRO	157
3.7.2.4	Financiële risico's voor Nederland	160

3.7.2.5	Conclusie paragraaf 3.7.2	163
3.7.3	Compensatie van financiële risico's	164
3.7.3.1	Inleiding	164
3.7.3.2	Terugvorderen van ESF-subsidies bij eindbegunstigden	166
3.7.3.3	Verhaal van ELGF-, ELFPO- en EFRO-gelden op een medeoverheid	174
3.7.3.4	Conclusie paragraaf 3.7.3	174
3.7.4	De procespositie van medeoverheden in het EU-recht	175
3.7.4.1	Inleiding	175
3.7.4.2	Het actierecht onder artikel 263, tweede alinea, VwEU	175
3.7.4.3	Het actierecht onder artikel 263, vierde alinea, VwEU	177
3.7.4.4	Conclusie paragraaf 3.7.4	186
3.7.5	Conclusie paragraaf 3.7	186
3.8	Financiële consequenties in het kader van lidstaat- aansprakelijkheid	189
3.8.1	Inleiding	189
3.8.2	Het beginsel van lidstaataansprakelijkheid	189
3.8.3	Risico's voor Nederland	197
3.8.3.1	Inleiding	197
3.8.3.2	De zaak <i>Acciardi</i>	198
3.8.3.3	De zaak <i>Lubsen</i>	199
3.8.3.4	Voorbeelden van gebrekkige implementatie	200
3.8.4	Conclusie paragraaf 3.8	201
3.9	Conclusie EU-recht	202
3.10	Conclusie Hoofdstuk 3	205
4	INTERMEZZO: NATIONAAL RECHT: RECHTSVERHOUDINGEN	207
4.1	Inleiding	207
4.2	Verhaal en rechtspersoonlijkheid	209
4.2.1	Inleiding	209
4.2.2	Ratio van rechtspersoonlijkheid	210
4.2.3	Publiekrechtelijke rechtspersonen	213
4.2.4	Privaatrechtelijke rechtspersonen	215
4.2.5	Verhaal op entiteiten zonder 'eigen' rechts- persoonlijkheid	218
4.2.6	Conclusie paragraaf 4.2	219
4.3	Verhaal en de wijze van bekostiging (financiële verhouding)	219
4.3.1	Inleiding	219
4.3.2	Provincies en gemeenten	219
4.3.3	Waterschappen	226
4.3.4	Kaderwet zbo's en rwt's	228
4.3.5	Conclusie paragraaf 4.3	232

4.4	Verhaal en toezichtinstrumentarium	232
4.4.1	Inleiding	232
4.4.2	Provincies en gemeenten	234
4.4.2.1	Inleiding	234
4.4.2.2	Preventief toezicht	235
4.4.2.3	Schorsing en vernietiging	235
4.4.2.4	Taakverwaarlozing	239
4.4.3	Kaderwet zbo's en rwt's	241
4.4.4	Conclusie paragraaf 4.4	243
4.5	Conclusie Hoofdstuk 4	243
INLEIDING TOT DEEL II		
5	DE NATIONALE DIMENSIE VAN VERHAAL TUSSEN OVERHEDEN	247
5.1	Inleiding	247
5.2	Publiekrechtelijke verhaalsinstrumenten	251
5.2.1	Inleiding	251
5.2.2	Schadevergoeding in de Awb	252
5.2.3	Bestuursrechtelijke geldschulden in de Awb	255
5.2.4	Conclusie paragraaf 5.2	258
5.3	Verhaal op grond van het burgerlijk recht	259
5.3.1	Inleiding	259
5.3.2	Complicaties bij gebruik van het burgerlijk recht	260
5.3.3	Verhaal tussen overheden: regres en verhaal	262
5.3.3.1	Regres	263
5.3.3.2	Regres: bepaling van de interne draagplicht	264
5.3.3.3	Verhaal	268
5.3.3.4	Verhaal en doorbraak van aansprakelijkheid	270
5.3.4	Knelpunten bij regres en verhaal	277
5.3.5	Conclusie paragraaf 5.3	284
5.4	Conclusie Hoofdstuk 5	286
6	DE EUROPESE DIMENSIE VAN VERHAAL	291
6.1	Inleiding	291
6.2	Bijzondere verhaalsregelingen voor schendingen van EVRM en EU-recht	292
6.2.1	De uitvoeringspraktijk van het ministerie van BuZa bij het verhalen van 'EVRM-claims'	293
6.2.2	Financiële afwikkeling van schendingen van de redelijke termijn door verschillende overheidsorganen bij de bestuursrechter	294
6.2.3	Verhaalsmogelijkheid in de Regeling Medebewind Gemeenschappelijk Landbouwbeleid	298

6.2.4	De verhaalsbevoegdheid op grond van de Wet TES	300
6.2.5	De verhaalsbevoegdheid op grond van de Wet NErpe	307
6.2.5.1	Inleiding	308
6.2.5.2	Wet NErpe versus Wet TES	309
6.2.5.3	Rechtsbescherming op grond van de Wet NErpe	311
6.2.5.4	Complicaties met betrekking tot de verhaalsbevoegdheid	313
6.2.5.5	Omgekeerd verhaalsrecht?	315
6.2.5.6	Conclusie paragraaf 6.2.5	318
6.2.6	Verhaalsrechten in uitvoeringsconvenanten of andere nadere afspraken	318
6.2.7	De verhaalsbevoegdheid op grond van het wetsvoorstel terugvordering staatssteun	322
6.2.8	De verhaalsbevoegdheid op grond van de Wet financiering decentrale overheden (Wet fido)	325
6.2.9	Conclusie paragraaf 6.2	327
6.3	Verhaalsbevoegdheden voor Europese claims op grond van de Awb-subsidietitel	328
6.3.1	Inleiding	328
6.3.2	Terugvordering in de Awb	328
6.3.3	Conclusie paragraaf 6.3	330
6.4	Verhaalsbevoegdheden voor Europese claims op grond van het burgerlijk recht	331
6.4.1	Inleiding	331
6.4.2	Verhaal van schadevergoeding voldaan vanwege schending EVRM	333
6.4.3	Verhaal van schadevergoeding voldaan vanwege schending EU-recht	334
6.4.3.1	De zaak <i>Acciardi</i>	335
6.4.3.2	De zaak <i>Lubsen</i>	336
6.4.3.3	De ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in <i>Acciardi</i>	337
6.4.3.4	De <i>Costanzo</i> -verplichting van B&W	339
6.4.3.5	Conclusie paragraaf 6.4.3	340
6.4.4	Conclusie paragraaf 6.4	340
6.5	Onderling verhaal tussen overheden vanwege Europese claims in rechtsvergelijkend perspectief	342
6.5.1	Inleiding	342
6.5.2	Verhaalsregelingen in Spanje, Frankrijk, Duitsland en België	342
6.5.3	Conclusie paragraaf 6.5	346
6.6	Conclusie Hoofdstuk 6	347

7	CONCLUDERENDE EN SAMENVATTENDE ANALYSE	349
7.1	Inleiding	349
7.2	Context	350
7.3	Bevindingen	351
7.4	Verhaal van de Nederlandse Staat op een medeoverheid respectievelijk een aan een overheid gelieerde entiteit	357
7.4.1	Inleiding	357
7.4.2	Een verhaalsregeling vanwege Europeesrechtelijke verplichtingen	358
7.4.2.1	Inleiding	358
7.4.2.2	Verhaal: een EVRM-verplichting?	358
7.4.2.3	Verhaal: een EU-rechtelijke verplichting?	359
7.4.2.4	Conclusie paragraaf 7.4.2	361
7.4.3	Verhaalsrecht vanwege de financiële risico's?	362
7.4.3.1	Inleiding	362
7.4.3.2	Financiële risico's voortvloeiend uit schendingen van EVRM-bepalingen	362
7.4.3.3	Financiële risico's voortvloeiend uit schendingen van EU-recht	363
7.4.3.4	Conclusie paragraaf 7.4.3	366
7.4.4	Evaluatie bestaande verhaalsmogelijkheden	367
7.4.4.1	Inleiding	367
7.4.4.2	De Wet NERpe getoetst	369
7.4.4.3	De actie uit 6:162 BW	373
7.4.5	Conclusie paragraaf 7.4	381
7.5	Omgekeerd verhaal: verhaal van een medeoverheid c.q. een aan een medeoverheid gelieerde entiteit op het Rijk	383
7.5.1	Inleiding	383
7.5.2	Verhaal en de verplichting ex artikel 94 Gw c.q. de <i>Costanzo</i> -verplichting	384
7.5.3	Bestaande verhaalsacties voldoen?	393
7.6	Conclusies en aanbevelingen	402
7.6.1	Inleiding	402
7.6.2	Aanbevelingen bij de uitoefening van het verhaalsrecht ex artikel 7 Wet NERpe door de Staat	403
7.6.3	Aanbevelingen bij de uitoefening van omgekeerd verhaal	405
	SUMMARY	411
	GERAADPLEEGDE LITERATUUR	419
	RAPPORTEN, (PRE)ADVIEZEN, VERSLAGEN EN KAMERSTUKKEN	439
	JURISPRUDENTIELIJST	443
	CURRICULUM VITAE	459

## Afkortingen

AA	Ars Aequi
AB	Administratief rechtelijke beslissingen / AB Rechtspraak Bestuursrecht
ABRvS	Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State
AFM	Stichting Autoriteit Financiële Markten
A-G	Advocaat-Generaal
AGRvS	Afdeling Rechtspraak van de Raad van State
AJIL	American Journal of International Law
Ambv	algemene maatregel van bestuur
Arb	Administratief-rechterlijke beslissingen
Awb	Algemene wet bestuursrecht
B&W	(college van) burgemeester en wethouders
BJu	Boom Juridische uitgevers
BNB	Beslissingen in Belastingzaken. Nederlandse Belasting- rechtspraak
BR	Bouwrecht
BTW	belasting toegevoegde waarde
BuZa	ministerie van Buitenlandse Zaken
BW	Burgerlijk Wetboek
BZK	ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties
CBb	College van Beroep voor het bedrijfsleven
CMLRev	Common Market Law Review
CRvB	Centrale Raad van Beroep
def.	definitief
DLG	Dienst Landelijk Gebied
DNB	De Nederlandse Bank N.V.
ECHR	European Convention on Human Rights
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
ed(s)	editor(s)
EEG	Europese Economische Gemeenschap
EFRO	Europees Fonds voor de Regionale Ontwikkeling
EG	Europese Gemeenschap
EHRC	European Human Rights Cases
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EIF	Europees Integratiefonds
EJIL	European Journal of International Law
ELFPO	Europees Landbouwfonds voor Plattelandsontwikkeling
ELGF	Europees Landbouwgarantiefonds
EL&I	ministerie van Economie, Landbouw & Innovatie
ELRev	European Law Review

EPL	European Public Law
ESF	Europees Sociaal Fonds
et al.	et alii
ETF	Europees Terugkeerfonds
EU	Europese Unie
Euratom	Europese Gemeenschap voor Atoomenergie
e.v.	en volgende
EVF	Europees Vluchtelingenfonds
EVRM	Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
Fvw	Financiële-verhoudingswet
Gemw	Gemeentewet
GEU	Gerecht van de Europese Unie
GS	Gedeputeerde Staten
Gst.	De Gemeentestem
GvEA	Gerecht van Eerste Aanleg
Gw	Grondwet
Handvest	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
HPA	Hoofdproductschap voor Akkerbouwproducten
HR	Hoge Raad
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschap
HvJEU	Hof van Justitie van de Europese Unie
IBS	Interimwet Bodembescherming
ICJ	International Court of Justice
i.e.	id est
I&M	ministerie van Infrastructuur en Milieu
ILC	International Law Commission
ILG	Inrichting Landelijk Gebied
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
JA	Jurisprudentie Aansprakelijkheid
JB	Jurisprudentie Bestuursrecht
JB <i>plus</i>	Jurisprudentie Bestuursrecht plus
jo.	juncto
jrg.	jaargang
Jur.	Jurisprudentie Hof van Justitie
KB	Koninklijk Besluit
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
LNV	ministerie van Landbouw, Natuurbeheer & Voedselkwaliteit
M en R	Tijdschrift voor Milieu en Recht
m.e.r.	milieueffectrapportage
MER	milieueffectrapport
m.m.v.	met medewerking van
m.nt.	met noot (van)
MvA	Memorie van Antwoord

MvT	Memorie van Toelichting
Mw	Mededingingswet
n.g.	niet gepubliceerd
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NJCM-Bulletin	Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten Bulletin
NJF	Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak
NJkort	Nederlandse Jurisprudentie kort (nu: NJ Feitenrechtspraak)
NJV	Nederlandse Juristen-Vereniging
NMa	Nederlandse Mededingingsautoriteit
n.n.g.	nog niet (officieel) gepubliceerd
NTB	Nederlands Tijdschrift voor Bestuursrecht
NTER	Nederlands Tijdschrift voor Europees Recht
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
O&A	Overheid & Aansprakelijkheid
OCW	ministerie van Onderwijs, Cultuur & Wetenschappen
o.m.	onder meer
OM	Openbaar Ministerie
OP	Operationeel Programma
OvJ	Officier van Justitie
PB	Publicatieblad van de Europese Unie
PbEG	Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen
PBO	Publiekrechtelijke Bedrijfsorganisatie
P-G	procureur-generaal
PKB	planologische kernbeslissing
POP2	het Plattelandsontwikkelingsprogramma 2007-2013
PS	Provinciale Staten
Pw	Provinciewet
Rawb	Rechtspraak Awb
Rb.	Rechtbank
REALaw	Review of European Administrative Law
red.	redactie
Rfv	Raad voor de financiële verhoudingen
RMThemis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
r.o.	rechtsoverweging
Rob	Raad voor het openbaar bestuur
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekeringen
RvdW	Rechtspraak van de Week
RvS	Raad van State
rwt	Rechtspersoon met een wettelijke taak
SER	Sociaal Economische Raad
SEW	SEW Tijdschrift voor Europees en economisch recht
SIS	Schengen Informatie Systeem
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant



Stowa	Stichting Toegepast onderzoek waterbeheer
SZW	ministerie van Sociale Zaken en Werkgelegenheid
T.B.P	Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiek Recht
Trb.	Tractatenblad
Trema	Tijdschrift voor de rechterlijke macht
TwK	Tijdelijke wet Kroongeschillen
UCB	Uitspraken College van Beroep voor het bedrijfsleven
USZ	Uitspraken Sociale Zekerheid
VAR	VAR vereniging voor bestuursrecht
VenJ	ministerie van Veiligheid en Justitie
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VN	Verenigde Naties
Vo.	Verordening
VR	Verkeersrecht
VROM	ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer (tegenwoordig I&M)
VwEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
Wet fido	Wet financiering decentrale overheden
Wet HOF	Wet inzake houdbare financiën van de collectieve sector
Wet NERpe	Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten
Wet TES	Wet Toezicht Europese Subsidies
Wm	Wet milieubeheer
WRGT	Wet Revitalisering Generiek Toezicht
WRO	Wet op de Ruimtelijke Ordening
Wro	Wet ruimtelijke ordening
WW	Werkeloosheidswet
WWB	Wet Werk en Bijstand
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
zbo	Zelfstandig bestuursorgaan

# 1 Inleiding en verantwoording

## 1.1 INTRODUCTIE VAN HET THEMA

De financiële belangen van de Nederlandse Staat zijn in Europees verband vaker in het geding dan over het algemeen wel wordt gedacht. De Nederlandse Staat is jegens de EU niet alleen aansprakelijk voor 'eigen fouten' zoals die van de wetgever of de rechter. Nederland is ook aansprakelijk voor 'fouten van medeoverheden' zoals gemeenten en provincies.<sup>1</sup> Hetzelfde geldt voor fouten van andere personen of entiteiten die vanwege bepaalde verdragsverplichtingen aan overheden gelijk worden gesteld. Daarbij kan worden gedacht aan openbare scholen, ziekenhuizen, de NS of Eneco.

Deze aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat kan aardig in de papieren lopen. De dwangsom die Nederland van het Hof van Justitie (HvJEU) vanwege schending van EU-bepalingen opgelegd kan krijgen, varieert tussen EUR 4.492,80 en EUR 269.568,- per dag (afhankelijk van de ernst en duur van de inbreuk).<sup>2</sup> Wat de minimale boete betreft, moet Nederland rekenen op EUR 3.736.000,-.<sup>3</sup> De te betalen bedragen zijn op EU-niveau vastgesteld en afgestemd op het belang en de draagkracht van de lidstaat. Sinds een aantal jaren legt het HvJEU lidstaten dergelijke boetes en dwangsommen op. In 2000 deed het HvJEU dit aan Griekenland.<sup>4</sup> De dwangsom bedroeg EUR 24.600,- per dag. De inbreuk op het EU-recht die Griekenland werd verweten, was het in gebreke blijven van één van Griekenlands regio's (de regio Chania) met het opstellen en uitvoeren van plannen en programma's

---

1 Over aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat jegens de EU: Amtenbrink & Vedder, Barents 2005, Barents 2010, Besselink et al., Braams, Chalmers et al., Claes, Conway, Craig & De Burca, Jans, Kapteyn-Verloren van Themaat en Kilbey. Over aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat in het kader van het EVRM onder meer Van Emmerik 1997, Van Emmerik 2010, Engelhard 2009, Barkhuysen et al. 2008, Barkhuysen & Van Emmerik 2008, Barkhuysen & Tjepkema, Blackburn & Polakiewicz en Blomberg 2006. Zie over de kwestie dat de Nederlandse Staat aansprakelijk is voor schendingen van medeoverheden onder meer: Van de Gronden, Gerards 2000, Gerards 2011, Granger, Widdershoven 1999, Widdershoven 2000, Widdershoven 2007, Hessel 2002 (2), Verhoeven 2011, Van den Tweel 2001, Van Rijswick 2005, Van Rijswick et al., De Kruif & Den Ouden, Van der Burg, Due, Hessel & Mortelmans. Over deze aspecten in België onder meer: Ingelaere 1993 en Ingelaere 1994. Zie over Frankrijk en Duitsland: Dederer, Reestman, Peters & Bosdriesz en Reestman & Bosdriesz. Zie voor Spanje: Plaza.

2 *Kamerstukken II* 2010/11, 22 112, nr. 1115, p. 4.

3 Mededeling van de Commissie 'Updating of data used to calculate lump sum and penalty payments in infringement proceedings', SEC(2011)1024.

4 HvJEG zaak C-387/97, Commissie t. Griekenland I, Jur. 2000, I-5047.

voor de verwijdering van (toxische en gevaarlijke) afvalstoffen. De schending van het EU-recht door de regio Chania kwam één op één voor rekening van Griekenland. Tot op heden heeft Nederland geen dwangsommen en/of boetes opgelegd gekregen, noch vanwege eigen schendingen, noch vanwege schendingen door lagere overheden of andere entiteiten.

Wel heeft Nederland te maken gekregen met andersoortige financiële sancties vanwege schendingen van het EU-recht door medeoverheden zoals provincies en gemeenten. Zo moet Nederland ca. EUR 6.000.000,- terugbetalen aan de EU omdat de Europese Commissie bij de uitvoering van het Europees Fonds voor de Regionale Ontwikkeling (EFRO) onregelmatigheden heeft geconstateerd. De provincies Groningen en Drenthe waren verantwoordelijk voor deze onregelmatigheden. Schendingen van EU-subsidieregeling leiden tot intrekking van en/of korting op Europese subsidies met als gevolg dat de onverschuldigd betaalde subsidiebedragen van Nederland worden teruggevorderd. Ook in dat kader komen de schendingen door lagere overheden voor rekening van Nederland.

Maar niet alleen schendingen van medeoverheden kunnen tot financiële sancties leiden voor Nederland. De Staat is eveneens aansprakelijk jegens de EU als aanbestedingsplichtige bedrijven, zoals de NS of de HTM of publiek-rechtelijke entiteiten, zoals universiteiten of politieregio's, hun verplichtingen op grond van het aanbestedingsrecht niet nakomen.

Het uitgangspunt dat de Staat opdraait voor de financiële sancties die worden opgelegd vanwege schendingen door medeoverheden en andere entiteiten geldt ook buiten het EU-recht. Het is een typisch verschijnsel van verdragsrecht. De verdragspartij is aanspreekpunt en is aansprakelijk in geval van schendingen van de verdragsbepalingen. Zo kan de Nederlandse Staat aansprakelijk zijn voor schendingen van het EVRM. In 2001 heeft Nederland in het kader van een klachtprocedure voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een bedrag van Hfl. 140.000,- aan schadevergoeding betaald aan de nabestaanden van een man die overleed aan de gevolgen van een hersenbloeding die vermoedelijk was veroorzaakt door politie-optreden bij de aanhouding van de man.<sup>5</sup> Zo was Nederland verantwoordelijk voor de EVRM-schending van de Nederlandse politie.

Uit de hiervoor genoemde voorbeelden kunnen enkele voorlopige conclusies worden afgeleid.

Ten eerste kan worden vastgesteld dat de Nederlandse Staat zowel onder het EVRM als het EU-recht aansprakelijk is voor handelen of nalaten dat in strijd is met verdragsverplichtingen van een verscheidenheid aan actoren zoals de rechter, een minister, een gemeente, het UWV, een academisch ziekenhuis etc. De reden daarvoor is dat het EU-recht en het EVRM een *functioneel* overheidsbegrip hanteren: een verdragspartij kan haar verdragsverplichtingen of aansprakelijkheid niet beperken of ontlopen door internrechtelijk de bevoegdheden zodanig te verdelen dat er in feite geen 'verdragspartij'

---

5 EHRM 20 maart 2001, Köksal t. Nederland, EHRC 2001/33 m.nt. G. de Jonge.

meer resteert. Het EVRM of het EU-recht bepaalt autonoom of een schending van een willekeurige actor aan de Nederlandse Staat wordt toegerekend.

Ten tweede kan een veelheid aan EVRM- of EU-schendingen worden begaan. Enkele voorbeelden zijn: het onrechtmatig verstrekken van staatssteun, het niet naleven van milieuriichtlijnen, het blootstellen van kinderen aan misbruik of mishandeling of het niet respecteren van de redelijke termijn ex artikel 6 EVRM. Al deze zaken kunnen Nederland (als Staat) geld kosten.

Ten derde kan worden vastgesteld dat de financiële gevolgen zoals schadevergoeding, kortingen of boetes aanzienlijk zijn. Het is om die reden niet ondenkbaar dat de Nederlandse Staat de bedragen die zij uit hoofde van het EU-recht of het EVRM heeft betaald, wil verhalen op de schender. Voor zover deze schender een overheid is, zoals een gemeente of provincie, zullen vragen rijzen die betrekking hebben op 'onderlinge overheidsaansprakelijkheid'. Daarover gaat dit onderzoek. Vaststaat dat naar dit onderwerp in Nederland nog nauwelijks onderzoek is gedaan.<sup>6</sup> Daarnaast maakt ook de omgekeerde situatie onderdeel uit van dit onderzoek. Medeoverheden, zoals gemeentes of provincies kunnen op *hun* beurt opdraaien voor schendingen van Europees recht die afkomstig zijn van de centrale overheid. Deze situatie kan worden geïllustreerd aan de hand van het volgende voorbeeld.

De formele wetgever verzuimt een Europese richtlijn tijdig om te zetten in nationale regelgeving ten gevolge waarvan EU-onderdanen die in Nederland woonachtig zijn maar wier partner in een andere EU-lidstaat woonachtig is, in het kader van de Wet werk en bijstand aangemerkt worden als 'alleenstaand' en dientengevolge een alleenstaandenuitkering ontvangen. Naar aanleiding van de rechtsmiddelen die tegen de beschikking van het college van B&W van de gemeente Amsterdam zijn aangewend waarin de heer D. een alleenstaandenuitkering wordt verstrekt, stelt de rechtbank Amsterdam een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de EU. Daaruit blijkt dat genoemde Nederlandse formele wetsbepaling in strijd is met Europees recht. De rechtbank te Amsterdam vernietigt het besluit van het college van B&W en draagt het college op met inachtneming van de uitspraak een nieuw besluit te nemen. De man spreekt de gemeente Amsterdam aan tot schadevergoeding waaronder vergoeding van de wettelijke rente.

6 Zie over overheidsaansprakelijkheid in algemene zin onder meer: Di Bella, Huijgen, Hennekens 2001, Jansen (C.H.M.), Lankhorst, Polak 2012, Polak et al., Schlössels, Schueler, Ten Berge et al. 1995, Van Maanen & De Lange, Van Ravels 2011 en Van Roosmalen. Zie over overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving onder meer: Schutgens en over overheidsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige rechtspraak onder meer: Meijer. Voor aansprakelijkheid van de overheid vanwege gebrekkig toezicht en de relatie tot handhaving: zie onder meer Barkhuysen & Diepenhorst en Blomberg 2004 en 2006. Verder komen de verschillende vormen van overheidsaansprakelijkheid aan bod in de gebruikelijke bestuursrechtelijke handboeken. De verhouding tussen Staat en medeoverheid bij de uitvoering van EU-recht en het probleem van de financiële consequenties daarvan komt in den brede aan bod in onder meer: Claes, Hessel & Belhaj, Jans et al. 2011, De Kruif & Den Ouden, Meuwese & Den Ouden, Van Rijswijk 2005, Van den Tweel 2001, Van der Sluis, Veltkamp, Widdershoven 1997, Widdershoven 2000, Widdershoven 2007 en Winter. Zie over de financiële verhouding in het kader van bijvoorbeeld de Financiële-verhoudingswet en de terugvorderingsmechanismen daarvan onder meer Van der Dussen, De Groot & Poppelaars. Zie over gemeentefinanciën onder meer Bonnema et al., Dölle & Elzinga, Engels, Hennekens Van Geest & Fernhout.

Het college van B&W past in dit voorbeeld in medebewind nationaal recht toe dat in strijd blijkt te zijn met rechtstreeks werkend EU-recht. Het besluit van B&W wordt vernietigd en de gemeente draait op voor de schade.

Geconcludeerd kan worden dat ook deze situatie er een is van onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De vraag dringt zich immers op of de wetgever (de Staat) onder omstandigheden aansprakelijk is jegens de gemeente vanwege de onrechtmatige nationale regelgeving. Het is immers de Nederlandse Staat (de wetgever) die de onrechtmatige wetgeving op basis waarvan het college van B&W heeft gehandeld c.q. moest handelen, heeft vastgesteld en toegepast. Nu Nederland bijvoorbeeld regelmatig in gebreke blijft met het tijdig implementeren van richtlijnen,<sup>7</sup> is dit soort zaken niet louter hypothetisch te noemen. Eenzelfde situatie doet zich voor wanneer nationale regels in strijd komen met EVRM-bepalingen.

Deze 'omgekeerde' situaties waarin een medeoverheid de centrale overheid aanspreekt (omgekeerd verhaal) maken eveneens deel uit van dit onderzoek. Omdat het hierbij in de regel zal gaan om bestuursorganen, is dit deel van het onderzoek beperkt tot de zogenoemde 'medeoverheid'. De categorie 'personen of entiteiten die wat bepaalde verdragsverplichtingen betreft aan overheden gelijk worden gesteld' zijn bij het omgekeerd verhaalsrecht dus niet meegenomen. Een nadere afbakening van deze begrippen wordt gegeven in paragraaf 1.4.

De Nederlandse wetgever is inmiddels doordrongen van de financiële risico's die de Staat loopt vanwege schendingen van Europees recht. Verschillende wetgevingsinitiatieven waarin verhaalsrechten voor de Staat zijn neergelegd in geval van schending van EU-recht zijn inmiddels tot wet verheven: de Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten (Wet NERpe), diens voorganger de Wet toezicht Europese subsidies (Wet TES) en de Wet financiering decentrale overheden (Wet fido). Ook op EVRM-gebied is reuring ontstaan. Naar aanleiding van jurisprudentie van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS) en de Centrale Raad van Beroep<sup>8</sup> (CRvB) hebben besprekingen tussen het ministerie van Veiligheid en Justitie (VenJ) en de Raad voor de Rechtspraak plaatsgevonden over hoe om te gaan met de (financiële) consequenties van schendingen van de redelijke termijn begaan door de rechter. Dit heeft geleid tot een nadere regeling van de Minister van VenJ waarmee de Raad voor de Rechtspraak

---

7 Zie paragrafen 3.6.3 en 3.8.3

8 ABRvS 4 juni 2008, AB 2008, 229 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JB 2008, 146, m.nt. A.M.L. Jansen en USZ 2008, 211, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en CRvB 11 juli 2008, AB 2008, 241 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JB 2008, 172 m.nt. A.M.L. Jansen, USZ 2008, 238 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en CRvB 3 januari 2008, LJN BC1705, AB 2008, 211 m.nt. A.M.L. Jansen. Zie hierover ook uitgebreid Barkhuysen & Van Emmerik 2008.

gemachtigd wordt om namens de Minister van VenJ in deze zaken te beslissen, op te treden en verweer te voeren tegen dergelijke schadeverzoeken.<sup>9</sup>

Daarbij staat telkens de vraag centraal hoe de financiële risico's van schendingen van EVRM of EU-recht, veroorzaakt door andere entiteiten dan de centrale overheid, kunnen worden voorkomen en hoe eventuele schade kan worden verhaald. Opvallend is dat in geen van deze wetgevingsinitiatieven aandacht is voor de omgekeerde situatie: die waarin de andere entiteit schade lijdt ten gevolge van fouten van de centrale overheid.

## 1.2 NADERE AFBAKENING VAN DE ONDERZOEKSVRAAG

Dit onderzoek beoogt niet het hele overheidsaansprakelijkheidsrecht in Nederland voor schendingen van Europees recht in kaart te brengen. Het voorwerp van dit onderzoek is beperkter. Daarover het volgende.

Zoals met de hiervoor beschreven voorbeelden is geïllustreerd, werkt het stelsel van overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht op twee niveaus, namelijk het Europeesrechtelijke niveau en het nationaalrechtelijke niveau. Deze twee niveaus komen ook terug in dit boek: Deel I is Europeesrechtelijk en Deel II is nationaalrechtelijk.

Europeesrechtelijk gezien, kan alleen de Nederlandse Staat worden aangesproken op schendingen van het Europees recht. De Staat is immers verdragspartij.<sup>10</sup> Maar bij de uitvoering van Europees recht maakt de Nederlandse Staat op grond van de eigen constitutionele of bestuurlijke bevoegdheidsverdelingen (nationaal gezien) gebruik van een veelheid aan actoren: zo maakt de wetgever regelgeving waarmee Europees recht wordt geïmplementeerd, past de rechter de nationale en Europeesrechtelijke regelgeving toe, nemen (decentrale) bestuursorganen besluiten op grond van deze nationale en Europeesrechtelijke regels en zijn weer andere organen belast met het toezicht op de uitvoering van deze regels. In elk van deze nationaalrechtelijke hoedanigheden van de Nederlandse Staat kunnen schendingen van Europees recht plaatsvinden. Nationaalrechtelijk gezien, is elke entiteit zelfstandig aansprakelijk. Op Europees niveau worden al deze schendingen toegerekend aan de Nederlandse Staat en kan alleen de Nederlandse Staat aansprakelijk worden gehouden.

---

9 Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 26 januari 2012, nr. 5723477/12, houdende verlening van mandaat, volmacht en machtiging aan de Raad voor de rechtspraak inzake verzoeken tot schadevergoeding verband houdend met de rechtspraak waarvoor de Staat aansprakelijk kan worden gehouden (*Stcrt.* 2012, 1933) waarbij is ingetrokken de regeling van de Staatssecretaris van Justitie van 29 april 2009 nr 5599506/09, houdende verlening van mandaat en machtiging aan de Raad voor de rechtspraak inzake verzoeken tot schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn (*Stcrt.* 2009, 81).

10 Althans het Koninkrijk der Nederlanden. Zie paragraaf 1.4 voor een nadere definiëring.

In het kader van dit onderzoek zijn daarom alleen die situaties relevant waarbij op Europees dan wel nationaal niveau het aansprakelijk gestelde en tot betaling veroordeelde overheidslichaam niet (alleen) degene is die de schade van de gelaedeerde particulier of van de EU heeft veroorzaakt, maar een ander overheidslichaam (mede) verantwoordelijk is voor de geleden schade.

Deze situaties doen zich enerzijds voor op het Europeesrechtelijke niveau, omdat daar naar de huidige stand van het recht alleen *de Nederlandse Staat* wordt aangesproken. Voor het verhalen van de aldus betaalde schade op de schender (bijvoorbeeld een medeoverheid) is de Nederlandse Staat aangewezen op het nationale recht. Anderzijds kan de situatie zich voordoen waarin een medeoverheid die op het nationale niveau voor schade is veroordeeld, verhaal zoekt op een andere overheid als deze meent dat de laatste (mede) aansprakelijk is.

De gedachte achter het verhalen van schade op andere overheden is dat de nadelige financiële consequenties mede neergelegd zouden moeten worden bij het overheidslichaam dat de schending en de schade (mede) heeft veroorzaakt. Dat impliceert dat schade wordt verplaatst van degene die hem lijdt naar degene die hem heeft veroorzaakt. De hoofdregel in ons recht is echter dat een ieder zijn eigen schade draagt. Voor verplaatsing van schade dienen dus goede redenen aanwezig te zijn.<sup>11</sup> *Engelhard* beschrijft in haar onderzoek de verschillende functies van het aansprakelijkheidsrecht en van verhaal van verzekeraars op schadeveroorzakers.<sup>12</sup> De daar gemaakte opmerkingen zijn relevant voor dit onderzoek. Zo is één van de omschreven functies de preventieve functie van het aansprakelijkheidsrecht. Volgens die benadering zou het niveau van zorg dat door een overtreder in acht moet worden genomen pas worden geoptimaliseerd als de schadeveroorzaker wordt geconfronteerd met de kosten die aan hem kunnen worden toegerekend. *Engelhard*<sup>13</sup> sluit echter liever aan bij de ‘meer intrinsieke verklaring’ van regres waarmee het

‘de draagplicht met betrekking tot de schade bij de schadeveroorzaker legt omdat hem van het ontstaan daarvan (rechtens) een verwijt wordt gemaakt en dat sancties op verwijtbaar gedrag moeten bijdragen aan een betere rechtsorde. (...) Dat is een doel op zichzelf: het regres laat sancties volgen op de schending van gedragsnormen, en bevredigt daarmee het rechtsgevoel, althans dat is de bedoeling. (...) wie verwijtbaar schade veroorzaakt behoort de gevolgen daarvan te dragen.’

Daarmee is in de kern aangegeven dat het verhaalsrecht een reactie van de rechtsorde behelst op ‘rechtens verwijtbaar gedrag’ waardoor degene die verwijtbaar heeft gehandeld ook degene is die de aangerichte schade moet vergoeden. Een dergelijke reactie wordt vermoed tevens een preventieve

---

11 Bierbooms onder meer, p. 195.

12 Engelhard 2003, p. 200-228.

13 Engelhard 2003, p. 222.

werking te hebben. Dit uitgangspunt zal ook in het kader van dit onderzoek centraal staan. Het overheidslichaam dat verwijtbaar heeft gehandeld door het Europese recht te schenden, zal in beginsel het lichaam zijn voor wiens rekening de schade uiteindelijk moet komen.

De hiervoor beschreven problemen hebben geleid tot één centrale vraagstelling met betrekking tot onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht waarin zowel het nationaalrechtelijke als het Europeesrechtelijke perspectief is verwerkt:

‘Is het ontwikkelen van een algemene regeling voor de verdeling van de financiële gevolgen van het niet naleven van Europees recht (EVRM en EU) tussen de Nederlandse Staat en de verschillende overheden op wie Europeesrechtelijke verplichtingen rusten in het licht van de bestaande nationale rechtsverhoudingen tussen de Nederlandse Staat en deze overheden juridisch noodzakelijk of wenselijk en indien dat het geval is, hoe zou een dergelijke regeling kunnen worden vormgegeven?’

Deze probleemstelling is ingegeven door het voornemen van de wetgever gedurende de afgelopen jaren om een publiekrechtelijk verhaalsrecht in het leven te roepen voor de Staat. Dit verhaalsrecht is inmiddels gerealiseerd in de Wet NERpe. In het kader van de parlementaire behandeling van dit wetsvoorstel is gesteld dat een dergelijk verhaalsrecht noodzakelijk is vanwege de juiste naleving van EU-recht. Ook is gewezen op de aanzienlijke financiële risico’s die de Staat anders loopt. Deze beide argumenten vormen de centrale lijn in dit onderzoek. Niet uitgebreid aandacht is besteed aan de andere politieke werkelijkheid uit hoofde waarvan een verhaalsrecht – al dan niet als stok achter de deur – zeker wenselijk kan zijn. Maatschappelijke commotie (denk aan de ESF-affaires uit de jaren negentig) kan daarbij zeker een rol spelen. Het willen verplaatsen van schade die in beginsel voor eigen rekening komt, is *eo ipso* een (rechts)politieke keuze waarbij tal van belangen spelen en om voorrang strijden. Deze context is voor mij een gegeven dat de lezer bij het doornemen van dit onderzoek in het achterhoofd dient te houden.

De hiervoor geciteerde probleemstelling roept verschillende deelvragen op die in paragraaf 1.3 nader zullen worden toegelicht.

### 1.3 PLAN VAN AANPAK EN DEELVRAGEN

Het onderwerp van onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht is onderzocht aan de hand van een Europees deel (Deel I), een Nationaal deel (Deel II) en een concluderende analyse. Deel I beslaat de Hoofdstukken 2 en 3. Hoofdstukken 5 en 6 vormen Deel II. Hoofdstuk 4 verbindt de beide delen en is daarom aangeduid als ‘Intermezzo’. Hoofdstuksgewijs is dit onderzoek als volgt opgebouwd.

Ten eerste (Hoofdstuk 2) is de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat op grond van het EVRM respectievelijk het EU-recht in kaart gebracht. Onderzocht is daartoe hoe het EVRM en het EU-recht



schendingen die binnen de nationale rechtsorde van een Staat zijn gepleegd, worden toegerekend aan de Staat. Duidelijk zal worden dat schendingen van het EVRM en het EU-recht door *overheidsorganen* worden toegerekend aan de Nederlandse Staat. Schendingen van particulieren en andere entiteiten worden in de regel niet aan de Nederlandse Staat toegerekend. Wel kan de Nederlandse Staat onder omstandigheden worden verweten de eigen positieve verplichtingen niet te zijn nagekomen. Tussen beide categorieën bestaat een middenveld aan potentiële schenders: personen of entiteiten die wat bepaalde verdragsverplichtingen betreft aan overheden gelijk zijn gesteld. Voorbeelden daarvan zijn scholen, openbare instellingen van gezondheidszorg, bedrijven zoals TNT of de NS etc. Hun handelen of nalaten in strijd met EVRM of EU-recht wordt onder omstandigheden ook aan de lidstaat toegerekend. In Hoofdstuk 2 wordt deze variëteit aan schenders in kaart gebracht. Tijdens het ten behoeve van in Hoofdstuk 2 verrichte vooronderzoek bleek dat de wijze waarop krachtens EVRM en EU-recht schendingen aan de Nederlandse Staat worden toegerekend duidelijke overeenkomsten vertoont met de wijze waarop dit internationaalrechtelijk gebeurt. Gemeenschappelijk is immers het uitgangspunt dat alleen de Staat rechts-subject is in het internationale recht. Nu het leerstuk van Staatsaansprakelijkheid naar internationaal recht door de *International Law Commission (ILC)* is uitgewerkt, is ervoor gekozen dit leerstuk in de eerste paragraaf van Hoofdstuk 2 te beschrijven.

Opgemerkt wordt dat er niet voor is gekozen om in Hoofdstuk 2 te inventariseren *voor welke schendingen* Nederland aansprakelijk zal zijn. Uitgangspunt is immers dat de Nederlandse Staat naar EVRM en EU-recht in de regel in alle gevallen aansprakelijk is voor schendingen van beide soorten Europeesrechtelijke bepalingen mits de schending aan de Nederlandse Staat kan worden toegerekend. Daarvoor is relevant *wie* de schending heeft begaan. Vanwege de grote verscheidenheid aan soorten schendingen die Europeesrechtelijk bezien, bestaan en de noodzaak dit onderzoek in tijd en omvang te beperken, is niet per materiële schending in kaart gebracht hoe de wijze van toerekening per potentiële schender krachtens het Europese recht geschiedt. Daar waar een Europeesrechtelijke verplichting specifiek is gericht tot een bepaalde geadresseerde is wel nader ingegaan op de betreffende materiële schending. Voorbeelden hiervan zijn in het kader van het EU-recht bijvoorbeeld de aanbestedingsplicht die rust op aanbestedingsplichtige entiteiten of de *Costanzo*-verplichting die voor bestuursorganen en publieke werkgevers geldt en voor wat betreft het EVRM bijvoorbeeld de beperking dat ex artikel 8 EVRM in beginsel geen inmenging is toegestaan van zogenoemde *public authorities* (openbaar gezag).

Een tweede Europeesrechtelijke deelvraag is op welke *procedurele* manieren een Staat kan worden geconfronteerd met de nadelige financiële consequenties van een schending van Europese normen die niet alleen veroorzaakt is door (nationaalrechtelijk bezien) de centrale overheidsorganen. Deze deelvraag is onderzocht in Hoofdstuk 3. Uit het onderzoek komt naar voren dat naast de systemen van Europeesrechtelijke staatsaansprakelijk-

heid zowel het EVRM als het EU-recht ook voorschrijven dat in geval van schending van EVRM of EU-recht door een actor wiens handelen toe te rekenen valt aan de Staat, het nationale recht moet voorzien in een mogelijkheid om de door een particulier geleden schade te verhalen op de Staat. Mede daarom komt ook de derde Europeesrechtelijke deelvraag in dit hoofdstuk aan bod: welke eisen stelt het Europees recht aan de inrichting van ons nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht. Voor wat het EU-recht betreft, blijkt in Hoofdstuk 3 eveneens dat naast Staatsaansprakelijkheid en de verplichting om nationaalrechtelijk een mogelijkheid tot het vorderen van schade open te stellen voor particulieren, een lidstaat nog op een derde manier met financiële consequenties kan worden geconfronteerd vanwege niet-naleving van EU-recht: te weten vanwege de financiële risico's die ontstaan in het kader van de subsidiestromen of financiële stromen die tussen de EU en een lidstaat lopen.

Hoofdstuk 4 is een intermezzo tussen Deel I en Deel II van dit onderzoek. In Hoofdstuk 4 is onderzocht welke factoren relevant zijn voor de vraag of de Staat zich succesvol op een medeoverheid kan verhalen. Het hoofdstuk vormt een brug tussen Deel I en Deel II van het onderzoek. In Deel I zijn vanuit EVRM en EU-rechtelijk perspectief de entiteiten en personen geïdentificeerd op wie de Staat zich zou kunnen verhalen. Hoofdstuk 4 plaatst deze aldus geïdentificeerde entiteiten en personen in de nationaalrechtelijke context. De verhouding van de Staat tot deze entiteiten en personen kan op verschillende manieren worden bekeken. Zo zijn te onderscheiden: de privaatrechtelijke verhouding, de financiële verhouding en de meer constitutionele verhouding in de vorm van de uitoefening van toezichtsbevoegdheden. Deze drie verschillende verhoudingen worden in dit Hoofdstuk besproken. Dit is noodzakelijk voor de Hoofdstukken 5 en 6 waarin wordt onderzocht op welke manieren de Staat zich naar huidig en toekomstig recht kan verhalen op deze verdragsschenders. Genoemde verhoudingen zijn mijns inziens medebepalende factoren voor de vraag of deze verhaalsmogelijkheden succesvol zullen zijn.

In de eerste plaats kan verhaal in civielrechtelijke zin alleen plaatsvinden tussen rechtspersonen c.q. natuurlijke personen. Onderzocht is in dat kader welke overheden of aan overheden gelieerde entiteiten publiek- of privaatrechtelijke rechtspersonen zijn. Deze entiteiten of personen beschikken dan over eigen rechtspersoonlijkheid ten opzichte van de Staat. Andere behoren tot de rechtspersoon 'de Staat' zelf. De eerste indruk is dan dat laatstgenoemde groep niet relevant is voor dit onderzoek, omdat er geen sprake kan zijn van verhaal binnen één en dezelfde rechtspersoon. Maar dit blijkt in de praktijk anders te liggen. Zo verzoekt het ministerie van Buitenlandse Zaken (BuZa) een andere minister om vergoeding van de in het kader van het EVRM aan een derde betaalde schadevergoeding wanneer de (vermeende) schending onder verantwoordelijkheid valt van die minister. Een ander

voorbeeld: de Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid (SZW) legt een boete op grond van de Wet Arbeid Vreemdelingen (WAV) op aan het ministerie van Verkeer en Waterstaat (V&W) (Rijkswaterstaat Bouwdienst, directie Verkeersinfrastructuur). Zowel de Staat als het ministerie vecht de boete van de Minister van SZW tevergeefs aan.<sup>14</sup> Voor dit onderzoek is het dus van belang om zowel de rechtspersonen als de tot de Staat behorende entiteiten die geen rechtspersoon zijn, in kaart te brengen. De tweede factor die belangrijk is bij de vraag naar verhaal is de financiële verhouding die bestaat tussen de rechtspersoon de Staat en de overheden c.q. de aan de overheid gelieerde entiteiten waarop men zich wil verhalen. Een derde (en laatste) factor die gewicht in de schaal kan leggen bij de vraag naar verhaal is welke toezichtsbevoegdheden de Staat had of heeft aangewend ten opzichte van de desbetreffende personen of entiteiten in het kader van het ontstaan of het voortduren van de schending. Verwacht kan immers worden dat het al dan niet aanwenden van toezichtinstrumenten van invloed zal zijn op de slagingskans van een verhaalsactie.

Op deze manier ontstaat een goed beeld van de diversiteit aan overheden en aan de overheid gelieerde entiteiten die in geval van schendingen van EU-recht of EVRM op grond van deze verdragen aansprakelijkheid met zich mee kunnen brengen voor de Nederlandse Staat.

Het tweede deel van dit onderzoek bestaat uit Hoofdstukken 5 en 6. Centraal staan in deze beide Hoofdstukken de manieren die de Staat en een medeoverheid naar huidig en toekomstig recht hebben om zich op elkaar te verhalen.

In Hoofdstuk 5 is de zogenoemde 'nationale' dimensie van verhaal tussen overheden in kaart gebracht. Geïnterviewd is over welke bevoegdheden de in Hoofdstuk 4 beschreven medeoverheden naar Nederlands recht beschikken om schade te verhalen of onverschuldigd betaalde gelden terug te vorderen. Ook zijn de problemen die zich daarbij voordoen, in kaart gebracht. In Hoofdstuk 6 is dit gebeurd voor de situaties waarin de schade of de verrichte betaling is veroorzaakt door een schending van Europees recht. In beide Hoofdstukken is aandacht voor het huidige en het toekomstige recht, de jurisprudentie en de literatuur. Ook is in Hoofdstuk 6 ter illustratie een rechtsvergelijkende paragraaf toegevoegd waarin is onderzocht in hoeverre in de ons omringende landen tussen overheden een onderling verhaalsrecht bestaat ter ondervanging van de financiële risico's die de naleving van Europees recht met zich meebrengt.

Hoofdstuk 7 bevat tot slot een concluderende analyse (slotbeschouwing) waarin op basis van de uit dit onderzoek naar voren gekomen bevindingen de vraagstelling wordt beantwoord. Het bevat eveneens een overzicht van de belangrijkste conclusies en aanbevelingen.

Tot slot is een Engelstalige samenvatting opgenomen (*Summary*).

---

14 ABRvS 12 mei 2010, *JB* 2010, 213 en *JV* 2010, 310.

#### 1.4 AFBAKENING EN DEFINIËRING

In deze paragraaf zullen kort de belangrijkste begrippen die in dit onderzoek worden gebruikt, nader worden omschreven waarmee de onderzoekstermen verder worden afgebakend.

Ten eerste zal gesproken worden van het schenden van Europees recht dat aan 'de Nederlandse Staat' wordt toegerekend. In het kader van dit onderzoek vallen hier twee entiteiten onder. Ten eerste 'het Koninkrijk der Nederlanden'. Dit is de soevereine staat die lid is van de Raad van Europa en de Europese Unie. De landen van het Koninkrijk zijn geen soevereine staten. Het is het Koninkrijk dat op grond van artikel 3, eerste lid, onder b, van het Statuut de buitenlandse betrekkingen behartigt. Dat zijn dus Koninkrijksaangelegenheden. Elk der landen behartigt binnen deze marges de eigen belangen. Het Koninkrijk der Nederlanden beschikt echter niet over eigen rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht en evenmin over eigen vermogen.<sup>15</sup> Er is geen 'Koninkrijksschatkist'.<sup>16</sup> Om die reden wordt onder het begrip 'de Nederlandse Staat' in dit onderzoek in de regel 'het land Nederland' als onderdeel van het Koninkrijk verstaan. Korthedshalve wordt daarom van 'Nederland' gesproken. Het is dit land als gedecentraliseerde eenheidsstaat dat centraal staat voor zover het aansprakelijkheid van de Staat en onderling verhaal tussen overheden betreft.

Ten tweede wordt met het schenden van 'Europees' recht bedoeld het niet naleven van verplichtingen die op de Nederlandse Staat als verdragspartij en op de ambten van de Nederlandse Staat rusten uit hoofde van het EVRM respectievelijk het EU-verdrag. Wat het EVRM betreft: daaronder valt zowel het recht dat tot stand komt in het kader van de Raad van Europa als de jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Het EU-recht is het recht dat – in de door mij voorgestane betekenis – vóór inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon werd aangeduid als het Gemeenschapsrecht.<sup>17</sup> Daarmee wordt het recht (regelgeving en jurisprudentie van het Hof van Justitie (HvJEU) en het Gerecht (Gerecht)) bedoeld dat als supranationaal recht in onze rechtsorde geldt.<sup>18</sup> Onder een schending wordt dus verstaan het handelen of nalaten in strijd met het Europees recht. De vraag of sprake is van een schending wordt zowel voor het

15 Timmers, p. 32-33, Van Helsdingen en Van Panhuys.

16 Timmers, p. 33.

17 Artikel 1 lid 3 Verdrag van Lissabon (het Werkingsverdrag): 'De Unie is gegrond op dit Verdrag en op het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna "de Verdragen" te noemen). Deze twee Verdragen hebben dezelfde rechtskracht (= *juridische waarde*, opm. CdK). De Unie treedt in de plaats van de Europese Gemeenschap, waarvan zij de opvolgster is.' De EG 'als aparte en juridische en politieke entiteit komt te vervallen.' Ook de pijlerstructuur komt te vervallen. Alleen het GBVB behoudt een aparte status. De JBZ-pijler wordt in de Unie onder het Werkingsverdrag gebracht. Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 31 384 (R1850), nr. 3, p. 25.

18 Zie ook het kabinetsstandpunt Europese dimensie van toezicht: *Kamerstukken II 2003/04*, 21 109, nr. 138, p. 3.

EVRM als het EU-recht in beginsel door de nationale rechter vastgesteld. In hoogste instantie gebeurt dit voor het EVRM door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) en voor het EU-recht door het HvJEU.

Ten derde wordt in dit onderzoek gesproken van ‘Staatsaansprakelijkheid’. Daarvan is sprake wanneer de Nederlandse Staat op grond van internationaal respectievelijk Europees (EU en EVRM) recht aansprakelijk wordt geacht voor schendingen van internationaal of Europees recht. In geval van schendingen van het EVRM is het EHRM de instantie die de aansprakelijkheid van Nederland vaststelt. Voor het EU-recht is dat het HvJEU.

De algemene term ‘overheidsaansprakelijkheid’ moet onderscheiden worden van het zojuist omschreven begrip Staatsaansprakelijkheid. Overheidsaansprakelijkheid doet in dit onderzoek dienst als verzamelbegrip. Het betreft enerzijds de aansprakelijkheid van de overheid naar Nederlands recht voor onrechtmatige daden van die overheid die bestaan in het handelen of nalaten van op die overheid rustende Europeesrechtelijke verplichtingen. Anderzijds zal ‘aansprakelijkheid’ als begrip in dit onderzoek ruimer worden opgevat omdat het niet alleen aansprakelijkheid ten gevolge van onrechtmatige daden omvat maar eveneens de verplichting van een overheidsorgaan tot terugbetaling wanneer bijvoorbeeld subsidiegelden onregelmatig zijn gebruikt. Voor de betaling van de aldus verschuldigde som zal die overheid (indien de som niet wordt voldaan) aansprakelijk kunnen worden gehouden.

Verder is van belang te beschrijven wat onder het begrip ‘overheid’ in de zin van overheidsaansprakelijkheid dient te worden verstaan. Hiervoor is al geschetst dat internationaalrechtelijk gezien een veelheid aan actoren aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat teweeg kan brengen. Daarbij dient meteen te worden opgemerkt dat deze groep actoren ruimer is dan de groep bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 Awb. In Hoofdstuk 4 wordt een variëteit aan entiteiten besproken. Naar aanleiding daarvan zal ik spreken van ‘medeoverheden’ en ‘andere personen of entiteiten die wat betreft bepaalde verdragsverplichtingen aan overheden gelijk zijn gesteld’. Onder medeoverheden worden de overheden bedoeld die uit hoofde van Hoofdstuk 7 van de Grondwet deel uitmaken van de gedecentraliseerde eenheidsstaat. Met de ‘andere personen of entiteiten die wat betreft bepaalde verdragsverplichtingen aan overheden gelijk zijn gesteld’ worden bijvoorbeeld aanbestedingsplichtige vennootschappen bedoeld waarvan de Staat aandeelhouder is zoals de NS of academische ziekenhuizen, energiemaatschappijen etc. Dit betekent dat onder ‘overheid’ ten minste worden verstaan: de wetgevende, uitvoerende en de rechtsprekende macht en ook die onderdelen die zijn ontstaan uit deconcentratie en decentralisatie. Wanneer wordt gesproken van ‘medeoverheid’ zullen alleen de onderdelen die zijn ontstaan uit decentralisatie worden bedoeld.

In de Wet Naleving Europees recht publieke entiteiten (Wet NERpe) die op 13 juni 2012 in werking is getreden, wordt gesproken van ‘publieke entiteiten’. Dit begrip is ingegeven door het aanbestedingsrecht waarin het wetsvoorstel de organisaties aanduidt die aanbestedingsplichtig zijn. De

aanduiding 'publieke entiteit' is dus een neutraal begrip. Juist vanwege die neutraliteit heeft dit begrip niet mijn voorkeur als paraplu-begrip. Ik zal in het verloop van dit onderzoek bewust onderscheid maken tussen 'overheden' en een entiteit zoals bijvoorbeeld de NS die voor 100% eigendom is van de Nederlandse Staat, die aanbestedingsplichtig is maar die – vanwege het ontbreken van openbaar gezag – naar mijn oordeel toch moeilijk onder 'overheid' gebracht kan worden. Om die reden zal ik naast 'overheden' c.q. 'medeoverheden' waarmee bestuursorganen worden bedoeld die openbaar gezag uitoefenen, spreken van 'andere personen of entiteiten die wat betreft bepaalde verdragsverplichtingen aan overheden gelijk worden gesteld'. In die laatste categorie zullen dan bijvoorbeeld eveneens organisaties worden begrepen die niet met openbaar gezag zijn bekleed, maar die in meer of mindere mate door de overheid gefinancierd worden zoals bijvoorbeeld academische ziekenhuizen of universiteiten.

Ten slotte wordt stil gestaan bij het begrip 'onderling verhaal' tussen overheden. Dit moet voor mijn onderzoek worden onderscheiden van het beperktere begrip 'regres'. *Engelhard* heeft in haar onderzoek<sup>19</sup> voor het begrip 'regres' gekozen mede omdat de term 'verhaal' een neutrale betekenis zou hebben en wel de volgende: 'recht op betaling van een geldsom, ongeacht jegens wie en waarom.' Zo wordt de term 'verhaal' volgens haar ook gebruikt ter aanduiding van terugvorderingsacties (*Kamerstukken II 1987/88 20 598*, nr. 3, p. 1). Regres wordt in het BW gebruikt in het kader van artikel 6:10 BW (hoofdelijke aansprakelijkheid). Omdat dit onderzoek niet alleen gaat over het verhalen van voldane schadevergoeding maar uitdrukkelijk ook over het verhalen van bijvoorbeeld bedragen waarvoor men niet hoofdelijk aansprakelijk is of van bijvoorbeeld reeds uitgekeerde subsidiebedragen (terugvordering) is gekozen voor de neutrale en ruimere term onderling 'verhaal'.

## 1.5 VERANTWOORDING

Aan de basis van de beantwoording van de hiervoor geformuleerde centrale vraagstelling ligt een uitgebreid onderzoek van het positieve recht zoals dat blijkt uit regelgeving, jurisprudentie en literatuur. Op het gebied van onderlinge overheidsaansprakelijkheid zijn weinig tot geen fundamentele bronnen beschikbaar. Zo is er nauwelijks (gepubliceerde) jurisprudentie aanwezig. Aan de hand van wel gevonden regelgeving, jurisprudentie en literatuur is eerst een normatief juridisch kader geschetst. De genoemde bronnen zijn onderzocht op het vlak van het EU-recht, het EVRM, het (overheids) aansprakelijkheidsrecht, het staatsrecht, het bestuurlijk organisatierecht, het subsidierecht, het bestuurs(proces)recht en het burgerlijk (proces)recht.

---

19 Engelhard 2003, p. 5.

Gebruik is gemaakt van websites en databanken zoals, <www.curia.europa.eu> EURLEX, <www.echr.coe.int>, <www.overheid.nl>, <www.rechtspraak.nl>, parlando, <www.statengeneraaldigitaal.nl>, googlescholar, de (digitale) bibliotheken van Kluwer en SDU, de (digitale) bibliotheek van de Universiteit Leiden, van de Koninklijke Bibliotheek en van het Max Planck Instituut.

Om het gebrek aan schriftelijke bronnen te compenseren, werden een aantal diepteinterviews afgenomen. Daarmee heb ik ten eerste mijn bevindingen getoetst en tegen het licht gehouden. Een tweede reden voor de interviews was vergaring van kennis over praktijkgevallen. Dat laatste was van belang omdat op het gebied van de onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht weinig tot geen gepubliceerde jurisprudentie te vinden is. Gedurende mijn onderzoeksfase heb ik gesproken met de volgende instanties: ministerie van BuZa (procesvertegenwoordiging EHRM en EU), ministerie van BZK (CZW en directie politie), ministerie van SZW (Agentschap SZW, Managementautoriteit ESF), ministerie van Financiën (Auditautoriteit), de Raad voor de Rechtspraak, de Raad voor de financiële verhoudingen, de Raad voor het openbaar bestuur, het IPO, de VNG, de Unie van Waterschappen, de Provincie Groningen, Advocatenkantoor Nysingh (Groningen), Pels Rijcken, Allianz Schadeverzekering, VGA verzekeringen, Onderlinge verzekeringen overheid (OVO) en Centraal Beheer Achmea. Deze gesprekken werden door mij als zeer inspirerend ervaren. Uitdrukkelijk is ervoor gekozen de interviews niet te voeren aan de hand van vooraf vastgestelde vragenlijsten. Wel zijn de interviews verlopen langs de hoofd- en deelvragen die hiervoor zijn uiteengezet. In het notenapparaat is – indien van toepassing – uitdrukkelijk aangegeven wanneer dergelijk bronnenmateriaal is gebruikt. Waar dat is gebeurd, is van de betreffende respondent toestemming verkregen.

Tot slot is ter illustratie gekeken naar de situatie in het buitenland. Materiaal daarvoor is verzameld aan de hand van beschikbare wettelijke bepalingen en literatuur.

Dit onderzoek is afgesloten op 1 september 2012.

DEEL I





## 2 Staatsaansprakelijkheid

### 2.1 INLEIDING

In Hoofdstuk 1 is een aantal gevallen genoemd waarin een lidstaat op grond van het EU-recht respectievelijk het EVRM aansprakelijk is voor schendingen van EU- c.q. EVRM-bepalingen. Het gaat om schendingen die zijn begaan door staatsorganen zoals de formele wetgever of de rechter. Daarnaast gaat het om schendingen door entiteiten of personen die men wellicht niet zonder meer tot de Staat rekent. Doorslaggevend daarbij is of het onrechtmatig handelen aan de lidstaat kan worden *toegerekend*. In dit Hoofdstuk staat deze toerekening centraal.

Dat onrechtmatig handelen aan de lidstaat wordt toegerekend, is niet een bijzonder kenmerk van het EU-recht of het EVRM. Het is een logisch gevolg van het verdragsrechtelijk karakter van het EU-recht<sup>1</sup> en het EVRM. Ten eerste is het de lidstaat die partij is bij verdragen. Ten tweede wordt de Staat in het internationale recht als één geheel beschouwd: interne bevoegdheidsverdelingen zijn geen rechtvaardiging voor niet-nakoming van verdragsverplichtingen.<sup>2</sup> Dit vloeit voort uit artikel 27 van het Weens Verdragenverdrag (WVW):<sup>3</sup>

‘Een partij mag zich niet beroepen op de bepalingen van zijn nationale recht om het niet ten uitvoer leggen van een verdrag te rechtvaardigen.’

Hieronder vallen ook bepalingen van interne bevoegdheidsverdeling. De lidstaat is de entiteit die in geval van schendingen van verdragsbepalingen verdragsrechtelijk wordt aangesproken. Het leerstuk van Staatsaansprakelijkheid is internationaalrechtelijk uitgewerkt in de *VN-Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* (hierna: de *Articles*).<sup>4</sup> Dit is een rechtsgeleerde opinie. Het is gezaghebbend maar niet bindend. De *Articles*

---

1 De EU is uitgegroeid tot meer dan een zuiver verdragsrechtelijke organisatie maar dit brengt geen wijziging met zich mee in het uitgangspunt dat in beginsel de lidstaat als partij wordt aangesproken vanwege de schending van het verdragsrecht. Hieruit volgt dat de lidstaat als partij aansprakelijk is.

2 Zie o.a. Dupuy, p. 176 e.v.

3 Zie o.a. Crawford 2002, p. 86 e.v. Zie ook artikelen 3 en 32 van de *Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*.

4 *ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts with Commentaries*, 2001, UN Doc. A/56/10 (2001), p. 29-365. Zie ook: <[http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9\\_6\\_2001.pdf](http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf)>

zijn een subsidiair middel voor rechtsvaststelling en -vinding van internationaal recht.<sup>5</sup> De tekst bevat een zeer kundige en overzichtelijke uitwerking van het leerstuk van Staatsaansprakelijkheid.<sup>6</sup> In EU- of EVRM-verband is nooit een gelijkaardig document opgesteld. Wel komt dit leerstuk terug in de jurisprudentie van het HvJEU respectievelijk het EHRM. Uit deze jurisprudentie blijkt dat beide hoven aansluiting zoeken bij de toerekeningswijze zoals neergelegd in de *Articles*.

Om die reden besteed ik in dit Hoofdstuk eerst kort aandacht aan de *Articles* (paragraaf 2.2). In de daarop volgende paragrafen komen het EVRM (paragraaf 2.3) en het EU-recht (paragraaf 2.4) aan bod. Het Hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 2.5).

## 2.2 STAATSAANSPRAKELIJKHEID UIT HOOFDE VAN HET INTERNATIONALE RECHT<sup>7</sup>

De *International Law Commission (ILC)* is in 1947 ingesteld en heeft op grond van zijn Statuut<sup>8</sup> (artikel 1) tot taak *'the promotion of the progressive development of international law and its codification'*. Eén van de verdragen die door de *ILC* is voorbereid, is het Weens Verdragenverdrag uit 1969.

Aan de *Articles* is veertig jaar gewerkt. Over de vraag of de *Articles* zouden moeten resulteren in een VN-breed verdrag is enige tijd binnen de *ILC* gediscussieerd. Uiteindelijk is de Algemene Vergadering van de VN ex artikel 23 lid 1, onder b, van het *ILC*-Statuut slechts verzocht *'to take notice'* van de tekst en niet om de tekst op grond van sub c of d van dit artikel in een verdragstraject op te nemen.<sup>9</sup> De Algemene Vergadering heeft hier bij reso-

5 Caron p. 867-868. Zie voor een beschrijving van het gevaar dat dit met zich brengt: Caron, p. 869-872.

6 Uiteraard is er ook kritiek op deze beschouwing van de *ILC*. Zie o.a. Crawford et al.

7 o.a. Caron, Crawford 2002, Crawford et al. en Horbach et al. Zie over de aansprakelijkheid van natuurlijke personen (artikel 58 *Articles*) Crawford et al., p. 18 e.v., De Frouville en Tomuschat. Zie over de aansprakelijkheid van internationale organisaties (artikel 57 *Articles*): *Draft Articles on Responsibility of International Organisations* (aangenomen door de *ILC* op 2011 in hun 63<sup>e</sup> vergadering en de Algemene Vergadering verzocht om notitie te nemen van de *Articles*) Zie: <[http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9\\_11.htm](http://untreaty.un.org/ilc/summaries/9_11.htm)>. Artikel 5 van deze *Articles* bevat een verdeling van aansprakelijkheid tussen Staat en internationale organisatie. Kort gezegd, is doorslaggevend wie in welke mate *'effective control'* uitvoert over het handelen of nalaten van het betreffende orgaan of de betreffende vertegenwoordiger. In het vervolg van dit onderzoek blijven deze gevallen buiten beschouwing. Ten overvloede zij verwezen naar Gerechtshof Den Haag 5 juli 2011 (*LJN* BR0132 en BR0133 gepubliceerd in: *JA* 2011, 14 en *NJF* 2011, 290) waarin Nederland aansprakelijk is geacht voor de dood van een Bosnische Dutchbat-elektricien en een Bosnische Dutchbat-tolk. Zie hierover ook Crawford et al., p. 18 e.v.

8 Het Statuut van de *ILC* is aangenomen door de Algemene Vergadering van de VN in zijn resolutie 174 (II) van 21 november 1947, geamendeerd bij resoluties 485 (V) van 12 december 1950, 984 (X) van 3 december 1955, 985 (X) van 3 december 1955 en 36/39 van 18 november 1981. Zie o.m. Caron, p. 859.

9 Zie Crawford 2002, p. 58-60 en Caron.

lutie gehoor aan gegeven.<sup>10</sup> Volgens de *ILC* was opname in een verdrag voor de gezaghebbendheid van de tekst niet noodzakelijk.<sup>11</sup> Men had meer problemen met de nadelen van het verdragssluitingsproces, zoals de mogelijkheid tot amendering door verdragspartijen etc.<sup>12</sup>

De *Articles* bevatten de algemene regels over de vraag wanneer een Staat internationaalrechtelijk aansprakelijk is voor het niet naleven van internationaalrechtelijke verplichtingen. Uit artikel 1 van de *Articles* blijkt dat internationaalrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat het gevolg is van elke schending van die Staat van een internationaalrechtelijke verplichting.<sup>13</sup> Internationaalrechtelijke aansprakelijkheid heeft verschillende rechtsgevolgen. Eén daarvan is de plicht tot *reparation* (artikel 31 *Articles*). Herstelmaatregelen bestaan in verschillende vormen, zo blijkt uit artikel 34 van de *Articles*.<sup>14</sup> De verplichting tot financiële schadeloosstelling is er daar één van. Voor dit onderzoek dat onderling verhaal tussen overheden tot onderwerp heeft, is alleen dat rechtsgevolg relevant. Hierop wordt nog teruggekomen in Hoofdstuk 3.

Artikel 2 van de *Articles* omschrijft een internationale onrechtmatige daad als volgt:

*'There is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State.'*

Het gaat dus om een handelen of nalaten dat (a) naar internationaal recht aan de Staat kan worden *toegerekend* en dat (b) inbreuk maakt op een internationaalrechtelijke verplichting van die Staat.<sup>15</sup> Hierna zal alleen worden ingegaan op de voorwaarde onder (a) te weten: de toerekening naar internationaal recht. In dit Hoofdstuk wordt alleen onderzocht *wier* schendingen Staatsaansprakelijkheid tot gevolg kunnen hebben en niet *welke* schendingen voor rekening komen van de lidstaat. Uiteraard kan onder omstandigheden de specifieke geschonden norm (datgene dat in feite onder (b) valt) nader bepalen *wie* hem kan overtreden. In dat geval zal de materiële norm

10 VN Resolutie 56/83 van de Algemene Vergadering, 12 Dec. 2001, *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, UN Doc., A/RES/56/83. Zie voor een compleet overzicht ook: <[http://www.lcil.cam.ac.uk/projects/state\\_responsibility\\_document\\_collection.php](http://www.lcil.cam.ac.uk/projects/state_responsibility_document_collection.php)>.

11 De *Articles* worden bijvoorbeeld door de ICJ gebruikt. Zie voor een voorbeeld: par. 385-415, par. 420 en par. 431 van de uitspraak van de ICJ van 27 februari 2007 in de zaak Bosnië en Herzegovina t. Servië en Montenegro.

12 Crawford 2002, p. 58-60 en Caron, p. 861-866.

13 Zie over het terminologische verschil tussen '*responsibility*' en '*liability*' dat met de *Articles* is geïntroduceerd: Horbach, p. 45 e.v. Voor het vervolg van dit proefschrift gebruik ik de term '*state responsibility*' voor staatsaansprakelijkheid vanwege schending van bepalingen van internationaal (inclusief EVRM) en EU-recht. Zie over *State Liability*: o.a. Boyle.

14 Zie hierover: o.a. Van Emmerik 1997 en Crawford et al.

15 Er bestaat in het internationale recht geen onderscheid tussen contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid. Horbach et al., p. 314 en Crawford et al., p. 21.

relevant zijn voor de vraag *wier* schendingen aan de Staat kunnen worden toegerekend. Dan zal in de paragrafen 2.3 (EVRM) en 2.4 (EU) wel worden ingegaan op de materiële normschending. Voor het internationale recht is dit niet gebeurd. Ten eerste zou dit het bestek van dit onderzoek ver te buiten gaan en ten tweede zijn de *Articles* op dit punt nu juist de codificatie van internationaalrechtelijke casuïstiek.<sup>16</sup>

Voordat in paragrafen 2.2.2-2.2.4 de toerekeningsregels worden besproken, is een korte uiteenzetting over de achtergrond van het leerstuk van toerekening op zijn plaats.

### 2.2.1 Het leerstuk van toerekening volgens de *Articles*

In de Inleiding bij dit Hoofdstuk is gewezen op artikel 27 WWV.<sup>17</sup> De pendant hiervan in de *Articles* is artikel 32.<sup>18</sup> Op grond van dit artikel kan een beroep op internrechtelijke bepalingen van een Staat geen rechtvaardiging zijn om te worden ontslagen van de verplichting om de inbreuk op het internationale recht te doen stoppen c.q. om aan de wederpartij herstel te bieden.<sup>19</sup> Eenzelfde gedachte komt voor in de jurisprudentie van het EHRM en HvJEU, waarover in paragrafen 2.3 respectievelijk 2.4 van dit Hoofdstuk meer. Naast genoemd artikel 32 is artikel 3 van de *Articles* relevant.<sup>20</sup> Dat bepaalt dat voor de vraag of een handelen of nalaten van een Staat internationaalrechtelijk onrechtmatig is, alleen het internationale recht bepalend is.<sup>21</sup> Niet van belang is of het handelen ook onrechtmatig is naar nationaal (i.e. 'intern') recht. Evenmin kan waarde worden gehecht aan de stelling dat men nationaalrechtelijk gehouden was om te handelen in strijd met het internationale recht. Ook dit punt komt terug in de jurisprudentie van het EHRM (paragraaf 2.3) respectievelijk het HvJEU (paragraaf 2.4). Uit deze korte uiteenzetting volgt dat interne bevoegdheidsverdelingen het internationale recht niet zullen regarderen. De achtergrond daarvan is de volgende.

Het internationale recht gaat er in het algemeen van uit dat de Staat een entiteit is die alleen *via* haar vertegenwoordigers kan handelen. De *Commentaries* bij artikel 2 van de *Articles* beschrijven dit als volgt:<sup>22</sup>

---

16 Anders: de *Articles* zijn zogenoemde '*secondary*' rules. De '*primary*' rules bevatten de materiële verdragsverplichtingen. Zie Horbach et al., Crawford 2002 en Caron. Zie specifiek over *primary* en *secondary* rules: o.a. David.

17 Zie voor een korte schets van de historische ontwikkeling van dit principe: o.a. Dupuy, p. 177 e.v.

18 Crawford 2002, p. 207 e.v. Zie hierover ook Dupuy.

19 Met andere woorden: nationaal recht is geen excuus om secundaire verplichtingen niet na te komen. Zie Dupuy, p. 177.

20 Zie Dupuy, p. 177 en Crawford 2002, p. 87 e.v.

21 Oftewel nationaal recht is geen excuus om primaire verplichtingen niet na te komen. Zie Dupuy, p. 177 en Crawford 2002, p. 87 e.v.

22 Comm. bij Art. 2 (p. 35) en Crawford 2002, p. 82.

'(5) (...) An "act of the State" must involve some action or omission by a human being or group: "States can act only by and through their agents and representatives." (...) The question is which persons should be considered as acting on behalf of the State, i.e. what constitutes an "act of the State" for the purposes of State responsibility.'

De vraag is met andere woorden *wier* handelen of nalaten te gelden heeft als een handelen of nalaten van de Staat. De vraag dringt zich op welk recht die vraag beheerst: het internationale recht of het nationale recht van de betreffende Staat.

Zoals wel vaker het geval is,<sup>23</sup> bepaalt het internationale recht (uiteindelijk) zelf (autonoom) of een handelen namens een Staat is verricht. Dit blijkt ook uit de *Articles*.<sup>24</sup> Het systeem is aldus. In de eerste plaats is de nationale kwalificatie van belang: men wordt internationaalrechtelijk gezien, geacht namens de Staat te handelen wanneer men krachtens het nationale recht van de betreffende Staat daartoe is gerechtigd. Indien dat het geval is, sluit het internationale recht daar bij aan. Wanneer het nationale recht zich daarover niet uitspreekt, bepaalt het internationale recht zelf of iemand namens de Staat handelt. In de tweede plaats bevatten de *Articles* zelfstandige normen omtrent toerekening van schendingen van internationaal recht aan de Staat van handelen of nalaten door entiteiten of personen die niet tot de eerste categorie behoren. De ratio voor deze keuze is een bekende. Indien het internationale recht zich ter bepaling van deze toerekening volledig zou moeten verlaten op de nationaalrechtelijke constitutionele bevoegdheidsverdeling dan zou iedere Staat zijn mogelijke internationaalrechtelijke aansprakelijkheid via internrechtelijke bevoegdheidsverdelingen kunnen beperken of zelfs uitsluiten.<sup>25</sup> Dit zou de internationaalrechtelijke aansprakelijkheid tot een lege huls maken. Voor de toerekening naar internationaal recht aan de Staat wordt dan ook – indien nodig – geabstraheerd van het interne (constitutionele) recht. Zoals al aangegeven, zullen wij dit uitgangspunt ook tegenkomen bij het HvJEU en het EHRM.

Na deze korte toelichting op de achtergrond van het toerekeningsleerstuk wordt hierna ingegaan op de limitatieve opsomming in de *Articles*<sup>26</sup> van situaties waarin het handelen of nalaten van personen en entiteiten aan een Staat wordt toegerekend. Hierna worden niet al deze situaties besproken, maar wordt volstaan met de bespreking van die situaties die – gezien het onderwerp van dit onderzoek – van belang zijn: artikelen 4 en 5 (paragraaf 2.2.2), artikel 7 (paragraaf 2.2.3) en artikel 8 (paragraaf 2.2.4).<sup>27</sup> Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 2.2.5).

23 Bijvoorbeeld bij de bepaling van hetgeen valt onder '*criminal charge*' in de zin van artikel 6 EVRM.

24 Bijvoorbeeld bij artikel 4 *Articles* (met *de jure* en *de facto* staatsorganen)

25 Comm. bij Chapter II (p. 39 onder (7)).

26 Crawford 2002, p. 93.

27 Zo zal bijvoorbeeld niet worden ingegaan op organen die door een staat ter beschikking worden gesteld aan een andere staat. In dat geval is ofwel de ontvangende staat ofwel de 'zendstaat' aansprakelijk (artikel 6).

### 2.2.2 Toerekening aan Staatsorganen en entiteiten bekleed met (elementen van) openbaar gezag

#### (a) Staatsorganen (artikel 4 van de Articles)

Op grond van artikel 4 van de *Articles* wordt handelen en nalaten van zogenoemde Staatsorganen ('*State organs*') toegerekend aan de Staat. De *Articles* onderscheiden twee categorieën 'officiële' Staatsorganen. Beide worden hier besproken.

De meest duidelijke categorie (*self-evident*) bestaat uit organen die als Staatsorgaan zijn aangewezen krachtens het nationale recht van de desbetreffende Staat (artikel 4, tweede alinea).<sup>28</sup> Wanneer dit is gebeurd, is er ook internationaalrechtelijk sprake van een Staatsorgaan. Zodra een aldus aangewezen orgaan als zodanig optreedt en internationaalrechtelijke verplichtingen schendt, zal (indien vast komt te staan dat sprake is van een schending) Staatsaansprakelijkheid het gevolg zijn. Niet relevant is welke positie het Staatsorgaan heeft binnen de organisatiestructuur van de Staat: zowel organen van de centrale als van de regionale of lokale overheid vallen hieronder.<sup>29</sup> Evenmin is de vraag van belang of het orgaan is bekleed met wetgevende, uitvoerende of rechterlijke macht dan wel of het nationaalrechtelijk over eigen rechtspersoonlijkheid beschikt. Tot slot is ook niet relevant of naar nationaal recht de centrale organen de bevoegdheid hebben om het schendende orgaan – bijvoorbeeld in federale staten<sup>30</sup> – te dwingen de internationaalrechtelijke verplichtingen na te leven.<sup>31</sup>

De tweede categorie bestaat uit organen die niet krachtens het nationale recht als Staatsorgaan zijn aangewezen maar die toch als Staatsorgaan moeten worden beschouwd. Dergelijke organen vervullen bevoegdheden die karakteristiek zijn voor een Staatsorgaan en staan tot nationaalrechtelijke entiteiten in een verhouding die kenmerkend is voor een Staatsorgaan. In dat geval is het gegeven dat de entiteit internrechtelijk niet als Staatsorgaan is aangewezen niet maatgevend voor de toerekening.<sup>32</sup> De achtergrond hiervan is tweërlei. In de eerste plaats is hetgeen hiervoor al is opgemerkt relevant: het internationale recht wil niet dat Staten de mogelijkheid hebben om middels het nationale recht de eigen internationaalrechtelijke aansprakelijkheid te beperken of uit te sluiten. In de tweede plaats moet rekening worden gehouden met de verschillen in de onderscheiden rechtsstelsels. Niet elk

28 Men noemt deze organen ook wel *de jure*-organen (o.a. Milanović, p. 311 e.v.). Anderen (o.a. De Frouville, p. 265) bedoelen met *de jure* staatsorganen de individuen of entiteiten die vallen onder artikel 5 *Articles*.

29 Crawford 2002, p. 97.

30 De achtergrond hiervan is gelegen in de bevoegdheidsverdeling. Uitgangspunt is dat de deelstaten geen eigen internationaalrechtelijke rechtspersoonlijkheid hebben: de federatie bindt dus ook de deelstaten. Indien deelstaten wel in staat zijn zelfstandig internationaalrechtelijke verplichtingen aan te gaan, gaat deze algemene regel vanzelfsprekend niet op.

31 Comm. bij Art. 4 (pp. 40-42).

32 Comm. bij Art. 4 (p. 42). Zie ook o.a. Dupuy, p. 180-181.

rechtsstelsel wijst uitdrukkelijk of uitputtend de eigen organen aan. Voor deze gelijkstelling aan Staatsorganen door de *Articles* is ook de 'vorm' van de entiteit niet van belang. Het kan gaan om natuurlijke personen, commissies, departementen of rechtspersonen.<sup>33</sup> Tot slot zijn motieven of beweegredenen van de entiteit bij het handelen of nalaten in strijd met internationaal recht niet relevant. Voldoende voor toerekening aan de Staat is dat het handelen geschiedt in de schijnbaar officiële uitoefening van hun bevoegdheid.<sup>34</sup>

Daarmee zijn de twee soorten officiële Staatsorganen wier handelen op grond van artikel 4 van de *Articles* aan de Staat wordt toegerekend, besproken.<sup>35</sup>

Naast deze organen is de Staat ook aansprakelijk voor handelen en nalaten (in strijd met internationaal recht) van individuen of entiteiten indien er een relatie bestaat tussen dit individu en de Staat zelf. Dit kan een *de jure*-relatie zijn (artikel 5 *Articles*) maar ook een *de facto*-relatie (o.a. artikel 8 en 9 *Articles*).<sup>36</sup> Hierna wordt ingegaan op de artikel 5-entiteiten. De individuen of entiteiten die in een *de facto*-relatie staan, worden besproken in paragraaf 2.2.4.

(b) *Entiteiten bekleed met (elementen van) openbaar gezag (artikel 5 Articles)*

Artikel 5 van de *Articles* maakt toerekening aan de Staat mogelijk van handelen en nalaten van personen of entiteiten die krachtens het nationale recht met (elementen van) openbaar gezag (*public of governmental authority*) zijn bekleed. Dit zijn dus niet de officiële Staatsorganen in de zin van artikel 4 *Articles*.

Artikel 5 geeft met opzet geen definitie van het begrip 'openbaar gezag'. De inhoud van wat "openbaar" is, kan immers per Staat verschillen: afhankelijk van de karakteristieken van elke samenleving, haar geschiedenis en tradities e.d. De inhoud van de bevoegdheden is daarom niet het enige criterium om te bepalen of sprake is van openbaar gezag. Met name de wijze waarop het openbaar gezag is toegekend, is van belang. Uit het nationale *recht* dient uitdrukkelijk voort te vloeien dat met de toegekende bevoegdheid openbaar gezag wordt uitgeoefend.<sup>37</sup> In tegenstelling tot artikel 4,

33 Comm. bij Art. 4 (p. 42).

34 Comm. bij Art. 4 (p. 42: 13).

35 Soms lijkt hier anders over te worden gedacht. Zo construeerde het ICJ in zijn uitspraak van 27 februari 2007 in de zaak Bosnië en Herzegovina t. Servië en Montenegro (par. 390 e.v.) een *de facto*-orgaan binnen de marges van artikel 4 *Articles*. Een dergelijk orgaan zou 'completely dependent' zijn van het *de jure* Staatsorgaan en onderscheidt zich van de artikel 8-entiteit. Zie hierover o.a. Milanović. Zie voor kritiek hierop: o.a. De Frouville, p. 265. Het voert te ver om in dit onderzoek hierover een standpunt in te nemen. Ik heb er voor gekozen om de *Articles* en de *Commentaries* daarin te volgen. Daarin lijkt voor deze opvatting geen ruimte te bestaan.

36 De Frouville, p. 265.

37 Letterlijk staat er: '(7) (...). The internal law in question must specifically authorize the conduct as involving the exercise of public authority (...).' Comm. bij Art. 5 (p. 43).



betreft het bij artikel 5 *Articles* een beperkte groep entiteiten.<sup>38</sup> De toekenning door het nationale recht van openbaar gezag zal in beginsel leidend zijn. Om die reden spreekt men van een *de jure*-relatie tussen individu of entiteit en de Staat.

*Horbach et al.* noemen als voorbeelden: semi-overheidsinstanties die in plaats van Staatsorganen overheidstaken vervullen, voormalige staatsbedrijven<sup>39</sup> (geprivatiseerd maar met publieke of regulerende functies) en private entiteiten die krachtens het nationale recht bevoegd zijn om bepaalde publieke taken te vervullen.<sup>40</sup> In de *Commentaries*<sup>41</sup> wordt het voorbeeld gegeven van de treinmaatschappij die ten behoeve van haar vervoersfunctie eigen politietaken heeft toegekend gekregen. Ook worden particuliere beveiligingsdiensten genoemd die de bevoegdheid hebben om als gevangenispersoneel op grond van een rechterlijke uitspraak of gevangenisreglementen personen op te sluiten of een disciplinaire straf ten uitvoer te leggen.

Niet *al* het handelen of nalaten van deze entiteiten zal toegerekend kunnen worden. Zo zal in het voorbeeld van zojuist alleen het *overheidshandelen* (de politietaken) van de treinmaatschappij aan de Staat worden toegerekend en niet het andere handelen zoals bijvoorbeeld het verkopen van treinkaartjes.<sup>42</sup> In het kader van artikel 5 van de *Articles* is om die reden ook geen aansluiting gezocht bij de term 'orgaan' maar bij het neutralere begrip 'entiteit'.<sup>43</sup>

Tot zover de beschrijving van de entiteiten of individuen wier handelen vanwege het bestaan van een *de jure*-relatie met de Staat aan de laatste worden toegerekend.

In de volgende paragraaf wordt artikel 7 van de *Articles* besproken. Op grond van dit artikel is de Staat ook aansprakelijk voor handelen van artikel 4- en 5-entiteiten wanneer deze hun bevoegdheid overschrijden dan wel in strijd handelen met geldende instructies.

### 2.2.3 Artikel 7: uitbreiding van de toerekening van artikel 4- en 5-organen

Een uitbreiding van de toerekening is opgenomen in artikel 7 *Articles*. Dit artikel bepaalt dat handelen of nalaten van een Staatsorgaan (artikel 4) of een entiteit die is bekleed met (elementen van) openbaar gezag (artikel 5) ook aan de Staat wordt toegerekend wanneer men tijdens de uitoefening van zijn bevoegdheden, deze overschrijdt (*ultra vires*) dan wel wanneer men

38 Aangetekend zij dat hier in de literatuur wat losser mee lijkt te worden omgesprongen: o.a. Horbach et al., p. 317 en Dupuy, p. 181-182.

39 Handelen of nalaten van staatsbedrijven valt niet zonder meer toe te rekenen aan de Staat. Dit is wel het geval als de '*corporate veil*' alleen dient ter ontduiking van bepaalde internationale verplichtingen of als het staatsbedrijf voldoet aan de vereisten van artikel 5 *Articles*. Zie Comm. bij Art. 8, p. 48 onder (6).

40 Horbach et al., p. 317. Zie ook Comm. bij Art. 5 (p. 42).

41 Comm. bij Art. 5, p. 43.

42 Horbach et al., p. 317 en Comm. bij Art. 5 (p. 43).

43 Comm. bij Art. 5 (p. 42-43).

handelt in strijd met de voor hem geldende instructies. Aan artikel 7 *Articles* ligt ook ten grondslag dat moet worden voorkomen dat de Staat zijn uiteindelijke aansprakelijkheid door eigen toedoen op oneigenlijke wijze ontloopt.<sup>44</sup> De betreffende handeling dient te zijn verricht in het kader van de publieke bevoegdheid: het moet daar dus niet zo ver van verwijderd zijn dat het in feite privé-handelen of nalaten betreft.<sup>45</sup> De vraag of sprake is van een privé-handeling (waarbij geen toerekening plaatsvindt) dan wel van handelen waardoor het orgaan of de entiteit zijn/haar bevoegdheden te buiten gaat, is soms niet helemaal helder te beantwoorden. Doorslaggevend zal zijn de (schijn)aanwezigheid van een publieke bevoegdheid.<sup>46</sup>

In dit verband is het van belang om op te merken dat een Staat uiteraard ook aansprakelijk kan zijn indien de artikel 4- of 5-entiteiten nalaten alle redelijkerwijs te verwachten maatregelen te nemen om bepaald handelen of nalaten van individuen of entiteiten dat in strijd komt met het internationale recht te voorkomen c.q. te bestrijden.<sup>47</sup> In dat geval wordt niet het handelen of nalaten van de individuen of entiteiten aan de Staat toegerekend maar alleen het *nalaten* van de Staatsorganen respectievelijk de entiteiten die zijn verplicht om schendingen te voorkomen. Overigens is dit geen 'uitbreiding' van de aansprakelijkheid van de Staat voor artikel 4- en 5-entiteiten. In dit geval zijn de normale toerekeningsregels van handelen of nalaten van dergelijke entiteiten aan de Staat van toepassing, te weten: artikel 4 respectievelijk artikel 5 *Articles*.

Een laatste categorie entiteiten wier handelen aan de Staat wordt toegerekend, zijn de entiteiten of individuen die in een (bijzondere) *de facto*-relatie staan tot de Staat.

#### 2.2.4 Artikel 8: toerekening bij de *facto*-relatie tussen individu en Staat

Artikel 8 van de *Articles* maakt toerekening van handelen en nalaten van individuen en entiteiten aan de Staat mogelijk. Niet zoals artikel 5 *Articles* vanwege het bestaan van een *de jure*-relatie tussen individu en Staat maar vanwege een *de facto*-relatie tussen beide. Hierover het volgende.

Uitgangspunt is dat handelen of nalaten van individuen in de regel nimmer krachtens het internationale recht aan de Staat wordt toegerekend. Slechts in twee gevallen is dit anders.<sup>48</sup> Ten eerste wanneer men krachtens nationaal recht bekleed is met (elementen van) openbaar gezag (artikel 5 *Articles*). Deze categorie is al besproken in paragraaf 2.2.2. Ten tweede wan-

---

44 Comm. bij Art. 7 (p. 45). Met andere woorden: door te stellen dat het orgaan zijn boekje te buiten is gegaan of heeft gehandeld in strijd met de voor hem geldende instructies.

45 Comm. bij Art. 7 onder (7 en 8) (p. 46).

46 Comm. bij Art. 7 (p. 46): genoemd wordt het voorbeeld van de ambtenaar die zich om laat kopen om een bepaalde handeling te verrichten.

47 Tellini, League of Nations, *Official Journal* (4), 1923-11, p. 1349, Horbach et al., p. 319 en Comm. bij Chapter II, p. 39.

48 Art. 8 *Articles* en Horbach et al., p. 320.

neer particulieren feitelijk instructies ontvangen van een Staatsorgaan of onder toezicht of onder controle staan van een Staatsorgaan. Dit zijn de feitelijke omstandigheden die artikel 8 *Articles* noemt. Van feitelijke instructies kan sprake zijn wanneer een Staat individuen of groepen recruter en aanzetten tot deelname aan bijvoorbeeld een operatie. Deze personen maken in dat geval geen deel uit van de officiële strijdkrachten. In die omstandigheden kan een handeling van een particulier dus wel Staatsaansprakelijkheid met zich mee brengen.<sup>49</sup> Bij toezicht of controle gaat het niet om incidenteel handelen maar om handelen dat structureel c.q. integraal onder toezicht of onder controle staat van de Staat. Of hiervan sprake is, zal telkens afhangen van de concrete omstandigheden.

### 2.2.5 Conclusie paragraaf 2.2

Tot zover de bespreking van het algemene leerstuk van Staatsaansprakelijkheid voor zover het de toerekening naar internationaal recht betreft van handelen of nalaten van organen, personen of entiteiten aan de Staat.

Concluderend kan worden opgemerkt dat handelen en nalaten van officiële Staatsorganen (artikel 4) zonder meer wordt toegerekend aan de Staat. Hetzelfde geldt voor entiteiten of individuen die in een *de jure*-relatie tot de Staat staan (artikel 5) voor zover zij hun openbaar gezag-taak uitoefenen. Handelen of nalaten van deze beide entiteiten wordt ook toegerekend als zij *ultra vires* handelen of in strijd met voor hen geldende instructies (artikel 7). Handelen of nalaten van andere individuen of entiteiten wordt alleen toegerekend indien tussen de Staat en deze personen *de facto* een duidelijk relatie bestaat. Een voorbeeld van een dergelijk geval biedt artikel 8. Het moet dan gaan om feitelijke instructies aan, toezicht of strikte controle van een Staatsorgaan of artikel 5-entiteit op het individu, de groep of de entiteit.

Tot slot blijkt uit deze paragraaf dat bij de vraag naar toerekening in eerste instantie aangesloten wordt bij het nationale recht. In tweede instantie echter bepaalt het internationale recht autonoom of er moet worden toegerekend. In die gevallen is de toerekening *functioneel*: de Staat kan zich niet verschuilen achter interne bevoegdheidsverdelingen teneinde toerekening en daarmee aansprakelijkheid te ontlopen. Dit uitgangspunt komt ook naar voren in de hierna te bespreken jurisprudentie van het EHRM en het HvJEU. Vanwege de bijzondere positie van het EU-recht ten opzichte van het overige internationale recht zal voor de bespreking van het leerstuk van toerekening eerst worden ingegaan op de jurisprudentie van het EHRM (paragraaf 2.3) en pas daarna op die van het HvJEU (paragraaf 2.4).

---

49 Comm. bij Art. 8 (p. 47).

2.3 STAATSAANSPRAKELIJKHEID UIT HOOFDE VAN HET EVRM<sup>50</sup>

Zoals in de Inleiding bij dit Hoofdstuk al is uiteengezet, bestaat er onder het EVRM geen deskundigenopinie vergelijkbaar met de *ILC Articles* over het leerstuk van toerekening.<sup>51</sup> Wel kan op basis van de jurisprudentie van het EHRM inzake artikel 1 EVRM en specifieke EVRM-bepalingen<sup>52</sup> worden afgeleid wier schendingen krachtens het EVRM aan de Staat als verdragspartij bij het EVRM worden toegerekend. Hier past meteen een kanttekening. Voor het EHRM is in de regel niet relevant welke van de onderscheiden organen de schending daadwerkelijk heeft veroorzaakt.<sup>53</sup> Voldoende is dat het de Staat is die de naleving van het EVRM op zijn grondgebied moet verzekeren. Dit heeft tot gevolg dat een uitspraak vaak geen duidelijkheid verschaft over welk onderdeel van de Staat het EVRM heeft geschonden. Zelfs wanneer het EHRM *ratione personae*-kwesties<sup>54</sup> beantwoordt, is het daarin niet altijd helder of consequent. Dit zal ook blijken uit de door mij aangehaalde jurisprudentie.

Deze paragraaf heeft de volgende opbouw. In de inleiding (paragraaf 2.3.1) worden de uitgangspunten voor toerekening die aan de jurisprudentie van het EHRM ten grondslag liggen kort toegelicht. Daarna (paragraaf 2.3.2) wordt de jurisprudentie van het EHRM besproken. Afgesloten wordt met een conclusie (2.3.3).

---

50 Zie o.a. Alkema, Engelhard 2009, Gerards 2011, Leach, Shelton, Van Emmerik 2010, Van de Lanotte & Haecq (I en II) en Wouters & De Smet.

51 Zie voor de vraag of een Staat vanwege schending van het EVRM tevens internationaal-rechtelijk aansprakelijk gehouden kan worden: Simma, p. 129 e.v.

52 Gewezen kan worden op artikel 8 lid 1 EVRM en artikel 10 lid 1 EVRM waarin is bepaald dat het recht op gezinsleven en het recht op vrijheid van meningsuiting moeten kunnen worden uitgeoefend 'zonder inmenging van enig openbaar gezag' (*public authority*). Bij artikel 6 EVRM dient het EHRM te beoordelen of sprake is van een beslissing van een *administratief orgaan* nu tegen dergelijke beslissingen op grond van artikel 6 EVRM beroep open staat op een onpartijdige en onafhankelijke rechter. Ook is er bijvoorbeeld jurisprudentie over het begrip *administratieve praktijk* in het licht van artikel 3 EVRM.

53 In de vroege(re) jurisprudentie van het EHRM werd dit ook expliciet overwogen: bijvoorbeeld: EHRM 13 juli 1983, Zimmermann en Steiner t. Zwitserland, *Series A*, vol. 66, par. 32: 'There has therefore been a violation of Article 6 § 1 (art. 6-1). The Court does not have to specify to which national authority this violation is attributable: the sole issue is the international responsibility of the State.' en EHRM 8 juli 1986 (GK), Lingens t. Oostenrijk, *Series A* no. 103, par. 46: 'In this context the Court points out that it does not have to specify which national authority is responsible for any breach of the Convention; the sole issue is the State's international responsibility.' Zie ook Dupuy, p. 179.

54 Of de klacht ontvankelijk is in de zin van artikel 34 EVRM. Een klacht kan niet-ontvankelijk zijn wanneer de Staat niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de schending in kwestie dan wel dat de klager niet voldoet aan de vereisten bijvoorbeeld vanwege het feit dat de klager een 'governmental organization' is. Het EHRM toetst ambtshalve of een klacht ontvankelijk is.

### 2.3.1 Inleiding

Artikel 1 EVRM<sup>55</sup> legt aan *verdragsstaten* de verplichting op de rechten en vrijheden die zijn neergelegd in het EVRM en de aanvullende Protocollen te verzekeren. Dit moet de verdragsstaat doen ten aanzien van een ieder die ressorteert onder zijn rechtsmacht. Het artikel legt daarmee geen rechten vast voor burgers: zodra het EHRM constateert dat sprake is van een schending van het EVRM is ook artikel 1 EVRM geschonden. Het artikel heeft in zoverre geen autonome werking.<sup>56</sup> Dit betekent dat de reikwijdte van artikel 1 EVRM wordt ingevuld door de concrete EVRM-schending.

De verzekeringsplicht uit artikel 1 EVRM bevat twee verplichtingen die op de Staat als Hoge Verdragsluitende Partij rusten.<sup>57</sup> Enerzijds de (negatieve) verplichting voor de Staat en zijn organen om de rechten en vrijheden uit hoofde van het EVRM te respecteren en anderzijds de (positieve) verplichting om te verzekeren dat diezelfde rechten en vrijheden op zijn grondgebied worden geëerbiedigd (bijvoorbeeld ook tussen burgers onderling (horizontale verhoudingen)). In geval van schending van één van deze verplichtingen (nader ingevuld door de concrete verdragsschending<sup>58</sup>) is de verdragsstaat jegens de klager aansprakelijk.

55 Zie Vande Lanotte & Haeck (II), p. 8-29.

56 EHRM 18 januari 1978, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, *Series A* no. 25, p. 90, par. 238: '(...) Article 1 (art. 1) is drafted by reference to the provisions contained in Section 1 and thus comes into operation only when taken in conjunction with them; a violation of Article 1 (art. 1) follows automatically from, but adds nothing to, a breach of those provisions; hitherto, when the Court has found such a breach, it has never held that Article 1 (art. 1) has been violated (...)'. Zie ook bijvoorbeeld EHRM 22 maart 2001, K.-H.W. t. Duitsland, *EHRC* 2001/31, m.nt. H.L. Jansen, par. 118: "118. Thus, in the present case, the applicant's complaint cannot be raised under Article 1 of the Convention, which is a framework provision that can not be breached on its own (see the Ireland v. the United Kingdom judgment of 18 January 1978, *Series A* no. 25, p. 90, par. 238)."

57 Het zijn primair de lidstaten die de rechten uit het Verdrag dienen te verzekeren. Het EHRM garandeert die rechten 'slechts' als secundaire instantie. Zie bijvoorbeeld: EHRM 8 juni 2006, Surmeli t. Duitsland, *EHRC* 2006/100, m.nt. A.M.L. Jansen, r.o. 97: 'Under Article 1 of the Convention, (...), the primary responsibility for implementing and enforcing the rights and freedoms guaranteed by the Convention is laid on the national authorities. The machinery of complaint to the Court is thus subsidiary to national systems safeguarding human rights. This subsidiary character is articulated in Article 13 and Article 35 par. 1 of the Convention (...)'. Idem in EHRM 29 maart 2006, Scordino t. Italië, *EHRC* 2006/61 m.nt. J. van der Velde (r.o. 140) en *AB* 2006, 294 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

58 Zo wordt de reikwijdte van de positieve verplichting per materieel EVRM-recht nader ingevuld. Zie hierover o.a. Vande Lanotte & Haeck (II), p. 16 en bijvoorbeeld Gerards 2011, p. 264-277.

De verdragsstaat wordt geacht 'rechtsmacht' ('jurisdictie') in de zin van artikel 1 EVRM te hebben over zijn grondgebied ('territoriale rechtsmacht').<sup>59</sup> Indien de Staat feitelijk geen gezag ('effective control') heeft over zijn grondgebied, ontslaat hem dit niet van de positieve verplichting om met alle mogelijke middelen (bijvoorbeeld diplomatieke) te trachten om te voldoen aan zijn verplichtingen.<sup>60</sup> Extra-territoriale rechtsmacht wordt in uitzonderlijke situaties ook aangenomen.<sup>61</sup> Doorslaggevend zal zijn of een verdragsstaat over het gebied dat niet zijn territorium is 'effective control' uitoefent c.q. daarover 'decisive influence' heeft.<sup>62</sup>

Alvorens nader in te gaan op de jurisprudentie van het EHRM waarin Staatsaansprakelijkheid is uitgewerkt, is het passend om hier twee kanttekeningen te plaatsen.

- 
- 59 Bij de uitleg van de term 'rechtsmacht' is aangesloten bij de betekenis die dit begrip in het licht van het Weens Verdragenverdrag heeft. Zie Vande Lanotte & Haeck (II), nr. 18. Zie uitgebreider over de interpretatie van het EVRM in het licht van het Weens Verdragenverdrag: Gerards 2011, p. 16-19.
- 60 Zie hierover uitgebreid o.m. EHRM 8 juli 2004, *Ilaşcu e.a. t. Moldavië en Rusland*, EHRC 2004/85 m.nt. M. Gondek waarbij het o.m. de vraag betrof in hoeverre Moldavië zijn positieve verplichting tot verzekering van de EVRM-rechten op het grondgebied van het afgescheiden Transdniestrië diende na te komen. Hierbij zocht het EHRM (par. 314-321) overigens uitdrukkelijk aansluiting bij hetgeen in de *ILC Articles* met betrekking tot staatsaansprakelijkheid is bepaald. Zie voor een ander voorbeeld de positieve verplichtingen van Georgië ten aanzien van zijn burgers in de Adzjariaanse autonome republiek: EHRM 8 april 2004, *Assanidze t. Georgië*, EHRC 2004/52, m.nt. J. van der Velde.
- 61 Vande Lanotte & Haeck (II), nr. 18. Zie bijvoorbeeld ook nr. 158 van de *Practical Guide on Admissibility criteria* die te raadplegen is via de website van het EHRM: <[http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B5358231-79EF-4767-975F-524E0DCF2FBA/0/ENG\\_Guide\\_pratique.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/B5358231-79EF-4767-975F-524E0DCF2FBA/0/ENG_Guide_pratique.pdf)>. Het EHRM overweegt dat de rechtsmacht van een verdragsstaat 'essentially territorial' is: onder andere: EHRM 12 december 2001, *Bankovic e.a. t. België en 17 andere verdragsstaten*, EHRC 2002/13 m.nt. J. van der Velde, par. 61 en 67 en laatstelijk nog bevestigd in: EHRM 23 februari 2012, *Hirsi t. Italië*, EHRC 2012/91, m.nt. A. Terlouw en H. Pankratz, par. 71. Voor het vervolg van dit onderzoek wordt de extra-territoriale werking (rechtsmacht van de Staat buiten zijn grondgebied) en de staatsaansprakelijkheid bij uitlevering en uitzetting buiten beschouwing gelaten.
- 62 Zie onder andere: EHRM 26 juni 1992, *Drozdz en Janousek t. Frankrijk*, *Series A* no. 240, par. 91, EHRM 23 maart 1995, *Loizidou t. Turkije (preliminary)*, *Series A* no. 310, par. 62, EHRM 12 december 2001, *Bankovic e.a. t. België en 17 andere verdragsstaten*, EHRC 2002/13 m.nt. J. van der Velde, par. 67, EHRM 29 maart 2010, *Medvedyev e.a. t. Frankrijk*, EHRC 2010/63 m.nt. J. van der Velde par. 64-69 en EHRM 23 februari 2012, *Hirsi t. Italië*, EHRC 2012/91, m.nt. A. Terlouw en H. Pankratz, par. 72. Concluderend kan worden opgemerkt dat 'control' dus *de jure* kan zijn (bijvoorbeeld in *Hirsi* op marineschepen die onder Italiaanse vlag voeren) en/of *de facto* (bijvoorbeeld in *Medvedyev* op schepen van een derde-staat met bemanning die onder gezag stond van Franse militairen).

Ten eerste moet worden aangetekend dat het onderscheid tussen othoudingsverplichtingen (negatieve verplichtingen) en positieve verplichtingen in de jurisprudentie van het EHRM niet (meer) heel strikt is. In bepaalde zaken overweegt het EHRM dat het voor de zaak geen verschil maakt of deze wordt onderzocht in het licht van de op de Staat rustende negatieve dan wel positieve verplichtingen. Het betreft dan in de kern alleen de vraag of een goede belangenafweging heeft plaats gevonden tussen het algemeen belang en het belang van de klager.<sup>63</sup> In andere zaken overweegt het EHRM dat in het licht van de *'mixture of action and inaction'* zowel de negatieve als positieve verplichtingen geschonden kunnen zijn en onderzoekt het de schending van beide verplichtingen.<sup>64</sup>

Deze houding heeft gevolgen voor de wijze waarop het EHRM Staatsaansprakelijkheid *construeert* en dit brengt mij op een tweede kanttekening. In de regel ontstaat geen toerekeningsprobleem bij schendingen van klassieke staatsorganen zoals de wetgever, de rechter of het bestuur. Evenmin is dit het geval met regionale of lokale overheden. Een schending van één van deze organen wordt zonder meer *toegerekend* aan de Staat. Er kan sprake zijn van een enkelvoudige schending (bijvoorbeeld: alleen de rechter handelt in strijd met het EVRM) of een meervoudige schending (bijvoorbeeld: de wetgever, het bestuur of de lokale overheid handelt in strijd met het EVRM en de rechter sanctioneert de inbreuk). In het laatste geval zijn er in feite twee schenders (accumulatie). Problematischer voor dit onderzoek zijn de situaties waarin het onduidelijk is of de schending kan worden toegerekend aan de verdragsstaat indien de schender niet zonder meer kan worden gekwalificeerd als staatsorgaan. Dat kan zich voordoen wanneer andere entiteiten of personen dan klassieke staatsorganen een EVRM-schending begaan. In dat geval kan staatsaansprakelijkheid op tweërlei wijze worden geconstrueerd. Ten eerste kan het EHRM redeneren dat de schending van deze persoon of entiteit zelf moet worden toegerekend aan de verdragsstaat. De schender wordt in dat geval een 'staatsorgaan' of gelijkgesteld met een 'staatsorgaan'. Er is dan sprake van verticale werking van het EVRM. De constructie is er een van toerekening. Ten tweede kan het EHRM de relatie tussen de entiteit c.q. persoon en de klager een horizontale laten (of zich daar niet over uitlaten) en aansprakelijkheid van de verdragsstaat construeren door te stellen dat de verdragsstaat tekort is geschoten in zijn *positieve* verplichting de EVRM-rechten in horizontale situaties te verzekeren. In de regel zal er in elk geschil een klassiek staatsorgaan zijn aan te wijzen dat heeft gefaald zoals de

---

63 EHRM 4 december 2007, Dickson t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2008/13, m.nt. E. Brems en *NJCM-Bulletin*, 2008, p. 393, m.nt. A.C. Hendriks en F.M.J. den Houdijker, par. 69-71. Voor een nadere analyse waarom het EHRM met deze uitspraak het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen heeft willen opheffen, zij verwezen naar de noot van A.C. Hendriks en F.M.J. den Houdijker bij deze uitspraak.

64 Een voorbeeld hiervan is EHRM 12 november 2008, Demir en Baykara t. Turkije, *EHRC* 2009/4 m.nt. F. Dorssemont en J.H. Gerards (par. 116).

wetgever, het bestuur of de rechter.<sup>65</sup> Het EHRM expliciteert in zijn jurisprudentie niet waarom het in een zaak Staatsaansprakelijkheid construeert via de weg van schending van positieve verplichtingen (de verzekeringsplicht ex artikel 1 EVRM) c.q. waarom het in een andere zaak kiest voor de lastiger route van kwalificatie van Staatsaansprakelijkheid via toerekening van het handelen of nalaten van de schendende entiteit of persoon aan de verdragsstaat. Het lijkt erop dat dit afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van de zaak, de vermeende schending,<sup>66</sup> de wijze waarop voor het EHRM wordt geprocedeerd, de verweren die worden gevoerd,<sup>67</sup> het risico dat een toerekeningsconstructie met zich mee brengt, de wens om rechtsbescherming te bieden of wellicht de mate waarin het EHRM tijd of middelen heeft om de lastiger route van toerekening<sup>68</sup> te bewandelen. Opgemerkt zij dat het EHRM ook buiten (semi-)horizontale geschillen Staatsaansprakelijkheid construeert via de verzekeringsplicht.<sup>69</sup>

De keuze van het EHRM voor één van beide wegen is niet zonder gevolgen. Ten eerste leidt de leer van de toerekening tot een ontvankelijkheidsvraag in de zin van artikel 34 EVRM. De klacht wordt immers ingesteld *tegen* de verdragsstaat. Een constructie van Staatsaansprakelijkheid via de verzekeringsplicht omzeilt in wezen de ontvankelijkheidsvraag. Artikel 1 EVRM komt dan aan bod bij de materiële beoordeling van de schending. Ten tweede divergeert de beoordeling van het EHRM op deze manier enigszins van die van de *Articles*. Zoals uit paragraaf 2 is gebleken, speelt de idee van *toerekening* van het handelen aan de Staat in de *Articles* een doorslaggevende rol bij de beantwoording van de vraag of het handelen of nalaten voor rekening van een verdragsstaat moet komen. Vanuit de idee dat Staten slechts kunnen handelen “*by and through their agents and representatives*” is de vraag bij de

---

65 De positieve verplichting van de verdragsstaat is echter niet onbegrensd. Zie hierover ook Gerards 2011, p. 273 e.v.

66 Zo wordt de reikwijdte van de verdragsverplichting specifiek omschreven in enkele EVRM-bepalingen. Zo is in artikel 8 lid 1 EVRM en artikel 10 lid 1 EVRM bepaald dat het recht op gezinsleven en het recht op vrijheid van meningsuiting moeten kunnen worden uitgeoefend ‘zonder inmenging van enig openbaar gezag’ (*public authority*). Bij artikel 6 EVRM dient het EHRM te beoordelen of sprake is van een beslissing van een *administratief orgaan* nu tegen dergelijke beslissingen op grond van artikel 6 EVRM beroep open staat op een onpartijdige en onafhankelijke rechter. Ook is er bijvoorbeeld jurisprudentie over het begrip ‘*administratieve praktijk*’ in het licht van artikel 3 EVRM.

67 Bijvoorbeeld EHRM 28 juni 2001, Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland, EHRC 2001/55, m.nt. L.F.M. Verhey waarin de klager uitdrukkelijk aanvoerde dat het de verdragsstaat niet is toegestaan bevoegdheden en taken te delegeren aan private entiteiten zodanig dat grondrechten onder druk komen te staan vanwege privatisering (par. 38). Volgens de regering oefende de Commercial Television Company daarentegen geen ‘public service’ uit (par. 41). Het EHRM gaat dit dispuut uit de weg door de aansprakelijkheid van de verdragsstaat te construeren via de verzekeringsplicht (par. 47).

68 Zie hierover ook Gerards 2011, p. 290.

69 Bijvoorbeeld in de zaak EHRM 26 september 2006, Campoloro t. Frankrijk, AB 2007, 83 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. In deze zaak betrof het een EVRM-schending van een medeoverheid. Zie hierover ook paragraaf 2.3.2.3.



*Articles* telkens relevant *wier* handelen beschouwd kan worden als het handelen van de verdragsstaat. Een verzekeringsplicht van de Staat om de nakoming van het internationale recht te verzekeren (met andere woorden: als positieve verplichting) is in internationale jurisprudentie wel erkend, maar is in de *Articles* niet zozeer leidend. Daarin komt de Staat zijn verzekeringsplicht slechts niet na indien handelen of nalaten van particuliere partijen leidt tot een schending van internationaal recht en de Staat dergelijke gevolgen had moeten zien te voorkomen. In het EVRM speelt de verzekeringsplicht van artikel 1 EVRM een veel grotere rol dan de idee dat de verdragsstaat niet anders kan handelen dan door zijn vertegenwoordigers.

Deze verzekeringsplicht is in de EHRM-jurisprudentie als volgt geformuleerd: de Staat is weliswaar vrij om bevoegdheden te delegeren aan publieke of private instanties maar dit ontslaat de Staat niet van zijn verzekeringsplicht ex artikel 1 EVRM om de rechten en vrijheden van burgers onder het EVRM te waarborgen (subsidiariteitsbeginsel). In deze redenering trekt de verdragsstaat altijd aan het kortste eind.<sup>70</sup> Het eenheidsbeginsel (als het onrechtmatig handelen toe te rekenen valt aan een vertegenwoordiger van de verdragsstaat dan is aansprakelijkheid zonder meer het gevolg indien het handelen een schending van het EVRM oplevert) zoals dat in het internationale recht de boventoon voert, lijkt minder voor te komen in de jurisprudentie van het EHRM.<sup>71</sup> Een voorbeeld waarin het EHRM hier wel bij aansluit, is de zaak *Wille t. Liechtenstein*:<sup>72</sup>

*'46. The Court reiterates in this connection that the responsibility of a State under the Convention may arise for acts of all its organs, agents and servants. As is the case in international law generally, their rank is immaterial since the acts by persons accomplished in an official capacity are imputed to the State in any case. In particular, the obligations of a Contracting Party under the Convention can be violated by any person exercising an official function vested in him (...).'*

70 De verzekeringsplicht is uiteraard niet onbegrensd: zie hierover bijvoorbeeld Gerards 2011, p. 273 e.v.

71 HUDOC geeft 29 hits (gezocht op *'all its organs, agents and servants'* in decisions en judgments). Er zijn drie soorten treffers: (1) het merendeel van de zaken (24) heeft betrekking op het onderscheid tussen criminal-law liability en State liability. Ter onderbouwing daarvan wordt de zinsnede gebruikt; (2) de decisions inzake *Cosans (7743/76)* en *Campbell (7511/76)* t. het Verenigd Koninkrijk waarin de Staat aansprakelijk is voor het handelen van hun *'school authorities'* inclusief het opleggen van lijfstraffen (het betrof hier Schotse staatsscholen). In de zaak ten gronde: EHRM 25 februari 1982, *Campbell en Cosans t. het Verenigd Koninkrijk (Series A no. 48)* komt dit niet meer terug; en (3) drie zaken ten aanzien van public officials: EHRM 28 oktober 1999, *Wille t. Liechtenstein, Reports 1999*, par. 46; EHRM 11 januari 2007, *Kuznetsov e.a. t. Rusland*, par. 61 (politie-optreden waarvoor geen autorisatie was verleend en in strijd met de geldende instructies was uitgevoerd) en EHRM 26 juli 2007, *Peev t. Bulgarije, EHRC 2007/120 m.nt. H.L. Jansen*, par. 41 (handelen van onder meer (hoofd)officieren van justitie).

72 Geciteerd uit EHRM 28 oktober 1999, *Wille t. Liechtenstein, Reports 1999*, par. 46. Dit citaat moet worden geplaatst in de stelling van de regering van Liechtenstein dat de brief waarmee de Prins van Liechtenstein aan de heer Wille aankondigde hem niet opnieuw voor een openbare functie te zullen benoemen, privé-brieven waren van de Prins of daden van de Prins als bevoegd orgaan. Het EHRM oordeelde dat het laatste het geval was.

De zinsnede dat de Staat aansprakelijk is voor handelen (of nalaten) van *'all its organs, agents and servants'* lijkt in ieder geval gebruikt te worden voor zogenoemde *'public officials'*.<sup>73</sup> Ten aanzien van andere potentiële schenders zoals de wetgever, de rechter of het bestuur neemt het EHRM over het algemeen zonder nadere onderbouwing Staatsaansprakelijkheid aan. Dit gebeurt ook in geval van handelen of nalaten van decentrale, regionale of lokale overheden. Hoewel aangenomen kan worden dat dit is vanwege het eenheidsbeginsel, lijkt bij decentrale overheden soms juist de verzekeringsplicht leidend.

Hierna wordt de jurisprudentie van het EHRM nader uiteengezet zodat meer inzicht wordt verkregen in de personen en entiteiten wier handelen of nalaten wordt toegerekend aan de Staat.

### 2.3.2 Staatsaansprakelijkheid in de jurisprudentie van het EHRM

#### 2.3.2.1 Inleiding

Onder het EVRM is handelen of nalaten van officiële Staatsorganen zonder meer toerekenbaar aan de verdragsstaat. Dat geldt voor organen zoals de wetgever, de rechter, het bestuur of andere organen zoals bijvoorbeeld Kiescommissies alsmede het handelen of nalaten van ambtenaren (paragraaf 2.3.2.2). In verband met het voorwerp van dit onderzoek wordt apart ingegaan op de toerekening aan de verdragsstaat van handelen of nalaten van regionale of lokale overheden (paragraaf 2.3.2.3). Tot slot wordt onder omstandigheden ook het handelen of nalaten van publieke of private entiteiten aan de verdragsstaat toegerekend (paragraaf 2.3.2.4).

#### 2.3.2.2 Officiële staatsorganen, ambtenaren en individuen

Zoals hiervoor al aangegeven, laat het EHRM zich doorgaans niet in algemene zin uit over de vraag welk staatsorgaan een schending van het EVRM heeft begaan. Vaak is de schending gepleegd door meerdere organen (meervoudige schendingen: wetgever én rechter, wetgever én bestuur, bestuur én rechter etc.) of is de schending niet door een ander staatsorgaan gecorrigeerd (bijvoorbeeld door de wetgever, het bestuur of de rechter in horizontale verhoudingen). Het 'toerekenen' van de schending aan één staatsorgaan is daarom soms kunstmatig (en veelal voor het EHRM niet interessant). In deze paragraaf wordt toch een poging gewaagd.

Ten eerste de schendingen van de wetgever. In de eerste plaats kan de wetgever zijn negatieve verplichting schenden vanwege het enkele bestaan van een straf- of verbodsbepaling. Voorbeelden hiervan zijn bepalingen die

---

73 Hoewel het EHRM in andere zaken waar *'public officials'* het EVRM schenden deze zinsnede weer niet gebruikt.

homoseksuele betrekkingen verbieden<sup>74</sup> of op grond waarvan abortus is verboden.<sup>75</sup> Andere voorbeelden<sup>76</sup> van een schending van de negatieve verplichting door de wetgever zijn ongeoorloofde wettelijke uitsluitingen van het passief kiesrecht (artikel 3 EP) zoals in de zaken *Tanase en Chirtoaca t. Moldavië*<sup>77</sup> (algemene uitsluiting van burgers met een dubbele nationaliteit) en in de zaak *Hirst t. Verenigd Koninkrijk*<sup>78</sup> (algemene ontzetting van gedetineerden uit het kiesrecht). De zaak *Adamsons t. Letland*<sup>79</sup> (algemene uitsluiting van KGB-agenten) is naar mijn mening een randgeval. De algemene uitsluiting wordt door het EHRM wel 'te vaag' bevonden, maar het EHRM lijkt de schending in deze zaak voornamelijk te baseren op de uitvoering en het gebrek aan voldoende onderbouwing (individuele beoordeling) dat de klager inderdaad tot een specifieke groep behoorde. Om die reden komt het

74 Vande Lanotte & Haeck (II), p. 712-716.

75 Vande Lanotte & Haeck (II), p. 714 waar gewezen wordt op EHRM 19 mei 1976, Brüggemann en Scheuten t. Duitsland, DR 5, p. 103-116. Laatstgenoemde zaak is volgens Vande Lanotte & Haeck een zeldzaamheid omdat klaagsters in die zaak zelf niet concreet werden getroffen door het verbod.

76 Denk ook aan zaken met betrekking tot de legal frameworks die verdragsstaten in het licht van artikel 2 EP ontwikkelen ten behoeve van hun verplichtingen in het kader van het recht op Onderwijs. Gewezen kan worden op zaken als EHRM 29 juni 2007, nr. 15472/02, Folgerø e.a. t. Noorwegen, Reports 2007-III en bijvoorbeeld EHRM 3 november 2009, Lautsi e.a. t. Italië, EHRC 2010/8 m.nt. H.M.T.D. ten Napel (Kamer) en Lautsi e.a. t. Italië, EHRM 18 maart 2011, EHRC 2011/86 m.nt. Ch. Samkalden en P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt (GK, geen schending).

77 EHRM 18 november 2008, Tanase en Chirtoaca t. Moldavië, EHRC 2009/5, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, par. 108-114. Het betreft hier wet nr. 273 volgens de welke het verplicht is om afstand te doen van andere nationaliteiten indien men zich tot gedeputeerde verkiesbaar wenst te stellen. Het EHRM overweegt: '114. (...) La Cour n'est pas convaincue que la loi no 273 puisse se justifier.'

78 EHRM 6 oktober 2005, Hirst t. Verenigd Koninkrijk, EHRC 2005/115 m.nt. J.L.W. Broeksteeg. Het betrof hier section 3 van de zogenoemde 1983 Act. Deze luidt als volgt: 'A convicted person during the time that he is detained in a penal institution in pursuance of his sentence (...) is legally incapable of voting at any parliamentary or local election.' Het EHRM overweegt als volgt: '68. This is, however, the first time that the Court has had occasion to consider a general and automatic disenfranchisement of convicted prisoners. (...). 69. In this case the Court would begin by underlining that prisoners in general continue to enjoy all the fundamental rights and freedoms guaranteed under the Convention save for the right to liberty (...). This standard of tolerance does not prevent a democratic society from taking steps to protect itself against activities intended to destroy the rights and freedoms set forth in the Convention. (...) 82. Therefore, while the Court reiterates that the margin of appreciation is wide, it is not all-embracing. (...) section 3 of the 1983 Act remains a blunt instrument. It strips off their Convention right to vote a significant category of persons and it does so in a way which is indiscriminate. The provision imposes a blanket restriction on all convicted prisoners in prison. It applies automatically to such prisoners, irrespective of the length of their sentence and irrespective of the nature or gravity of their offence and their individual circumstances. Such a general, automatic and indiscriminate restriction on a vitally important Convention right must be seen as falling outside any acceptable margin of appreciation, however wide that margin might be, and as being incompatible with Article 3 of Protocol No. 1.'

79 EHRM 24 juni 2008, Adamsons t. Letland, EHRC 2008/98, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, zie par. 123-132.

EHRM tot slot tot een schending van artikel 3 EP.<sup>80</sup> Naast dergelijke uitspraken geven ook de algemene maatregelen die een onderdeel zijn van de schikkingen die ten gevolge van een *pilot judgment* van het EHRM tussen de verdragsstaat en de klager worden getroffen, inzicht in het opheffen van systematische schendingen door de wetgever. Een voorbeeld hiervan is de schikking in de zaak *Hutten-Czapska t. Polen*.<sup>81</sup> Het samenstel aan regels die waren neergelegd in de Poolse huurwetgeving en de uitvoering daarvan maakte dat huiseigenaren aangetast waren in hun eigendomsrecht ex artikel 1 EP. In de schikking die vervolgens tussen de klager en de Poolse Staat werd getroffen, werd onder meer aangekondigd dat wijzigingen in de huurwetgeving waren opgesteld c.q. bij het parlement aanhangig zouden worden gemaakt.

Ook kan de wetgever tekortschieten in zijn negatieve verplichting in horizontale situaties.<sup>82</sup> Een voorbeeld daarvan is de zaak *Pye t. Verenigd Koninkrijk*.<sup>83</sup> Britse regels omtrent verkrijgende verjaring zorgden ervoor dat Pye 23 ha aan weilandgroep kwijt was geraakt aan de Grahams. Pye had de verkrijgende verjaring kunnen stuiten maar had dit niet gedaan. De vraag was of het Verenigd Koninkrijk in strijd had gehandeld met artikel 1 EP. Het EHRM overwoog als volgt:

*'57. The responsibility (...) is not direct responsibility for an executive or legislative act aimed at the applicant companies, but is rather responsibility for legislation which is activated as a result of the inter-actions of private individuals.'*

Duidelijk is dat het hier de schending van een negatieve verplichting in horizontale situaties betreft. Volgens Gerards is de verdragsstaat aansprakelijk 'zodra de overheid zelf aan het reguleren is geslagen'.<sup>84</sup> Daarbij is volgens Gerards niet relevant voor het EHRM of het geschil zich afspeelt in horizontale verhoudingen.<sup>85</sup>

80 Het betrof hier artikel 5 lid 5 van de Kieswet dat als volgt luidde: "*Ne peuvent se porter candidates aux élections ni être élues au Parlement les personnes (...) 5) qui sont ou ont été agents [štata darbinieki] des organes de sûreté publique, de renseignements ou de contre-espionnage de l'URSS, de la RSS de Lettonie ou d'un Etat étranger.*" Het EHRM overweegt vervolgens: "*125. S'agissant du paragraphe 5 du même article 5, appliqué en l'espèce, la Cour note qu'il vise les anciens "agents" du KGB. Eu égard à la diversité des fonctions de cet organe, la Cour considère que cette notion est, en tant que telle, trop large; interprétée littéralement, elle peut être comprise comme englobant toute personne ayant été au service du KGB (...). Puisque ce groupe est défini d'une manière trop générale, une restriction des droits électoraux de ses membres doit suivre une approche individualisée permettant de tenir compte de leur comportement réel (...).*"

81 EHRM 28 april 2008, *Hutten-Czapska t. Polen*, EHRC 2008/87 m.nt. J. van der Velde.

82 Gerards 2011, p. 277-278.

83 Genoemd door Gerards 2011, p. 278: EHRM 30 augustus 2007, *Pye t. Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2007/122 m.nt. J.M. Milo.

84 Gerards 2011, p. 278.

85 Gerards 2011, p. 278.

Een verdragsstaat kan in de tweede plaats tekortschieten in de nakoming van positieve verplichtingen die op de wetgever rusten in relatie tot de burger (verticale werking). Een voorbeeld daarvan is de zaak *L. t. Litouwen*.<sup>86</sup> In deze zaak achtte het EHRM Litouwen aansprakelijk voor een gebrek aan wetgeving. Het Litouwse Burgerlijk Wetboek erkende weliswaar het recht van burgers om een geslachtsverandering te ondergaan en in dat verband een wijziging te verkrijgen van zijn of haar burgerlijke status, maar de wetgever liet na de – op grond van het Burgerlijk Wetboek vereiste – regelgeving vast te stellen waarin de voorwaarden waaronder en de procedures volgens de welke de geslachtsverandering mocht plaatsvinden, waren neergelegd. Aldus was het wettelijk niet mogelijk om een geslachtsveranderende operatie te ondergaan en concludeerde het EHRM dat sprake was van een schending van artikel 8 EVRM.

Deze positieve verplichting van de wetgever geldt eveneens in horizontale situaties.<sup>87</sup> In dat geval heeft de wetgever de EVRM-rechten onvoldoende verzekerd in het licht van artikel 1 EVRM. Een voorbeeld hiervan is de zaak *Siliadin t. Frankrijk*.<sup>88</sup> Kenmerkend voor deze zaak is dat het EHRM overweegt dat bestaande regelgeving onvoldoende is c.q. dat meer specifieke regelgeving noodzakelijk is teneinde de verplichtingen van de verdragsstaat ter verzekering van de betreffende verdragsverplichting na te komen. In *Siliadin t. Frankrijk* stelde het EHRM vast dat uit hoofde van artikel 4 EVRM op Frankrijk de plicht rustte om in het Wetboek van Strafrecht een specifieke bepaling op te nemen die dienstbaarheid van personen strafbaar moest stellen. Klaagster was als minderjarige Togolese naar Frankrijk gekomen en was gedurende lange tijd door een Frans echtpaar gedwongen om zonder betaling e.d. huishoudelijk werk bij hen te verrichten. Uiteindelijk werd het echtpaar strafrechtelijk vervolgd. De strafrechtelijke bepalingen die werden ingeroepen, leidden er echter niet toe dat het echtpaar strafrechtelijk werd veroordeeld voor het *in dienstbaarheid houden* van klagster. Daarmee schoot Frankrijk tekort in de positieve verplichting om klagster effectieve bescherming te bieden tegen het echtpaar. Het verkrijgen van een strafrechtelijke veroordeling *vanwege* het in dienstbaarheid houden van een persoon werd door het EHRM omschreven als ‘effectieve bescherming’.<sup>89</sup>

86 EHRM 11 september 2007, *L. t. Litouwen*, EHRC 2007/131.

87 Klassiek is EHRM 13 augustus 1981, *Young, James en Webster t. het Verenigd Koninkrijk*, Series A, no. 55. De verdragsstaat werd verweten dat nationale wetgeving mogelijk maakte dat in particuliere verhoudingen artikel 11 EVRM werd geschonden. Het EHRM sloot aan bij de verzekeringsplicht ex artikel 1 EVRM.

88 EHRM 26 juli 2005, *Siliadin t. Frankrijk*, EHRC 2005/103, m.nt. J. van der Velde. Zie voor een vergelijkbare Nederlandse zaak: EHRM 26 maart 1985, *X en Y t. Nederland*, Series A, no. 91 waarin een minderjarige met beperkte verstandelijke vermogens was verkracht en de dader op grond van de toenmalige Nederlandse strafwetgeving niet strafrechtelijk kon worden vervolgd.

89 Klaagster had geen verzoek tot schadevergoeding ingediend dus werd Frankrijk uit dien hoofde niet veroordeeld. Wel veroordeelde het EHRM Frankrijk tot betaling van EUR 26.209,69 vanwege door klagster gemaakte kosten.

Tot slot de situatie waarin de wetgever een bepaald verbod uitvaardigt en het bestuur of de rechter dit verbod vervolgens toepast. De vraag in hoeverre de inbreuk afkomstig is van de wetgever wordt door het EHRM niet expliciet beantwoord. Ter illustratie wijs ik op de zaak *VgT t. Zwitserland*.<sup>90</sup> Een Zwitserse commerciële televisieomroep (Commercial Television Company) weigerde in deze zaak op grond van artikel 18 lid 5 Zwitserse Radio en Televisie Wet een commercial uit te zenden van klager (een stichting met de naam *Verein gegen Tierfabriken* (VgT)). Op grond van genoemde bepaling was het toegestaan om reclame-uitingen van politieke groeperingen niet uit te zenden. Volgens de televisieomroep was hiervan sprake. De aansprakelijkheid van de verdragsstaat construeert het EHRM in deze zaak als volgt:

*'47. Suffice it to state that in the instant case the Commercial Television Company and later the Federal Court in its decision (...) both relied on section 18 of the Swiss Federal Radio and Television Act, which prohibits 'political advertising'. Domestic law, as interpreted in the last resort by the Federal Court, therefore made lawful the treatment of which the applicant association complained (...). In effect, political speech by the applicant association was prohibited. In the circumstances of the case, the Court finds that the responsibility of the respondent State within the meaning of Article 1 of the Convention for any resultant breach of Article 10 may be engaged on this basis.'*

De bepaling uit de Zwitserse Radio en Televisie Wet (vastgesteld door de wetgever) en de uitleg daarvan door de Zwitserse rechter – waarin de afwijzing van de *Commercial Television Company* was geoorloofd – maakt dus dat de nakoming van de positieve verplichtingen van de Zwitserse Staat in het geding zijn. Het EHRM stelt in deze zaak vast dat het verbod een schending inhoudt van artikel 10 EVRM. Uit de uitspraak is met enige goede wil af te leiden dat de bepaling uit de Zwitserse Radio en Televisie Wet niet zonder meer in strijd is met het EVRM maar veeleer de toepassing ervan (interpretatie) op het specifieke geval door de rechter.<sup>91</sup> Om die reden zijn dergelijke schendingen naar mijn mening niet zonder meer aan de wetgever toe te rekenen.

Ten tweede leiden schendingen van de uitvoerende macht tot toerekening aan de Staat.<sup>92</sup> Ook hier betreft het schendingen van negatieve en positieve verplichtingen.

Een voorbeeld van een geval waarin de executieve tekortschiet in zijn negatieve verplichtingen is de zaak *Dickson t. Verenigd Koninkrijk*.<sup>93</sup> De Britse

90 EHRM 28 juni 2001, *VgT t. Zwitserland*, EHRC 2001/55, m.nt. L.F.M. Verhey.

91 Par. 61 (het verbod voldoet aan het vereiste van 'legitimate aim') en par. 76 (de inbreuk zoals toegepast, was niet 'necessary').

92 Bijvoorbeeld EHRM 5 oktober 2004, *Presidential Party of Mordovia t. Rusland*, EHRC 2004/101, m.nt. J.L.W. Broeksteeg (het niet willen registreren van een politieke partij door Minister van Justitie) (immateriële schadevergoeding EUR 3.000,-). Ook onteigeningszaken kunnen leiden tot aanzienlijke schadeclaims: zie o.m. EHRM 2 juli 2002, *Motais de Narbonne t. Frankrijk*, EHRC 2002/71, m.nt. J.G.C. Schokkenbroek.

93 EHRM 4 december 2007, EHRC 2008/13, m.nt. E. Brems en *NJCM-Bulletin* 2008, p. 393 m.nt. A.C. Hendriks en F.M.J. den Houdijker.

Minister van BZK weigerde een vrouw van 48 en een gedetineerde man van 34 toe te laten tot een behandeling tot kunstmatige inseminatie. Het EHRM concludeert dat artikel 8 EVRM is geschonden nu het beleid dat aan de beslissing van de minister ten grondslag ligt niet voldeed waardoor er geen zorgvuldige belangenafweging heeft plaats gevonden. Een voorbeeld van niet-nakoming van negatieve verplichtingen door het bestuur in zijn privaatrechtelijke hoedanigheid is de zaak *Fleri Soler en Camilleri t. Malta*.<sup>94</sup> Hier betreft het een schending van artikel 1 EP. Beide klagsters zijn eigenaar van een gebouw op Malta. Het gebouw was al gedurende meer dan 65 jaar door de Maltese regering gevorderd als kantoorruimte. Dit tegen een geheel niet marktconforme huur (+/- EUR 817,- per jaar). Het EHRM concludeert dat Malta o.m. vanwege de zeer lage huurprijs (het betrof hier een gebouw "*which was big enough to house public offices and an entire government department*" (par. 74)) geen *fair balance* heeft geslagen tussen de belangen van klagsters en het publieke belang dat bij het gebruik als kantoorruimte wordt nagestreefd.

Ook hier geldt dat de uitvoerende overheidsinstantie zijn positieve verplichtingen in horizontale verhoudingen kan schenden. Hierna worden ter illustratie drie voorbeelden besproken. Een eerste voorbeeld is de zaak *Z e.a. t. Verenigd Koninkrijk*.<sup>95</sup> Vier kinderen leven jarenlang in gruwelijke omstandigheden bij hun ouders en worden door de '*social services*' pas weggehaald als de moeder daarom verzoekt. Volgens het EHRM is de Britse overheid aansprakelijk voor o.m. schending van artikel 3 EVRM. Het overweegt dat artikel 3 EVRM ook de verplichting voor de Staat inhoudt om te verzekeren dat personen in horizontale situaties niet bloot worden gesteld aan mishandeling en onmenselijke behandeling. Ook dan verwacht het EHRM effectieve bescherming. In deze zaak wordt het onvoldoende toezicht houden c.q. het late ingrijpen door de *social services* (naar Nederlandse begrippen de kinderbescherming) – met andere woorden de positieve verplichting van de *social services* – toegerekend aan de Staat. Klassiek is een tweede zaak: de zaak *Osman*<sup>96</sup> waarin een voormalig leraar zowel de vader van een leerling (Ahmet Osman) neerschiet als de zoon van de vice-directeur. Ahmet Osman raakt zwaar gewond en de vice-directeur ook. Moeder en zoon Osman klagen over nalatigheid van de politie tijdens het opsporingsonderzoek. Omdat naar Engels recht de politie immuniteit voor dergelijke zaken geniet, kunnen beide klagers dit niet tot een zaak brengen. Moeder en zoon Osman richten zich vervolgens tot Straatsburg. Het EHRM (par. 115) oordeelt dat ex artikel 2 EVRM op de Staat de positieve verplichting rust om preventieve maatregelen te nemen om een individu wiens leven in gevaar is vanwege een ander individu te beschermen ("*preventive operational measures to protect an individual whose life is at risk from the criminal acts of another individual*"). Daarbij heeft

---

94 EHRM 26 september 2006, EHRC 2006/138, m.nt. C.A. Adriaansens.

95 EHRM 10 mei 2001, Z e.a. t. Verenigd Koninkrijk, EHRC 2001/46, m.nt. E. Brems.

96 EHRM 28 oktober 1998, NJ 2000, 134 m nt E.A. Alkema.

het EHRM ten aanzien van het bestuur wel oog voor de huidige complexe samenleving waarin men niet kan voorspellen hoe individuen handelen en de operationele keuzes in het kader van prioriteiten en budget die men moet maken. In *Osman* neemt het EHRM uiteindelijk geen schending van artikel 2 EVRM aan. Als derde voorbeeld kan de zaak *Tomašić e.a. t. Kroatië*<sup>97</sup> worden genoemd. Daarin neemt het EHRM een dergelijke schending wel aan. Een man dreigt zijn ex-vrouw en kind van het leven te beroven als zij niet bij hem terugkeren. De man wordt veroordeeld tot vijf maanden celstraf en gedwongen psychiatrische behandeling. Nadat de man vrijkomt, schiet hij alsnog zijn ex-vrouw en kind dood en pleegt daarna zelfmoord. Achteraf blijkt de kwaliteit van de psychiatrische hulp onder de maat te zijn en bovendien te kortstondig. Volgens het EHRM hebben de autoriteiten die wisten dat het om serieuze dreigementen ging, onvoldoende adequaat gehandeld. Het EHRM neemt een schending aan van de positieve verplichting van artikel 2 EVRM. Het niet-nakomen van die verplichting wordt de Staat toegerekend. Onder omstandigheden (bij specifieke handelingen van individuele politie- of gevangenisambtenaren) wordt het handelen of nalaten aan de Staat toegerekend vanwege het enkele feit dat de overtreder ambtenaar is. Later in deze paragraaf komt deze jurisprudentie aan bod.

Ten derde de schendingen van de rechter. Die komen veelvuldig voor in de jurisprudentie van het EHRM. Het betreft dan enerzijds schendingen van bijvoorbeeld het bestuur of de wetgever die door de rechter zijn gesanctioneerd. De rechter is dan co-schender (meervoudige schending). In zoverre kan men stellen dat elke schending die het EHRM uitspreekt uiteindelijk tevens een schending inhoudt die afkomstig is van de hoogste rechter. Ook in horizontale verhoudingen, waarover hierna meer. Anderzijds kunnen schendingen worden onderscheiden die volledig zijn toe te rekenen aan de rechter (zoals bepaalde schendingen van artikel 6 EVRM<sup>98</sup>) (enkelvoudige schendingen). Hierna worden deze schendingen kort toegelicht.

Een rechter kan ten eerste tekortschieten in zijn negatieve verplichting. Een klassiek voorbeeld is de zaak *Goodwin t. het Verenigd Koninkrijk*.<sup>99</sup> In deze zaak was een journalist (*Goodwin*) door de rechter gedwongen zijn bronnen te openbaren. Ook had de rechter hem een boete opgelegd. Het EHRM overweegt vervolgens als volgt:

*'28. It was undisputed that the measures constituted an interference with the applicant's right to freedom of expression (...). It must therefore examine whether the interference was justified under paragraph 2 of Article 10 (art. 10).*

97 EHRM 15 januari 2009, *NJ* 2009, 544 m.nt. P.J. Boon.

98 Bijvoorbeeld EHRM 19 november 2009, *Tonchev t. Bulgarije*, *EHRC* 2010/12 m.nt. R. van de Westelaken, EHRM 17 juli 2008, *Kaic e.a. t. Kroatië*, *EHRC* 2008/115, EHRM 2 april 2008, *Kemp e.a. t. Luxemburg*, *EHRC* 2008/78 m.nt. R. Fernhout en EHRM 15 februari 2008, *Arvanitaki-Roboti e.a. t. Griekenland*, *EHRC* 2008/56 m.nt. J. van der Velde.

99 EHRM 27 maart 1996, *William Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, *Series A* nr. 308 en *NJ* 1996, 577 m.nt. E.J. Dommering onder HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 578.



(...)

46. *In sum, there was not, in the Court's view, a reasonable relationship of proportionality between the legitimate aim pursued by the disclosure order and the means deployed to achieve that aim. The restriction (...) cannot therefore be regarded as having been necessary in a democratic society (...) Accordingly, the Court concludes that both the order (...) and the fine imposed upon him (...) gave rise to a violation of his right to freedom of expression under Article 10 (art. 10).*'

Wat het EHRM betreft, constitueren het door de rechter opgelegde verbod en de boete een schending van artikel 10 EVRM.

Een voorbeeld van een tekortschietende rechter met betrekking tot zijn positieve verplichtingen (in horizontale verhoudingen) is de zaak *Storck t. Duitsland*.<sup>100</sup> Het ging in deze zaak om een psychiatrische privé-kliniek waarin klaagster was opgenomen. Dit, zonder een rechterlijke machtiging daartoe en enkel op basis van een tussen de vader van klaagster en de privé-kliniek gesloten overeenkomst. Volgens het EHRM is Duitsland tekort geschoten in de nakoming van haar positieve verplichtingen ex artikel 5 lid 1 EVRM omdat o.m. de rechter in de schadevergoedingszaak die klaagster had aangespannen, heeft overwogen dat de termijn voor die actie was verlopen. Het EHRM meende dat het op de weg van de Duitse rechter ligt om in de gegeven omstandigheden rekening te houden met de jurisprudentie van het EHRM bij de toepassing van het nationale recht op grond waarvan deze termijn minder restrictief moet worden uitgelegd.<sup>101</sup>

Zoals al eerder is opgemerkt, kan de rechter op velerlei wijzen staats-aansprakelijkheid teweeg brengen in horizontale verhoudingen. Zo kan een rechter geroepen zijn om een privaatrechtelijk geschil te beslechten en in dat kader procedurele bepalingen in het licht artikel 6 lid 1 EVRM schenden<sup>102</sup> of in het kader van een smaadzaak een schending van artikel 8 of 10 EVRM constitueren.<sup>103</sup> Ook kan de rechter in een privaatrechtelijk geschil bij de uitleg van privaatrechtelijke documenten het EVRM onvoldoende in acht nemen. Bekende voorbeelden zijn de zaak *Pla en Puncernau t. Andorra*<sup>104</sup> en de zogenoemde *Schotelantennezaak*<sup>105</sup> (*Khurshid Mustafa en Tarzibachi t.*

100 EHRM 16 juni 2005, *Storck t. Duitsland*, EHRC 2005/82, m.nt. J. van der Velde. Zie voor een vergelijkbaar geval ook EHRM 17 maart 2009, *Houtman en Meeús t. België*, appl. no. 22945/07, i.h.b. par. 46.

101 Zie de noot bij deze uitspraak (J. van der Velde).

102 In dat geval is geen sprake van een horizontale verhouding, maar pleegt de rechter zijn schending in de verticale verhouding tot de benadeelde burger. Zie De Kruif in haar noot bij EHRM 21 oktober 2010, *Saliyev t. Rusland*, EHRC 2011/15 m.nt. C. de Kruif. Zie ook Gerards 2011, p. 281. Gerards wijst in dit verband op EHRM 27 oktober 1993, *Dombo Beheer Nederland B.V. Series A*, no. 274, NJ 1994, 534 m.nt. H.J. Simons & E.J. Dommering en *NJCM-Bull.* 1994, p. 695 m.nt. T. Sterk.

103 Ook hier is geen sprake van een zuiver horizontale verhouding meer. Zie De Kruif in haar noot bij EHRM 21 oktober 2010, *Saliyev t. Rusland*, EHRC 2011/15 m.nt. C. de Kruif. Zie ook Gerards 2011, p. 281-282 voor verwijzingen.

104 EHRM 13 juli 2004, *Pla en Puncernau t. Andorra*, EHRC 2004/87 m.nt. E. Brems en NJ 2005, 508, m.nt. J. de Boer.

105 EHRM 16 december 2008, *Khurshid Mustafa en Tarzibachi t. Zweden*, EHRC 2009/17 m.nt. J.H. Gerards en AB 2009/286, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

Zweden). In *Pla* betrof de schending de uitleg door de rechter van een testament uit 1939 dat volgens klagers in strijd was met het discriminatieverbod. Duidelijk moge zijn dat het hier in beginsel een zuiver horizontale verhouding betrof tussen een erflater en de erfgenamen. Niettemin werd de interpretatie van de nationale rechters van het testament geconstrueerd als een schending van de positieve verplichtingen van de verdragsstaat onder het EVRM. Het EHRM rechtvaardigt deze constructie als volgt:<sup>106</sup>

*'43. The Court has had occasion in previous cases to examine allegations of differences of treatment for succession purposes both under Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8 (...). The Court reaffirms that the essential object of Article 8 is to protect the individual against arbitrary interference by the public authorities. (...).*

*44. (...) In the present case, the question in issue concerns the High Court of Justice of Andorra's interpretation, upheld by the Constitutional Court, of a testamentary disposition (...). The Court has to determine whether that interpretation breached Article 14 of the Convention taken in conjunction with Article 8.*

*45. Clearly, the Andorran authorities cannot be held liable for any interference with the applicants' private and family life any more than that the Andorran State can be held liable for a breach of any positive obligations to ensure effective respect for family life.*

*46. (...) Accordingly, an issue of interference with private and family life could only arise under the Convention if the national courts' assessment of the facts or domestic law were manifestly unreasonable or arbitrary or blatantly inconsistent with the fundamental principles of the Convention.'*

Het moet dus gaan om een rechter die bij de uitleg van de feiten (privaatrechtelijke documenten) of het nationale recht het EVRM onvoldoende in acht neemt. Vervolgens (par. 62) komt het EHRM tot de conclusie dat de interpretatie van het testament niet exclusief kan worden gebaseerd op de sociale maatschappelijke omstandigheden van de tijd waarin het testament tot stand was gekomen (1939 resp. 1949). Juist in het licht van de enorme maatschappelijke, sociale en juridische veranderingen die sindsdien hebben plaatsgevonden, kan met die interpretatie niet worden volstaan. Het EHRM concludeert vervolgens dat artikel 14 jo artikel 8 EVRM zijn geschonden.

Deze constructie van Staatsaansprakelijkheid vanwege de interpretatie van de rechter is bevestigd in de *Schotelantennezaak*. In deze zaak toetste de Zweedse rechter de toelaatbaarheid van een huurovereenkomst vanwege het daarin opgenomen schotelantenneverbod dat volgens klagers in strijd was met artikel 10 EVRM. De Zweedse rechter had geoordeeld dat het belang van de verhuurder zwaarder diende te wegen dan het belang van de huurders bij het plaatsen van een schotelantenne. Ten gevolge van deze uitspraak moesten klagers hun appartement verlaten. In het licht van *Pla en Puncernau* overweegt het EHRM dat (hoewel het niet bevoegd is zuiver particuliere geschillen te beslechten) het niet passief kan blijven wanneer een nationale rechter een bepaling uit een overeenkomst interpreteert op een wijze die het EHRM onredelijk, willekeurig, discriminatoir of anderszins in

---

106 Zie Gerards 2011, p. 285, voetnoot 667 voor verwijzingen naar de kritiek die op deze uitspraak volgde.

strijd met het EVRM voorkomt. Het EHRM overweegt (par. 34) dat de te toetsen interpretatie van de rechter niet alleen een zuiver privaatrechtelijk document ('*tenancy agreement*') betreft, maar ook Hoofdstuk 12 van de *Land Code* (nationale regelgeving). Het EHRM sluit vervolgens aan bij de klassieke overweging die hiervoor al is gememoreerd,<sup>107</sup> namelijk:

*'Domestic law, as interpreted in the last resort by the Court of Appeal, therefore made lawful the treatment of which the applicant complained.'*

De stap naar aansprakelijkheid van de verdragsstaat is dan snel gezet. Via de interpretatie van de nationale rechter van privaatrechtelijke documenten en/of nationale bepalingen kan het EVRM dus ook zijn beslag krijgen in zuiver horizontale verhoudingen met Staatsaansprakelijkheid<sup>108</sup> tot gevolg.<sup>109</sup> Over de band spelend van de rechter leidt het EVRM op deze wijze tot aansprakelijkheid van een verdragsstaat. Dit is naar mijn mening niet problematisch. Het is de verplichting van de rechter om als staatsorgaan het EVRM op correcte wijze toe te passen. Voor het onvoldoende vervullen van die verplichting moet het EHRM de verdragsstaat ter verantwoording kunnen roepen. In dat licht ben ik het eens met bijvoorbeeld *Gerards*.<sup>110</sup> In de woorden van het EHRM is de taakopvatting van het EHRM de volgende:<sup>111</sup>

*'(...) in exercising the European supervision incumbent on it, it cannot remain passive where a national court's interpretation (...).'*

Ten vierde kunnen ook andere typische staatsorganen aansprakelijkheid teweeg brengen. Aan deze toerekening maakt het EHRM weinig woorden vuil. Gewezen kan bijvoorbeeld worden op enkele uitspraken ten aanzien van schendingen van het EVRM door kiescommissies. In deze zaken overweegt het EHRM niet dat het handelen van de kiescommissies toerekenbaar is aan de verdragsstaat. Aan te nemen valt dat dergelijke commissies zo duidelijk organen van de Staat zijn waaraan krachtens het nationale recht bevoegdheden zijn toegekend dat een nadere toelichting van het EHRM op dit punt niet nodig is. Wat betreft de niet-nakoming van negatieve verplich-

107 Bijvoorbeeld in par. 47 van EHRM 28 juni 2001, VgT t. Zwitserland, *EHRC* 2001/55, m.nt. L.F.M. Verhey.

108 Andermaal bevestigd in bijvoorbeeld EHRM 21 juli 2011, Fabris t. Frankrijk, *EHRC* 2011/139 (par. 55). In deze zaak betrof het een erfrechtgeschil tussen een buitenechtelijk kind en twee wettige kinderen. Getoetst wordt weer (par. 55) 'the interpretation by the domestic courts of the Law applicable to the present case'. In deze zaak oordeelt het EHRM dat de interpretatie door de Franse rechters de toets kan doorstaan. Deze uitspraak toont aan dat het hier in feite ging om uitleg van enkele wettelijke bepalingen en niet zozeer van een privaatrechtelijk document. Zie ook *Gerards* 2011, p. 286.

109 EVRM-rechten werken derhalve op indirecte wijze door in horizontale situaties. Zie uitgebreid hierover: *Gerards* 2011, p. 263-292.

110 *Gerards* 2011, p. 286.

111 par. 55 van EHRM 21 juli 2011, Fabris t. Frankrijk, *EHRC* 2011/139.

tingen door kiescommissies kan bijvoorbeeld worden gewezen op de zaak *Petkov e.a. t. Bulgarije*<sup>112</sup> waarin de schending van artikelen 3 EP en 13 EVRM onder meer toerekenbaar was aan de verkiezingsautoriteiten van Bulgarije. Deze hadden de kandidatuur van klagers voor de parlementsverkiezingen in Bulgarije in 2001 geweigerd waardoor klagers niet mee konden doen.<sup>113</sup> Een andere zaak waarin het handelen van een centrale verkiezingscommissie aan de Staat werd toegerekend en waarbij sprake was van een schending van negatieve verplichtingen, is de zaak van *The Georgian Labour Party t. Georgië*.<sup>114</sup> De Centrale Kiescommissie van Georgië had de verkiezingen in twee regio's (Khulo en Kobuleti) ongeldig verklaard en vervolgens geannuleerd. In beide regio's hadden dus geen verkiezingen meer plaats gevonden. Het oordeel van de Centrale Kiescommissie riekte volgens het EHRM naar willekeur en kwam neer op een schending van artikel 3 EP.

De vijfde en laatste categorie is de ambtenaar wiens handelen en nalaten in strijd met het EVRM aan een verdragsstaat wordt toegerekend. De verdragsstaat is aansprakelijk voor handelen of nalaten van vertegenwoordigers ('agents') die als zodanig handelen.<sup>115</sup> In die gevallen construeert het EHRM vaak wel een zuivere toerekening van het handelen aan de verdragsstaat. Klassiek is de zaak *Wille t. Liechtenstein*<sup>116</sup> waarin het EHRM oordeelt dat de brieven van de Prins van Liechtenstein aan de heer Wille, waarin hij aankondigde de heer Wille niet meer te zullen benoemen in een openbare functie vanwege een tussen hen gerezen meningsverschil, hebben te gelden als de daden van een bevoegd orgaan en niet als privébrieven zoals door de Prins was aangevoerd. Een ander voorbeeld is de zaak *Peev t. Bulgarije*.<sup>117</sup> De heer Peev was als deskundige werkzaam voor het Openbaar Ministerie bij het Hooggerechtshof van Bulgarije. Nadat een krant een ingezonden brief van de heer Peev had geplaatst waarin hij kritiek uitte op de openbaar aanklager werd zijn werkkamer verzegeld. Dit gebeurde door een officier van

112 EHRM 11 juni 2009, *EHRC* 2009/98, m.nt. J.L.W. Broeksteeg.

113 In dit verband kan ook gewezen worden op de zaak *Krasov en Skuratov t. Rusland* (EHRM 19 juli 2007, *EHRC* 2007/118, m.nt. J.L.W. Broeksteeg), waarin ten aanzien van de heer Skuratov geconcludeerd werd tot een schending door o.m. de Districtskiescommissie die geweigerd had de klager te registreren op de lijst van de communistische partij. Het EHRM concludeerde dat de beslissing van de Districtskiescommissie disproportioneel was (dus schending artikel 3 EP). Overigens meende het EHRM eveneens dat niet voldaan was aan het vereiste van 'lawfulness' nu de gronden voor de weigering die door de Districtscommissie waren aangevoerd – en door de rechterlijke instanties waren geaccepteerd – geen (voldoende) basis vonden in de Kieswet. Sprake was van een inconsistente en selectieve invulling van de wel bestaande regels.

114 EHRM 8 juli 2008, *EHRC* 2008/122, m.nt. J.L.W. Broeksteeg.

115 Bijvoorbeeld: EHRM 18 januari 1978, *Ierland t. Verenigd Koninkrijk*, *Series A* nr. 25, § 159: "(...) It is inconceivable that the higher authorities of a State should be, or at least should be entitled to be, unaware of the existence of such a practice. Furthermore, under the Convention those authorities are strictly liable for the conduct of their subordinates; they are under a duty to impose their will on subordinates and cannot shelter behind their inability to ensure that it is respected."

116 EHRM 28 oktober 1999, *Wille t. Liechtenstein*, *Reports* 1999, par. 46.

117 EHRM 26 juli 2007, *Peev t. Bulgarije*, *EHRC* 2007/120, m.nt. H.L. Janssen.

justitie in het bijzijn van een politieofficier in functie. Vervolgens werd de werkkamer doorzocht door iemand die bevoegd was om verzegelde kamers te betreden en werden de in de werkkamer aangetroffen documenten ter beschikking gesteld aan de Hoofdofficier van Justitie. Onder deze documenten bevonden zich enkele concept-brieven waarin de heer Peev zijn ontslag kenbaar maakte maar die hij nog niet had verzonden. Op grond van deze brieven werd de heer Peev vervolgens ontslagen. De heer Peev vocht zijn ontslag aan. Omdat hij nationaalrechtelijk niet kon klagen over onder meer de inbreuk op zijn privé-leven ex artikel 8 EVRM vanwege het doorzoeken van zijn werkkamer leidt dit uiteindelijk tot een klacht bij het EHRM. Het EHRM beoordeelt of het doorzoeken van de werkkamer van de heer Peev resulteert in een inmenging van 'enig openbaar gezag'. Volgens het EHRM is dit het geval: zo lang is gehandeld in de hoedanigheid van vertegenwoordiger van de Staat ('*agent of State*') hebben de handelingen te gelden als afkomstig van enig openbaar gezag en is de Staat rechtstreeks aansprakelijk. Het EHRM heeft veel jurisprudentie gewezen waarbij dergelijke ambtenaren betrokken waren, bijvoorbeeld politiefunctionarissen,<sup>118</sup> gevangenisautoriteiten<sup>119</sup> en legerpersoneel.<sup>120</sup> De toerekening aan de verdragstaat vindt ook plaats in situaties waarin men zijn bevoegdheden overschrijdt of de hem gegeven instructies niet opvolgt.<sup>121</sup>

Om toerekening te ontlopen, zou men daarom gebruik kunnen maken van de *privé*hoedanigheid van de vertegenwoordiger. In de zaak *Ramanauskas t. Litouwen*, waarin de vraag centraal stond of met het politie-optreden artikel 6 EVRM geschonden was, heeft het EHRM deze redenering echter

118 Bijvoorbeeld EHRM 8 januari 2009, Iribarren Pinillos t. Spanje, *EHRC* 2009/27 m.nt. M.K.G. Tjepkema, EHRM, 18 juli 2006, Keegan t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2006/119, m.nt. G.E. van Maanen (artikel 8 EVRM), EHRM 25 september 2003, Vasileva t. Denemarken, *EHRC* 2003/88, m.nt. J. van der Velde (artikel 5 lid 1(b) EVRM), EHRM 4 mei 2001, Kelly e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2001/40, m.nt. J.H. Gerards (artikel 2 EVRM), EHRM 21 december 2000 en Egmez t. Cyprus, *EHRC* 2001/13, m.nt. J. van der Velde (artikel 3 EVRM).

119 Bijvoorbeeld EHRM 26 september 2006, Wainwright t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2006/130, m.nt. G. de Jonge (8 EVRM), EHRM 29 april 2003, McGlinchy e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2003/51, m.nt. G. de Jonge (artikel 3 EVRM), EHRM 14 maart 2002, Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2002/36, m.nt. G. de Jonge (artikel 2 EVRM), EHRM 4 april 2000, Witold Litwa t. Polen, *EHRC* 2000/40, m.nt. J. van der Velde (artikel 5 EVRM) en EHRM 21 december 1999, Demirtepe t. Frankrijk, *EHRC* 2000/17, m.nt. J. van der Velde (artikel 8 EVRM).

120 O.m. EHRM 7 juni 2005, Kilinç e.a. t. Turkije, *EHRC* 2005/79 (artikel 2 EVRM).

121 EHRM 8 juli 2004, Ilaşcu e.a. tegen Moldavië en Rusland, *EHRC* 2004/85, par. 319, m.nt. M. Gondek: "319. A State may also be held responsible even where its agents are acting *ultra vires* or contrary to instructions. Under the Convention a State's authorities are strictly liable for the conduct of their subordinates; they are under a duty to impose their will and cannot shelter behind their inability to ensure that it is respected (...)." Niet ten aanzien van staatsaansprakelijkheid maar in het licht van het Vertrouwensbeginsel kan in dit verband gewezen worden op EHRM 20 mei 2010, Lolas t. Kroatië, *EHRC* 2010/88 m.nt. G.J. van der Heide (artikel 1 EP) (par. 74 e.v.) waarin een onbevoegd gedane toezegging door een officier toch aan de Staat werd toegerekend in het licht van artikel 1 EP.

verworpen.<sup>122</sup> Het EHRM overweegt dat de via de privéhoedanigheid van de vertegenwoordiger verkregen gegevens door de autoriteiten zijn gebruikt en dat men evenmin tot vervolging van de agenten is overgegaan. Daarmee heeft het er alle schijn van dat het optreden van de betrokken politie-agenten is gelegitimeerd door de officiële instanties en plaatsvindt in de uitoefening van een officiële functie. Vergelijkbaar is de zaak *Prokopovich t. Rusland*.<sup>123</sup> Daarin oefende een politiefunctionaris zijn invloed uit ten behoeve van het veiligstellen van persoonlijke belangen. Zo wendde hij zijn macht aan om het appartement van zijn vader na diens overlijden te confisqueren terwijl de vrouw van zijn overleden vader rechthebbende was op het appartement. In Straatsburg verweert de regering zich met de stelling dat de vrouw een officiële klacht tegen de politieofficier had moeten indienen zoals mogelijk is tegen politiefunctionarissen. Het EHRM vat dit verweer op als een erkenning van de Russische autoriteiten dat de politieofficier heeft gehandeld in zijn officiële hoedanigheid en daarmee werd hij geacht te handelen als vertegenwoordiger van de Staat.

Maar ook wanneer bij de uitoefening van een overheidstaak gebruik wordt gemaakt van particuliere derden (dus geen officiële vertegenwoordigers van de Staat in hun privéhoedanigheid) is het EHRM streng en kan het Staatsaansprakelijkheid aannemen. In de zaak *Van Vondel t. Nederland* deed zich een dergelijke situatie voor.<sup>124</sup> In die zaak had een particuliere derde ten behoeve van een openbaar onderzoek respectievelijk ten behoeve van een publiek belang en met medeweten en behulp van overheidsorganen informatie verzameld ten aanzien van een verdachte. Deze informatie werd vervolgens in het proces tegen de verdachte gebruikt. De klager stelt dat sprake is van een inbreuk op artikel 8 EVRM. Beoordeeld dient te worden of de schending van de privacy van klager is verricht door een 'public authority.' Nederland verweert zich met de stelling dat de particuliere derde vrijwillig de telefoontaps heeft gemaakt en ook vrij is geweest in zijn beslissing om de taps aan de politie af te staan. Het EHRM neemt echter aan dat de Staat (politie en justitie) 'made a crucial contribution to the execution of the scheme' waardoor sprake is van een inbreuk van een 'public authority'.<sup>125</sup> In een dergelijke situatie vindt toerekening aan de desbetreffende Staat niet plaats door de particuliere derde zelf tot de overheid te rekenen. De niet-nakoming ligt juist in de mate van betrokkenheid van de *overheidsorganen* bij de particu-

---

122 EHRM 5 februari 2008, *Ramanauskas t. Litouwen*, *EHRC* 2008/51, m.nt. T. Spronken.

123 EHRM 18 november 2004, *Prokopovich t. Rusland*, *EHRC* 2005/8, m.nt. C.A. Adriaansens.

124 EHRM 23 maart 2006, *EHRC* 2006/80, m.nt. S.C. Loeffen (ontvankelijkheidsbeslissing) en ten gronde EHRM 25 oktober 2007, *EHRC* 2007/145, m.nt. J. van der Velde.

125 Vergelijkbare zaken: EHRM 23 november 1993, *A. t. Frankrijk*, *Series A* no 277-B (politieofficier stelt zijn kantoor, telefoon en taperecorder beschikbaar aan de particuliere derde) en EHRM 8 april 2003, *M.M. t. Nederland*, *EHRC* 2003/45, m.nt. G. Mols (het initiatief tot het tappen lag bij de overheid. Ook de apparatuur werd geleverd door de overheid en deze haalde de tapes weer bij de particuliere derde op).

liere derde. Alleen de handelingen van eerstgenoemde organen worden op grond van het EVRM toegerekend aan de verdragsstaat en geven aanleiding tot aansprakelijkheid van de verdragsstaat.

### 2.3.2.3 Decentrale, regionale en lokale overheden

De verhouding tussen centrale en decentrale, regionale of lokale overheden treedt in de jurisprudentie van het EVRM op twee momenten aan het licht. Ten eerste bij de vraag of een overheid ontvankelijk is in haar klacht ex artikel 34 EVRM. Ten tweede bij de vraag of de betrokken schending van een medeoverheid wordt toegerekend aan de Staat. Beide aspecten worden hierna besproken.

Op grond van artikel 34 EVRM kunnen ‘*governmental organisations*’ niet klagen onder het EVRM. Decentrale, regionale of lokale overheden zijn ‘*governmental organisations*’.<sup>126</sup> Het is vaste jurisprudentie van het EHRM dat die status niet wijzigt als deze overheden privaatrechtelijk optreden. Zo kan bijvoorbeeld worden gewezen op de ontvankelijkheidskwestie in de zaak *Ayuntamiento de Mula t. Spanje*.<sup>127</sup> Een lokale overheid, de gemeenteraad van *Mula*, klaagt bij het EHRM over schending van haar rechten onder artikel 6 EVRM in een civielrechtelijk geschil over eigendomsrechten op een kasteel waarbij de gemeente(raad) partij was. Het EHRM verklaart de lokale overheid niet-ontvankelijk in haar klacht: deelname aan het privaatrechtelijk verkeer stelt een overheid in het licht van artikel 34 EVRM niet gelijk aan een non-gouvernementele organisatie. Voor een uitgebreide toelichting op het klachtrecht van medeoverheden wordt verwezen naar paragraaf 3.3.6 van Hoofdstuk 3. Voor nu is slechts van belang dat decentrale, regionale, of loka-

126 Zie EHRM 23 september 2003, *Radio France e.a. t. Frankrijk* (no. 53984/00) par. 26: “(...) The term “governmental organisations”, as opposed to “non-governmental organisations” within the meaning of Article 34, applies not only to the central organs of the State, but also to decentralised authorities that exercise “public functions”, regardless of their autonomy vis-à-vis the central organs; likewise it applies to local and regional authorities (see, in particular, *Rothenthurm Commune v. Switzerland*, no. 13252/87, Commission decision of 14 December 1988, Decisions and Reports (DR) 59, p. 251; *Municipal Section of Antilly v. France* (dec.), no. 45129/98, ECHR 1999-VIII; *Province of Bari, Sorrentino and Messeni Nemagna v. Italy*, no. 41877/98, Commission decision of 15 September 1998, unreported; *Ayuntamiento de Mula v. Spain* (dec.), no. 55346/00, ECHR 2001-I; and *Danderyds Kommun v. Sweden* (dec.), no. 52559/99, 7 June 2001. (...).”

127 EHRM 1 februari 2001, *Ayuntamiento de Mula t. Spanje*, ECHR 2001-I: ‘In that connection, the Court reiterates that in international law the expression “governmental organisations” cannot be held to refer only to the Government or the central organs of the State. Where powers are distributed along decentralised lines, it refers to any national authority which exercises public functions. The applicant authority cannot be regarded as a person or group of individuals within the meaning of Article 34 of the Convention either. Such a construction would not be consistent with the distinction drawn in that provision between non-governmental organisations, on the one hand, and persons or groups of individuals on the other. The fact that local authorities have capacity to defend their property rights in the courts in the same way as private individuals or non-governmental organisations does not mean that they can be assimilated to private individuals or non-governmental organisations for the purposes of Article 34 of the Convention.’

le overheden geen klachtrecht hebben, ook al beschikken zij over aanzienlijke autonomie jegens de Staat. Omgekeerd geldt hetzelfde: de verdragsstaat zal zich niet aan aansprakelijkheid kunnen onttrekken met een beroep op de autonomie van de lokale, regionale of decentrale overheid. Dit blijkt uit de jurisprudentie waarin lokale overheden schenders zijn van het EVRM waarover hierna meer.

Het handelen of nalaten van decentrale overheden valt onder de reikwijdte van artikel 1 EVRM: het is de Staat als verdragspartij die daarvoor aansprakelijk is. Artikel 1 EVRM houdt immers in dat de verdragsstaat weliswaar vrij is om bevoegdheden te delegeren aan publieke instanties maar dat deze vrijheid hem niet ontslaat van zijn verzekeringsplicht. Dit uitgangspunt geldt zelfs voor territoriale entiteiten die zich in meer of mindere mate separatistisch gedragen, zoals blijkt uit de zaak *Assanidze t. Georgië*:<sup>128</sup>

*'146. However, it must be reiterated that for the purposes of the Convention, the sole issue of relevance is the State's international responsibility, irrespective of the national authority to which the breach of the Convention in the domestic system is imputable (...).*

*148. The authorities of a territorial entity of the State are public-law institutions which perform the functions assigned to them by the Constitution and the law. In that connection, the Court reiterates that in international law the expression "governmental organisation" cannot be held to refer only to the government or the central organs of the State. Where powers are distributed along decentralised lines, it refers to any national authority exercising public functions. (...).*

*149. (...). It is only the responsibility of the Georgian State itself – not that of a domestic authority or organ – that is in issue before the Court. It is not the Court's role to deal with a multiplicity of national authorities or courts (...).*

*150. The Court therefore finds that the actual facts out of which the allegations of violations arose were within the "jurisdiction" of Georgia within the meaning of Article 1 of the Convention and that, even though within the domestic system those matters are directly imputable to the local authorities of the Ajarian Autonomous Republic, it is solely the responsibility of the Georgian State that is engaged under the Convention.'*

Net als onder de *Articles* respecteert het EHRM de interne bevoegdheidsverdeling van verdragsstaten maar zal deze bevoegdheidsverdeling de verdragsstaat niet van zijn negatieve en positieve verplichtingen onder het EVRM ontslaan. Het is aan de verdragsstaat (op centraal niveau) om er voor te zorgen dat andere overheidsorganen op lagere niveaus de rechten en verplichtingen uit hoofde van het EVRM nakomen.

In de regel bevat een uitspraak van het EHRM geen onderbouwing waarom de handeling of het nalaten van de medeoverheid voor rekening van de verdragsstaat komt. Een typisch voorbeeld hiervan is de zaak *Öneryildiz*.<sup>129</sup> In deze zaak voert de Turkse regering wel verweer, maar dat beoogt niet de toerekening te betwisten. De Turkse regering betwist enkel de positieve verplichting van de Turkse Staat in het licht van artikel 2 EVRM.

128 EHRM 8 april 2004, *Assanidze t. Georgië*, *EHRC* 2004/52, m.nt. J. van der Velde.

129 EHRM 30 november 2004, *Öneryildiz t. Turkije*, *AB* 2005,43 m.nt. A.J.Th. Woltjer, *EHRC* 2005/10, zie voor de noot bij de Kameruitspraak van 18 juni 2002: *EHRC* 2002/64, m.nt. H.L. Janssen.



Op grond van artikel 2 EVRM is de verdragsstaat aansprakelijk voor *'deaths resulting from the use of force by agents of the State'*. In reactie op het Turkse verweer overweegt het EHRM (par. 71) uitdrukkelijk dat op de Staat ook de positieve verplichting rust *'to take appropriate steps to safeguard the lives of those within their jurisdiction.'*

Een voorbeeld waarin de verdragsstaat aansprakelijk is voor de niet-naleving van positieve verplichtingen door een lokale overheid in horizontale situaties is de zaak *Moreno Gomez t. Spanje*.<sup>130</sup> De Valencia City Council bleek niet in staat een halt toe te roepen aan voortslepende geluidsoverlast van plaatselijke discotheken en bars. Weliswaar vaardigde het een aantal maal regels uit ter bestrijding van de overlast maar het handhaafde deze regels in het geheel niet. De Spaanse Staat verweert zich in Straatsburg onder meer met de stelling dat het lawaai werd veroorzaakt door private entiteiten en dat er dus geen *'direct interference'* was van een overheid. Voor het overige is Spanje van mening dat de betrokken autoriteiten alle maatregelen hadden genomen die noodzakelijkerwijs van hen konden worden verwacht. Net als in *Öneryildiz* staat de toerekening niet ter discussie. De verzekeringsplicht die op grond van artikel 1 EVRM op de Staat rust, is zonder meer bindend voor lokale autoriteiten. Door de door henzelf gestelde regels niet te handhaven, werkt de decentrale overheid volgens het EHRM mee aan de schending.<sup>131</sup> Het EHRM concludeert dat artikel 8 EVRM is geschonden.<sup>132</sup>

130 EHRM 16 november 2004, *Moreno Gomez t. Spanje*, AB 2004, 453, m.nt. T. Barkhuysen en EHRC 2008, 85, m.nt. C. Backes. Een ander voorbeeld is de zaak EHRM 6 mei 2003, *Appleby e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2003/55 en AB 2004, 319 m.nt. A.E. Schilder en J.G. Brouwer en NJCM-Bull. 2005, p. 416 m.nt. R.J. Uhl. Het betrof hier een flyer-verbod dat was ingesteld door de commerciële eigenaar van een overdekt winkelcentrum (de *'Galleries'*) en de vraag of de gemeente Washington (Tyne and Wear) zijn positieve verplichtingen uit hoofde van artikel 10 EVRM had geschonden door niet op te treden tegen dit verbod. Het EHRM concludeert uiteindelijk dat op het Verenigd Koninkrijk in deze concrete geen positieve verplichting rust. Dat wordt anders als (par. 47) *'the bar on access to property has the effect of preventing any effective exercise of freedom of expression or it can be said that the essence of the right has been destroyed'*. Daarvan zou sprake zijn als bijvoorbeeld *'the entire municipality is controlled by a private body'*. In deze zaak deed zich iets dergelijks niet voor.

131 Zie voor een vergelijkbare zaak EHRM 2 november 2006, 59909/00, *Giacomelli t. Italië*, EHRC 2007/7 m.nt. M. Peeters en AB 2008, 23 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. De inbreuk op artikel 8 EVRM bestaat erin dat de plaatselijke overheid (*Lombardy Regional Council*) heeft nagelaten door middel van handhaving c.q. het vaststellen van regelgeving op te treden tegen de steeds verder uitdijende activiteiten van een vlakbij klagster gevestigde afvalverwerkingsinstallatie terwijl die stank- en geluidsoverlast veroorzaakt. Aldus is geen goede balans geschapen tussen het belang van mevrouw Giacomelli en de economische belangen van de afvalverwerkingsinstallatie. Het EHRM veroordeelt Italië tot betaling van een schadevergoeding van EUR 12.000,-. In deze zaak speelt overigens niet de vraag of de Italiaanse Staat verantwoordelijk is voor zijn decentrale overheden.

132 De milieurechtelijke en omgevingsrechtelijke jurisprudentie is omvangrijk op het gebied van overtredingen door decentrale overheden. Voor een helder overzicht zie Barkhuysen & Diepenhorst 2005. Zie over handhavingsplichten in het algemeen: Blomberg 2004.

Zowel bij *Öneryildiz* als bij *Moreno Gomez* wijdt het EHRM geen woord aan de toerekening van het handelen of nalaten van de lokale autoriteiten aan de verdragsstaat. In een enkel geval ligt dit anders. Ter illustratie hiervan zal ik drie voorbeelden nader bespreken: de zaak *Campoloro*,<sup>133</sup> de zaak *Saliyev t. Rusland*<sup>134</sup> en de zaak *Valentin Dumitrescu t. Roemenië*.<sup>135</sup>

In de zaak *Campoloro*<sup>136</sup> acht het EHRM de Franse Staat aansprakelijk voor de niet-uitvoering door een Franse gemeente van een rechterlijke uitspraak. Op grond van de rechterlijke uitspraak was de gemeente veroordeeld tot betaling van een geldsom aan een derde. De gemeente voert de uitspraak echter niet uit. De vraag ten overstaan van het EHRM is of die schending aan de Franse Staat kan worden toegerekend. De Franse Staat betwist dit. Zo doet de Franse Staat onder andere een beroep op de eigen verantwoordelijkheden van de gemeente in kwestie. Het centrale punt in de redenering van het EHRM is de verzekeringsplicht ex artikel 1 EVRM van de verdragsstaat. Nu het de Franse Staat is die verdragspartij is bij het EVRM, rust op die entiteit de plicht om de naleving van de daarin vervatte rechten en vrijheden te verzekeren. Het doet daarbij niet ter zake dat de lagere overheid beschikt over (een bepaalde mate van) autonomie. Evenmin is van belang dat de centrale overheid geen dwangmaatregelen jegens de lagere overheid kan treffen. Het EHRM sluit uitdrukkelijk aan bij de principes die het uiteen heeft gezet in *Assanidze* omtrent de internationaalrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat:<sup>137</sup>

*'A cet égard, la Cour observe que les arguments tirés par le Gouvernement de l'autonomie des collectivités locales sont inopérants par rapport à la responsabilité internationale de l'Etat au regard de la Convention, (...). Dans ces conditions, c'est bien l'Etat défendeur qui, n'exécutant pas les jugements précités du 10 juillet 1992, est responsable de la violation alléguée. (...).'*

Vaststaat dat de Franse Staat aansprakelijk is voor de schending van de gemeente. Het gevolg van deze vaststelling is dat het EHRM de betalingsverplichting die op de gemeente rustte integraal bij de Franse Staat neerlegt.

In de zaak *Saliyev t. Rusland* overweegt het EHRM – in antwoord op het verweer van de Russische Staat – zeer uitdrukkelijk en onder uitgebreide verwijzing naar zijn jurisprudentie dat een EVRM-schending van een gedecentraliseerde overheid (of één van diens organen of gemeentelijke bedrijven) aan de verdragsstaat toerekenbaar is:

*'69. The next question to answer is whether an act by a municipal institution can entail the responsibility of the State under the Convention. The Government argued that Magadan municipality was not a "State authority" within the Convention meaning. However, the Court is not convinced by that argument. Firstly, in a number of cases the Court has regarded the debts of municipal enter-*

133 EHRM 26 september 2006, 57516/00, AB 2007, 83 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

134 EHRM 21 oktober 2010, *Saliyev t. Rusland*, EHRC 2011/15 m.nt. C. de Kruif.

135 EHRM 1 april 2008, 36820/02, *Valentin Dumitrescu t. Roemenië*, (app. no. 36820/02).

136 EHRM 26 september 2006, 57516/00, AB 2007, 83 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

137 Par. 62.

*prises as State debts (see, for example, Gizzatova v. Russia, no. 5124/03, 13 January 2005). In a very recent case, also concerning State responsibility for the debts of a municipal enterprise, the Court held that local (that is, municipal) authorities were linked to the State administration (see Yershova v. Russia, no. 1387/04, §§ 54 et seq., 8 April 2010). The Court's reasoning in Yershova clearly implied that it did not regard municipalities as not being part of the State authorities in the broad sense, even if in domestic terms municipal authorities were independent from regional and federal government. In Russian law municipal authorities are treated on the same footing as federal or regional bodies for many purposes (...). The municipal bodies are formed by the local population; they have wide-ranging powers in various areas of life, examples of which can be found in the Court's case law concerning Russia (see, for example, Kimlya and Others v. Russia, nos. 76836/01 and 32782/03, § 53, ECHR 2009 ...; Kuimov v. Russia, no. 32147/04, § 30, 8 January 2009; and Kukalo v. Russia, no. 63995/00, § 33, 3 November 2005). Even if their competence is limited (see, mutatis mutandis, Cherepkov v. Russia (dec.), no. 51501/99, ECHR 2000 I, where the Court analysed whether municipal bodies had "legislative power" within the meaning of Article 3 of Protocol No. 1 of the Convention), their powers cannot be characterised as anything other than "public". Therefore, Magadan municipality was a "public authority" within the Convention meaning and the Court has competence *ratione personae* to examine its actions.'*

Complicerende factor in deze zaak was dat de vermeende EVRM-schending afkomstig was van een gemeentelijke krant. Het EHRM stelt in deze zaak eerst vast dat de handeling van de krant afkomstig is van een *public authority* (de gemeente Magadan). Vervolgens komt het EHRM toe aan de toerekening aan de verdragsstaat en concludeert het EHRM zoals in dit citaat is aangegeven.

Tot slot oordeelt het EHRM in de zaak *Valentin Dumitrescu t. Roemenië* dat Roemenië aansprakelijk is voor het nalaten van een lokale c.q. regionale commissie. De feiten zijn als volgt. Eén van de ouders van de heer Dumitrescu verkrijgt in 1940 net buiten Boekarest bij het dorp Chiajna een stuk grond ter grootte van 4 ha. Dit stuk grond wordt in 1953 generationaliseerd. Begin jaren negentig worden verschillende departementale commissies (waaronder de 'Commissie Chiajna') belast met de uitvoering van Roemeense wetgeving die de nationalisatie beoogt terug te draaien door de beschikbare gronden opnieuw te verdelen onder de oorspronkelijke eigenaren. Zo ook de gronden van Dumitrescu. Bij uitspraak van 26 november 1996 die gezag van gewijsde krijgt, verklaart de rechtbank van Buffea dat Dumitrescu inderdaad rechthebbende is op een stuk grond van 4 ha in de omtrek van Chiajna. De rechtbank geeft geen aanduiding van de exacte locatie van het stuk grond omdat dit tot de exclusieve bevoegdheid van de Commissie Chiajna behoort. Ondanks verschillende procedures kent de Commissie Chiajna klager pas in 2003 klagers 4 ha grond toe. Dit stuk grond is niet het oorspronkelijke perceel maar bestaat uit grond verdeeld over in totaal zeven percelen. In antwoord op het protest van klager deelt de Commissie Chiajna aan klager mee geen andere grond meer te hebben. De heer Dumitrescu klaagt in Straatsburg onder meer over een schending van zijn recht op toegang tot de rechter (niet-uitvoering van de uitspraak) in de zin van artikel 6 lid 1 EVRM. De regering voert geen verweer op het punt van toerekening. Het EHRM overweegt als volgt:

*'45. (...) que l'État, par l'intermédiaire de ses organes spécialisés n'a pas déployé tous les efforts nécessaires afin de faire exécuter avec célérité le jugement définitive du 26 novembre 1996 du tribunal de première instance de Buftea.'*

Vastgesteld kan worden dat de verdragsstaat door tussenkomst van zijn gespecialiseerde organen (in casu 'les autorités locales' en de departementale commissie) niet alle maatregelen heeft genomen om de uitspraak van de rechter uit te voeren. Het EHRM oordeelt dat artikel 6 lid 1 EVRM is geschonden.

Concluderend kan worden vastgesteld dat de jurisprudentie van het EHRM geen constant theoretisch kader laat zien van de wijze waarop handelen of nalaten van decentrale, regionale of lokale overheden of commissies aan de verdragsstaten wordt toegerekend. Slechts in een enkel geval gebeurt dit wel. Aangenomen mag worden dat dit een reactie van het EHRM is op het door de verdragsstaat gevoerde verweer (*Campoloro* en *Saliyev*) maar ook als er geen verweer op dit punt wordt gevoerd (*Valentin Dumitrescu*) expliciteert het EHRM soms waarom de verdragsstaat aansprakelijk is voor handelen of nalaten van decentrale, regionale of lokale overheden. Voor het overige is het een gegeven dat de verdragsstaat verantwoordelijk is voor handelen en nalaten van deze entiteiten.

#### 2.3.2.4 Overige 'publieke' entiteiten

Naast decentrale, regionale of lokale overheden kent het nationale recht van een lidstaat doorgaans ook entiteiten die – ongeacht hun rechtsvorm – een publiek karakter hebben. Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat het enkele zijn van een *publiekrechtelijke* rechtspersoon nog geen Staatsaansprakelijkheid tot gevolg heeft. Teneinde enig overzicht te behouden, is de jurisprudentie langs twee lijnen onderzocht.<sup>138</sup> In de eerste plaats wordt onder (i) ingegaan op zaken waarin een publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon zelf de klager is (ontvankelijkheidsbeslissingen ex artikel 34 EVRM). In de tweede plaats is onder (ii) jurisprudentie van het EHRM onderzocht waarin publiek- of privaatrechtelijke rechtspersonen<sup>139</sup> schender zijn van EVRM-rechten.

##### (i) de klagende entiteit

Op grond van artikel 34 EVRM kunnen gouvernementele organisaties ('*governmental organisations*') niet klagen onder het EVRM. In dat geval wordt de klagende rechtspersoon beschouwd als een onderdeel van de Staat. De ratio hiervan is dat de Staat in feite niet zowel klager kan zijn als

---

138 Zie hierover ook Engelhard 2009 met betrekking tot de door haar genoemde 'grijze instellingen' en Van Emmerik 2010.

139 De toerekening van handelen of nalaten van private personen is reeds aan bod gekomen in paragraaf 2.3.2.2. Voor het overige verwijs ik naar EHRM 8 juli 2004, *Ilaşcu* e.a. t. Moldavië en Rusland, *EHRC* 2004/85 m.nt. M. Gondek par. 318: "318. *In addition, the acquiescence or connivance of the authorities of a Contracting State in the acts of private individuals which violate the Convention rights of other individuals within its jurisdiction may engage the State's responsibility under the Convention (see Cyprus v. Turkey, cited above, § 81). That is particularly true in the case of recognition by the State in question of the acts of self-proclaimed authorities which are not recognised by the international community.*"

aangesprokene.<sup>140</sup> In zijn jurisprudentie heeft het EHRM bepaald dat de overdracht van publiekrechtelijke bevoegdheden dan wel het uitoefenen van een publieke dienst onder controle van de verdragsstaat een entiteit maakt tot een gouvernementele organisatie.<sup>141</sup> Deze constructie kan worden geïllustreerd aan de hand van een aantal zaken.<sup>142</sup>

Een eerste bekende zaak is die waarin het EHRM een oordeel geeft over de publieke entiteit van de Griekse kloosters. De entiteit had geen bevoegdheden gedelegeerd gekregen, was niet opgericht voor een publiek-bestuurlijk doel (*“public-administration purposes”*) en was volledig onafhankelijk van de Staat.<sup>143</sup> Het EHRM beschouwt deze publiekrechtelijke rechtspersoon, ondanks het feit dat deze bij decreet van de minister kan worden opgericht, samengevoegd en opgeheven, als een non-gouvernementele organisatie. Geconcludeerd kan worden dat het enkele karakter van ‘publiekrechtelijke’ rechtspersoon een entiteit niet kwalificeert als een gouvernementele organisatie.

De zaak *RENFE*<sup>144</sup> (Spaanse spoorwegmaatschappij) is een voorbeeld van een geval waarin het ECRM een publiekrechtelijke rechtspersoon (*RENFE*) wel beschouwt als een gouvernementele organisatie en *RENFE* daarmee niet-ontvankelijk verklaart in zijn klacht onder 6 EVRM. De ECRM komt via vier criteria tot die conclusie. Ten eerste is *RENFE* een publiekrechtelijke rechtspersoon opgericht bij wet ‘*to run the state rail network as an industrial company*’. Ten tweede is deze rechtspersoon niet onafhankelijk van de overheid: de Raad van bestuur is verantwoording verschuldigd aan de Spaanse Staat. Ten derde is *RENFE* de enige entiteit die over een licentie beschikt ten aanzien van het openbaar spoorwegvervoer waarbij het een zekere rol vervult van publieke dienst. Ten vierde beheerst specifieke regelgeving haar structuur en wijze

140 Zie EHRM 13 december 2007, Islamic Republic of Iran Shipping Lines, *EHRC* 2008/24: ‘81. (...). However, the idea behind this principle is to prevent a Contracting Party acting as both an applicant and a respondent party before the Court.’

141 Inmiddels vaste jurisprudentie. Bijvoorbeeld: EHRM 13 december 2007, Islamic Republic of Iran Shipping Lines, *EHRC* 2008/24: “78. As regards the first limb of the Government’s objections, the Court observes that a legal entity “claiming to be the victim of a violation by one of the High Contracting Parties of the rights set forth in the Convention and the Protocols thereto” may submit an application to it (...), provided that it is a “non-governmental organisation” within the meaning of Article 34 of the Convention (...).  
79. The term “governmental organisations”, as opposed to “non-governmental organisations” within the meaning of Article 34, includes legal entities which participate in the exercise of governmental powers or run a public service under government control. In order to determine whether any given legal person other than a territorial authority falls within that category, account must be taken of its legal status and, where appropriate, the rights that status gives it, the nature of the activity it carries out and the context in which it is carried out, and the degree of its independence from the political authorities (...).”

142 O.m. ECRM 28 juni 1995, Consejo General de Colegios Oficiales de Economistas de España t. Spanje, *DR* 82-B (niet-ontvankelijk vanwege overdracht van bevoegdheden); EHRM 3 mei 2001, *EHRC* 2001/44, m.nt. A.W. Heringa (Kamer van Koophandel van Zuid West-Gelderland wordt niet-ontvankelijk verklaard. De Kamer van Koophandel is “an agency subordinate to the Government, set up by law and invested with authority to implement law. It is therefore a governmental organisation exercising public authority.”).

143 EHRM 9 december 1994, The Holy Monasteries t. Griekenland, *Series A* no. 301-A, par. 49.

144 ECRM 8 september 1997, *RENFE* t. Spanje, *D&R* 90-B, p. 179-182.

van besturen. Concluderend kan worden opgemerkt dat er geen sprake is van een klassieke overdracht van bevoegdheden maar wel van de uitvoering van een publieke dienst onder controle van de verdragsstaat.

In 2003 brengt het EHRM de hiervoor genoemde uitgangspunten samen in de zaak *Radio France t. Frankrijk*.<sup>145</sup> *Radio France* maakt bij het EHRM een klacht aanhangig tegen de Franse Staat. In het kader van de ontvankelijkheidsvraag stelt de Franse regering dat *Radio France* tot de publieke sector behoort zodat de omroep geen klachtrecht toekomt in het licht van artikel 34 EVRM. De oprichting, de verplichtingen en de liquidatie van *Radio France* zijn nader bij wet gereguleerd. Bovendien vervult *Radio France* een publieke dienst (die bij wet nader is ingevuld) in het algemeen belang en is *Radio France* daarbij niet afhankelijk van commerciële drijfveren. Ten derde staat *Radio France* onder staatscontrole. Zo is de Franse Staat niet alleen eigenaar van (het kapitaal van) *Radio France*, ook is ervoor gezorgd dat de Franse Staat zeggenschap heeft in de beslissingsbevoegde organen van *Radio France* en moet de omroep jaarlijks door middel van rapportages e.d. aan de Franse overheid verantwoording afleggen voor het door haar gevoerde beleid. Ten vierde wordt *Radio France* gefinancierd uit de algemene middelen. Ten vijfde is *Radio France* volgens de regering onderworpen aan ‘*special public service obligations going beyond ordinary law*’ zoals het kosteloos verlenen van bepaalde diensten, het slechts beperkt mogen aantrekken van sponsorgelden e.d. Tot slot is het privaatrechtelijke karakter van *Radio France* verwaarloosbaar volgens de regering: de Franse Staat is bekostiger en indertijd is alleen voor een private rechtsvorm gekozen om geen verstoring van de concurrentie met zuiver private radiostations teweeg te brengen. Het EHRM concludeert desalniettemin dat *Radio France* een non-gouvernementele organisatie is. Doorslaggevend daarvoor is de volgende redenering:

*‘It follows from the above-mentioned decisions and judgment that the category of “governmental organisation” includes legal entities which participate in the exercise of governmental powers or run a public service under government control. In order to determine whether any given legal person other than a territorial authority falls within that category, account must be taken of its legal status and, where appropriate, the rights that status gives it, the nature of the activity it carries out and the context in which it is carried out, and the degree of its independence from the political authorities. (...). Under the Freedom of Communication Act (...) the State holds all of the capital in Radio France; its memorandum and articles of association are approved by decree; its resources are to a large extent public; it performs “public-service missions in the general interest” (prescribed by the Act); and it is obliged to comply with terms of reference and to enter into a contract with the State setting out its objectives and means.*

*However, within the bounds of, inter alia, the public-service requirements, section 1 of the Act guarantees freedom of audiovisual communication. That means, firstly, that Radio France does not come under the aegis of the State, but is under the control of the CSA, which the Act terms an “independent authority” and which is responsible in particular for “preserv[ing] the independence and impartiality of the public radio ... sector”. (...). Secondly, Radio France does not hold a monopoly over radio broadcasting (...); it [Radio France, toev. CdK] is also governed essentially by company law, does not enjoy any powers beyond those conferred by ordinary law in the exercise of its activities and is subject to the jurisdiction of the ordinary rather than the administrative courts. Thus,*

145 EHRM 23 september 2003, *Radio France e.a. t. Frankrijk* (no. 53984/00).

although Radio France has been entrusted with public-service missions and depends to a considerable extent on the State for its financing, the legislature has devised a framework which is plainly designed to guarantee its editorial independence and its institutional autonomy (...). In this respect, there is little difference between Radio France and the companies operating "private" radio stations (...). Moreover, the Act, which clearly places radio broadcasting in a competitive environment, does not confer a dominant position on Radio France."

Aldus komt het EHRM tot de conclusie dat *Radio France* een non-gouvernementele entiteit is en verklaart het de klacht van *Radio France* ontvankelijk. De hier geformuleerde criteria behoren sindsdien tot de vaste jurisprudentie van het EHRM.<sup>146</sup> Vastgesteld kan worden dat het EHRM telkens aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval toetst of van een gouvernementele organisatie sprake is.<sup>147</sup> Een voorbeeld van een dergelijke

146 Bijvoorbeeld: EHRM 7 december 2006, Österreichischer Rundfunk t. Oostenrijk, §§ 48-54. De Oostenrijkse radio-omroep, een publiekrechtelijke rechtspersoon, (Österreichischer Rundfunk: 'ORF') meende geschonden te zijn in zijn rechten ex artikel 10 EVRM. Volgens de Oostenrijkse regering was de ORF een gouvernementele organisatie. De ORF weersprak dit. Het EHRM volgde ORF. Hoewel ORF werd gefinancierd uit publieke middelen en het merendeel van de personen uit de Foundation Council door de federale regering en de Länder werd aangesteld, had de Oostenrijkse wetgever volgens het EHRM een regelgevend kader geschapen waarin de onafhankelijkheid van de ORF ten opzichte van de Staat gewaarborgd was. Zo bekleedde men zijn positie in de Foundation Council zonder last en ruggespraak, bestonden er wettelijke bepalingen die de journalistieke en editoriale onafhankelijkheid van ORF garandeerden, werd het toezicht op de ORF uitgeoefend door een onafhankelijk orgaan dat voor het merendeel bestond uit rechters en had ORF de wettelijke verplichting om onafhankelijk te zijn van de Staat. Een extra aanwijzing voor de onafhankelijkheid van ORF was dat de entiteit geen monopoliepositie bezat maar opereerde in de vrije competitie van de markt.

147 Dat gebeurde bijvoorbeeld niet in de zaak EHRM 18 juni 2002, Woonbron Volkshuisvestingsgroep e.a. t. Nederland, *NJB* 2002, nr. 35, *NJCM-Bulletin* 2003, nr. 6, p. 785-789 m.nt. N. Verheij. Zie ook: Zijlstra 2008, p. 42. Verheij leidt uit deze uitspraak af dat het EHRM de corporaties ten onrechte gelijk stelt aan een overheid. Dit baseert hij op de overweging van het EHRM dat de woningbouwcorporaties zich in deze zaak niet konden beroepen op een burgerlijk recht in de zin van artikel 6 EVRM omdat de corporaties – hoewel privaatrechtelijke rechtspersonen – het algemeen belang behartigen. Relevant is voorts volgens het EHRM dat bij het instellen of wijzigen van subsidiestromen teneinde de corporaties in staat te stellen woningen te bouwen en te onderhouden de Staat gebruik maakt van zijn 'public-authority prerogatives' met als gevolg dat de invloed daarvan op de corporaties toch voornamelijk een publieke is en geen private. De klacht van de Nederlandse woningbouwverenigingen dat de Afdeling bestuursrechtspraak geen onafhankelijk en onpartijdig gerecht was in de zin van artikel 6 EVRM was daarmee niet-ontvankelijk. Hoewel woningbouwcorporaties doorgaans rechtspersonen zijn met een wettelijke taak (rwt's) die een algemeen belang behartigen, kunnen zij naar mijn mening niet gelijk worden gesteld aan de overheid. Mijns inziens heeft het EHRM overigens ook zo ver niet willen gaan. Immers, volgens de voorwaarden van *Radio France* zouden het dan gouvernementele organisaties moeten zijn waardoor zij ex artikel 34 EVRM niet hadden kunnen klagen onder het EVRM. Zaken waarin dit wel is gebeurd: o.m. EHRM 23 november 1999, Gemeente Antilly (onderdeel van Gemeente Argilly) t. Frankrijk, *ECHR* 1999-VIII wier klacht inzake artikel 6 lid 1 EVRM *ratione personae* niet-ontvankelijk werd verklaard. Zie ook inzake artikel 6 lid 1 EVRM: EHRM 1 februari 2001, Ayuntamiento de Mula t. Spanje, *ECHR* 2001-I (niet-ontvankelijk).

toets is te vinden in de zaak *Islamic Republic of Iran Shipping Lines t. Turkije*.<sup>148</sup> Het EHRM concludeert dat deze rechtspersoon geen gouvernementele organisatie is. De klager is ook hier een privaatrechtelijke rechtspersoon<sup>149</sup> wiens kapitaal voor de meerderheid in handen is van de Iraanse Staat (staatsbedrijf). De klager beschikt niet over publiekrechtelijke bevoegdheden, verricht geen publieke diensten en heeft evenmin een monopoliepositie in een commerciële sector (*'competitive sector'*). Volgens het EHRM is een onderneming in het bijzonder een niet-gouvernementele organisatie als voldaan is aan de volgende criteria. Ten eerste is de onderneming juridisch en financieel onafhankelijk van de Staat. Ten tweede wordt de onderneming geheel gereguleerd door het privaatrecht en beschikt de onderneming niet over meer bevoegdheden dan gebruikelijk is in het privaatrecht. Tot slot is de onderneming onderworpen aan de burgerlijke rechter en niet aan de administratieve. Het EHRM verklaart de klacht vervolgens ontvankelijk.

Tegenovergesteld luidt de conclusie in een andere zaak: *Luganskvukillya t. Oekraïne*.<sup>150</sup> Hierin herhaalt het EHRM eerst de hoofdregel uit *Islamic Republic of Iran Shipping Lines t. Turkije*:

*"In particular, a company is "a non-governmental organisation" if it is governed essentially by company law, does not enjoy any powers beyond those conferred by ordinary private law in the exercise of its activities and is subject to the jurisdiction of the ordinary rather than the administrative courts (...)."*

Vervolgens herhaalt het de *Radio France*-criteria en zijn eerdere jurisprudentie ten aanzien van rechtspersonen die in de Oekraïne opereerden en die door het EHRM als gouvernementele organisaties zijn beschouwd (zoals specifieke staatsbedrijven die zich bezig houden met Staatsactiviteiten op het gebied van transport, mijnindustrie of energie en bedrijven wier aandelen volledig in handen zijn van de Staat zodanig dat de onderneming volledig afhankelijk is, gecontroleerd en gedreven wordt door de Staat). Het EHRM concludeert vervolgens dat in het onderhavige geval het staatsbedrijf alle kenmerken vertoont van een staatsbedrijf dat onder volledige controle staat van de overheid en zelfs deelneemt aan de uitoefening van openbaar gezag op het vlak van de kolenindustrie. De klacht is kortom niet-ontvankelijk.

148 EHRM 13 december 2007, *Islamic Republic of Iran Shipping Lines*, EHRC 2008/24.

149 Althans dat lijkt mij logisch. Er wordt gesproken van een *'State-owned corporation'*. Het EHRM heeft het enerzijds over aandelen en *'corporation'*. Anderzijds lijkt het EHRM elders te impliceren dat het een *public-law entity* betreft. Ook in EHRC 2008/24 wordt in de introductie op de zaak – volgens mij dus ten onrechte – gesteld dat sprake is van een publiekrechtelijke organisatie.

150 EHRM 27 januari 2009, *Luganskvugillya t. Oekraïne*. Er is een veelheid aan zaken geweest in het kader van Oekraïense staatsbedrijven die in deze uitspraak allemaal de revue passeren. Ik volsta met een verwijzing daarnaar.



Concluderend kan ten eerste worden opgemerkt dat voor de hier besproken 'publieke' entiteiten het enkele publieke karakter van hun rechtsvorm onvoldoende is om hen het predicaat 'gouvernementele organisatie' te geven. Ten tweede is van belang dat het EHRM de *Radio France*-criteria in elke zaak toetst aan de specifieke omstandigheden van het geval. Daartoe verricht het EHRM een uitvoerige analyse van de betreffende klagende entiteit. Doorslaggevend zijn: de vaststelling dat aan de entiteit bevoegdheden van de overheid zijn overgedragen dan wel dat de entiteit onder daadwerkelijke overheidscontrole een publieke dienst vervult. In hoeverre een entiteit onder overheidscontrole een publieke dienst verricht, wordt door het EHRM zeer concreet getoetst. Daarbij is de mate van juridische en financiële afhankelijkheid van de Staat relevant. Ook is de vraag of een onderneming geheel wordt gereguleerd door het privaatrecht van belang. Een andere indicatie is dat de onderneming niet over meer bevoegdheden beschikt dan gebruikelijk is in het privaatrecht. Tot slot kan relevant zijn of de onderneming is onderworpen aan de burgerlijke rechter en niet de administratieve.

Vaststaat dat het EHRM in dit verband wel een theoretisch kader heeft geconstrueerd. Dit kader vertoont zeker gelijkenissen met artikel 5 en artikel 8 van de *Articles*.

*(ii) de schendende entiteit*

De modaliteiten waarlangs het EHRM staatsaansprakelijkheid construeert voor EVRM-schendingen van 'publieke entiteiten' zijn dezelfde als de twee hoofdcriteria van artikel 34 EVRM. In de eerste plaats zijn EVRM-schendingen van publieke dan wel private entiteiten<sup>151</sup> waaraan bevoegdheden zijn geattribueerd of overgedragen toerekenbaar aan de Staat. In de tweede plaats blijkt dat staatsdeelnemingen die in voldoende mate onder overheidscontrole staan ook staatsaansprakelijkheid teweeg kunnen brengen. In deze beide gevallen construeert het EHRM staatsaansprakelijkheid door de betreffende entiteit gelijk te stellen met de overheid zodat tussen de klager en de entiteit een *verticale* relatie ontstaat waarbinnen de mensenrechten hun gelding hebben. Dit laat onverlet dat staatsaansprakelijkheid ook over de band van de positieve verplichtingen van de verdragsstaat kan worden geconstrueerd zodat de relatie tussen de klager en de betreffende entiteit een horizontale blijft. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat het EHRM soms in één zaak voor beide ankers gaat liggen. Hierna wordt ingegaan op jurisprudentie waaruit bovenstaande blijkt.

Toekenning of overdracht van bevoegdheden aan entiteiten

Ten eerste wordt de toerekening van EVRM-schendingen van entiteiten besproken waaraan bevoegdheden zijn toegekend c.q. overgedragen. Deze toerekening geldt ongeacht de vraag of sprake is van een publiekrechtelijke

---

151 Zie hierover in ieder geval Alkema 1988, Vande Lanotte & Haeck (I), nrs. 29-33, Wouters & de Smet, Engelhard 2009 en Van Emmerik 2010.

dan wel privaatrechtelijke rechtspersoon. Dit wordt hierna aan de hand van een zevental zaken<sup>152</sup> geïllustreerd.

In de eerste plaats kan worden gewezen op een zaak die door drie Belgische artsen was aangespannen tegen België vanwege handelen en nalaten van de Orde van Artsen.<sup>153</sup> De artsen klaagden over schending van artikel 11 EVRM, 6 EVRM en 10 EVRM. In het kader van deze paragraaf is alleen de klacht onder artikel 11 EVRM van belang. Krachtens de Belgische regelgeving dienen Belgische artsen verplicht lid te zijn van de Orde van Artsen.<sup>154</sup> Deze publiekrechtelijke rechtspersoon had de artsen sancties in de vorm van schorsingen opgelegd vanwege 'professional misconduct' en klagers hadden die merendeel tevergeefs bestreden. In het licht van artikel 11 EVRM meenden de artsen dat verplicht lidmaatschap van de Orde ongerechtvaardigd was. De zaak is van niet van belang vanwege de constructie van toerekening (dat vormt geen onderdeel van het geschil) maar vanwege de criteria die de ECRM aanlegt om te beargumenteren dat de Orde van Artsen geen vereniging is in de zin van artikel 11 EVRM.<sup>155</sup>

*'64. The Court notes firstly that the Belgian Ordre des médecins is a public-law institution. It was founded not by individuals but by the legislature; it remains integrated within the structures of the State and judges are appointed to most of its organs by the Crown. It pursues an aim which is in the general interest, namely the protection of health, by exercising under the relevant legislation a form of public control over the practice of medicine. Within the context of this latter function, the Ordre is required in particular to keep the register of medical practitioners. For the performance of the tasks conferred on it by the Belgian State, it is legally invested with administrative as well as rule-making and disciplinary prerogatives out of the orbit of the ordinary law (prerogatives exorbitantes du droit commun) and, in this capacity, employs processes of a public authority (...).'*

152 Zie voor een Nederlandse zaak waarin het delegatiecriterium niet expliciet aan de orde kwam maar naar mijn mening wel een rol speelt: ECRM 12 oktober 1978, X. B.V. t. Nederland, D&R 15, p. 133-136, p. 134: "With respect to the present application the Commission notes that the Foundation against which the applicant's complaints are directed has been created on the basis of an agreement between the organisation of employers in the car industry (BOVAG) and representatives of the trade unions concerned. According to Netherlands law the Foundation is a private corporate body not exercising any public powers. However, under the Law on the Extension and Reduction of the Binding Effect of Collective Labour Agreements the Minister extended the binding effect of the agreement to all employers and employees of the same branch of industry as from 28 May 1971. As a consequence the Foundation in question could also claim contributions from employers who unlike the applicant had not been present or represented at the negotiations concerned. The Commission considers that the Foundation's claims which had originally been derived from a contract between private individuals had consequently obtained a certain public law character and could so engage State responsibility." Aldus beschikte het Fonds naar mijn mening over de bevoegdheid om eenzijdig bindend te handelen, hetgeen een bevoegdheid is die naar zijn aard publiekrechtelijk is en die past in het hiervoor geschetste stelsel.

153 EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België.

154 EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België, par. 21: 'Article 2 of Royal Decree no. 79 provides that "the Ordre des médecins shall include all physicians, surgeons and obstetricians who are permanently resident in Belgium and entered on the register of the Ordre for the Province where they have their permanent residence" and that "in order to practise medicine in Belgium, every medical practitioner" – whether Belgian or foreign – "must be entered on the register of the Ordre".'

155 EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België.

Uit dit citaat blijkt dat het een publiekrechtelijke rechtspersoon betreft, waaraan bevoegdheden zijn toegekend en die over meer bevoegdheden beschikt dan een entiteit naar 'ordinary law' heeft. Deze criteria herinneren aan de *Radio France*-criteria die in het licht van artikel 34 EVRM worden toegepast.

In de zaak *Van der Musselle t. België*<sup>156</sup> stond de regelgeving van de Belgische Orde van Advocaten (een publiek lichaam) centraal. De Belgische Staat had aangevoerd niet aansprakelijk te zijn voor de uitvoering van bevoegdheden door de Orde. Volgens het EHRM bracht de overdracht van verplichtingen door de verdragsstaat aan de Orde geen wijziging in de aansprakelijkheid van de Belgische Staat die deze zou hebben wanneer hij ervoor had gekozen de verplichting *niet* over te dragen aan de Orde (en dus *zelf* uit de voeren).<sup>157</sup> De overgedragen verplichtingen bestonden onder meer in de verplichting voortvloeiend uit artikel 6 EVRM om een stelsel van gefinancierde rechtsbijstand op te zetten.

Een ander duidelijk en bekend voorbeeld is de zaak *X. t. Duitsland*.<sup>158</sup> De zaak is aanhangig gemaakt door klagers wier grafrechten door een synodebeslissing van de Lutherse kerk zonder een vorm van compensatie van eeuwigdurende rechten zijn omgezet naar rechten voor bepaalde tijd, te weten 40 jaar. Klagers doen een beroep op schending van artikel 1 EP. Op de vraag of het handelen van de Lutherse kerk tot Staatsaansprakelijkheid kan leiden, overweegt de ECRM dat dit het geval is. De kerken zijn 'public law entities' die bevoegdheden uitoefenden die door de verdragsstaat aan hen zijn overgedragen in het bijzonder met betrekking tot 'the administration of their cemeteries'.<sup>159</sup> Het handelen van de Lutherse kerk kan aan de verdragsstaat worden toegerekend.

Voorts kan worden gewezen op een tweetal zaken met betrekking tot EVRM-schendingen in het kader van scholen. Het eerste voorbeeld is de zaak *Campbell en Cosans t. het Verenigd Koninkrijk*<sup>160</sup> en betreft een EVRM-schending die plaatsvond op een staatsschool. De tweede hier te bespreken

156 EHRM 23 november 1983, *Series A* no. 70, p. 14-15, par. 28-30: "(...) *The Belgian State (...) lays the obligation by law on the Ordres des avocats, (...). Such a solution cannot relieve the Belgian State of the responsibilities it would have incurred under the Convention had it chosen to operate the system itself. (...).*"

157 Zie voor een recent voorbeeld: EHRM 28 mei 2009 (app.no. 26713/05), *Bigaeva t. Griekenland*, waarin de Griekse Orde van Advocaten geweigerd had klaagster toe te staan examen te doen. Voor het EHRM (par. 30-31) stond vast dat sprake was van een inbreuk door een 'public authority'. De vraag was slechts of deze inbreuk gerechtvaardigd was.

158 ECRM 12 mei 1980, *X. t. Duitsland* (8363/78), *D&R* 20, 163.

159 "In respect of its jurisdiction *ratione personae*, the Commission notes that in the Federal Republic of Germany the churches, which are public law corporations, exercise powers delegated to them by the State, in particular with regard to the administration of their cemeteries (...). In the instant case therefore, the Federal Republic of Germany is, from the point of view of the Convention, answerable for the acts of which the applicant is complaining. The Commission has, therefore, jurisdiction *ratione personae* to entertain the application."

160 EHRM 25 februari 1982, *Campbell en Cosans t. het Verenigd Koninkrijk*, *Series A* no. 48.

zaak, *Costello-Roberts t. het Verenigd Koninkrijk*,<sup>161</sup> betreft een EVRM-schending op een privéschool. Beide zaken maken inzichtelijk dat het EHRM soms voor meerdere ankers gaat liggen: de overdracht van bevoegdheden, de positieve verplichting van de lidstaat om regulerend op te treden en het staatskarakter (overheidscontrole) van een entiteit. In *Cosans t. het Verenigd Koninkrijk* stond onder meer ter discussie in hoeverre disciplinaire maatregelen van leraren in een Schotse Staatsschool konden worden toegerekend aan het Verenigd Koninkrijk. Bij beoordeling van de vraag of het Verenigd Koninkrijk aansprakelijk gehouden kan worden, overweegt het EHRM als volgt:

*"34. (...) It may be true that the day-to-day maintenance of discipline in the schools in question is left to the individual teacher; when he administers corporal punishment he is exercising not a power delegated to him by the State but a power vested in him by the common law by virtue of his status as a teacher, and the law in this respect can be changed only by Act of Parliament (...). Nevertheless, in regard to education in Scotland, the State has assumed responsibility for formulating general policy (...) and the schools attended by the applicants' children were State schools."*

Vastgesteld kan worden dat niet duidelijk is welke van deze factoren voor het EHRM de doorslag geeft in het kader van de toerekening: de toekenning van publiekrechtelijke bevoegdheden dan wel het staatsbeleid c.q. het 'openbare' karakter van een staatsschool.<sup>162</sup> In *Costello-Roberts t. het Verenigd Koninkrijk* maakt het EHRM wel een uitdrukkelijke keuze. Ook hier wordt geklaagd over de door klager ondergane disciplinaire maatregelen ('*corporal punishment*') maar ditmaal in een *independent school* (private entiteit). De lijfstraf was uitgevoerd door het schoolhoofd (een private persoon / orgaan). Gesteld wordt dat het Verenigd Koninkrijk artikel 3 en 8 EVRM heeft geschonden door in het nationale recht onvoldoende waarborgen op te nemen om kinderen tegen lijfstraffen te beschermen. Dit is een beroep op het niet-naleven van de positieve verplichting van de wetgever. Het Verenigd Koninkrijk meent niet aansprakelijk te zijn voor het gedrag van het schoolhoofd.<sup>163</sup> Niet alleen heeft het Verenigd Koninkrijk volgens de regering slechts een beperkte toezichthoudende rol op de school, maar ook voert het te ver indien het Verenigd Koninkrijk voor elk aspect in deze privéscholen aansprakelijk is. De regering stelt voorts niet aansprakelijk gehouden te kunnen worden omdat in haar regelgeving lijfstraffen verboden zijn zo lang die niet gematigd of redelijk zijn. Met andere woorden: het Verenigd Koninkrijk meent daarmee te hebben voldaan aan de eigen positieve verplichtingen en meent tot niet meer verplicht te zijn. Het EHRM beoordeelt deze aansprakelijkheid van het Verenigd Koninkrijk echter anders.<sup>164</sup> Op dit punt divergeert

161 EHRM 25 maart 1993, *Costello-Roberts t. het Verenigd Koninkrijk*, NJ 1995, 725, m.nt. E.A. Alkema.

162 Zie hierover ook par. 2.3.2.4.

163 EHRM 25 maart 1993, par. 25.

164 ECRM 13 december 1990.

de ontvankelijkheidsbeslissing<sup>165</sup> van de beslissing ten gronde. In de ontvankelijkheidsbeslissing meent het ECRM dat de aansprakelijkheid van het Verenigd Koninkrijk in het geding kon zijn wanneer het niet voldaan had aan zijn positieve verplichtingen om een kind in schoolsituaties (waarbij leraren optreden "*in loco parentis*") te beschermen. In de beslissing ten gronde echter construeert het EHRM via artikel 2 EP (het recht op onderwijs) een rechtstreekse aansprakelijkheid van de verdragsstaat voor de gedragingen van het schoolhoofd. Het overweegt ten eerste dat het interne disciplinaire regime van een school – waaronder lijfstraffen – behoort tot het recht op onderwijs (artikel 2 EP) dat de Staat aan kinderen moet verzekeren. Ten tweede stelt het dat kinderen in privéscholen en openbare scholen gelijk moeten worden behandeld.<sup>166</sup> Ten derde herhaalt het EHRM hier het uitgangspunt dat een verdragsstaat zich door delegatie van eigen verplichtingen aan particuliere instellingen of personen niet kan onttrekken aan aansprakelijkheid.<sup>167</sup> Het EHRM concludeert dat het handelen van het schoolhoofd Staatsaansprakelijkheid met zich mee brengt.<sup>168</sup> Hoewel het EHRM niet expliciteert welke verplichtingen zijn overgedragen, lijkt het EHRM ervan uit te gaan dat het handelen van het schoolhoofd te gelden had als het handelen van de verdragsstaat waardoor in feite een verticale relatie ontstond tussen school/schoolhoofd en klager.

Het uitgangspunt dat delegatie van verplichtingen aan private entiteiten een Staat niet ontslaat van zijn aansprakelijkheid komt voorts ook terug in de zaak *Woś t. Polen*.<sup>169</sup> Daarover het volgende. De heer *Woś*, een Pool, had tijdens WO II dwangarbeid verricht. Ter compensatie daarvan kent het Pools-Duitse Reconciliatie Fonds (hierna: 'het Fonds') hem een vergoeding toe. Deze compensatieregeling is gebaseerd op een overeenkomst tussen de Poolse en de Duitse Republiek. De heer *Woś* is het niet eens met de hoogte van de verkregen vergoeding en tracht de beslissing aan te vechten maar zowel bij de administratieve rechter als bij de burgerlijke rechter wordt hij niet ontvangen. Bij het EHRM klaagt de heer *Woś* over onder meer schending van artikel 6 lid 1 EVRM: de beslissing van het Fonds zou *unfair* zijn en hij heeft geen toegang gehad tot een rechter. De Poolse regering voert bij het EHRM het verweer dat het niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de beslissingen van het Fonds. Het betreft een volledig onafhankelijke en naar privaatrecht ingestelde entiteit. Deze stelling wordt door het EHRM

165 d.d. 13 december 1990.

166 Uit de jointly dissenting opinion van Ryssdal, Thór Vilhjálmsson, Matscher en Wildhaber volgt dat lijfstraffen op staatsscholen reeds waren afgeschaft. De dissenters merkten daarvoor o.m. het volgende op: "*A State can neither shift prison administration to the private sector and thereby make corporal punishment in prisons lawful, nor can it permit the setting up of a system of private schools which are run irrespective of Convention guarantees.*"

167 Onder verwijzing naar par. 28-30 uit *Van der Musselle t. België*.

168 Paragraaf 28.

169 EHRM 1 maart 2005, *Woś t. Polen*, AB 2006/258 m.nt. T. Barkhuysen en M. L. van Emmerik en bevestigd in EHRM 8 juni 2006, *EHRC 2006/99*, m.nt. A.M.L. Janssen.

zowel in de ontvankelijkheidsbeslissing als in de uitspraak ten gronde afge-  
wezen. De handelingen van het Fonds zijn – net als bij *Costello-Roberts* – vol-  
gens het EHRM ‘*capable of engaging the responsibility of the State*’.<sup>170</sup> In de ont-  
vankelijkheidsbeslissing voert de delegatietheorie de boventoon. De Poolse  
Staat zou de verplichtingen uit hoofde van een overeenkomst met Duitsland  
gedelegeerd hebben aan het Fonds en daarmee is Polen direct aansprakelijk  
voor de handelingen van het Fonds (en niet indirect via positieve verplich-  
tingen in een horizontale verhouding). In de zaak ten gronde verweert de  
Poolse Staat zich tegen deze delegatietheorie. Ten eerste (par. 46) stelt de  
regering dat het Fonds op grond van de overeenkomst met Duitsland uit-  
drukkelijk als non-gouvernementele organisatie is opgericht. Er is dan ook  
volgens de Poolse regering geen sprake van ‘delegatie’ van verplichtingen of  
bevoegdheden in de zin die het EHRM daaraan toedicht. Bovendien heeft de  
Poolse Republiek op grond van de Overeenkomst met Duitsland geen ande-  
re verplichting gehad dan die van de oprichting van het Fonds. Er heeft dus  
ook in dat kader geen delegatie plaats gevonden. Tot slot is het Fonds niet  
hiërarchisch ondergeschikt aan de Poolse regering en kan deze evenmin bin-  
dende aanwijzingen aan het Fonds geven met betrekking tot de inhoud van  
de beslissingen of de criteria waaraan een aanvraag voor honorering moet  
voldoen. In reactie op deze verweren, overweegt het EHRM (par. 53) dat – zo  
er geen sprake zou zijn van delegatie – deze niets afdoen aan de geldigheid  
van de *andere* gronden waarop in de ontvankelijkheidsbeslissing tot aans-  
prakelijkheid van de Poolse Staat is geconcludeerd. Wat zijn nu die andere  
gronden? Ten eerste heeft het EHRM gewezen op de substantiële mogelijk-  
heid van de Staat om het handelen van het Fonds<sup>171</sup> te beïnvloeden (de  
minister is bevoegd tot het benoemen en ontslaan van de raad van toezicht  
en de raad van bestuur van het Fonds) terwijl beide organen ruime bevoegd-  
heden hebben ten aanzien van het vaststellen van de regels voor het doen  
van aanvragen en zij beslissen over het benoemen en ontslaan van de orga-  
nen van het Fonds die oordelen over de aanvragen. Ten tweede ligt de toe-  
zichthoudende bevoegdheid op het Fonds bij de bevoegde Poolse minister.  
Met andere woorden: de Poolse regering heeft cruciale invloed op het gehele  
kader waarin het Fonds functioneert. Wellicht sluit het EHRM hier aan bij de  
uitgangspunt van artikel 34 EVRM dat een entiteit onder staatscontrole  
staat. Deze bijzondere omstandigheden resulteren er in ieder geval in dat de

---

170 Uit een quick scan van de EHRM-jurisprudentie blijkt niet dat deze zin als een standaardoverweging wordt gebruikt. Slechts hier en daar komt hij voor. Het EHRM gebruikte hem echter ook in *Costello-Roberts* t. Verenigd Koninkrijk (par. 28). De keren dat hij voorkomt, betreft het personen of entiteiten die zonder meer tot de Staat worden gerekend zoals soldaten, zie bijvoorbeeld EHRM 8 juli 2004, *Ilaşcu* e.a. t. Moldavië en Rusland, *EHRC* 2004/85, m.nt. M. Gondek. In enkele oudere zaken komt de zinsnede wel veel vaker voor: zie bijvoorbeeld: ECRM 10 december 1976, X. t. Verenigd Koninkrijk, appl. no. 6958/75 p. 103-105 en ECRM 12 oktober 1978, X. B.V. t. Nederland, *D&R* 15, p. 133-136.

171 In de Engelse tekst staat letterlijk: “68. (...), *the Government had at its disposal substantial means of influencing the Foundation’s operations.*”

Poolse Staat direct aansprakelijk is voor het handelen en nalaten van het Fonds. Met andere woorden: ongeacht of sprake is van een *gedelegeerde* bevoegdheid, kan de Staat toch aansprakelijk zijn wanneer een private entiteit onder staatscontrole staat (operationele en institutionele afhankelijkheid). De invloed van de Staat is niet alleen van financiële aard (uitkeringen worden gedaan uit de algemene middelen) of van inhoudelijke aard (overheden spelen een rol bij het vaststellen van de criteria<sup>172</sup>) maar voornamelijk van institutionele en operationele aard (overheden hebben invloed op de samenstelling van de belangrijkste organen van het Fonds en oefenen daarop toezicht uit).<sup>173</sup> In vergelijking met de *Articles* leidt dit tot het volgende beeld. In de *de jure*-relatie (artikel 5 *Articles*) tussen een entiteit en de Staat is de delegatietheorie van de ontvankelijkheidsbeslissing in *Woś* leidend. Bij de beslissing ten gronde inzake *Woś* gaat het om de *de facto*-relatie van artikel 8 *Articles*.

Een laatste voorbeeld van een zaak waarin de delegatietheorie terugkomt, betreft een uitspraak van het EHRM die gewezen is na de ontvankelijkheidsbeslissing inzake *Woś* maar vóór de uitspraak ten gronde: de zaak *Sychev t. Oekraïne*.<sup>174</sup> De heer Sychev heeft ten laste van een gefailleerd staatsmijnbedrijf recht op een bepaald bedrag aan arbeidsongeschiktheidsuitkering. Gedurende meer dan vijf jaar probeert hij met alle mogelijke middelen dit bedrag te recupereren, waarin hij uiteindelijk slaagt. De reden waarom zijn acties zo moeizaam verlopen, is gelegen in het feit dat op grond van het Oekraïense recht een liquidatiecommissie is belast met de afwikkeling van het faillissement van het staatsmijnbedrijf. Niet alleen duurt het enige tijd voordat de liquidatiecommissie is ingesteld maar ook duurt het lang voordat de commissie operationeel is. Ten overstaan van het EHRM verdedigt de Oekraïense regering zich met de stelling dat het niet verantwoordelijk is voor het stilzitten van deze commissie nu dat een private entiteit is. Het EHRM beoordeelt dit anders. Het verwijst naar de ontvankelijkheidsbeslissing inzake *Woś* waarin was overwogen dat een Staat die een bepaalde verplichting had gedelegeerd niet ontslagen was van zijn verzekeringsplicht ex artikel 1 EVRM. Daarbij overweegt het EHRM:

*'54. The Court does not find it necessary to embark on a discussion of whether the liquidation commission was or was not in itself a State authority (...). It suffices to note that the body in question exercised certain State powers at least as regards the execution of court judgment. (...).'*

172 Dit vergt enige nuancering. Het betrof hier uitkeringen gedaan in twee stelsels: het zogenoemde '*first compensation scheme*' en het '*second compensation scheme*'. Het eerste was in het licht van de met Duitsland gesloten overeenkomst door het Fonds opgesteld. Het tweede door Polen en Duitsland samen en waarbij de criteria neergelegd waren in een Duitse wet. De Poolse minister kon het reglement wel amenderen. Duitsland en het Fonds kwamen daarna overeen dat het Fonds deze gelden kon uitkeren. Onder beide stelsels had *Woś* om compensatie verzocht.

173 Zie Engelhard 2009, p. 15.

174 EHRM 11 oktober 2005, *Sychev t. Oekraïne*, appl. no. 4773/02.

Het is voor het EHRM dus niet relevant of de liquidatiecommissie een overheidsorgaan is. Voldoende is dat de liquidatiecommissie *'exercised certain State powers'* (gedelegeerde publiekrechtelijke bevoegdheden) en dat maakt dat het handelen of nalaten van de commissie aan de verdragsstaat wordt toegerekend.

Staatsinrichtingen zoals openbare ziekenhuizen, openbare scholen en overheidsbedrijven.<sup>175</sup>

Dit brengt mij op de tweede lijn waarlangs Staatsaansprakelijkheid voor schendingen van publiekrechtelijke of privaatrechtelijke rechtspersonen door het EHRM lijkt te worden geconstrueerd: het zijn van een staatsinrichting die volledig onder controle van de verdragsstaat functioneert.

Ten eerste rekent het EHRM de EVRM-schendingen van medewerkers bij instellingen zoals openbare scholen en openbare ziekenhuizen e.d. toe. Met betrekking tot openbare scholen is hiervoor al gewezen op de zaak *Campbell and Cosans t. het Verenigd Koninkrijk*.<sup>176</sup> Weliswaar lijkt het EHRM verschillende toerekeningsgronden te hanteren maar in ieder geval overweegt het:

*'34. (...) Nevertheless, in regard to education in Scotland, the State has assumed responsibility for formulating general policy (...) and the schools attended by the applicants' children were State schools.'*

Met betrekking tot openbare ziekenhuizen kan worden gewezen op de zaken *Trocellier t. Frankrijk*<sup>177</sup> en *Shtukaturov t. Rusland*.<sup>178</sup> In eerstgenoemde zaak betrof het schendingen van hulpverleners werkzaam in openbare ziekenhuizen. In de tweede ging het om schendingen begaan in openbare (psychiatri-

175 Gevangenen behoren vanwege het geweldsmonopolie van de Staat naar mijn mening in de categorie officiële staatsorganen (zie paragraaf 2.3.2.2). Vanwege het geweldsmonopolie van de Staat Bijvoorbeeld EHRM 26 september 2006, *Wainwright t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2006/130, m.nt. G. de Jonge (8 EVRM), EHRM 29 april 2003, *McGlinchy e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2003/51, m.nt. G. de Jonge (artikel 3 EVRM), EHRM 14 maart 2002, *Paul en Audrey Edwards t. het Verenigd Koninkrijk*, EHRC 2002/36, m.nt. G. de Jonge (artikel 2 EVRM), EHRM 4 april 2000, *Witold Litwa t. Polen*, EHRC 2000/40, m.nt. J. van der Velde (artikel 5 EVRM) en EHRM 21 december 1999, *Demirtepe t. Frankrijk*, EHRC 2000/17, m.nt. J. van der Velde (artikel 8 EVRM).

176 EHRM 25 februari 1982, *Campbell en Cosans t. het Verenigd Koninkrijk*. Vgl. ook EHRM 3 november 2009, *Lautsi e.a. t. Italië*, EHRC 2010/8 m.nt. H.M.T.D. ten Napel (Kamer) en *Lautsi e.a. t. Italië*, EHRM 18 maart 2011, EHRC 2011/86 m.nt. Ch. Samkalden en P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt (GK, geen schending) waarin het de vraag betrof of de verplichte aanwezigheid van crucifixen in klaslokalen van Italiaanse staatscholen zich verdraagt met artikel 2 EP en artikel 9 EVRM. Aangezien op de verdragsstaat uit hoofde van artikel 2 EP mede de verplichting rust om een *legal framework* met betrekking tot het recht op onderwijs op te stellen, kan de verdragsstaat ook aansprakelijk zijn uit hoofde van schending van die (positieve) verplichting.

177 EHRM 5 oktober 2006, EHRC 2007/23, m.nt. A.C. Hendriks.

178 EHRM 27 maart 2008, EHRC 2008/74, m.nt. C. Forder.



sche) inrichtingen. Beide zaken hebben betrekking op artikel 8 EVRM.<sup>179</sup> In de zaak *Trocellier t. Frankrijk* werd geoordeeld dat de Staat aansprakelijk kon worden gehouden voor het niet naleven van een informatieplicht door hulpverleners omdat deze werkzaam waren in een *openbaar* ziekenhuis c.q. in een *openbare* instelling van gezondheidszorg.<sup>180</sup> Het EHRM lijkt het openbare karakter van de instelling doorslaggevend te vinden. Het oordeelde dat de instelling in operationele en institutionele zin afhankelijk was van de verdragsstaat. Nu het hier de schending van een informatieplicht betrof die behoort tot het in artikel 8 EVRM beschermde recht, zou het EHRM ook via de constructie van overdracht van bevoegdheden c.q. verplichtingen tot toerekening kunnen komen. Het EHRM expliciteert dit echter niet maar lijkt zelf doorslaggevend te vinden dat het een *openbaar* ziekenhuis was.

In de zaak *Shtukurov t. Rusland* overweegt het EHRM in het licht van de ontvankelijkheidsvraag onder artikel 5 lid 1 EVRM (par. 110) dat – hoewel de opname van de klager is verzocht door zijn voogd (met andere woorden in een horizontale verhouding) – de opname zelf heeft plaatsgevonden door het *openbare* psychiatrisch ziekenhuis. Het openbare karakter van dergelijke instellingen (*'State-run'*) impliceert de aansprakelijkheid van de Staat. De overheidscontrole die daarbij hoort, kan dan een factor van betekenis zijn. Dit laat onverlet dat de hiervoor al besproken positieve verplichting van een Staat (om bijvoorbeeld door middel van het totstandbrengen van regelgeving het recht op leven te beschermen) zowel ten aanzien van openbare instellingen als privé-instellingen geldt.<sup>181</sup>

Een andere 'staatsinrichting' die in dit kader genoemd moet worden, is het staatsbedrijf (tevens publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke rechtspersoon). Ter illustratie voor wat betreft het staatsbedrijf/publiekrechtelijke rechtspersoon wordt gewezen op de bekende zaak *Young, James en Webster*.<sup>182</sup> In deze zaak stond de vraag centraal of het Verenigd Koninkrijk aansprakelijk is voor handelingen van de *British Railway Board*, een publiekrechtelijk orgaan<sup>183</sup> van staatsbedrijf *British Rail*. De Britse regering voert aan voor de handelingen van dit lichaam jegens diens werknemers niet aansprakelijk te zijn. In de ontvankelijkheidsbeslissing wordt toerekening langs

179 In het licht van artikel 8 EVRM wordt gesproken over een "public authority".

180 Letterlijk par. 4: "En corollaire, en particulier, si un risque prévisible de cette nature se réalise sans que le patient en ait été dûment préalablement informé par ses médecins et que, comme en l'espèce, lesdits médecins exercent au sein d'un hôpital public, l'Etat partie concerné peut être directement responsable sur le terrain de l'article 8 du fait de ce défaut d'information." Zie voor eenzelfde overweging, par. 105 in EHRM 2 juni 2009, *Codarcea t. Roemenië*, GJ 2009/98, m.nt. A.C. Hendriks.

181 Het was dit aspect dat speelde in *Trocellier*: wanneer een arts die werkzaam is in een openbaar ziekenhuis de informatieplicht schendt die op hem rust op grond van nationale regelgeving die via de positieve verplichting van de Staat tot stand is gekomen dan is de Staat voor die schending aansprakelijk.

182 EHRM 13 augustus 1981 *Series A*, nr. 55 (zie ook de ontvankelijkheidsbeslissing van ECHR 3 maart 1978).

183 Opgericht bij de Transport Act 1962.

twee constructies aanvaard.<sup>184</sup> De ECRM oordeelt dat enerzijds de nationale regelgeving de inbreuk op artikel 11 EVRM mogelijk maakt. Anderzijds benoemt de ECRM ook dat het Verenigd Koninkrijk als werkgever van dit staatsbedrijf aansprakelijk is voor de gewraakte handeling. Overigens geldt de aansprakelijkheid als werkgever ongeacht of sprake is van een publieke dan wel privaatrechtelijke relatie tot de medewerkers.<sup>185</sup> Met betrekking tot de aansprakelijkheid als werkgeefster verweert de Britse regering zich met de stelling dat het staatsbedrijf met betrekking tot personeelszaken e.d. geheel autonoom handelt.<sup>186</sup> In de uitspraak ten gronde wordt (daarom zekerheidshalve?) de aansprakelijkheid geconstrueerd langs de lijn van de tekortschietende wetgever.<sup>187</sup>

Met betrekking tot staatsbedrijven/privaatrechtelijke rechtspersonen voor wier EVRM-schendingen het EHRM de verdragsstaat aansprakelijk houdt, kan worden gewezen op de zaken *Mykhaylenky e.a. t. Oekraïne*<sup>188</sup> en *Derkach en Palek t. Oekraïne*.<sup>189</sup> Ook hier wordt de toerekening geconstrueerd langs de lijn van de overheidscontrole waaronder het staatsbedrijf staat. In beide zaken claimen werknemers achterstallig salaris van hun werkgever, het staatsbedrijf Atomspetsbud dat belast is geweest met werkzaamheden bij Tsjernobil na de ramp die zich daar had voltrokken. Diverse gerechten veroordeelden het bedrijf tot betalingsverplichtingen maar Atomspetsbud

184 EHRM 3 maart 1978, *Webster t. Verenigd Koninkrijk*, par. 2, p. 175: “*But even if it is accepted that the existence of the legislation concerned does not in itself amount to an interference with this presumed right, it is still possible that with regard to nationalised industries the Responsibility of the High Contracting Party concerned, acting as an employer under relevant legislation, is engaged. In this respect the facts presented (...) seem to make it clear that the authorities of the State are entitled to exercise such control over British Rail, a nationalised industry, that, for the purposes of the Convention and in particular its Article 11, they must be considered as the “employer” of British Rail (...).*”

185 Zie bijvoorbeeld m.b.t. artikel 11 EVRM: EHRM 6 februari 1976, *Zweedse motorrijdersvereniging t. Zweden*, par. 37: “*The Convention nowhere makes an express distinction between the functions of a Contracting State as holder of public power and its responsibilities as employer. In this respect, Article 11 (...) is no exception. What is more, paragraph 2 (...) clearly indicates that the State is bound to respect the freedom of assembly and association of its employees, subject to the possible imposition of “lawful restrictions” in the case of members of its armed forces, police or administration. Article 11 (art. 11) is accordingly binding upon the “State as employer”, whether the latter’s relations with its employees are governed by public or private law. (...).*”

186 Letterlijk stelde de Britse regering in de ontvankelijkheidsbeslissing *Webster t. Verenigd Koninkrijk*, appl. no. 7806/77, par. 2, p. 174 “*(...) a public authority which acted in matters of personnel and closed shop agreements as an autonomous body.*”

187 Zie par. 49 van de uitspraak: “*Although the proximate cause of the events giving rise to this case was the 1975 agreement between British Rail and the railway unions, it was the domestic law in force at the relevant time that made lawful the treatment of which the applicants complained. The responsibility of the respondent State for any resultant breach of the Convention is thus engaged on this basis. Accordingly, there is no call to examine whether, as the applicants argued, the State might also be responsible on the ground that it should be regarded as employer or that British Rail was under its control.*”

188 EHRM 30 november 2004, (app. nos. 35091/02, 35196/02, 35201/02, 35204/02, 35945/02, 35949/02, 35953/02, 36800/02, 38296/02, and 42814/02), *Mykhaylenky e.a. t. Oekraïne*.

189 EHRM 30 november 2004, (app. nos. 34297/02; 39574/02), *Derkach en Palek t. Oekraïne*.

was niet in staat de schulden te voldoen. Klagers spreken vervolgens de verdragsstaat aan uit hoofde van schending van artikelen 6 lid 1 EVRM en 1 EP. De Oekraïense Staat verweert zich met de stelling dat Atomspetsbud weliswaar in staatshanden is maar dat het hier een separate (private) rechtspersoon betreft voor wiens schulden de staat niet aansprakelijk is. Het EHRM verwerpt dit verweer en veroordeelt Oekraïne tot betaling van het achterstallig salaris. Het hoofdargument in deze is dat niet is aangetoond dat Atomspetsbud voldoende operationele en institutionele onafhankelijkheid geniet ten opzichte van de Oekraïense Staat.<sup>190</sup>

*'In this respect the Court considers that the Government have not demonstrated that the "Atomspetsbud" company enjoyed sufficient institutional and operational independence from the State as to absolve the State from responsibility under the Convention for its acts and omissions (c.f., mutatis mutandis, (and with reference to Article 34 of the Convention) Radio France and Others v. France (dec), no. 53984/00, 23 September 2003).'*

Volgens het EHRM heeft het bedrijf – ongeacht de nationaalrechtelijke rechtsvorm – een voldoende 'publiek' karakter. Meegewogen wordt in dat verband ten eerste het feit dat de werkzaamheden worden verricht in de sterk van overheidswege gereguleerde sfeer van atoomenergie en in de "verboden" zone van Tsjernobil die onder strenge supervisie stond vanwege gezondheids- en milieurisico's. De controle van de overheid betreft voorts ook de arbeidsverhoudingen van de klagers en hun salaris. Het gelegde beslag op de goederen van de onderneming is daarbij door de Staat verboden vanwege de hoge stralingsgraad. Tot slot is het bestuur van de onderneming overgedragen aan het ministerie van EZ. Het betreft hier dus uitzonderlijke omstandigheden maar kernpunt in de redenering van het EHRM blijft dat deze omstandigheden de mate van operationele en institutionele onafhankelijkheid van de onderneming dermate hebben beïnvloed dat ruimte bestaat voor toerekening aan de verdragsstaat.

Tot slot wijs ik hier op een enigszins atypische zaak die ook reeds hiervoor is genoemd (decentrale, regionale en lokale overheden), namelijk de zaak *Saliyev t. Rusland*.<sup>191</sup> In deze zaak was sprake van een vermeende schending van (de hoofdredacteur van) een gemeentelijke krant. Het EHRM construeert de aansprakelijkheid van Rusland gefaseerd. Ten eerste beoordeelt het of de gemeentelijke krant een *public authority* is in de zin van artikel 10 EVRM. In dat verband sluit het EHRM (par. 64) uitdrukkelijk aan bij de *Radio France*-criteria. Eerst overweegt het EHRM dan dat:

*'65. (...) the newspaper was incorporated as a separate legal entity and, in theory, its editorial board enjoyed a certain degree of freedom in deciding what to publish. This is to some extent confirmed by the fact that the applicant's article had been admitted for publication. Furthermore, the charter of the newspaper proclaimed that the municipality could not oblige the newspaper to publish particular material (other than legislative acts or official notifications).'*

190 EHRM 21 december 2004, Derkach en Palek t. Oekraïne, par. 31.

191 EHRM 21 oktober 2010, Saliyev t. Rusland, EHRC 2011/15 m.nt. C. de Kruif.

Het lijkt er daarmee op dat de krant eerder als ‘*non governmental*’ wordt gekwalificeerd. Maar dan overweegt het EHRM:

*‘66. However, the newspaper was set up to provide a public service (informing the population about official and other events in the town) in the form of a “municipal institution”. All of its real property and equipment belonged to the municipality. The editor-in-chief was appointed and paid by the municipality. Although in theory the newspaper was allowed to have independent sources of income (from advertising, for instance), they were of marginal importance and the newspaper existed thanks to the municipality’s funding. Moreover, the municipality had the right to shape the newspaper’s editorial policy, at least regarding “strategic” issues (...).*

*67. Therefore, the independence of the newspaper was severely limited by the existence of strong institutional and economic links with the municipality and by the constraints attached to the use of its assets and property. Mr Svistunov had a dual role in this set-up: on the one hand he was a professional journalist, with his own ideas and opinions. On the other hand he was required by virtue of his status to ensure the loyalty of his newspaper to the municipality and its policy line.’*

Het EHRM kwalificeert de mate waarin de krant institutioneel en economisch onafhankelijk is van de gemeente als minimaal. Het EHRM concludeert vervolgens als volgt (par. 68):

*‘(...). Given the overall context of the case, and the dual role played by the editor-in-chief, his decision to withdraw the newspapers can be characterised as an act of policy-driven censorship. The Court concludes that in the circumstances the editor-in-chief implemented the general policy line of the municipality and acted as its agent.’*

Concluderend kan worden vastgesteld dat het EHRM op twee manieren Staatsaansprakelijkheid construeert voor schendingen begaan door publiekrechtelijke rechtspersonen. In de eerste plaats gebeurt dit langs de lijn van attributie of delegatie van publiekrechtelijke bevoegdheden. In de tweede plaats is het karakter van staatsinrichting waardoor de entiteit onder aanzienlijke overheidscontrole staat een wijze waarop het EHRM de toerekening aan de verdragsstaat construeert. Aangetekend dient te worden dat deze jurisprudentie van het EHRM erg casuïstisch is en het EHRM telkens een zeer concrete toets uitvoert met betrekking tot de betreffende entiteit. Daarbij blijkt dat het EHRM er soms voor kiest om voor meerdere ankers te gaan liggen c.q. om de aansprakelijkheid over de band van de positieve verplichtingen van de verdragsstaat te construeren.

### 2.3.3 Conclusie paragraaf 2.3

Onder het EVRM bestaat geen rechtsgeleerde opinie zoals in het kader van de *Articles* met betrekking tot de vraag voor wier handelen en nalaten de verdragsstaat aansprakelijk is onder het EVRM. Wel biedt de jurisprudentie van het EHRM hierin meer inzicht. In deze paragraaf is dit nader geanalyseerd.

Ten eerste wordt handelen of nalaten in strijd met het EVRM toegerekend aan de verdragsstaat wanneer dit afkomstig is van reguliere overheidsorganen, zoals de wetgever, het bestuur, de rechter, decentrale overheden en ambtenaren. Wat deze laatsten betreft, is toerekening ook gegeven indien

ambtenaren hun bevoegdheid te buiten gaan of voor hen geldende instructies negeren of een cruciale rol spelen bij het EVRM-strijdig handelen of nalaten van private derden. De toerekening aan de Staat voor deze groep entiteiten of personen geldt zowel ten aanzien van negatieve als positieve verplichtingen. Over de band van de positieve verplichtingen van wetgever of executieve of via de interpretatie van privaatrechtelijke documenten of nationale regelgeving door de rechter ook in horizontale verhoudingen.

Ten tweede zal de Staat aansprakelijk zijn wanneer het andere publieke entiteiten of personen dan voornoemde betreft waaraan publiekrechtelijke bevoegdheden zijn gedelegeerd zoals bleek uit *Van de Mussele en X. t. Duitsland*. Dit geldt in dezelfde mate voor private entiteiten en personen zoals uitgesproken is in *Costello-Roberts* (ten gronde), de ontvankelijkheidsbeslissing inzake *Woś* en *Sychev*.

Een laatste categorie<sup>192</sup> 'overige' publieke entiteiten zal Staatsaansprakelijkheid teweeg kunnen brengen vanwege het enkele feit dat het een staatsinrichting is. In dat geval is de mate van operationele en institutionele afhankelijkheid van de Staat beslissend. In de EHRM-jurisprudentie is dit bijvoorbeeld aangenomen voor openbare scholen, openbare ziekenhuizen en openbare psychiatrische instellingen maar ook voor andere staatsbedrijven zoals een gemeentelijke krant (*Saliyev*) en staatsbedrijven die een publieke dienst vervullen zoals in de zaken *Mykhaylenky e.a.* en *Derkach en Palek*. Dit volgt ook uit de jurisprudentie aangaande artikel 34 EVRM. Zo kan het zijn dat de Staat werkgever is (*Zweedse motorrijdersvereniging*). Of kunnen het ondernemingen zijn die in een monopoliepositie publieke diensten uitoefenen zoals nationale vervoersmaatschappijen (voor publieke entiteiten kan in dat verband worden gewezen op de zaak *RENFE* en voor private op de zaak *Radio France e.a.*). Ook wanneer de Staat een private entiteit in feite zowel op institutioneel als op operationeel niveau zeer zwaar beïnvloedt waardoor een zeer sterke mate van afhankelijkheid ontstaat, kunnen dergelijke entiteiten 'publiek' worden. Hiervoor kan worden gewezen op de uitspraak ten gronde in *Woś*. De jurisprudentie van het EHRM is zeer casuïstisch en telkens afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.

Hierna wordt onderzocht hoe het leerstuk van Staatsaansprakelijkheid onder het EU-recht is vorm gegeven.

---

192 Wouters & De Smet zien ook nog een laatste categorie private ondernemingen. Dit 'geïnspireerd' door artikel 11 van de *Articles*: wanneer het handelingen van private ondernemingen betreft die naderhand door de Staat zijn 'erkend en als de zijne heeft aangenomen'. Vooralsnog geeft de in het kader van dit onderzoek bestudeerde EHRM-jurisprudentie hier geen aanleiding voor. Om die reden komen dergelijke gevallen dan ook niet voor in deze paragraaf.

## 2.4 STAATSAANSPRAKELIJKHEID UIT HOOFDE VAN HET EU-RECHT<sup>193</sup>

Het eerder in dit hoofdstuk beschreven volkenrechtelijke uitgangspunt van toerekening van handelen aan de Staat bestaat in het EU-recht eveneens. Een standaardoverweging van het HvJEU in zijn jurisprudentie ten aanzien van staatsaansprakelijkheid krachtens EU-recht is dat een lidstaat zich niet met een beroep op zijn interne bevoegdheidsverdeling aan aansprakelijkheid kan onttrekken.<sup>194</sup> In het licht van de eerder besproken *Articles* en het EVRM is dit niet verrassend.

### 2.4.1 Inleiding

Alvorens het leerstuk van de Staatsaansprakelijkheid in het licht van het Unierecht te bespreken, is een enkele kanttekening op zijn plaats.

Ten eerste bevat het Unierecht voor een gedeelte supranationaal recht waardoor het karakter van de doorwerking van deze bepalingen een andere is. Voorts is van belang dat in het EU-recht geen bepaling bestaat die vergelijkbaar is met de verzekeringsplicht zoals geformuleerd in artikel 1 EVRM. Wél kent het EU-recht ten aanzien van richtlijnen de bepaling dat deze verbindend zijn voor het resultaat. Het HvJEU overweegt in dit verband ook uitdrukkelijk dat het uiteindelijk alleen de lidstaat is die de volledige implementatie van de richtlijn moet verzekeren. Ook kent het EU-recht het beginsel van Unietrouw, van rechtstreekse werking en conforme interpretatie opdat de doorwerking van het Unierecht zo volledig mogelijk is.

Ten tweede is van belang dat anders dan onder het EVRM<sup>195</sup> een lidstaat op grond van het EU-recht rechtstreeks kan worden aangesproken door de Commissie of een medelidstaat vanwege de niet-nakoming van EU-verplichtingen. De lidstaat is dan aansprakelijk voor de niet-nakoming jegens de Unie. Deze actie is mogelijk op grond van artikel 258 VwEU (Commissie) respectievelijk artikel 259 VwEU (lidstaat). Of een lidstaat daadwerkelijk tekort is geschoten in de nakoming van de op hem rustende verplichtingen wordt uiteindelijk door het HvJEU vastgesteld (artikel 260 lid 1 VwEU). In Hoofdstuk 3 zal deze zogenoemde inbreukprocedure uitgebreid worden besproken. Voor nu is slechts relevant dat het HvJEU in deze zaken met grote regelmaat overweegt dat een lidstaat ex artikel 258 VwEU (voorheen artikel 226 EG) *altijd* aansprakelijk is voor het niet-nakomen van EU-verplichtingen ongeacht de vraag welk nationaal orgaan 'door zijn handelen of nalaten

193 Zie over de verhouding met de *Articles*: Simma in: Crawford 2010, p. 139-163.

194 Bijvoorbeeld: HvJEG zaak C-388/01, Commissie t. Italië, *Jur.* 2003, I-721. Zie ook Dupuy, p. 179.

195 Hier is enige nuancering op zijn plaats. Sinds het van kracht worden van artikel 46 paragraaf 4 van het EVRM (Prot. No. 14) per 1 juni 2011 kan het Comité van Ministers onder het EVRM een inbreukprocedure bij het EHRM aanhangig maken wanneer een verdragsstaat de eerdere uitspraak van het EHRM niet voldoende uitvoert. Zie uitgebreider daarover paragraaf 3.3.5.

het verzuim heeft veroorzaakt'.<sup>196</sup> De verantwoordelijke (altijd de lidstaat) kan daarmee een andere zijn dan de (directe) veroorzaker van de schending maar dat laat de verantwoordelijkheid van de eerste onverlet. Ook in het kader van de zogenoemde *Francovich*-aansprakelijkheid, die eveneens in Hoofdstuk 3 aan bod komt, geldt dit uitgangspunt. Een standaardoverweging in deze zaken is namelijk dat het beginsel van lidstaataansprakelijkheid jegens particulieren voor schendingen van Unierecht geldt

'voor alle gevallen van schending van het gemeenschapsrecht door een Lid-staat, ongeacht het orgaan van de lidstaat waarvan de handeling of het verzuim de schending uitmaakt.'<sup>197</sup>

Deze parallel is door het HvJEU getrokken in het licht van de uniforme toepassing van het Unierecht en van de jurisprudentie van het HvJEU ex artikel 258 VwEU.<sup>198</sup> Duidelijk spreekt hieruit het eenheidsbeginsel zoals dat hiervoor reeds aan de orde is gekomen.

In vergelijking met hetgeen onder het EVRM is geconcludeerd, lijkt de jurisprudentie van het HvJEU veel explicieter dan het EHRM de lidstaat te confronteren met zijn verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor de goede doorwerking van het Unierecht.

Bestudering van de jurisprudentie in de hiervoor genoemde twee procedures (aansprakelijkheid van de lidstaat jegens de Unie en aansprakelijkheid van de lidstaat jegens particulieren) toont aan dat een lidstaat krachtens het EU-recht in ieder geval aansprakelijk gehouden kan worden voor handelen of nalaten in strijd met het EU-recht door typische staatsorganen zoals de (mede)wetgever, het bestuur, de rechter en ambtenaren. Deze komen achtereenvolgens aan bod in paragraaf 2.4.2.1. De toerekening van schendingen van EU-recht door decentrale overheden wordt besproken in paragraaf 2.4.2.2. Onder welke omstandigheden schendingen van zogenoemde 'publieke' entiteiten voor rekening komen van de lidstaat wordt behandeld in paragraaf 2.4.2.3. Tot slot zal de Staat ook aansprakelijk kunnen zijn voor handelen of nalaten van particuliere derden (paragraaf 2.4.2.4).<sup>199</sup> Deze paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 2.4.3).

## 2.4.2 Toerekening krachtens EU-recht

### 2.4.2.1 Toerekening aan 'typische' staatsorganen

Ten eerste komt de niet-nakoming van EU-verplichtingen door de wetgever (als constitutioneel onafhankelijk orgaan) voor rekening van de lidstaat. Dit

196 Bijvoorbeeld: HvJEG zaak 77/69, Commissie t. België (Belgische houtzaak), *Jur.* 1970 p. 237, punt 15.

197 HvJEG gev. zaken C-46/98 en 48/98, Brasserie du pêcheur / Factortame III, *Jur.* 1996, I-1029, punt 32.

198 Zie ook Craig & De Búrca 2007, p. 332.

199 Zie o.m. ook: Lenaerts, Arts & Maselis, p. 136-138 en de aldaar aangehaalde jurisprudentie.

geldt zowel waar het de aansprakelijkheid van de lidstaat jegens de EU betreft als die waarin het gaat om de aansprakelijkheid van de lidstaat jegens een particulier. Wat de eerste situatie betreft, kan worden gewezen op legio uitspraken.<sup>200</sup> De niet-nakoming bestaat in dat geval uit het in strijd met het EU-recht uitvaardigen c.q. in stand laten van regelgeving of specifiek het te laat, onjuist of onvolledig implementeren van richtlijnen. Hierna worden ter illustratie kort enkele uitspraken genoemd.

Zo veroordeelde het HvJEU in de zaak C-172/98<sup>201</sup> het Koninkrijk België vanwege het in stand laten van nationale regelgeving die in strijd kwam met artikel 12 EG (inmiddels artikel 18 VwEU).<sup>202</sup> Voor het oprichten van bepaalde verenigingen met rechtspersoonlijkheid bevatte de Belgische regelgeving de eis dat een aantal bestuursleden dan wel een aantal gewone leden (meer dan de helft) de Belgische nationaliteit diende te bezitten. Hoewel een ontwerp-wijzigingswet was gemaakt, vlotte het wetgevingsproces naar de mening van de Commissie onvoldoende waardoor de inbreuk op het Unierecht voortduurde. Ook Nederland wordt met enige regelmaat door het HvJEU veroordeeld. Zo bijvoorbeeld in 2008<sup>203</sup> vanwege het door de Nederlandse wetgever ingevoerde stelsel van voorafgaande vergunningverlening voor het in onze kustwateren uitzaaien van inheemse oesters en mosselen die afkomstig zijn uit andere lidstaten. Dit stelsel werd belemmerend geacht voor het vrije verkeer zoals neergelegd in artikelen 28 en 30 EG (artikel 34 en 36 VwEU). De betreffende regelgeving lag vast in artikel 9 van de Visserijwet, het daarop gebaseerde Reglement zee- en kustvisserij 1977, artikel 9 leden 1 en 11 van de Beschikking visserij, visserijzone, zeegebied en kustwateren en de Vrijstellingsregeling mossel- en oestervisserij. Ook kan gewezen worden op zaak C-441/03<sup>204</sup> waarin Nederland door het HvJEU werd veroordeeld vanwege het niet (tijdig) implementeren van de Vogel- en Habitatrichtlijn.

Aangetekend moet worden dat het HvJEU in geval van niet tijdige implementatie van richtlijnen geen genoegen neemt met excuses. Klassiek is de zogenoemde *Belgische houtzaak* waarin een kamerontbinding de implementatieplannen doorkruiste.<sup>205</sup> Het HvJEU veroordeelde België desondanks. Een ander excuus – bijvoorbeeld de ingewikkeldheid van de te rege-

---

200 Bijvoorbeeld HvJEG zaak 8/70, Commissie t. Italië, *Jur.* 1970, p. 961 punt 9: 'overwegende dat de verdragsverplichtingen voor de staten als zodanig gelden en dat een Lid-staat in de zin van artikel 169 aansprakelijk wordt, onafhankelijk van de vraag welk staatsorgaan door zijn handelen of nalaten het verzuim veroorzaakte, zelfs al betreft het een constitutioneel onafhankelijke instelling.'

201 HvJEG, zaak C-172/98, Commissie t. België, *Jur.* 1999, I-3999.

202 Een vergelijkbare zaak was C-45/93, Commissie t. Spanje, *Jur.* 1994, I-911.

203 HvJEG zaak C-249/07, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2008, I-174.

204 HvJEG zaak C-441/03, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2005, I-3043.

205 HvJEG zaak 77/69, Commissie t. België (Belgische Houtzaak), *Jur.* 1970, p. 237.



len materie waardoor implementatie op zich liet wachten – redde het evenmin in Luxemburg.<sup>206</sup>

Zoals hiervoor al opgemerkt, geldt de toerekening van een schending van de wetgever aan de lidstaat ook in zaken waarin de lidstaat aansprakelijk is jegens een particulier (de zogenoemde *Francovich*-aansprakelijkheid). Klassiek is het voorbeeld van de zaak *Francovich*<sup>207</sup> zelf. Door geen waarborgfonds in het leven te roepen voor werknemers van bedrijven die insolvent werden was de wetgever tekort geschoten in de implementatie van Richtlijn 80/987. Het was deze tekortkoming van de wetgever die uiteindelijk leidde tot aansprakelijkheid van de Italiaanse Staat.

Ten tweede wordt handelen van het bestuur zoals de regeringsautoriteiten aan de lidstaat toegerekend. Dit zijn immers de vertegenwoordigingsbevoegde organen van de lidstaat.<sup>208</sup> Dit geldt zowel in zaken waarin de aansprakelijkheid jegens de EU centraal staat als in zaken waarin particulieren schade lijden ten gevolge van een schending van EU-recht. Zo is bijvoorbeeld België door het HvJEU veroordeeld vanwege het afsluiten van een bilaterale overeenkomst met de Verenigde Staten inzake luchtvervoer waardoor een met het Unierecht strijdige situatie was ontstaan.<sup>209</sup>

In de jurisprudentie van het HvJEU komen tevens zaken voor waarbij een minister of een andere bestuurder in strijd met het EU-recht handelt. Ook dan wordt de schending toegerekend aan de lidstaat. Een voorbeeld hiervan is de zaak *Hedley Lomas*.<sup>210</sup> Daarin werd de weigering van de Minister van Landbouw, Visserij en Voedselvoorziening om een vergunning te verstrekken voor de uitvoer van levende schapen naar Spanje in het kader van de *Francovich*-aansprakelijkheid toegerekend aan het Verenigd Koninkrijk. Een ander voorbeeld is de zaak *C-232/08*.<sup>211</sup> Nederland werd daarin door het HvJEU veroordeeld in het kader van ons visserijbeleid. Ten eerste handhaafde Nederland een zogenoemd privaat arrangement dat met de Nederlandse visserijsector was overeengekomen en dat een hoger motorvermogen toeliet (400 pk) dan EU-rechtelijk was toegestaan (300 pk). Ten twee-

206 Bijvoorbeeld: HvJEG zaak 72/85, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1986, p. 1219; HvJEG 383/85, Commissie t. België, *Jur.* 1989, p. 3069, punt 10 en HvJEG zaak 208/97, Commissie t. Portugal, *Jur.* 1998, I-4017. In laatst genoemde zaak valt op dat Portugal de niet-nakoming niet betwist. In het kader van de te late implementatie van de richtlijn tekent Portugal wel aan dat het ingewikkelde materie betreft.

207 HvJEG gev. zaken C-6/90 en C-9/90, *Francovich*, *Jur.* 1991, p. I-5357. Ook in de zaak *Brasserie du Pêcheur* werd een verbod (*Reinheitsgebot*) afkomstig van de Duitse wetgever aan de lidstaat toegerekend (HvJEG gev. zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du Pêcheur / Factortame III*, *Jur.* 1996, p. I-1029).

208 Dit blijkt o.m. uit ontvankelijkheidsbeslissingen van het HvJEU inzake beroepen aangespannen door regeringen van autonome gemeenschappen of regionale entiteiten zoals HvJEG zaak C-95/97, *Waals Gewest t. Commissie*, *Jur.* 1997, I-1787.

209 HvJEG zaak C-471/98, *Commissie t. België*, *Jur.* 2002, I-9681.

210 HvJEG zaak C-5/94, *Hedley Lomas*, *Jur.* 1996, I-2553. Het ging daarbij om de afwijzing van de aanvraag van *Hedley Lomas Ltd.* voor een exportvergunning voor schapen naar Spanje.

211 HvJEG zaak C-232/08, *Commissie t. Nederland*, *Jur.* 2009, I-166.

de paste Nederland bij controles een tolerantie­marge van 12,5% toe terwijl de EU­regelgeving daarvoor geen ruimte liet. Volgens Nederland betrof het hier twee kleine aanvullingen op de Nederlandse regelgeving die zelf volledig conform het Unierecht zou zijn. Met deze bijkomende maatregelen was de naleving van de voorschriften door de visserijsector volgens Nederland beter verzekerd. Zoals gezegd, had het HvJEU hier geen boodschap aan.

Bij bestuurshandelingen betreft het doorgaans het *toepassen* van een nationale bepaling. De niet-nakoming kan in de eerste plaats bestaan uit het toepassen van een met het Unierecht strijdige (nationale) bepaling. In de tweede plaats – en dat is in dit verband interessant – kan het gaan om de met het Unierecht strijdige toepassing van een niet met het Unierecht strijdige (nationale) bepaling. De Commissie kan ook in dat tweede geval een procedure vanwege niet-nakoming tegen de lidstaat aanspannen. Dit zowel wanneer de onjuiste toepassing plaatsvindt in een individueel (concreet) geval als wanneer sprake is van een zogenoemde vaste ‘administratieve praktijk’ die in strijd komt met het Unierecht.

Wanneer het de onjuiste toepassing betreft in een individueel, concreet geval leidt dit voor het HvJEU tot de conclusie dat in dat bepaalde geval het door een richtlijn beoogde resultaat niet is bereikt.<sup>212</sup> Een eerste voorbeeld hiervan is de zaak C-157/03.<sup>213</sup> In deze zaak hadden de Spaanse autoriteiten onder andere een verblijfsvergunning niet binnen de op grond van de richtlijn (en de met het Unierecht verenigbare nationale bepalingen<sup>214</sup>) voorgeschreven termijn van zes maanden afgegeven. Het HvJEU verklaarde dat Spanje aldus zijn verplichtingen uit hoofde van het Unierecht niet was nagekomen. Een ander voorbeeld is de zaak C-503/03<sup>215</sup> tegen Spanje.<sup>216</sup> Daarin constateerde het HvJEU dat Spanje in twee concrete gevallen (de heer Farid en de heer Bouchair) zijn verplichtingen uit hoofde van richtlijn 64/221/EEG niet was nagekomen. In beide gevallen betrof het derdelanders die in het Schengeninformatiesysteem (SIS) stonden gesignaleerd en gehuwd waren met onderdanen van een lidstaat. Als gevolg van de SIS-registratie

---

212 HvJEG zaak C-431/92, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1995, I-2189, punt 2 (milieuriichtlijn (m.e.r.)); HvJEG zaak C-471/98, Commissie t. België, *Jur.* 2002, I-9681, punt 39 (interne markt voor luchtvervoer); HvJEG gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 2003, I-3609, punt 30 (aanbestedingsrichtlijnen) en HvJEG zaak C-503/03, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2006, I-1049, punt 59 (richtlijn inzake het verblijfsrecht).

213 HvJEG zaak C-157/03, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2005, I-2911 (punt 44).

214 Punt 41 van genoemd arrest: ‘Hoewel zij [de Commissie, toevoeging CdK] erkent dat de Spaanse wettelijke bepalingen op het punt van de voor de afgifte van verblijfskaarten gestelde termijn verenigbaar zijn met richtlijn 64/221, verwijt de Commissie het Koninkrijk Spanje dat dit in het bijzondere geval van Rotte Ventura, die pas na een procedure van tien maanden haar verblijfsvergunning kreeg, de termijn van artikel 5 van deze richtlijn niet heeft geëerbiedigd.’

215 HvJEG zaak C-503/03, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2006, I-1049, punt 59.

216 In zijn conclusie bij zaak C-456/08 verwijst A-G Kokott in punt 38 naar deze zaak als een voorbeeld van een schending in een concreet geval in tegenstelling tot niet-nakoming vanwege EU-strijdige regelgeving.

hadden de Spaanse autoriteiten de derdelanders – kort gezegd zonder nader onderzoek – de toegang tot de Schengenruimte ontzegd. Hoewel Spanje geheel handelde in overeenstemming met de daarvoor bestaande regels (van de Schengen Uitvoeringsovereenkomst, hierna: SUO), meende de Commissie (bevestigd door het HvJEU) dat Spanje toch in strijd handelde met de materiële inhoud van het EU-recht dat voorrang had boven de SUO-regels. Het HvJEU verklaarde dat Spanje ten aanzien van beide personen zijn Unieverplichtingen niet was nagekomen.<sup>217</sup> Ook deze zaak is een voorbeeld van de situatie waarin het HvJEU in een individueel, concreet geval oordeelt dat de lidstaat tekort is geschoten.

Wanneer het niet de toepassing in een individueel, concreet geval betreft, kan de door de autoriteiten van de lidstaat gevoerde ‘administratieve praktijk’ in strijd zijn met het Unierecht. Wil een dergelijke praktijk ook aan de lidstaat kunnen worden toegerekend, dan moet het gaan om een met het EU-recht strijdige praktijk die ‘in zekere mate constant en algemeen’ is.<sup>218</sup> Het betreft dus stelselmatige schendingen. De aanwezigheid daarvan wordt door het HvJEU niet gemakkelijk aangenomen.<sup>219</sup> De Commissie kan niet volstaan met een vermoeden.<sup>220</sup> Anders dan bij de beoordeling van een wettelijke bepaling die uit hoofde van de inhoud in strijd komt met het Unierecht, dient de Commissie te bewijzen dat de op zich correcte bepaling door de administratie structureel op onjuiste wijze wordt *toegepast*. De Commissie dient ‘voldoende omstandig en gedocumenteerd’ bewijs aan te dragen voor

---

217 A-G Stix-Hackl verwijst in haar conclusie bij zaak C-441/02 (Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland, *Jur.* 2006, I-3449), (*Jur.* 2006, I-3449 punt 19) naar deze zaak als een voorbeeld van niet-nakoming bestaande uit een ‘enkel geval van de administratieve praktijk’ ter onderscheiding van een stelselmatige praktijk. Deze omschrijving is echter door het HvJEU in zijn arrest in de zaak waarbij A-G Stix-Hackl haar conclusie formuleerde uitdrukkelijk niet overgenomen. Voor toerekening van de EU-strijdige praktijk aan een lidstaat is volgens het HvJEU doorslaggevend of een praktijk in zekere mate een algemeen en constant karakter heeft.

218 Volgens het HvJEG in zaak C-441/02, Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland, *Jur.* 2006, I-3449, punten 47-50. Zie ook HvJEG zaak C-494/01, Commissie t. Ierland, *Jur.* 2005, I-3331, punten 28 en 41 en HvJEG zaak C387/99, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 2004, I-3773, punt 42 en HvJEG zaak C-287/03, Commissie t. België, *Jur.* 2005, I-3761, punt 29 en de daar genoemde jurisprudentie.

219 Zie bijvoorbeeld voor een verworpen beroep van de Commissie: HvJEG zaak C-287/03, Commissie t. België, *Jur.* 2005, I-3761.

220 Zie o.m. HvJEG zaak 96/81, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1982 p. 1791, punt 6; HvJEG zaak C-62/89, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 1990, I-925, punt 37. Dat een rechtsvermoeden onvoldoende is voor de niet-nakoming geldt overigens ook voor niet-nakoming bestaande uit bijvoorbeeld onjuiste implementatie van regelgeving. Zie bijvoorbeeld HvJEG zaak C-300/95, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, *Jur.* 1997, I-2649, punt 31; HvJEG zaak C-217/97, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1999, I-5087, punt 22 en HvJEG zaak C194/01, Commissie t. Oostenrijk, *Jur.* 2004, I4579, punt 34.

het bestaan van een dergelijke praktijk.<sup>221</sup> Een voorbeeld van een zaak waarin de Commissie in haar bewijslast is geslaagd, is een zaak tegen Ierland.<sup>222</sup> De Commissie had volgens het HvJEU aan de hand van twaalf concrete klachten van particulieren genoegzaam aangetoond dat onder diverse Ierse autoriteiten een 'strijdige, herhaalde en bestendige' praktijk bestond die het mogelijk maakte afval te storten op een wijze die in strijd kwam met EU-recht en afvalopslag- en verwerkingsinstallaties te exploiteren zonder te beschikken over de daartoe krachtens EU-recht vereiste vergunningen.

Ten derde is een lidstaat aansprakelijk voor een schending van EU-recht door de rechter. Doch niet onder alle omstandigheden.<sup>223</sup> Het HvJEU heeft zich uitgelaten over de vraag in hoeverre een lidstaat – uit hoofde van artikel 258 VwEU respectievelijk *Francovich*-aansprakelijkheid – aansprakelijk is voor rechterlijke uitspraken die in strijd komen met het EU-recht.

In de zaak *Köbler*<sup>224</sup> beantwoordt het HvJEU deze vraag voor de *Francovich*-aansprakelijkheid. In de zaak *Commissie t. Italië (C-129/00)*<sup>225</sup> doet het dit voor de inbreukprocedure.<sup>226</sup> Beide zaken zijn korte tijd na elkaar geweest. Het HvJEU overweegt in laatst genoemde zaak dat de verenigbaarheid met het EU-recht van op zichzelf neutrale nationale bepalingen moet worden beoordeeld met inaanmerkingneming van de uitleg die nationale rechterlijke instanties daaraan geven. Het HvJEU vervolgt dan:<sup>227</sup>

'32. Hierbij kan geen rekening worden gehouden met alleenstaande of zeldzame afwijkende rechterlijke beslissingen in een jurisprudentiële context die een andere lijn volgt, of met een uitlegging die wordt afgewezen door de hoogste nationale rechterlijke instantie. Dit geldt niet voor een belangrijke strekking in de rechtspraak die niet door deze hoogste rechterlijke instantie wordt afgewezen of zelfs door deze wordt bevestigd.'

221 Zie o.m. HvJEG zaak C-287/03, Commissie t. België, *Jur.* 2005, I-3761, punten 27 en 29; HvJEG zaak C-441/02, Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland, *Jur.* 2006, I-3449, punten 47-48; HvJEG zaak C-287/03, Commissie t. België, *Jur.* 2005, I-3761, punten 27-29; HvJEG zaak C-489/06, Commissie t. Helleense Republiek, *Jur.* 2009, I-1797, punt 46 e.v.; HvJEG zaak C-416/07, Commissie t. Helleense Republiek, *Jur.* 2009, I-7883, punten 23-26 en HvJEG zaak C-160/08, Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland, *Jur.* 2010, I-3713, punten 105-111.

222 HvJEG zaak C-494/01, Commissie t. Ierland, *Jur.* 2005, I-3331, punt 28.

223 Zie hierover uitgebreid A-G Léger in zijn conclusie bij Köbler en A-G Geelhoed in zijn conclusie bij zaak C-129/00, punten 50-67.

224 HvJEG zaak C-224/01, Köbler, *Jur.* 2003, I-10239, punten 33, 50 en 55 (o.m. ook gepubliceerd in *NJ* 2004, 160 m.nt. M.R. Mok, *AB* 2003, 429 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2004, 41 m.nt. M.L.H.K. Claes en *SEW* 2004/36, m.nt. J.H. Jans).

225 HvJEG zaak C129/00, Commissie t. Italië, *Jur.* 2003, I14637 punten 27 t/m 33 (o.m. ook gepubliceerd in *NJ* 2004/582 m.nt. M.R. Mok, *AB* 2004/59 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2004/72, m.nt. M.L.H.K. Claes en *SEW* 2004/37, m.nt. B.J. Drijber). Zie ook: HvJEG zaak C-154/08, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2009, I-187, waar het Unierecht was geschonden door de Spaanse Tribunal Supremo.

226 Hierin sloot A-G (Geelhoed) uitdrukkelijk aan bij hetgeen A-G Léger bij de zaak Köbler had overwogen.

227 HvJEG zaak C129/00, Commissie t. Italië, *Jur.* 2003, I14637 punt 32.

Van niet-nakoming in de zin van artikel 260 VwEU vanwege door rechterlijke instanties gedane uitspraken die in strijd komen met het Unierecht kan dus pas worden gesproken als een zeker aantal rechterlijke beslissingen niet door de hoogste nationale rechter worden gecorrigeerd of erger nog, door de hoogste rechter worden bevestigd. In deze concrete zaak was dat ook het geval. Verschillende rechterlijke instanties waaronder de *Corte suprema di Cassazione* hanteerden in vaste rechtspraak een met het EU-recht strijdige uitleg van een nationale en EU-rechtelijke bepaling. Het HvJEU concludeerde dat de niet-nakoming van de lidstaat erin bestond dat het de nationale bepaling die in het licht van de rechterlijke praktijk kennelijk onduidelijk was (waardoor bijvoorbeeld geen conforme interpretatie kon worden gegeven) desondanks ongewijzigd in stand had gelaten. Er werd daarmee geen rechtstreekse aansprakelijkheid gecreëerd vanwege het handelen van de rechter. Het is de wetgever die de betreffende bepalingen ten onrechte ongewijzigd in stand heeft gelaten.

Wat de aansprakelijkheid van de lidstaat in het kader van *Francovich* betreft, zal een schending door de rechter slechts tot aansprakelijkheid van de lidstaat leiden wanneer een rechter (hoogste rechter) het EU-recht ‘kennelijk’ heeft geschonden.<sup>228</sup> Volgens de *Köbler*-jurisprudentie<sup>229</sup> dient daarbij rekening te worden gehouden met onder meer de volgende elementen:

‘de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwaling, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de schending door de betrokken rechter van zijn verplichting om op grond van artikel 234, derde alinea, EG, een prejudiciële vraag te stellen.’

Van een kennelijke schending is sprake wanneer de hoogste rechter de jurisprudentie van het HvJEU kennelijk miskent.<sup>230</sup> Dit betekent dat voor het aannemen van *Francovich*-aansprakelijkheid één enkele rechterlijke schending voldoende kan zijn om aansprakelijkheid aan te nemen. De geconstateerde schending van het Unierecht dient echter ‘kennelijk’ te zijn. In de zaak *Traghetti*<sup>231</sup> heeft het HvJEU deze uitgangspunten bevestigd. Vaststaat dus dat een ‘gewone’ rechterlijke dwaling onvoldoende is om lidstaataansprakelijkheid aan te nemen.

Ten vierde wordt handelen en nalaten van ambtenaren aan de lidstaat toegerekend indien deze geheel volgens instructie van hun meerderen of overeenkomstig de nationale wetgeving handelen en dit handelen in strijd komt met het EU-recht. Dit is de normale situatie. Uit de zaak *AGM-COS*.

228 Alleen dan is er sprake van een ‘voldoende gekwalificeerde schending’: HvJEG zaak C-224/01, *Köbler*, *Jur.* 2003, I-10239, punt 53.

229 HvJEG zaak C-224/01, *Köbler*, *Jur.* 2003, I-10239, punt 55.

230 HvJEG zaak C-224/01, *Köbler*, *Jur.* 2003, I-10239, punt 56.

231 HvJEG zaak C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA*, *Jur.* 2006, I-5177, punten 30-45 (o.m. ook gepubliceerd in *NJ* 2006, 543, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2006/248 m.nt. E. Steyger, *JB* 2006/182, m.nt. N. Verheij en *SEW* 2006/120 m.nt. R. Meijer).

*MET*<sup>232</sup> (*Francovich*-aansprakelijkheid) blijkt voorts dat ook in het openbaar gedane uitlatingen van *niet bevoegde* ambtenaren aan de lidstaat kunnen worden toegerekend indien de adressaten van de uiting er

‘in de concrete context van het geval redelijkerwijs van mogen uitgaan dat het om standpunten gaat die de ambtenaar met het aan zijn ambt verbonden gezag inneemt.’<sup>233</sup>

Met andere woorden: voor de adressaten van de uiting moet het duidelijk zijn in hoeverre de gedane mededelingen officiële standpunten zijn dan wel privégedachten van de ambtenaar. Dit is in het licht van de EHRM-jurisprudentie (bijvoorbeeld *Wille t. Liechtenstein*) en de *Articles* (artikel 7: schijn van uitoefening van staatsgezag<sup>234</sup>) geen onlogisch criterium. Het enkele feit dat een ambtenaar op een bepaald terrein niet (beslissings)bevoegd is, maakt dus niet dat de handeling de lidstaat niet kan worden toegerekend. Het HvJEU heeft de nationale rechter enkele richtlijnen meegegeven om te beoordelen of de schijn van de uitoefening van staatsgezag aanwezig is. Zo kan de onbevoegd gedane uitlating aan de lidstaat worden toegerekend wanneer de ambtenaar in het algemeen in die sector bevoegd is of wanneer hij de schriftelijke verklaring op officieel briefpapier (briefhoofd) heeft gesteld c.q. wanneer (in geval van televisie-interviews) opnames worden gemaakt in de gebouwen van zijn dienst dan wel wanneer de ambtenaar achterwege laat te vermelden dat het zijn persoonlijke opvattingen betreft dan wel dat zijn opvatting afwijkt van het officiële standpunt en tot slot indien de wel bevoegde organen niet onverwijld de indruk bij de adressaten hebben weggenomen dat de gedane uitlatingen van de ambtenaar officiële standpunten zijn van de staat. Het is dus de verantwoordelijkheid van de lidstaten om ervoor te zorgen dat hun ambtenaren niet op een gezaghebbende wijze (door middel van hun functie) uitlatingen kunnen doen die in strijd komen met officiële standpunten. Teneinde aansprakelijkheid te ontlopen kan de lidstaat zich – zo vervolgde het HvJEU in r.o. 72 – niet beroepen op de vrijheid van meningsuiting van de ambtenaar (ex artikel 10 EVRM).

In dit verband is de volgende opmerking nog relevant. In de *AGM-COS. MET*-zaak ging het om belemmeringen van het vrij verkeer. In dat kader is het vaste jurisprudentie dat een lidstaat vanwege acties van particulieren aansprakelijk kan zijn voor de door die acties ontstane belemmeringen in het vrij verkeer indien de lidstaat (kort gezegd) onvoldoende maatregelen heeft

---

232 HvJEG zaak C-470/03, *AGM-COS.MET*, *Jur.* 2007, I-2749. Deze zaak was de aanleiding voor Verordening (EG) 2679/1998 van de Raad van 7 december 1998 inzake de werking van de interne markt wat het vrije verkeer van goederen tussen de lidstaten betreft (*PB* L 337, p. 8) waarin verplichtingen voor lidstaten zijn opgenomen indien het vrij verkeer door particulieren wordt geschonden. Zie hierover ook: *AB* 2007, 204 m.nt. E. Steyger. Zie ook: Reich en Harten.

233 Punt 57 van genoemd arrest.

234 A-G Kokott sluit in dit kader ook expliciet aan bij artikel 7 van de *Articles* in zijn conclusie bij HvJEU zaak C-470/03, *A.G.M.-COS.MET*, *Jur.* 2007, I-2749, punt 84.

genomen om de belemmeringen te voorkomen.<sup>235</sup> In dat geval worden de acties van de particulieren niet rechtstreeks aan de lidstaat toegerekend maar is de lidstaat zijn positieve verplichting niet nagekomen om belemmeringen in het vrije verkeer te voorkomen. Hierover meer in subparagraaf 2.4.2.4. Voor nu is relevant dat A-G *Kokott* in zijn conclusie<sup>236</sup> bij de *AGM-COS.MET*-zaak tegen deze achtergrond overwoog dat als op basis van de hiervoor genoemde criteria de uitlating van de onbevoegde ambtenaar niet aan de Staat kan worden toegerekend (bijvoorbeeld omdat duidelijk is voor de adressaten dat sprake is van een persoonlijke opvatting van de ambtenaar) de lidstaat alsnog zijn EU-verplichtingen niet kan zijn nagekomen wanneer hij niet heeft ingegrepen (en de uitlating toch tot belemmeringen in het vrij verkeer heeft geleid). In dat geval wordt het handelen van de ambtenaar dus niet *toegerekend* aan de lidstaat maar is de lidstaat zelfstandig aansprakelijk (positieve verplichting). Voor wat het resultaat betreft (aansprakelijkheid van de lidstaat) is daarmee in feite irrelevant geworden dat de persoon in kwestie ambtenaar is. Zoals gezegd, wordt op deze problematiek in subparagraaf 2.4.2.4 teruggekomen.

Een laatste zaak die van belang is bij de vraag in hoeverre handelen of nalaten van ambtenaren krachtens EU-recht aan de lidstaat wordt toegerekend, is de zaak *C-334/08*.<sup>237</sup> In deze inbreukprocedure tegen Italië oordeelde het HvJEU dat een lidstaat aansprakelijk kan zijn voor handelen of nalaten van zijn ambtenaren wanneer deze in de uitoefening van hun rechtmatige functie (met andere woorden: de ambtenaar is wel bevoegd tot het verrichten van de werkzaamheden) misbruik maken van hun bevoegdheid, in strijd handelen met de wet of met de voor hen geldende instructies. De situatie was de volgende. Gedurende een geruime periode hadden Italiaanse douaneambtenaren aanzienlijke fraude gepleegd waardoor de Unie meer dan EUR 22 miljoen aan douanegelden was misgelopen. Italië stelde zich op het standpunt niet tekortgeschoten te zijn in de nakoming van zijn verplichtingen omdat er geen sprake was van fouten of nalatigheden bij de autoriteiten maar van opzettelijke en frauduleuze handelingen van derden die niet toerekenbaar waren aan de Staat. Zoals gezegd, oordeelde het HvJEU uitdrukkelijk geheel anders. Het HvJEU overwoog als volgt:<sup>238</sup>

“39. Om te beginnen dient te worden opgemerkt dat de gedraging van elk orgaan van de staat in beginsel kan worden toegerekend aan deze laatste. Een orgaan omvat elke persoon of entiteit die deze hoedanigheid heeft volgens het interne recht van de betrokken staat. De omstandigheid dat een dergelijke persoon of entiteit, die bevoegdheden van openbaar gezag mag uitoefenen en in deze hoedanigheid handelt, door zijn gedraging de wet schendt, zijn bevoegdheden misbruikt of in strijd handelt met de instructies van zijn superieuren, doet niet af aan deze conclusie.

235 Zie o.m. HvJEG zaak C-265/95, Commissie t. Frankrijk (Spaanse aardbeien), *Jur.* 1997, I-6959, punten 2832.

236 Conclusie van A-G Kokott van 17 november 2005. *Jur.* 2007, I-2749, punt 106.

237 HvJEG zaak C-334/08, Commissie t. Italië, *Jur.* 2010, I-6869.

238 Punten 39-44 van voornoemd arrest.

(...).

42. Vaststaat dat de douaneambtenaren handelden in de uitoefening van hun functies op het ogenblik waarop de onrechtmatige vergunningen werden afgegeven.
43. Deze handelingen, die ambtenaren in de uitoefening van hun functies hebben verricht, moeten dus worden geacht te zijn verricht binnen de administratie zelf.
44. In deze omstandigheden dient de onrechtmatige handeling van de nationale administratie te worden toegerekend aan de Italiaanse Republiek.”

Concluderend geldt dus het volgende. Handelingen van ambtenaren worden op grond van het EU-recht aan de lidstaat toegerekend indien het bevoegde ambtenaren betreft zelfs wanneer dit handelen in strijd is met de voor hen geldende instructies dan wel wanneer zij misbruik maken van hun bevoegdheid dan wel wanneer het onbevoegde ambtenaren betreft, hun uitslatingen jegens de adressaten redelijkerwijs kunnen worden opgevat als uitslatingen van de staat.<sup>239</sup> Dit is geheel in lijn met hetgeen onder de *Articles* en het EVRM geldt. Overigens had de aansprakelijkheid van Italië waarschijnlijk ook geconstrueerd kunnen worden via een schending van Italië van diens positieve verplichtingen. Italië heeft de frauduleuze handelingen van de betreffende ambtenaren immers niet voorkomen. Nu het in beginsel normaal bevoegde ambtenaren betrof die bewust in strijd handelden met het EU-recht is de toerekening van het handelen van de ambtenaren een zuiverder constructie voor staatsaansprakelijkheid. Zo laat het HvJEU er geen twijfel over bestaan dat Italië aansprakelijk is voor het optreden van diens ambtenaren in dergelijke situaties.

#### 2.4.2.2 Decentrale, regionale en lokale overheden

Dat lidstaten aansprakelijk kunnen zijn voor handelen of nalaten van decentrale, regionale of lokale organen of van zelfstandige instellingen die daaronder ressorteren als dat handelen of nalaten in strijd met het EU-recht komt, maakt reeds lange tijd deel uit van de vaste jurisprudentie van het HvJEU.<sup>240</sup>

239 Zie ook eerder: HvJEG zaak C-68/88, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 1989 p. I-2965, punten 22-28. Hierin was eveneens sprake van frauderende ambtenaren waardoor de Unie douanegelden was misgelopen. Ook hier werd gewoon toegerekend door te concluderen dat Griekenland ten onrechte de verschuldigde middelen niet aan de Unie had afgestaan. In de tweede plaats was Griekenland zijn verplichtingen niet nagekomen door niet ‘alle door het nationale recht geboden straf – of tuchtrechtelijke procedures in te leiden tegen de fraudeurs en allen die bij de fraude of het toedekken ervan betrokken waren.’ In deze laatste constructie is de lidstaat dus tevens een ‘eigen’ verplichting niet nagekomen.

240 o.m. HvJEG zaak 239/85, Commissie t. België, *Jur.* 1986, p. 3645, punt 13 (niet-nakoming door het Waalse en Brusselse gewest), HvJEG zaak 103/88, Costanzo, *Jur.* 1989, p. 1839, punt 31 (alle overheidsinstanties daaronder begrepen de gedecentraliseerde instanties zoals de gemeente), HvJEG zaak C-33/90, Commissie t. Italië (Campania), *Jur.* 1991 p. I-5987, punt 24 (regio’s) en HvJEG zaak C-17/00, De Coster t. België, *Jur.* 2001, I-9445, punt 27 (hier betrof het maatregelen van het College van burgemeester en schepenen van Watermaal-Bosvoorde).



Dit is vastgesteld in de door het HvJEU behandelde inbreukprocedures en in de beantwoording van door nationale gerechten gestelde prejudiciële vragen onder meer in het licht van *Francovich*-aansprakelijkheid.

Zo blijkt in de eerste plaats uit de inbreukjurisprudentie van het HvJEU dat handelen of nalaten in strijd met het EU-recht door andere instanties, bijvoorbeeld organen van medeoverheden, aan de lidstaat wordt toegerekend door een tekortkoming van de lidstaat zelf te construeren. Bijvoorbeeld in de gevallen (bij richtlijnen) waarin een lidstaat ter uitvoering van een verplichting (uit hoofde van een richtlijn) wel de nationale bevoegde autoriteiten aanwijst, maar deze laatste autoriteiten op hun beurt *hun* verplichtingen niet nakomen. De tekortkoming van de lidstaat bestaat er volgens het HvJEU dan in dat de lidstaat zelf zijn plicht niet is nagekomen om te *verzekeren* dat de aangewezen instantie zijn plichten nakomt. Hier zij eraan herinnerd dat dit overeenkomt met de wijze waarop het EHRM inbreukmakend handelen of nalaten van decentrale organen toerekent aan lidstaten (aan de hand van de delegatietheorie en de verzekeringsplicht van de lidstaat ex artikel 1 EVRM).

De zaak *Campania*<sup>241</sup> is een mooi voorbeeld van de wijze waarop het HvJEU deze constructie toepast. In deze zaak werd de lidstaat Italië niet-nakoming verweten omdat het had nagelaten maatregelen te treffen tegen de Italiaanse regio Campania. Deze had geen plannen opgesteld in de zin van artikel 6 van de Afvalstoffenrichtlijn. Evenmin had het programma's uit- of bijgewerkt zoals voorgeschreven op grond van de Richtlijn toxische en gevaarlijke stoffen. Het HvJEU overwoog in dit verband:

'Een Lid-Staat kan zich niet op nationale situaties beroepen ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van verplichtingen en termijnen die in communautaire richtlijnen besloten liggen. Elke Lid-Staat is weliswaar vrij de interne wetgevende bevoegdheden naar eigen goeddunken te verdelen, doch dit neemt niet weg, dat krachtens artikel 169 enkel de Lid-Staat jegens de Gemeenschap verantwoordelijk blijft voor de nakoming van de gemeenschapsrechtelijke verplichtingen. Wanneer dus een richtlijn enerzijds de verplichting van de Lid-Staten bevat om instanties aan te wijzen die zijn belast met het uitvoeren ervan, en anderzijds nauwkeurig omschreven verplichtingen van die instanties, zoals het opstellen en aanpassen van plannen en programma's, komt een Lid-Staat die, na dergelijke instanties te hebben aangewezen, verzuimt ervoor te zorgen dat deze hun verplichtingen nakomen, zijn verplichtingen in de zin van artikel 169 EEG-Verdrag niet na.'

De hier geciteerde overweging is inmiddels een standaardoverweging van het HvJEU. Zelfs als een lidstaat zich verweert met de stelling dat de uitvoering van een bepaalde EU-verplichting tot de exclusieve bevoegdheid behoort van een autonome regionale overheid, kan dit hem niet baten.<sup>242</sup> Het is de lidstaat die verantwoordelijk is voor de volle en nauwkeurige omzetting van richtlijnbepalingen.<sup>243</sup>

241 HvJEG zaak C-33/90, *Campania*, *Jur.* 1991, I-5987.

242 HvJEG zaak C-417/99, *Commissie t. Spanje*, *Jur.* 2001, I-6015.

243 Punt 37 van genoemd arrest.

Een ander goed voorbeeld is de zaak *Lotto zero*.<sup>244</sup> Daarin werd de schending van het EU-recht door de Regione Abruzzo toegerekend aan de Italiaanse Staat. De schending bestond eruit dat de Regione Abruzzo niet had geverifieerd of voor de aanleg van een ringweg rond de stad Teramo een m.e.r. was vereist. Hoewel het HvJEU niet letterlijk overweegt dat Italië heeft nagelaten te verzekeren dat de Regione Abruzzo zijn verplichtingen nakomt, oordeelt het HvJEU wel dat Italië zijn verplichtingen niet is nagekomen en dat het daarbij van geen belang is dat de niet-nakoming voortkomt uit een besluit van de Regione Abruzzo: de lidstaat is immers jegens de Unie verantwoordelijk voor de nakoming van EU-verplichtingen.

Een laatste voorbeeld is het niet-naleven door een medeoverheid van een concrete verplichting uit hoofde van het aanbestedingsrecht. In het kader van de inbreukprocedure resulteert dit in de vaststelling door het HvJEU van een niet-nakoming van de zijde van de betrokken lidstaat. Voorbeelden van zaken zijn bijvoorbeeld: de gemeente Milaan<sup>245</sup>, de gemeente Bockhorn<sup>246</sup> of de Magistrato per il Po di Parma dat een gedecentraliseerd orgaan is van het Italiaanse ministerie van Openbare Werken.<sup>247</sup> Hierop wordt nader ingegaan in subparagraaf 2.4.2.3 en paragraaf 3.6.

Dat deze eindverantwoordelijkheid van de lidstaat niet alleen geldt met betrekking tot de nakoming van richtlijnen maar ook ten aanzien van 'primaire' rechtstreeks werkend Unierecht, blijkt onder meer uit de zaak *Commissie t. Italië (Italiaanse musea)*.<sup>248</sup> In deze zaak hadden plaatselijke en gedecentraliseerde overheden aan Italiaanse onderdanen of ingezetenen van hun gebieden, mits zij de leeftijd van 60 of 65 jaar hadden bereikt, tariefvoordelen toegekend voor de toegang tot musea, monumenten, galerieën, archeologische opgravingen en als openbare monumenten beschermde parken en tuinen. Aangezien de tariefvoordelen niet golden voor bijvoorbeeld toeristen uit dezelfde leeftijdscategorie die onderdaan waren van een andere lidstaat c.q. niet-ingezetene waren, beschouwde het HvJEU de door de medeoverheden vastgestelde voordelen als discriminerend. Volgens het HvJEU kwam Italië zijn verplichtingen uit hoofde van artikelen (toen) 12 en 49 EG niet na. Italië verweerde zich onder meer met de stelling dat het opstellen van de bestreden regeling tot de exclusieve bevoegdheid van de regionale overheden behoorde (en dus niet tot haar bevoegdheid) maar dit mocht Italië niet baten. Het HvJEU herhaalde de standaardoverweging dat de lidstaat weliswaar vrij is de interne wetgevende bevoegdheden te verdelen maar dat het alleen de lidstaat is die ex artikel 258 VwEU (voorheen: artikel 226 EG) verantwoordelijk is jegens de Unie.

244 HvJEG zaak C-87/02, Commissie t. Italië, *Jur.* 2004, I-5975.

245 HvJEG zaak 199/85, Commissie t. Italië, *Jur.* 1987, p. 1039.

246 HvJEG gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 2003, I-3609.

247 HvJEG zaak 385/02, Commissie t. Italië, *Jur.* 2004, I-8121.

248 HvJEG zaak C-388/01, Commissie t. Italië, *Jur.* 2003, I-721.

In de tweede plaats blijkt uit de beantwoording door het HvJEU van door nationale gerechten gestelde prejudiciële vragen dat de lidstaat aansprakelijk is jegens particulieren 'ongeacht het orgaan dat het EU-recht heeft geschonden.'<sup>249</sup> Schendingen van het EU-recht veroorzaakt door bijvoorbeeld decentrale, regionale of lokale organen of een zelfstandig bestuursorgaan<sup>250</sup> kunnen dus leiden tot *Francovich*-aansprakelijkheid. Zo had in de zaak *Konle*<sup>251</sup> een deelstaat in strijd met het EU-recht een regeling vastgesteld. In *Haïm II*<sup>252</sup> betrof het een schending van het Unierecht door een zelfstandig bestuursorgaan. In beide zaken overwoog het HvJEU vervolgens dat een lidstaat zich niet aan aansprakelijkheid jegens particulieren kan onttrekken met een beroep op de interne bevoegdheidsverdeling en de verdeling van aansprakelijkheid tussen de in zijn nationale rechtsorde bestaande openbare lichamen.<sup>253</sup> Met andere woorden: het excuus dat naar nationaal recht een deelstaat een van de bondsstaat te onderscheiden entiteit is of een zelfstandig bestuursorgaan ten opzichte van de staat, maakt niet dat de lidstaat jegens de particulier niet aansprakelijk is voor de vergoeding van de geleden schade. Het eenheidsbeginsel zoals dat in inbreukprocedures wordt gehanteerd, geldt ook voor deze lidstaataansprakelijkheid.<sup>254</sup> Dat op een regionale of lokale overheid een eigen zelfstandige plicht (zogenoemde *Costanzo*-verplichting)<sup>255</sup> rust om EU-recht niet te schenden, maakt dit niet anders. Sterker nog, het HvJEU heeft uitgemaakt dat ook het schenden van deze *Costanzo*-verplichting tot aansprakelijkheid kan leiden op grond van het EU-recht.<sup>256</sup> Het is dan ook logisch dat het excuus dat het schendende overheidsorgaan 'niet over de nodige bevoegdheden, kennis of middelen beschikte' het niet redt in Luxemburg.<sup>257</sup>

Ook in het kader van de beantwoording van prejudiciële vragen die geen betrekking hadden op *Francovich*-aansprakelijkheid heeft het HvJEU uitspraken gedaan omtrent de toerekening aan de lidstaat van handelen of nalaten in strijd met het EU-recht van andere dan centrale organen. Ook hieruit komt naar voren dat nationale constitutionele bevoegdheidsverdelingen geen rechtvaardiging vormen voor niet-nakoming. Illustratief hiervoor is de *Belgische zorgverzekeringszaak*.<sup>258</sup> Centraal hierin stond een regeling

249 HvJEG zaak C-118/00, Gervais Larsy, *Jur.* 2001, I-5063, punt 35.

250 HvJEG, zaak C-424/97, Haïm II, *Jur.* 2000, I-5123, punt 31.

251 HvJEG, zaak C-302/97, Konle, *Jur.* 1999, I-3099.

252 HvJEG, zaak C-424/97, Haïm II, *Jur.* 2000, I-5123, punt 31.

253 Punt 62 van Konle en punt 28 van Haïm II.

254 Dit betekent niet dat het ook de lidstaat is die de schade zelf moet vergoeden aan de particulier: zie o.m. Konle punten 63-64 en Haïm II punt 31. Dit wordt in Hoofdstuk 3 uitgebreid behandeld.

255 HvJEG zaak 103/88, Costanzo, *Jur.* 1989, p. 1839, punt 31. Zie hierover uitgebreid: Verhoeven 2011.

256 HvJEG zaak C-429/09, Fuß II, AB 2011/73 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

257 HvJEG zaak C-424/97, Haïm II, *Jur.* 2000, I-5123, punt 28.

258 HvJEG zaak C-212/06, Regering van de Franse Gemeenschap en de Waalse regering t. Vlaamse regering, *Jur.* 2008, I-1683, punt 58.

opgesteld door de Vlaamse regering die in strijd kwam met de bepalingen van het vrij verkeer: de regeling sloot werknemers die niet woonachtig waren in Vlaanderen of Brussel uit van een bepaalde zorgverzekering. Eén van de argumenten van de Vlaamse regering ter rechtvaardiging van deze omstreden regeling, was dat zij niet bevoegd was regelgeving te maken voor personen die woonachtig zijn in de twee andere gewesten. Het HvJEU overwoog (r.o. 58) dat

‘een instantie van een lidstaat zich niet op bepalingen, praktijken of situaties van zijn interne rechtsorde, daaronder begrepen bepalingen, praktijken of situaties die voortvloeien uit de grondwettelijke organisatie van die staat, kan beroepen ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van uit het gemeenschapsrecht voortvloeiende verplichtingen.’

De in de regeling opgenomen woonplaatsvoorwaarde kon dus niet worden gehandhaafd. Indien deze zaak geen prejudiciële procedure was geweest maar een inbreukprocedure dan was de Belgische Staat zonder meer aansprakelijk geweest voor de niet-nakoming van de vrijverkeersregels vanwege de door de Vlaamse regering uitgevaardigde regelgeving. De vraag of men internrechtelijk over bevoegdheden beschikt om het voorkomen van de niet-nakoming af te dwingen, regardeert het HvJEU niet.

#### 2.4.2.3 ‘Publieke’ entiteiten ongeacht hun rechtsvorm

In aanvulling op hetgeen hiervoor is overwogen, rusten EU-verplichtingen op een veelheid aan entiteiten en kan de lidstaat – wanneer een dergelijke entiteit haar verplichtingen niet nakomt – daarvoor aansprakelijk zijn. Verschillende uitspraken van het HvJEU die hierna kort worden besproken, illustreren dit.

Ten eerste heeft het HvJEU overwogen dat particulieren richtlijnbevestigingen kunnen inroepen tegen personen, organisaties of lichamen die onder gezag van de Staat staan c.q. die over bijzondere bevoegdheden beschikken die verder gaan dan de bevoegdheden die particulieren doorgaans jegens elkaar hebben en die – ongeacht hun rechtsvorm – op grond van een maatregel van de overheid en onder toezicht van die overheid een dienst van algemeen belang uitoefenen. Weinig verrassend zal het zijn dat entiteiten zoals bijvoorbeeld de fiscus<sup>259</sup> of de constitutioneel onafhankelijke autoriteiten belast met de handhaving van de openbare orde en veiligheid (politie)<sup>260</sup> door het HvJEU zijn aangemerkt als dergelijke lichamen.

---

259 HvJEG zaak C-8/81, Becker, *Jur.* 1982, p. 53 en HvJEU zaak C-221/88, Busseni, *Jur.* 1990, blz. I-495.

260 HvJEG zaak C-222/84, Johnston, *Jur.* 1986, p. 1651.

In *Marshall*<sup>261</sup> en *Vassalo*<sup>262</sup> sprak het HvJEU uit dat direct werkende richtlijnbevestigingen konden worden ingeroepen tegen een *openbaar* ziekenhuis. In laatst genoemd geval regardeerde het niet of de 'overheid' als werkgever handelt dan wel als overheid: in beide situaties immers onttrekt de Staat zich volgens het HvJEU aan het EU-recht. Ook de *Stadt Halle* kon zich als publieke werkgever niet aan de niet tijdig geïmplementeerde richtlijnbevestigingen onttrekken.<sup>263</sup> Voorts is de zaak *Foster*<sup>264</sup> van belang. Daarin sprak het HvJEU uit dat rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen konden worden ingeroepen tegen een inmiddels geprivatiseerde staatsonderneming (*British Gas Corporation*). De criteria die daarin werden genoemd, werden geherformuleerd in de zaak *Kampelmann*.<sup>265</sup> In die zaak ging het om twee entiteiten jegens wie rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen werden ingeroepen. Ten eerste een zogenoemd *Landschaftsverband* dat was belast met de aanleg en het onderhoud van de wegen in Westfalen-Lippe en dat de leiding had over een aantal diensten van wegenbouw van het Land. Ten tweede de dienst *Stadtwerke Witten* en *Stadtwerke Altena*. Beide entiteiten waren openbare energiebedrijven van de twee steden. In *Kampelmann* overweegt het HvJEU dat een richtlijn wel kan worden ingeroepen tegen privaat- of publiekrechtelijke organisaties die (a) onder gezag of toezicht staan van de lidstaat of over bevoegdheden beschikken die verder gaan dan de bevoegdheden die particulieren jegens elkaar kunnen doen gelden (bijvoorbeeld territoriale overheden) of die (b) krachtens een overheidsmaatregel zijn belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang onder toezicht van de overheid (bijvoorbeeld de *Foster*-entiteiten). Deze uitgangspunten vertonen gelijkenissen met de criteria die het EVRM stelt in het licht van artikel 34 EVRM bij de bepaling of een publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon een 'gouvernementele organisatie' is. Handelen of nalaten van deze aldus 'publiek' geworden entiteiten wordt toegerekend aan de Staat.

---

261 HvJEG zaak C-152/84, *Marshall*, *Jur.* 1986, p. 723. Het betrof in deze zaak organen die in het leven geroepen waren door middel van de National Health Services Act 1977 maar de werknemers van deze instellingen zouden geen 'ambtenaren' zijn. Het verweer van de Britse regering kwam er in dit verband op neer dat de Staat zich hier gedroeg als werkgever en niet als staat zodat particulieren geen beroep konden doen jegens de Staat op direct werkend EU-recht (r.o. 43-44). Het HvJEU onderzocht dus of de lidstaat hier gehandeld had als 'particulier' (r.o. 48) en concludeerde (r.o. 49-50) dat iemand zich ten opzichte van de staat kan beroepen op direct werkende bepaling, ongeacht de hoedanigheid waarin de staat heeft gehandeld. Het verweer van de Staat dat op deze wijze een onbillijk verschil zou ontstaan tussen werknemers die in dienst zijn van de Staat en diegenen die dat niet zijn, werd door het HvJEU afgedaan met het argument dat dit verschil had kunnen worden vermeden als het Verenigd Koninkrijk de richtlijn juist had omgezet.

262 HvJEG zaak C-180/04, *Vassalo*, *Jur.* 2006, I-7251. Gelijkluidend wat dit betreft: HvJEG zaak C-53/04, *Marrosu en Sardino*, *Jur.* 2006, I-7213.

263 HvJEG zaak C-243/09, *Fuß I*, *AB* 2011/72 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven. Zie ook: HvJEU zaak C-53/10, *Land Hessen*, *AB* 2011/322 m.nt. R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven.

264 HvJEG zaak C-188/89, *Foster*, *Jur.* 1990, I-3313.

265 HvJEG gevoegde zaken C-253/96 t/m 258/96, *Kampelmann*, *Jur.* 1997, I-6907, punt 46.

Ten tweede is in het kader van het vrij verkeer bijvoorbeeld jurisprudentie ontstaan ter nadere invulling van de term 'overheidsmaatregel' die als kwantitatieve in- of uitvoerbepijking het vrije verkeer kan belemmeren.<sup>266</sup> Zo heeft het HvJEU zich in zaken als *Hennen Olie*<sup>267</sup> en *Bulk Oil*<sup>268</sup> uitgelaten over de vraag of maatregelen afkomstig van krachtens wet opgerichte entiteiten geacht moeten worden 'overheids' maatregelen te zijn. De aansprakelijkheid van de lidstaat voor handelen in strijd met het vrije verkeer vindt plaats door de maatregelen die het vrij verkeer belemmeren en die afkomstig zijn van deze entiteiten *toe te rekenen* aan de lidstaat. Gekeken wordt naar de mate van betrokkenheid van de overheid bij het ontstaan en het handelen van deze entiteiten (overheidscontrole). In *Hennen Olie* stond bijvoorbeeld het handelen van ICOVA centraal wier oprichting mogelijk was gemaakt krachtens de Wet Voorraadvorming Aardolieprodukten.<sup>269</sup> Het HvJEU overweegt vervolgens als volgt:

'15 Blijkens het dossier stond ICOVA onder controle van de overheid en was zij aan de door deze gegeven aanwijzingen gebonden, al was zij formeel geen overheidsdienst. De bestuursleden werden benoemd door de minister van Economische Zaken en deze was voorts bevoegd, ICOVA bindende aanwijzingen te geven, tot haar ontbinding te besluiten en haar ontwerp-begroting en jaarrekening goed te keuren.

16 Indien de handelingen van een aan een dergelijke overheidscontrole onderworpen orgaan — wat ook de rechtsvorm ervan moge zijn — het handelsverkeer tussen Lid-Staten kunnen beïnvloeden, kunnen die handelingen „maatregelen" in de zin van artikel 34 EEG-Verdrag zijn.'

Op deze manier is handelen of nalaten van een aantal entiteiten waarop een bepaalde mate van overheidscontrole bestaat zonder dat het formele overheidsorganen betreft in het kader van het vrij verkeer toegerekend aan de lidstaat.<sup>270</sup>

---

266 Zie ook punt 78, conclusie A-G Kokott bij HvJEU zaak C-470/03, A.G.M.-COS.MET, *Jur.* 2007, I-2749.

267 HvJEG zaak C-302/88, *Hennen Olie*, *Jur.* 1990, I-4625.

268 HvJEG zaak 174/84, *Bulk Oil*, *Jur.* 1986, p. 559.

269 *Stb.* 1976, 569.

270 In HvJEG zaak C-325/00, Commissie t. Duitsland, Markenqualität aus Deutschen Landen, *Jur.* p. 1-9977 stond de zogenoemde CMA centraal. In punten 17 – 19 van de uitspraak motiveert het HvJEU uitgebreid waarom de CMA geen normale entiteit is en dat het handelen van de CMA toerekenbaar is aan de lidstaat. Ook in de zaak HvJEG 249/81, Commissie t. Ierland ('Buy Irish') wordt de betrokkenheid van de Ierse overheid bij de Irish Goods Council nader geanalyseerd: '15. Het staat dus vast dat de Ierse regering de leden van de raad van beheer van de Irish Goods Council benoemt, daaraan overheids subsidies verleent die de kosten grotendeels dekken, en tenslotte de doelstellingen en de algemene opzet bepaalt van de door deze instelling gevoerde campagne ter bevordering van de aan- en verkoop van Ierse produkten. Bijgevolg kan de Ierse regering zich niet beroepen op het feit dat de campagne door 'een particuliere vennootschap werd gevoerd, om zo te ontkomen aan de 'verantwoordelijkheid die krachtens de bepalingen van het Verdrag wellicht op' haar rust.' Uiteindelijk ligt in de uitspraak de nadruk voornamelijk op het beleid van de regering dat is gevoerd en wordt de aansprakelijkheid op deze manier geconstrueerd.

Ten derde is uit hoofde van het aanbestedingsrecht een categorie ‘publieke’ entiteiten benoemd wiens handelen of nalaten aan de Staat kan worden toegerekend. In het kader van artikel 259 VwEU zijn in dat verband handelingen van zogenoemde publiekrechtelijke instellingen<sup>271</sup> die in strijd komen met het Unierecht aan de lidstaat toegerekend. In het algemeen geldt dat de lidstaat in het kader van het aanbestedingsrecht (richtlijnen) de verplichting heeft om erop toe te zien dat de aanbestedende diensten hun verplichtingen naleven.<sup>272</sup> Dit geldt ook als de lidstaat in feite alle wetgevende en bestuursrechtelijke maatregelen heeft genomen ter implementatie van het Unierecht, maar de aanbestedingsplichtige instantie eenvoudigweg een concrete EU-verplichting niet nakomt. Een voorbeeld hiervan is de zaak *C-456/08*. De *National Roads Agency* (NRA), een aanbestedingsplichtige instantie die verantwoordelijk is voor de aanleg en het onderhoud van wegen in Ierland, had na gunning geen kennisgeving gestuurd aan de afgewezen gegadigde. De Commissie meende dat Ierland aldus haar verdragsverplichtingen niet was nagekomen. Ierland voerde aan dat het de betreffende EU-regelgeving op juiste wijze in nationale regelgeving had omgezet en dat dientengevolge de eenmalige misstap van een aanbestedingsplichtige instantie niet kon rechtvaardigen dat Ierland zijn verplichtingen niet was nagekomen. Dit argument wordt echter onder verwijzing naar vaste jurisprudentie door het HvJEU verworpen (punt 41):

‘Zonder dat hoeft te worden ingegaan op de stelling dat de nationale regeling de vereisten van het gemeenschapsrecht ter zake op adequate wijze omzet, volstaat het eraan te herinneren dat, volgens vaste rechtspraak, in een niet-nakomingsprocedure niet alleen de verenigbaarheid van de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van een lidstaat met het gemeenschapsrecht kan worden getoetst, maar ook een schending van het gemeenschapsrecht door de nationale instanties in een concreet geval kan worden vastgesteld (...).’

Op deze manier wordt de aansprakelijkheid van de lidstaat ‘opgerekt’. Wanneer een bepaalde entiteit tekortschiet in specifieke verplichtingen die haar krachtens het materiële EU-recht zijn opgelegd, wordt de tekortkoming toegerekend aan de lidstaat. In het licht van het algemene leerstuk van Staatsaansprakelijkheid zouden deze entiteiten niet zonder meer tot de Staat gerekend worden. Het niet-nakomen van verplichtingen door aanbestedende diensten kan een inbreukprocedure tegen de lidstaat tot gevolg hebben vanwege het niet nakomen door de lidstaat van zijn verzekeringsplicht.<sup>273</sup> Om die reden wordt hierna een korte toelichting gegeven op de reikwijdte van het begrip aanbestedende diensten.

271 Zie hierover Steyger 2007, p. 11 e.v. en p. 18-25, Steyger 2005, p. 225, Steyger 1996, p. 66 e.v.

272 Punten 48-49 van de conclusie A-G Geelhoed bij gevoegde zaken HvJEU zaak C-20/01 en C-28/01, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 2003, I-3609. Zie ook paragraaf 2.4.2.2 voor enkele zaken waarin medeoverheden hun aanbestedingsverplichtingen niet nakomen.

273 Zie bijvoorbeeld ten aanzien van de schending van een concrete verplichting van een gemeente en een deelstaat: HvJEU gevoegde zaken C-20/01 en C-28/01, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 2003, I-3609.

Het aanbestedingsrecht is indertijd ingesteld om meer transparantie te krijgen in de gunning van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten alsmede voor de nutssectoren.<sup>274</sup> Dat betekende dat zowel diende te worden vastgesteld welke instanties tot 'de overheid' moesten worden gerekend alsmede voor welke opdrachten het aanbestedingsrecht zou moeten gelden. Wat betreft de aanbestedingsplichtige instanties hanteert het HvJEU een functioneel overheidsbegrip: niet bepalend is welk orgaan formeel tot de overheid behoort.<sup>275</sup>

'11 Voor de toepassing van deze bepaling moet aan het begrip "staat" een functionele uitlegging worden gegeven. Het doel van de richtlijn – de verwezenlijking van een daadwerkelijke vrijheid van vestiging en dienstverrichting op het gebied van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken – zou immers in gevaar komen indien zij moest worden geacht niet van toepassing te zijn enkel omdat het werk wordt gegund door een lichaam dat, hoewel in het leven geroepen om bij de wet opgedragen taken uit te voeren, formeel geen deel uitmaakt van de overheidsadministratie.

12 Bijgevolg moet een lichaam als het onderhavige, waarvan samenstelling en taak bij de wet zijn geregeld en dat afhankelijk is van de overheid in zoverre deze de leden ervan benoemt, de nakoming van de uit zijn handelingen voortvloeiende verplichtingen garandeert en de door dat lichaam in uitvoering gegeven openbare werken financiert, worden geacht te behoren tot de staat in de zin van voornoemde bepaling, zelfs indien het er formeel geen deel van uitmaakt.'

Dit functionele overheidsbegrip is inmiddels<sup>276</sup> ook in de relevante richtlijnen opgenomen.<sup>277</sup> Kernbegrip in het kader van het aanbestedingsrecht is de kwalificatie van 'publiekrechtelijke instelling'.<sup>278</sup> Volgens *Steyger* komt het begrip 'publiekrechtelijke instelling' overigens anderszins steeds vaker

---

274 Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *PB* L 134 van 30.4.2004, p. 114 en Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *PB* L 134 van 30.4.2004, p. 1.

275 *Steyger* 2007, p. 11 en HvJEG zaak 31/87 (Beentjes), *Jur.* 1988, p. 4635. Aan de orde was de prejudiciële vraag van de rechtbank te Den Haag of een plaatselijke commissie in de zin van de Ruilverkavelingswet 1954 als 'aanbestedende dienst' moest worden aangemerkt (m.a.w. kan het gerekend worden tot de Staat of tot de territoriale lichamen).

276 Zie voor een overzicht van relevante jurisprudentie met betrekking tot de invulling van het begrip 'aanbestedende dienst' *Steyger* 2007, p. 12, voetnoot 8.

277 Bijvoorbeeld: Richtlijn 93/36/EEG van de Raad van 14 juni 1993 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor leveringen, *PB* 1993, L 199/1. Zie ook *Steyger* 2007, p. 11.

278 Aangetekend wordt dat sinds december 2011 in het kader van het aanbestedingsrecht nieuwe voorstellen voor richtlijnen circuleren met daarin vervatte definities (Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van overheidsopdrachten. COM(2011) 896def, Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende de gunning van concessieopdrachten. COM(2011) 897def en Voorstel voor een Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad betreffende het gunnen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten. COM(2011) 895def).



voor. *Steyger* wijst op niet-aanbestedingsrichtlijnen waarin de communautaire (na Lissabon: EU-rechtelijke) regelgever de term gebruikt en voor de betekenis daarvan aansluit bij de aanbestedingsrichtlijnen.<sup>279</sup> In het aanbestedingsrecht rust de aanbestedingsplicht op publiekrechtelijke instellingen. Onder een publiekrechtelijke instelling verstaat het EU-recht iedere (a) rechtspersoon die (b) is opgericht met het specifieke doel om in behoeften van algemeen belang te voorzien en (c):

‘waarvan of wel de activiteiten in hoofdzak door de Staat of de territoriale of andere publiekrechtelijke instellingen worden gefinancierd, of wel het beheer is onderworpen aan toezicht door deze laatste, of wel de leden van de directie, de raad van bestuur of de raad van toezicht voor meer dan de helft door de Staat, de territoriale lichamen of andere publiekrechtelijke instellingen zijn aangewezen.’

De aldus geformuleerde voorwaarden (a tot en met c) zijn cumulatief. De behoeften van algemeen belang zijn dus niet van industriële of commerciële aard.<sup>280</sup> De voorwaarde die wordt genoemd onder (c) bestaat uit drie alternatieve onderdelen (financiering, toezicht op het beheer en benoeming van toezichthouders en bestuurders). Zo heeft het HvJEU onder meer Duitse openbare ziekenfondsen als aanbestedende diensten (publiekrechtelijke instellingen) bestempeld.<sup>281</sup> Vaststond dat de ziekenfondsen bij wet waren opgericht (publiekrechtelijke rechtspersonen) met het specifieke doel te voorzien in behoeften van volksgezondheid. Dit zijn volgens het HvJEU behoeften van algemeen belang en niet van industriële of commerciële aard aangezien de fondsen hun prestaties verrichten zonder winst na te streven. De vraag die zich daarna aandienende, was in hoeverre de ziekenfondsen hoofdzakelijk door de Staat worden gefinancierd. Dit is het geval wanneer zij hoofdzakelijk worden gefinancierd door een bijdrage ten laste van de verzekeringen welke bijdrage wordt opgelegd, berekend en geïnd volgens publiekrechtelijke regels. Ook privaatrechtelijke rechtspersonen kunnen als publiekrechtelijke instellingen worden aangemerkt wanneer zij aan de hiervoor genoemde criteria voldoen. De aard van de rechtspersoonlijkheid (privaat of publiek) is in zoverre niet doorslaggevend.

279 *Steyger* 2007, p. 12. Genoemd worden o.m. de Richtlijn inzake het hergebruik van overheidsinformatie, Richtlijn 2003/98/EG van het Europees Parlement en de Raad van 17 november 2003, *PB L*. 345, p. 90.

280 Zo lang een entiteit haar taak van algemeen belang blijft uitvoeren, is niet relevant dat de entiteit tevens andere activiteiten verricht, zoals commerciële. Evenmin is het aandeel van die commerciële activiteiten ten opzichte van haar taak van algemeen belang relevant. In deze omstandigheden blijft de entiteit een publiekrechtelijke instelling in de zin van de aanbestedingsrichtlijnen. Zie bijvoorbeeld HvJEG zaak C-292/06, *Fernwärme Wien GmbH*, *Jur.* 2008, I-2339, par. 47.

281 HvJEG zaak C-300/07, *Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik t. AOG Rheinland/Hamburg*, *Jur.* 2009, I-4779.

Wat aanbestedingsplichtige bedrijven in de nutssector betreft, dient voorts te worden gewezen op de zogenoemde ‘overheidsbedrijven’. Volgens artikel 2, eerste lid, onder b van de Nutsrichtlijn is een overheidsbedrijf een

‘bedrijf waarop aanbestedende diensten rechtstreeks of middellijk een overheersende invloed kunnen uitoefenen uit hoofde van eigendom, financiële deelneming of de op het bedrijf van toepassing zijnde voorschriften.

Een overheersende invloed wordt vermoed aanwezig te zijn, wanneer de aanbestedende diensten, al dan niet rechtstreeks, ten aanzien van een bedrijf:

- de meerderheid van het geplaatste kapitaal van de onderneming bezitten, of
- over de meerderheid van de stemmen beschikken die aan de door de onderneming uitgegeven aandelen zijn verbonden, of
- meer dan de helft van de leden van het bestuurs-, leidinggevend of toezichhoudend orgaan van de onderneming kunnen aanwijzen.

Uit het bovenstaande spreekt wederom een functionele benadering. Het criterium van ‘overheersende invloed’ zagen wij eerder in het kader van de toerekening van handelen of nalaten in strijd met het EVRM door overheidsbedrijven (paragraaf 2.3.2.4). Overheersende invloed van de overheid op een onderneming heeft tot gevolg dat de schending toerekenbaar aan de Staat is.

Maar ook een bedrijf dat op basis van het voorgaande geen aanbestedende dienst is of een overheidsbedrijf is, kan aanbestedingsplichtig zijn indien het ‘bijzondere of uitsluitende’ rechten in de zin van artikelen 3 t/m 7 van de Nutsrichtlijn zijn verleend ex artikel 2, tweede lid, onderdeel b van de Nutsrichtlijn. Deze ‘bijzondere of uitsluitende rechten’ zijn

‘(...) rechten die voortvloeien uit een door een bevoegde autoriteit van de betrokken lidstaat verleende machtiging op grond van een wettelijke of bestuursrechtelijke bepaling die tot gevolg heeft dat de uitoefening van een van de in de artikelen 3 tot en met 6, omschreven activiteiten aan een of meer diensten voorbehouden blijft waardoor de mogelijkheden van andere diensten om dezelfde activiteit uit te oefenen wezenlijk nadelig worden beïnvloed.’

Dit zijn bedrijven die voorzien in algemene nutsvoorzieningen zoals op het gebied van warmte, gas en elektriciteit (artikel 3) dan wel drinkwater (artikel 4), vervoersdiensten (artikel 5), postdiensten (artikel 6) en de winning en exploitatie van een geografisch gebied ten behoeve van aardolie, gas, steenkool e.d. dan wel ten behoeve van havens en luchthavens (artikel 7).

Ten vierde kan een lidstaat ook aansprakelijk zijn jegens de EU voor het schenden van de staatssteunregels.<sup>282</sup> Eén van de voorwaarden voor het

282 Voor de vaststelling of staatssteunregels zijn geschonden, bestaat een zelfstandige inbreukprocedure die geregeld is in artikel 108, tweede lid, tweede alinea VwEU (voorheen: artikel 88, tweede lid, tweede alinea, EG). De procedure wijkt af van de procedure ex artikel 258 VwEU. Zo wordt er geen met redenen omkleed advies ex artikel 258 VwEU meer uitgebracht omdat men reeds uitgebreid van gedachten heeft gewisseld over de niet-nakoming. Meer hierover in Hoofdstuk 3.

aannemen van staatssteun, genoemd in artikel 107 lid 1 VwEU<sup>283</sup>, is dat de steunmaatregel afkomstig is van de staat of met staatsmiddelen is bekostigd. Het HvJEU heeft bepaald dat niet zozeer doorslaggevend is of de steun rechtstreeks door de Staat wordt verleend – of door regionale of lokale lichamen<sup>284</sup> – dan wel door de overheid ingestelde of aangewezen publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen<sup>285</sup> of door ondernemingen waarop de overheid een dominante invloed heeft maar dat de gevolgen van de verstrekte steun voor de begunstigde onderneming bepalend zijn. Dit betekent dat tot de ‘overheid’ ook publieke of private ondernemingen gerekend kunnen worden.<sup>286</sup> Daarmee wordt hun handelen aan de lidstaat toegerekend. Ook middelen verstrekt door tussenkomst van dergelijke partijen kunnen aan de Staat worden toegerekend. In dit verband kan worden gewezen op de CNCA-zaak.<sup>287</sup> Hierin hield de Commissie de lidstaat Frankrijk verantwoordelijk voor het niet-naleven van de staatssteunregels. Door de *Caisse Nationale de Crédit Agricole* (CNCA) was een eenmalige solidariteitsuitkering gedaan aan noodlijdende landbouwers. De middelen hiervoor waren afkomstig uit de geaccumuleerde winst over enkele jaren van de particuliere

283 Zie Adriaanse 2006, p. 19 e.v. Ook in de jurisprudentie van het HvJEU wordt uitgegaan van deze criteria: bijv. HvJEG zaak C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl t. Giuseppe Calafiori*, *Jur.* 2006, I-02941, r.o. 55: “Om te beginnen zij eraan herinnerd dat volgens vaste rechtspraak voor de kwalificatie als „steun” is vereist dat is voldaan aan alle in deze bepaling bedoelde voorwaarden (zie arresten van 21 maart 1990, België/Commissie, „Tubemeuse-arrest”, C142/87, België t. Commissie, *Jur.* 1990, p. 1959, punt 25; 14 september 1994, Spanje t. Commissie, C278/92–C280/92, *Jurispr.* p. I4103, punt 20; 16 mei 2002, Frankrijk t. Commissie, C482/99, *Jurispr.* p. I4397, punt 68, en 24 juli 2003, Altmark Trans en Regierungspräsidium Magdeburg, C280/00, *Jurispr.* p. I7747, punt 74.” Anders: Hessel & Neven 2001, p. 25 e.v. Hessel & Neven maken onderscheid tussen ‘staatssteun’ (wanneer aan de eerste drie criteria is voldaan) en ‘verboden staatssteun’ (als aan de vijf criteria is voldaan).

284 HvJEG zaak C-248/84, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1987 bladzijde 4013, punt 17: “Voor eerst vormt het feit dat dat steunprogramma is vastgesteld door een deelstaat of een regionaal publiekrechtelijk lichaam en niet door de centrale of federale overheid, geen beletsel voor de toepassing van artikel 92, lid 1, EEG-Verdrag, indien aan de voorwaarden van dit artikel is voldaan. Deze bepaling heeft het immers over “Steunmaatregelen van de staten of in welke vorm ook met staatsmiddelen bekostigd” en doelt op alle steunmaatregelen die met overheidsmiddelen worden gefinancierd. Bijgevolg dient de steun die door de regionale en lokale lichamen van de Lid-staten – ongeacht hun statuut en benaming – wordt toegekend, op zijn verenigbaarheid met artikel 92 EEG-Verdrag te worden onderzocht.”

285 HvJEG zaak C-78/76, *Steinike & Weinlig*, *Jur.* 1977, p. 595, r.o. 21 (zowel private als publieke ondernemingen: het gaat om de gevolgen van de steun en niet om de situatie van de organen die de steun beheren of verdelen) herhaald in: HvJEG zaak C-290/83, Commissie t. Frankrijk (*Stardust*), *Jur.* 1985, p. 439, r.o. 14, HvJEG gev. zaken C-67/85, C-68/85 en C-70/85, *Van der Kooy e.a. t. Commissie*, *Jur.* 1985, I-219, r.o. 35 (Nederlandse overheid bezat 50% van het aandelenkapitaal van de Gasunie) en HvJEG zaak C-305/89, *Italië t. Commissie*, *Jur.* 1991, I-1603, r.o. 13. Hierbij zij ook gewezen op HvJEG zaak C-345/02 *Pearle*, *Jur.* 2004, I-07139.

286 Adriaanse 2006, p. 21.

287 HvJEG zaak C-290/83, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 1985, p. 439, punt 14.

gelden die de CNCA beheerde. Volgens de Commissie was dit gebeurd op instigatie en onder druk van de Franse regering. Volgens vaste jurisprudentie van het HvJEU is niet het karakter van de gelden doorslaggevend voor het al dan niet zijn van 'staatsmiddelen'. Evenmin is relevant of de steun rechtstreeks afkomstig is van de Staat dan wel door 'van overheidswege ingestelde of aangewezen, publiek- of privaatrechtelijke beheersorganen'. De steunmaatregel waartoe door de CNCA, een openbare instelling, is besloten, die is gefinancierd door de CNCA, waarvoor goedkeuring van de overheid is vereist en waarvoor min of meer dezelfde voorwaarden gelden als voor een gewone steunmaatregel van de Staat, is volgens het HvJEU een steunmaatregel. De handeling van de *Caisse Nationale* kwam daarmee voor rekening van de lidstaat. Een bekende Nederlandse zaak is die van *gebroeders Van der Kooy*.<sup>288</sup> Daar maakte de Commissie bezwaar tegen het onderhandelingsakkoord over de aardgasprijs dat tussen de Gasunie (een privaatrechtelijke onderneming) en het Landbouwschap tot stand was gekomen. Van Nederlandse zijde was onder meer aangevoerd dat de Gasunie een privaatrechtelijke entiteit was en dat de Nederlandse overheid geen juridische mogelijkheden had om vooraf dan wel achteraf invloed uit te oefenen. Desalniettemin eiste de Commissie dat Nederland maatregelen zou nemen. De Commissie (punt 21) stelde daartegenover dat 50% van de aandelen van de Gasunie in handen was van de Nederlandse overheid en dat op grond van de statuten van de Gasunie de Staat beslissingen van de Gasunie zou kunnen blokkeren. Ook dienden de tariefbeslissingen volgens de Commissie door de minister te worden goedgekeurd. Door een lager tarief van de tuinders te vragen, nam de Gasunie genoeg met een lagere winst die voor 85% tot 90% door de Staat zou worden gedragen. Aldus ging het wederom niet zozeer om de positie van de steunverlenende organen maar om de gevolgen ervan voor de steun genietende onderneming.

Ten vijfde en laatste voorbeeld kan worden gewezen op de Dienstenrichtlijn<sup>289</sup> waarin een overheidsbegrip voorkomt. Centraal begrip in de Dienstenrichtlijn is de 'bevoegde instantie'. Dit wordt in artikel 1 Dienstenrichtlijn als volgt omschreven:

'elk orgaan of autoriteit dat in een lidstaat een toezichhoudende of regelgevende rol vervult ten aanzien van dienstenactiviteiten, met name bestuurlijke instanties, met inbegrip van rechterlijke instanties die als zodanig optreden, beroepsorden en de beroepsverenigingen en -organisaties of andere beroepsorganisaties die in de uitoefening van hun juridisch autonome bevoegdheden de toegang tot of de uitoefening van dienstenactiviteiten collectief reguleren;'

288 HvJEG gev. zaken C-67/85, C-68/85 en C-70/85, Van der Kooy e.a. t. Commissie, *Jur.* 1985, I-219.

289 Richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, PbEG 27.12.2006, L376/36-68.

Duidelijk moge zijn dat in de Dienstenrichtlijn een ruim overheidsbegrip wordt gehanteerd dat niet alleen onze nationaalrechtelijke bestuursorganen bevat zoals omschreven in artikel 1:1 Awb maar dat daaronder ook rechterlijke instanties, beroepsverenigingen en toezichthouders niet-bestuursorganen kunnen vallen.

Een schending van verplichtingen uit de Dienstenrichtlijn door deze instanties kan dus op het conto van de Nederlandse Staat worden geschreven. De vraag is echter wat onder 'dienstenactiviteiten' dient te worden verstaan. Uit artikel 2, tweede lid, van de Dienstenrichtlijn volgt op welke activiteiten de richtlijn in ieder geval niet van toepassing is. Genoemd worden o.m. financiële diensten (bankdiensten, kredietverstrekking, verzekering, pensioenen e.d.), diensten op het gebied van vervoer, particuliere beveiligingsdiensten, sociale diensten e.d. Activiteiten daarentegen zoals die van de meeste vrije beroepen (juridische dienstverlening, taxateurs- en makeelaarsdiensten alsmede diensten van architecten en ingenieurs), schoonmaken en onderhoudsdiensten, diensten in het kader van toerisme en horeca en diensten op het gebied van onderwijs en opleiding vallen wel onder de Dienstenrichtlijn.<sup>290</sup> Toezichthoudende instanties op deze dienstverleners zijn eveneens onderworpen aan de Dienstenrichtlijn. Niet-naleving van deze verplichtingen kan via inbreukprocedures leiden tot financiële consequenties voor de lidstaat. In ieder geval is met deze korte toelichting duidelijk gemaakt dat in het kader van de Dienstenrichtlijn geen standaard overheidsbegrip wordt gehanteerd.

#### 2.4.2.4 Particuliere derden

Net als onder het internationale recht (*Articles*) en het EVRM is handelen van particulieren in strijd met EU-recht niet rechtstreeks toerekenbaar aan een lidstaat. Zoals het HvJEU heeft uitgemaakt in de zaak *A.G.M.-COS.MET* die is beschreven in paragraaf 2.4.2.1 ligt dit anders wanneer de particulier een ambtenaar is. In dat geval kan de lidstaat wel rechtstreeks aansprakelijk zijn. In zijn conclusie bij *A.G.M.-COS.MET* signaleert A-G *Kokott* een tweede categorie handelingen van particulieren waarvoor de lidstaat rechtstreeks aansprakelijk is. Onder verwijzing naar verschillende uitspraken van het HvJEU in het kader van vrij verkeer meent *Kokott* dat dit het geval is wanneer particuliere derden handelen volgens aanwijzingen van de lidstaat.<sup>291</sup> In het licht van de *Articles* en de EHRM-jurisprudentie lijkt mij dit in zoverre zeker plausibel wanneer de particuliere derde dusdanig onder invloed staat van

290 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nr. 3, p. 10-12.

291 Punt 78, conclusie A-G *Kokott* bij HvJEG zaak C-470/03, *A.G.M.-COS.MET*, *Jur.* 2007, I-2749. *Kokott* sluit aan bij de volgende zaken: HvJEG zaak 249/81, Commissie t. Ierland, *Buy Irish*, *Jur.* 1982, p. 4005, punten 27 en 28, HvJEG zaak 174/84, *Bulk Oil*, *Jur.* 1986, p. 559, punt 9, HvJEG zaak C-302/88, *Hennen Olie*, *Jur.* 1990, p. 1-4625, punten 15 en 16 en HvJEG zaak C-325/00, Commissie t. Duitsland, *Markenqualität aus deutschen Landen*, *Jur.* 2002, p. 1-9977, punten 17-20.

de Staat dat in feite sprake is van een hulppersoon van de Staat. In dat geval zal rechtstreekse toerekening terecht zijn. De jurisprudentie waar *Kokott* naar verwijst, is naar mijn mening van een andere orde. In feite zijn er in de door hem genoemde zaken twee lijnen te onderscheiden waarlangs het HvJEU de aansprakelijkheid van de lidstaat construeert. De eerste categorie betreft zaken waarin niet-bindende overheidsbesluiten (overheidsbeleid of een nationale praktijk) belemmeringen van het vrij verkeer door particulieren tot gevolg heeft (kwantitatieve in- of uitvoerbeperkingen).<sup>292</sup> De particuliere derden zijn hier overigens geen individuen (hetgeen in deze paragraaf centraal staat) maar veeleer entiteiten (zie paragraaf 2.4.2.3). In deze zaken construeert het HvJEU de potentiële aansprakelijkheid van de lidstaat naar mijn mening eerder als een direct gevolg van het EU-strijdige beleid dan over de band van 'verboden' handelingen van particuliere derden (entiteiten) die voortvloeien uit dit beleid en die aan de lidstaat worden toegerekend.<sup>293</sup> In de tweede categorie zaken gebeurt dit laatste juist wel. De mogelijke aansprakelijkheid van de lidstaat voor handelen in strijd met het vrije verkeer vindt plaats door de maatregelen die het vrij verkeer belemmeren en die afkomstig zijn van bepaalde entiteiten *toe te rekenen* aan de lidstaat.<sup>294</sup> Het betreft hier wederom geen particulieren maar private entiteiten die 'publiek' zijn in de zin van paragraaf 2.4.2.3. vanwege de overheidsinvloed die op de entiteit bestaat.

Wanneer particulieren (niet zijnde ambtenaren of zonder dat sprake is van aanwijzingen van de overheid) of wanneer entiteiten (niet zijnde 'publieke' entiteiten in de zin van paragraaf 2.4.2.3) handelingen verrichten die strijd opleveren met EU-verplichtingen, kan de lidstaat aansprakelijk zijn jegens de EU c.q. jegens derden wanneer de lidstaat de positieve ver-

---

292 HvJEG zaak 249/81, Commissie t. Ierland (Buy Irish), *Jur.* 1982, p. 4005 en HvJEG zaak 174/84, Bulk Oil, *Jur.* 1986, p. 559.

293 HvJEG zaak 249/81, Commissie t. Ierland, (Buy Irish), *Jur.* 1982, p. 4005, punten 26-28 en HvJEG zaak 174/84, Bulk Oil, *Jur.* 1986, p. 559, punten 3-4 en 8-9.

294 HvJEG zaak C-302/88, Hennen Olie, *Jur.* 1990, p. 1-4625 en HvJEG zaak C-325/00, Commissie t. Duitsland, Markenqualität aus deutschen Landen, *Jur.* 2002, p. 1-9977. In de eerste zaak concludeerde het HvJEU dat de maatregelen van ICOVA overheidsmaatregelen in de zin van artikel 34 EEG zijn. In de tweede zaak gebeurde dit voor de maatregelen van de Duitse CMA (punten 17-19 van de uitspraak). De zaak HvJEG 249/81, Commissie t. Ierland ('Buy Irish') heeft weliswaar betrekking op handelingen van de zogenoemde Irish Goods Council en lijkt in zoverre ook in deze categorie te kunnen vallen (zie bijvoorbeeld punt 15 van de uitspraak: 'Het staat dus vast dat de Ierse regering de leden van de raad van beheer van de Irish Goods Council benoemt, daaraan overheidssubsidies verleent die de kosten grotendeels dekken, en tenslotte de doelstellingen en de algemene opzet bepaalt van de door deze instelling gevoerde campagne ter bevordering van de aan- en verkoop van Ierse producten. Bijgevolg kan de Ierse regering zich niet beroepen op het feit dat de campagne door 'een particuliere vennootschap werd gevoerd, om zo te ontkomen aan de 'verantwoordelijkheid die krachtens de bepalingen van het Verdrag wellicht op' haar rust.') maar uiteindelijk ligt in de uitspraak de nadruk voornamelijk op de beleid van de regering dat is gevoerd en wordt de aansprakelijkheid op deze manier geconstrueerd.

plichting heeft om deze handelingen te voorkomen. Het HvJEU heeft in het licht van de bepalingen van vrij verkeer in ieder geval aangenomen dat de lidstaat verantwoordelijk kan zijn voor het niet naleven van deze positieve verplichting (horizontale toepassing van vrijverkeersregels). Dit is gebeurd in de bekende *Spaanse aardbeienzaak*.<sup>295</sup> Hierin concludeerde het HvJEU dat Frankrijk zijn verplichtingen uit hoofde van artikel 30 jo artikel 5 EG en de vigerende landbouwverordeningen niet na was gekomen (vrij verkeer) doordat het niet alle noodzakelijke adequate maatregelen had genomen om het vrije verkeer van landbouwproducten tegen de acties van particulieren te beschermen. In deze zaak ging het om acties van particulieren die stelselmatig en structureel de openbare orde ondermijnden (door vernielingen, bedreigingen en intimidaties). Frankrijk had gesteld alle noodzakelijke en adequate maatregelen te hebben genomen om de acties te voorkomen en te bestraffen maar dat het – gezien het grote aantal vrachtwagens dat Frankrijk aandeed en de onvoorzienbaarheid van de kleine commandogroepen waarin de boeren opereerden – niet elk risico had kunnen uitsluiten. Hoewel de lidstaten over beoordelingsvrijheid beschikken om zelf te bepalen met welke middelen zij de rechten van het vrij verkeer waarborgen, is het volgens het HvJEU wel aan hem om te beoordelen of de genomen maatregelen geschikt zijn. Na een beoordeling van alle omstandigheden van het geval, waarbij van belang was dat het langdurige, stelselmatige en aanzienlijke verstoringen van het vrij verkeer betrof waarop de Franse overheid niet adequaat reageerde, kwam het HvJEU tot de conclusie dat Frankrijk zijn positieve verplichtingen niet was nagekomen.<sup>296</sup> In het verlengde hiervan kan tot slot worden gewezen op een recenter voorbeeld. Zoals bekend, kampt Italië al enige tijd met grote problemen met betrekking tot het ophalen en verwerken van afval. Niet alleen Italiaanse burgers maar ook de EU heeft hierin verbetering geëist. Zo is Italië in 2010 door het HvJEU veroordeeld voor de afvalproblemen in de regio Campania.<sup>297</sup> Italië werd niet-nakoming verweten

295 HvJEG zaak C-265/95, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 1997, p. I6959, punten 2832.

296 Doorgaans wordt de zaak *Schmidberger* (HvJEG zaak C-112/00, Schmidberger t. Oostenrijk, *Jur.* 2003, I-5659) in dit verband ook genoemd. Ook daarin speelde de vraag of de lidstaat zijn positieve verplichting in het kader van het vrij verkeer had geschonden. Het HvJEU concludeerde echter dat dit niet het geval was. De Oostenrijkse autoriteiten hadden namelijk een samenkomst toegestaan op de Brenner-autoweg waardoor de autoweg gedurende 30 uur onafgebroken afgesloten was voor alle verkeer. Schmidberger was als vervoersonderneming door deze afsluiting gedupeerd. In het kader van *Francovich* stelde Schmidberger de Oostenrijkse autoriteiten aansprakelijk voor de door hem geleden schade. Door het toestaan van de demonstratie hadden de autoriteiten volgens Schmidberger in strijd gehandeld met het vrij verkeer van goederen. Het HvJEU concludeerde echter – mede gezien de volstrekt andere omstandigheden van het geval in de Spaanse aardbeienzaak – dat er geen sprake was geweest van een schending van het vrij verkeer waarvoor Oostenrijk aansprakelijk was. Een andere zaak waarin niet de aansprakelijkheid van de lidstaat centraal stond maar wel de vraag of de uitoefening van een grondrecht in strijd kan komen met de regels van vrij verkeer, is HvJEU zaak C-438/05, *International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union*, *Jur.* 2007, I-10779.

297 HvJEG zaak C-297/08, Commissie t. Italië, *Jur.* 2010, I-1749.

van zijn verplichtingen uit hoofde van artikelen 4 en 5 van richtlijn 2006/12/EG. In de regio Campania was men namelijk niet bij machte om de afvalverzameling deugdelijk te organiseren: 55.000 ton afval lag op de openbare weg terwijl er in afwachting van behandeling op de gemeentelijke opslagterreinen ook al 110.000 tot 120.000 ton afval lag. Italië verweerde zich met een beroep op overmacht. De overmacht bestond uit 'het verzet van de bevolking tegen de aanleg van stortplaatsen in hun gemeenten, het bestaan van criminele activiteiten in de regio en het in gebreke blijven van de medecontractanten van de overheid met betrekking tot de verwezenlijking van bepaalde voor de regio noodzakelijke installaties.'<sup>298</sup> Duidelijk moge zijn dat dit verweer het niet heeft gered in Luxemburg.

#### 2.4.3 Conclusie paragraaf 2.4

Hoewel het EU-recht geen gelijkaardige verzekeringsplicht kent zoals artikel 1 EVRM blijkt ook uit de jurisprudentie van het HvJEU dat het de lidstaat is die verantwoordelijk is jegens de EU en jegens benadeelde particulieren voor de juiste toepassing van het Unierecht.

Ten eerste komt handelen of nalaten van reguliere overheidsorganen zoals de wetgever, de rechter en het bestuur zonder meer voor rekening van de lidstaat. Ten aanzien van tekortkomingen jegens de EU van de wetgever betreft het veelal nationale bepalingen die in strijd zijn met rechtstreeks werkend EU-recht of de niet-tijdige implementatie van richtlijnen. In het laatste geval is een beroep op nationale bijzondere omstandigheden of andere excuses om de niet-tijdige implementatie te rechtvaardigen of onder aansprakelijkheid uit te komen zonder meer kansloos. Wat de toerekening van handelen of nalaten door het bestuur betreft, bestaat een tweetal soorten schendingen: enerzijds kan een schending in een concreet individueel geval ertoe leiden dat de lidstaat jegens de EU aansprakelijk is vanwege de niet-nakoming, anderzijds kan een administratieve praktijk waarin stelselmatig in strijd met EU-recht wordt gehandeld tot aansprakelijkheid van de lidstaat jegens de EU leiden. Voor het aannemen van aansprakelijkheid van de lidstaat jegens de EU vanwege het handelen of nalaten van een rechter is een enkele concrete schending voor Luxemburg onvoldoende. In dat geval zal sprake moeten zijn van een zeker aantal rechterlijke beslissingen die niet door de hoogste nationale rechter zijn gecorrigeerd of door die hoogste rechter worden bevestigd. Onder omstandigheden kan dan eveneens een schending van de wetgever op de loer liggen omdat deze de onjuiste uitleg niet middels wetgeving heeft gecorrigeerd. Een schending van de rechter in een concreet individueel geval kan wel zogenoemde *Francovich*-aansprakelijkheid tot gevolg hebben wanneer sprake is van een kennelijke schending door de rechter en aan de overige *Francovich*-criteria is voldaan.



Ten tweede komt handelen of nalaten in strijd met EU-recht door ambtenaren voor rekening van de lidstaat ook als dit handelen in strijd komt met geldende instructies of wanneer de bevoegde ambtenaren misbruik maken van hun bevoegdheid dan wel wanneer zij niet bevoegd waren te handelen. Ook uitlatingen van niet bevoegde ambtenaren kunnen onder omstandigheden voor rekening zijn van een lidstaat wanneer de uitlatingen door adresaten redelijkerwijs kunnen worden opgevat als officiële standpunten en de lidstaat niet onverwijld en ondubbelzinnig deze indruk bij de adresaten heeft weggenomen. Bij ambtenaren kan het HvJEU ofwel kiezen voor toerekening van het EU-strijdig handelen aan de lidstaat ofwel kiezen om aansprakelijkheid aan te nemen vanwege een schending van de lidstaat van zijn positieve verplichtingen.

Ten derde wordt het handelen of nalaten van decentrale, regionale of lokale overheden aan de lidstaat toegerekend. Daaraan ligt doorgaans de redenering ten grondslag dat de interne bevoegdheidsverdeling onverlet laat dat de lidstaat verantwoordelijk is. Nationale bevoegdheidsverdelingen en daaruit voortvloeiende onbevoegdheden regarderen het HvJEU niet.

Voorts is het HvJEU via het materiële recht overgegaan tot het toekennen van een 'publiek' karakter aan publieke of private entiteiten die in sterke mate gelieerd zijn aan de klassieke overheid. Dit geldt voor bijvoorbeeld die entiteiten die publiekrechtelijke bevoegdheden uitoefenen, die onder staatscontrole een publieke dienst verrichten of bijvoorbeeld in het kader van het vrij verkeer onder vergaande overheidscontrole staan en uitvoering geven aan overheidsbeleid, aanbestedingsplichtige entiteiten, entiteiten die onderworpen zijn aan het staatssteunrecht en entiteiten die als 'bevoegde instantie' kunnen worden aangemerkt in de zin van de Dienstenrichtlijn.

Tot slot kan een lidstaat aansprakelijk zijn voor particuliere derden die volgens aanwijzingen van de Staat handelen dan wel die – zonder aanwijzingen – in het kader van bijvoorbeeld het vrij verkeer EU-recht schenden. In het laatste geval heeft de lidstaat zijn positieve verplichting geschonden. De handelingen van de derde worden in dat geval niet toegerekend aan de lidstaat.

## 2.5 CONCLUSIE HOOFDSTUK 2

In het algemene internationale recht waaronder ook het EVRM en het EU-recht zijn begrepen, wordt een Staat in de regel vertegenwoordigd door zijn regering of staatshoofd. Een Staat is in dat kader echter aansprakelijk voor verdragsschendingen van een veel grotere groep schenders dan de regering of het staatshoofd. In dit Hoofdstuk is geïnventariseerd en beschreven welke van deze schenders die aansprakelijkheid entameren. Met andere woorden is in dit hoofdstuk de vraag beantwoord *wier* schendingen aan een Staat worden toegerekend. Dit is gebeurd voor schendingen van het internationale recht (paragraaf 2.2), het EVRM (paragraaf 2.3) en het EU-recht (paragraaf 2.4). Hoewel de toerekening in deze drie systemen op onderdelen divergeert, is het beeld op hoofdlijnen gelijkaardig.

Gemeenschappelijk is in ieder geval het uitgangspunt dat de Staat zich niet eigenhandig aan aansprakelijkheid kan onttrekken door verdragsverplichtingen over te dragen aan anderen. In het algemeen is aanvaard dat interne bevoegdheidsverdelingen of interne omstandigheden waardoor verdragsverplichtingen niet worden nagekomen, de aansprakelijkheid van de Staat onverlet laten. Geconcludeerd kan worden dat het Europese recht autonoom en functioneel bepaalt *wier* handelen c.q. nalaten toerekenbaar is aan de Staat.

In de eerste plaats is dit het handelen of nalaten van de gebruikelijke overheidsinstellingen, waaronder de rechter, de wetgever, de uitvoerende macht, andere aangewezen organen van de Staat, decentrale, regionale of lokale overheden en ambtenaren. Samengevat, kan deze groep worden aangeduid als 'Staatsorganen'. In de regel hebben deze actoren een juridische band met de Staat. Hun bevoegdheden zijn verkregen via attributie of delegatie. Ook handelen of nalaten waartoe een staatsorgaan niet bevoegd is of dat in strijd is met geldende instructies kan aan de Staat worden toegerekend.

In de tweede plaats kan handelen of nalaten van personen of entiteiten die niet onder de noemer Staatsorgaan vallen aan de Staat worden toegerekend. Dat is het geval bij personen of entiteiten die op de één of andere wijze in sterke mate aan de Staat zijn gelieerd. Zij zijn bijvoorbeeld bekleed met publiekrechtelijke bevoegdheden of zij staan onder sterke invloed c.q. controle van de Staat, bijvoorbeeld ter uitvoering van een publieke dienst of publiek beleid. De personen of entiteiten in kwestie zijn natuurlijke personen en privaatrechtelijke of publiekrechtelijke entiteiten. In de regel is een publiekrechtelijke rechtsvorm alleen onvoldoende voor toerekening. De jurisprudentie van het EHRM en het HvJEU is op dit punt erg casuïstisch en loopt niet geheel synchroom. De hoofdgedachte is echter in beide rechtsstelsels aanwezig.

Ten derde kan ook handelen of nalaten van particulieren die op geen enkele wijze zijn gelieerd aan de Staat toch aansprakelijkheid van de Staat tot gevolg hebben. Dit zowel onder het internationale recht (het niet nemen van *all reasonable measures*), als onder het EVRM (verzekeringsplicht ingevuld door specifieke positieve verplichtingen) en het EU-recht (schending positieve verplichting bijvoorbeeld in het kader van vrij verkeer of algemener uit hoofde van het beginsel van Unietrouw). In deze gevallen wordt niet het schendende handelen van de particuliere derde zelf aan de Staat toegerekend maar is de Staat aansprakelijk omdat hij heeft nagelaten te verzekeren dat de desbetreffende verplichtingen worden nageleefd.

In Hoofdstuk 3 zijn de financiële gevolgen onderzocht van de schendingen die de in Hoofdstuk 2 geïnventariseerde organen en entiteiten kunnen begaan. Voor het vervolg van dit onderzoek vat ik – individuen daargelaten – de groep schenders die Staatsaansprakelijkheid te weeg kunnen brengen samen onder de noemer: '(mede)overheid of een aan de overheid gelieerde entiteit'.



## 3 Financiële consequenties

### 3.1 INLEIDING

In het vorige hoofdstuk is beschreven dat vanuit EVRM en EU-perspectief 'de Staat' het aanspreekpunt is voor schendingen van het EVRM respectievelijk het EU-recht. Geconcludeerd is dat het begrip 'Staat' in dat kader een autonoom begrip is dat functioneel wordt ingevuld. Op die manier wordt handelen of nalaten van uiteenlopende nationale actoren toegerekend aan de verdragspartij bij het EVRM respectievelijk de EU-verdragen. Dit leidt tot Staatsaansprakelijkheid.

De Staat kan in het internationale recht niet alleen worden aangesproken op het doen ophouden van de schending, maar ook tot het herstellen ervan. Deze plicht tot herstel wordt in het internationale recht aangeduid als de plicht tot '*full reparation*' (volledig rechtsherstel).<sup>1</sup> Rechtsherstel kan in verschillende vormen worden aangeboden, al dan niet in combinatie met elkaar.<sup>2</sup> Artikel 34 van de in Hoofdstuk 2 besproken *Articles* noemt achtereenvolgens *restitution*, *compensation* en *satisfaction*. *Restitution* is nader uitgewerkt in artikel 35 van de *Articles* en houdt de verplichting in om de feitelijke of juridische situatie te herstellen die bestond vóór het onrechtmatig handelen (herstel van de '*status quo ante*').<sup>3</sup> *Restitution* kan de vorm aannemen van juridische handelingen (het vernietigen van een bepaalde maatregel, het alsnog verstrekken van een vergunning) en van feitelijke handelingen (het teruggeven van eigendom zoals een zaak of geld of het vrijlaten van een persoon) of een combinatie van beide.<sup>4</sup> De invulling hiervan hangt af van de concrete schending. Onder omstandigheden is *restitution* niet mogelijk of onvolledig om de situatie die bestond voorafgaand aan de schending te herstellen. *Restitution* is bijvoorbeeld onmogelijk als een terug te geven zaak verloren is gegaan of inmiddels aan anderen toebehoort. Als ondanks genoegzame inspanningen van een Staat blijkt dat *restitution* geen rechtsherstel kan bieden, moet dit worden aangeboden in de vorm van *compensation* (artikel 36 van de *Articles*). In dat geval is sprake van vervangende schadevergoeding. Maar een Staat kan ook in aanvulling op *restitution* gehouden zijn tot *compensation*. *Compensation* houdt immers de plicht in tot het vergoeden van de materiële en immateriële schade die door de schending is ont-

---

1 Vgl. artikel 31 *Articles*.

2 Van Emmerik 1997, p. 53 e.v.

3 Zie Van Emmerik 1997 voor andere opvattingen op dit punt: p. 54.

4 *Comm.* bij artikel 35 *Articles*, p. 96-98.

staan, voor zover die schade niet voldoende wordt gecompenseerd door de verplichting tot *restitution*.<sup>5</sup> Ook gederfde winst kan op deze manier worden vergoed. *Compensation* kan niet worden opgevat als punitief. Het is enkel als reparatoire maatregel bedoeld. Het dient ter herstel van de schending. Tot slot moet al datgene dat niet of onvoldoende hersteld kan worden via *restitution of compensation* op grond van artikel 37 van de *Articles* worden hersteld door middel van *satisfaction*.<sup>6</sup> Deze vorm van 'herstel' kan bijvoorbeeld bestaan uit de erkenning van de inbreuk, een spijtbetuinging, formele excuses of op een andere passende wijze.

Net als in het internationale recht zal het schenden van EVRM of EU-recht gelijkaardige gevolgen hebben: de Staat moet de schending opheffen en de onrechtmatige situatie herstellen. Schadevergoeding of andere financiële consequenties horen hierbij.

In dit Hoofdstuk worden de financiële gevolgen geïnventariseerd en beschreven die een lidstaat zoals Nederland kan ondervinden van schendingen van EVRM respectievelijk EU-recht. Vast zal komen te staan dat wat *soorten* financiële gevolgen betreft, het EVRM veel minder diverse vormen kent dan het EU-recht.

Dit hoofdstuk is omvangrijk en om die reden als volgt opgebouwd. In Deel A zijn de financiële gevolgen in kaart gebracht die het EVRM aan Staatsaansprakelijkheid verbindt. Deel A beslaat paragrafen 3.2 t/m 3.5. In Deel B is dit gedaan voor schendingen van EU-recht. Deel B omvat paragrafen 3.6 t/m 3.9. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 3.10).

## A FINanciële consequenties vanwege een schending van het EVRM

### 3.2 INLEIDING

Net als in het gewone internationale recht heeft een verdragsschending onder het EVRM financiële consequenties voor een verdragsstaat. In Hoofdstuk 2 is vastgesteld dat het EVRM verdragsschendingen van verschillende soorten schenders toerekent aan de lidstaat. Deze verschillende actoren heb ik in de Conclusie van Hoofdstuk 2 samengevat onder de noemer '(mede) overheid of een aan de overheid gelieerde entiteit'. Geconcludeerd kan worden dat deze groep schenders direct financieel nadeel kunnen toebrengen aan de lidstaat wanneer zij het EVRM schenden. De vraag dringt zich op welke financiële gevolgen dit zijn. Die vraag wordt behandeld in dit Deel.

Een verdragsschending kan in het kader van het EVRM op één manier bij het EHRM worden aangebracht en dat is de klachtprocedure.<sup>7</sup> Deze pro-

5 *Comm.* bij artikel 36 *Articles*, p. 99 e.v.

6 *Comm.* bij artikel 37 *Articles*, p. 105 e.v.

7 Naast de adviesprocedure die het Comité van Ministers bij het Hof kan voeren ex artikel 47 EVRM.

cedure wordt besproken in paragraaf 3.3. Het EVRM kent (nog)<sup>8</sup> geen inbreukprocedure zoals onder het EU-recht mogelijk is. De klachtprocedure wordt aangespannen tegen een verdragsstaat door één of meerdere verdragsstaten (artikel 33 EVRM) of door één of meerdere individuen c.q. rechtspersonen (artikel 34 EVRM). Met andere woorden: het is niet het Comité van Ministers van de Raad van Europa dat een procedure aanspant. Ter beantwoording van de centrale onderzoeksvraag zijn alleen de klachtprocedures van belang die worden aangespannen door individuele klagers of rechtspersonen. Klachtprocedures aangespannen door lidstaten worden buiten beschouwing gelaten.

De klachtprocedure kan op drie manieren leiden tot financiële gevolgen voor een verdragsstaat. In de eerste plaats kan de Staat – onder druk van de aangespannen procedure – met de klager een minnelijke schikking bereiken (artikel 39 EVRM). In dat geval wordt de zaak van de rol geschrapt. Ten tweede kan de klachtprocedure worden beëindigd nadat de lidstaat een zogenoemde eenzijdige verklaring (*unilateral declaration*) aflegt. Daarin kan zijn opgenomen welk bedrag aan compensatie aan de klager zal worden uitgekeerd. De derde en laatste mogelijkheid is dat de zaak wordt doorgezet. Als het EHRM een verdragsschending vaststelt, kan het de lidstaat veroordelen tot het betalen van een billijke genoegdoening aan de klager (artikel 41 EVRM). Het EHRM spreekt ook een kostenveroordeling uit.

Buiten de klachtprocedure bij het EHRM om kan een lidstaat worden geconfronteerd met financiële consequenties ten gevolge van een schending van het EVRM door een medeoverheid of een aan de overheid gelieerde entiteit. Dit wordt besproken in paragraaf 3.4. Op grond van artikel 13 EVRM dient een klager immers de beschikking te hebben over een effectief nationaal rechtsmiddel. Dat betekent dat een vermeende EVRM-schending aan de *nationale* rechter moet kunnen worden voorgelegd. Als die rechter vervolgens een schending vaststelt, zal ook in dat geval herstel moeten worden aangeboden. Wanneer dat niet mogelijk is, zal schadevergoeding uitkomst moeten bieden. Deze financiële consequentie zal om die reden ook in dit Deel worden besproken. De vraag die zich hierbij opdringt, is in hoeverre de Staat in deze nationale procedure zal worden veroordeeld tot schadevergoeding. In de regel zal de benadeelde van de vermeende schending immers rechtstreeks (mede)overheid of de aan de overheid gelieerde entiteit aanspreken. Bij de bespreking van artikel 13 EVRM zal dit punt worden geadresseerd.

---

8 Vgl. Protocol No. 14. Vooralsnog bestaat een dergelijke procedure niet voor een lidstaat of de klager. Sinds 1 juli 2011 heeft het Comité van Ministers van de Raad van Europa wel de bevoegdheid om een inbreukprocedure te starten. Later in dit Hoofdstuk wordt hier uitvoeriger op ingegaan. Hier moet worden opgemerkt dat deze inbreukprocedure in ieder geval geen mogelijkheid biedt om de verdragsstaat een boete of dwangsom op te leggen.

### 3.3 FINANCIËLE CONSEQUENTIES OPGELEGD IN HET KADER VAN DE KLACHTPROCEDURE

#### 3.3.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de drie hiervoor gesignaleerde manieren geschetst waarop een lidstaat kan worden geconfronteerd met financiële consequenties van een verdragsschending door een (mede)overheid of een aan de overheid gelieerde entiteit. In de eerste plaats worden achtereenvolgens de drie mogelijkheden binnen de klachtprocedure behandeld in paragraaf 3.3.2, respectievelijk 3.3.3 en 3.3.4). In paragraaf 3.3.5 wordt vervolgens de tenuitvoerlegging van de uitspraken van het EHRM besproken. Dit is van belang omdat het in de Staat zal zijn die in de klachtprocedure verweer voert. Medeoverheden hebben immers geen procespositie in het kader van die procedure. Dit wordt behandeld in paragraaf 3.3.6. De procespositie van aan overheden gelieerde entiteiten is in Hoofdstuk 2 al besproken. Voorts worden de financiële risico's voor Nederland geschetst in paragraaf 3.3.7.

#### 3.3.2 De minnelijke schikking ex artikel 39 EVRM<sup>9</sup>

Zoals gezegd, kunnen partijen een minnelijke schikking ('*friendly settlement*') bereiken (artikel 39 EVRM). De basis hiervoor ligt in artikel 38 lid 1 sub b EVRM:

- '1. Indien het Hof het verzoekschrift ontvankelijk verklaart,  
 a) (...)  
 b) stelt het zich ter beschikking van de betrokken partijen teneinde tot een minnelijke schikking van de zaak te komen op basis van eerbiediging van de in het Verdrag en de Protocollen daarbij omschreven rechten van de mens.'

Zodra de Nederlandse procesvertegenwoordiging (agent) de klacht van de griffie van het Hof ontvangt, wordt de vraag gesteld of een minnelijke schikking kan worden bereikt. In het kader van deze schikking kan het EHRM actieve assistentie bieden, maar ook zonder dergelijke tussenkomst van het EHRM kunnen partijen tot overeenstemming komen waarna partijen het EHRM berichten over de door hen getroffen schikking. Zoals uit de tekst van genoemde verklaring blijkt, beoordeelt het EHRM eerst of de zaak ontvankelijk is. Deze voorwaarde is met inwerkingtreding van Protocol No. 14 in zoverre gewijzigd dat het zal zijn toegestaan in elke stand van het geding – dus ook vóór ontvankelijkverklaring – een minnelijke schikking te bereiken.<sup>10</sup> Een minnelijke schikking wordt doorgaans bereikt in zaken waarin de

<sup>9</sup> Zie Van Emmerik 1997, p. 64 e.v.

<sup>10</sup> Protocol No. 14 bij het EVRM (*Trb.* 2004, 285). Het Protocol wijzigt de huidige artikelen 38 en 39 EVRM. De regeling voor de minnelijke schikking is vervat in het nieuwe artikel 39 EVRM dat voor zover hier relevant als volgt luidt: '1. In elk stadium van de procedure kan het Hof zich ter beschikking stellen van de betrokken partijen teneinde tot een minnelijke schikking in de zaak te komen op basis van eerbiediging... (...)'.  
 10

kwestie reeds vastligt in jurisprudentie van het EHRM dan wel in zaken waarin de verdragsstaat de zaak niet voor wil laten komen. Indien het EHRM tot een minnelijke schikking komt dan schrappt het Hof de zaak van de rol (artikel 39 EVRM en *Rule 43 par. 3 Rules of Court*). Met inwerkingtreding van Protocol No. 14 per 1 juni 2010 houdt het Comité ook toezicht op de uitvoering van de minnelijke regeling.<sup>11</sup> Het Comité heeft eerder al uitgesproken dat een minnelijke schikking de voorkeur verdient boven voortzetting van de zaak indien deze zich daartoe leent.<sup>12</sup>

De onderhandelingen die leiden tot de minnelijke schikking zijn vertrouwelijk en worden gevoerd tussen de klager en de Nederlandse vertegenwoordiging bij het EHRM.<sup>13</sup> Intern gezien, ligt de verantwoordelijkheid met andere woorden de beslissingsbevoegdheid omtrent schikken en procederen bij de betreffende vakminister zoals de Minister van VenJ indien sprake is van schendingen door rechterlijke macht of van gevangenispersoneel en de Minister van BZK wanneer het schendingen betreft van de politie of de ABRvS (redelijke termijn). Een enkele keer – bijvoorbeeld in geval van sociale uitkeringen – is de Minister van SZW betrokken. In zaken waarbij sprake is van schending van de redelijke termijn kunnen meerdere ministeries zijn betrokken: een vakministerie, VenJ vanwege de rechterlijke macht (rechtbank) en bijvoorbeeld BZK in verband met overschrijding door de ABRvS. In geval van schending van het EVRM door medeoverheden is het ministerie van BZK tevens het aangewezen vakministerie. De zaak *Hutten t. Nederland* is hier een voorbeeld van. Vanwege overschrijding van de redelijke termijn werd tussen Nederland en de klager een schikking bereikt.<sup>14</sup> Aan de klager werd een geldbedrag van EUR 6.000,- betaald.<sup>15</sup> Daarbij waren in ieder geval zowel het ministerie van BZK (in verband met de medeoverheid (gemeente Voorst)) als het ministerie van VROM (vanwege artikel 49 WRO) en het ministerie van VenJ (vanwege rechtbanken) betrokken. Indien een schikking wordt bereikt, worden ook de kosten verdeeld tussen de betrokken ministeries afhankelijk van welk onderdeel verantwoordelijk is voor de schending van de redelijke termijn.

---

11 Zie *Rules 12-15* van de *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006*, te raadplegen via <www.coe.int>.

12 *Resolution Res(2002)59 concerning the practice in respect of friendly settlements*.

13 Zie over het Nederlands Agentschap uitgebreid Böcker & Schukking 2006. Soms gaat het ook anders: zie bijvoorbeeld EHRM 4 oktober 2006, *Association SOS Attentats en De Boëry t. Frankrijk*, *EHRC* 2006/139. Deze zaak betrof de vraag of de zaak van de rol moest worden geschrapt in verband met de schikking die bereikt was met tussenkomst van Frankrijk tussen de families en slachtoffers van de bomaanslag op een Frans vliegtuig in 1989 waarbij 170 passagiers om het leven kwamen en Libië, althans de Gaddafi International Organisation for Charity Associations. Het EHRM heeft deze vraag bevestigend beantwoord.

14 EHRM 26 oktober 2004, *Hutten t. Nederland*.

15 Böcker & Schukking 2006, p. 71.



De verdeling tussen twee ministeries vindt ofwel plaats op basis van 50%-50% dan wel 0%-100%. Er worden in de praktijk geen andere verdeelsleutels (30%-70% e.d.) gehanteerd.

Wanneer de klager en de lidstaat tot overeenstemming komen, toetst het EHRM of de schikking zich verdraagt met het EVRM. Vervolgens schrappt het EHRM de zaak van de rol met een uitspraak die kort de feiten, het recht en de uitkomst van de zaak schetst. In paragraaf 3.3.7 is onderzocht welke minnelijke regelingen Nederland is aangegaan.

### 3.3.3 De eenzijdige verklaring

Wanneer het niet tot een minnelijke schikking komt, kan het EHRM de zaak toch van de rol schrappen indien de verdragsstaat een zogenaamde 'eenzijdige verklaring' (*'unilateral declaration'*) aflegt. Deze oplossing is niet genoemd in het verdrag zelf maar wordt wel door het EHRM geaccepteerd.<sup>16</sup> Hiervan is sprake wanneer een minnelijke schikking niet tot stand komt maar de lidstaat wel aanleiding vindt om herstel te bieden aan de klager. In dat geval erkent de lidstaat dat het EVRM is geschonden waarna het EHRM beoordeelt of de compensatie passend (*'acceptable'*) is. Afhankelijk daarvan kan het de zaak dus van de rol schrappen ex artikel 37 lid 1 sub c van het EVRM. Dit gebeurde bijvoorbeeld in de zaak *Van Houten*.<sup>17</sup> Er is aan klager EUR 7.000,- uitbetaald vanwege schending van de redelijke termijn ex artikel 6 EVRM. Dit bedrag is verdeeld over de ministeries van BZK (vanwege betrokkenheid medeoverheid), VenJ (vanwege betrokkenheid rechtbanken) en VROM (als vakministerie aangezien het een procedure ex artikel 49 WRO betrof).

De keuze om een zaak in geval van een eenzijdige verklaring van de rol te schrappen, is aan het EHRM. Het kan zijn dat dit gebeurt tegen de uitdrukkelijke wens in van de klager en dus alleen op verzoek van de betrokken verdragsstaat. Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak *Akman t. Turkije*.<sup>18</sup> In een andere zaak (*Tahsin Acar t. Turkije*) verwierp het EHRM, na verzet van de klager, het verzoek van de verdragsstaat om de zaak van de rol te schrappen.<sup>19</sup> Daarbij noemde het EHRM een reeks factoren die het in zijn afweging betreft. Het EHRM overwoog voorts dat de (in *Tahsin*) genoemde criteria niet uitputtend zijn maar dat in individuele zaken ook andere overwegingen kunnen worden betrokken. In paragraaf 3.3.7 wordt nader ingegaan op de risico's in deze voor Nederland.

16 Op grond van artikel 37 par. 1 van het EVRM kan het EHRM een zaak van de rol schrappen *'for any other reason established by the Court, it is no longer justified to continue the examination of the application.'* Een door het EHRM geaccepteerde eenzijdige verklaring kan een dergelijke reden zijn.

17 EHRM 29 september 2005, appl. no. 25149/03, *Van Houten t. Nederland* (par. 32-36). In par. 35 overweegt het EHRM dat de vergoeding van immateriële schade die door Nederland is aangeboden *'acceptable'* is.

18 EHRM 26 juni 2001, *Akman t. Turkije*.

19 EHRM 6 mei 2003, *Tahsin Acar t. Turkije* r.o. 76-77, *EHRC* 2003/53, m.nt. J. van der Velde.

### 3.3.4 De billijke genoegdoening ex artikel 41 EVRM

De derde manier waarop een klachtprocedure kan uitmonden in financiële consequenties voor een verdragsstaat is wanneer het EHRM de verdragsstaat veroordeelt tot het betalen van een 'billijke' genoegdoening ('*just satisfaction*') ex artikel 41 EVRM:

*'If the Court finds that there has been a violation of the Convention or the Protocols thereto, and if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made, the Court shall, if necessary, afford just satisfaction to the injured party.'*

Geconcludeerd kan worden dat deze genoegdoening pas in beeld komt wanneer het EHRM heeft *vastgesteld* dat sprake is van een schending van het EVRM.<sup>20</sup> Dit past in het in de Inleiding op dit Hoofdstuk geschetste uitgangspunt dat een lidstaat verplicht is de schending volledig te herstellen. Dit kan op verschillende manieren waarvan er één *compensation* was. De billijke genoegdoening valt daaronder. Deze kan worden toegekend indien het nationale recht geen volledig rechtsherstel biedt. Hierna wordt nader ingegaan op de billijke genoegdoening en de voorwaarden waaronder die kan worden opgelegd aan de verdragsstaat.

Het EHRM beoordeelt niet ambtshalve over de vraag of een billijke genoegdoening gewenst is. Daartoe is een separate claim van de klager nodig (*Rule 60* van de *Rules of Court*). Zo was in de zaak tegen Nederland van *Salah Sheekh* geen verzoek gedaan op grond van artikel 41 EVRM. Hoewel het EHRM wel constateerde dat vanwege de weigering een verblijfsvergunning te verstrekken sprake was van een schending van artikel 3 EVRM volgde geen veroordeling tot betaling van een billijke genoegdoening.<sup>21</sup>

Het begrip 'billijke genoegdoening' wordt door het EHRM ruim opgevat. In de eerste plaats valt daaronder een geldelijke compensatie die wordt toegekend voor geleden materiële en/of immateriële schade en/of voor gemaakte kosten tijdens de nationale<sup>22</sup>/Straatsburgse procedure. Maar ook de enkele vaststelling door het EHRM dat het EVRM is geschonden, wordt

20 Aangezien een minnelijke regeling of een eenzijdige verklaring van de lidstaat geen inhoudelijke beoordeling van de zaak met zich mee brengt, laat staan een vaststelling van een schending, is er geen grond voor het EHRM om in die gevallen een billijke genoegdoening toe te kennen. Aangetekend zij dat een billijke genoegdoening ook kan worden toegekend wanneer een lidstaat een door het EHRM gegeven interim measure niet naleeft. In een reeks zaken heeft het EHRM staten tot bedragen van EUR 15.000,- veroordeeld vanwege schending van artikel 34 EVRM (en/of bijvoorbeeld artikel 3 EVRM). Zie bijvoorbeeld: EHRM 23 januari 2008 (GK), Saadi t. Italië, *JV* 2008/131 m.nt. J. Wouters en EHRM 27 maart 2012, Mannai t. Italië, *EHRC* 2012/131 m.nt. E. Rieter.

21 EHRM 11 januari 2007, Salah Sheekh t. Nederland, *AB* 2007, 76 m.nt. B.P. Vermeulen en *EHRC* 2007/36 m.nt. A. Woltjer.

22 Kosten van de nationale procedure komen slechts beperkt voor vergoeding in aanmerking.

door het EHRM gezien als een billijke genoegdoening.<sup>23</sup> Een billijke genoegdoening vanwege (im)materiële schade wordt alleen toegekend indien er causaal verband bestaat tussen de verdragsschending en de geleden schade.<sup>24</sup> Dat kan problematisch zijn: bijvoorbeeld bij vermeende materiële schade ten gevolge van een schending van procedurele rechten (bijv. 6 lid 1 EVRM) is het vaak lastig dit verband aan te tonen.<sup>25</sup> In dat geval moet hard worden gemaakt dat de uitkomst van het geschil anders zou zijn geweest indien de procedurele rechten wel gewaarborgd waren.<sup>26</sup> Het probleem bij immateriële schade daarentegen doet zich voor in de bewijsfeer. Om daaraan tegemoet te komen, heeft het EHRM aanvaard dat immateriële schade uit zijn aard veelal niet kan worden bewezen. Ook de berekening van immateriële schade levert problemen op. Het EHRM stelt de vergoeding daarom naar redelijkheid vast.<sup>27</sup>

*Van Emmerik*<sup>28</sup> en *Vande Lanotte*<sup>29</sup> onderscheiden twee vormen van materiële schade waarvoor het EHRM een billijke genoegdoening toekent. Ten eerste de post geleden verlies / gederfde winst en ten tweede het verlies van

23 Het oordeel van het EHRM luidt dan bijvoorbeeld: *'Dit que le constat de violation fournit en soi une satisfaction équitable suffisante pour le dommage moral subi par la requérante.'* of *'For the remainder, the Court is of the opinion that the finding of a violation of Article 6§2 provides sufficient just satisfaction for any resulting non-pecuniary damage and that no reasons are apparent which would justify a cash award.'* Zie voor enkele voorbeelden: EHRM 15 oktober 2009, Prezec t. Kroatië, EHRC 2010/6 m.nt. G. Mols, EHRM 3 februari 2004, Menher t. Frankrijk, EHRC 2004/25, m.nt. F. Fernhout, EHRM 23 oktober 2003, Baars t. Nederland, EHRC 2003/97, m.nt. G. Mols, EHRM 13 februari 2001, Krombach t. Frankrijk, EHRC 2001/22, m.nt. A.W. Heringa en EHRM 16 februari 2000, Amann t. Zwitserland, EHRC 2000/31 m.nt. E. Brems.

24 Voor een voorbeeld waarin het causale verband ontbrak wijs ik op EHRM 9 november 2004, Del Latte t. Nederland, EHRC 2005/1 m.nt. F. Fernhout (par. 38).

25 Zie ook Van Emmerik 1997, p. 167 over *loss of opportunities* bij artikel 6 lid 1 EVRM.

26 Bijvoorbeeld: EHRM 14 september 1987 (De Cubber t. België) par. 23 en EHRM 27 februari 2001 (Luca t. Italië) *Reports*, 2001, par. 48. Een voorbeeld van een geval waarin dat wel is bewezen, is EHRM 16 december 1997 (Canea Catholic Church t. Griekenland), *Reports* 1997, par. 42 en 55.

27 Voor wat betreft de vergoeding voor schade geleden vanwege overschrijding van de redelijke termijn (6 EVRM) heeft het Hof in enkele zaken uitgesproken hoe de vergoeding te berekenen: EHRM 10 november 2004 (Pizzati t. Italië), AB 2005, 257 m.nt. T. Barkhuysen, JB 2005, 1 m.nt. A.M.L. Jansen en EHRC 2005/22, m.nt. J. van der Velde. Zie ook EHRM 29 maart 2006 (Scordino t. Italië) AB 2006, 294, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en EHRC 2006/61 m.nt. J. van der Velde. De nationale rechter volgt deze uitgangspunten: bijvoorbeeld Rechtbank Arnhem 20 september 2006, LJV AZ1195. Voor voorbeelden waarin nationale rechters een lager bedrag vaststelden en de reactie hierop van het Hof zij verwezen naar o.m. EHRM 4 juli 2006, Zarb t. Malta, EHRC 2006/108 m.nt. J. van der Velde en EHRM 17 juli 2008, Kaic e.a. t. Kroatië, EHRC 2008/115. Het EHRM heeft aan de in Scordino geformuleerde criteria enkele wijzigingen gebracht die het in acht neemt wanneer grote groepen klagers zich vanwege overschrijding van de redelijke termijn tot het EHRM wenden. Zie hiervoor EHRM 15 februari 2008, Arvanitaki-Roboti e.a. t. Griekenland, EHRC 2008/56, m.nt. J. van der Velde en AB 2008/140 m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

28 Van Emmerik 1997, p. 163 e.v.

29 Vande Lanotte & Haecq (II), p. 648 e.v.

kansen (*loss of opportunities*) als grond voor schadevergoeding. De eerste post bestaat uit verschillende soorten inkomensverlies. *Vande Lanotte* bespreekt twee categorieën. In de eerste plaats het inkomensverlies door verblijf in de gevangenis,<sup>30</sup> door negatieve gevolgen voor een carrière,<sup>31</sup> door verlies van een familielid,<sup>32</sup> van een geldbedrag wegens de lange duur van een procedure in combinatie met de weigering tot tenuitvoerlegging van de eindbeslissing.<sup>33</sup> Ten tweede het inkomensverlies door beperking van het gebruik van onroerende eigendom<sup>34</sup> of verlies daarvan, of verlies van huisraad en/of veestapel.<sup>35</sup> Zoals gezegd, kan ook het verlies van kansen (*loss of opportunities*) leiden tot de toekenning van een billijke genoegdoening voor mate-

- 
- 30 Als voorbeeld wordt gewezen op EHRM 9 juni 1998 (Teixeira de Castro t. Portugal). Er wordt klager PTE 10.000.000,- aan materiële en immateriële schade toegekend vanwege schending artikel 6 EVRM.
- 31 Aangehaald worden Smith en Grady t. het Verenigd Koninkrijk (ontslag uit het leger vanwege homoseksuele geaardheid) (EHRM 25 juli 2000). Er wordt aan klagers GBP 19.000,- (materiële en immateriële schadevergoeding) toegekend vanwege schending artikel 8 EVRM. Ook de zaak Selim Sadak e.a. t. Turkije (ontbinding partij) (EHRM 11 juni 2002) waarin per klager EUR 50.000,- aan materiële en immateriële schadevergoeding wordt toegekend.
- 32 Gewezen wordt op enkele Turkse zaken: Cakici t. Turkije (echtgenoot gestorven na opgepakt te zijn door de Turkse veiligheidstroepen, schending artikel 2 EVRM, billijke genoegdoening aan nabestaande die financieel afhankelijk was van het slachtoffer), Akdeniz t. Turkije (11 personen gestorven na opgepakt te zijn door Turkse veiligheidstroepen, schending artikel 2 EVRM, billijke genoegdoening aan nabestaanden die financieel afhankelijk waren van de slachtoffers). Als voorbeeld waaruit blijkt dat niet zonder meer voldaan is aan de criteria van financiële afhankelijkheid van slachtoffers wijst *Vande Lanotte* op: Kiliç t. Turkije (geen vergoeding toegekend omdat niet bewezen is dat klager financieel afhankelijk was van slachtoffer). Daarentegen kende het Hof in de zaak Aksoy t. Turkije klager wel een billijke genoegdoening toe: ook hier ging het om een nauw familielid (vader) maar de kosten waren gemaakt voor de dood van het slachtoffer.
- 33 Aangesloten wordt bij EHRM 21 februari 1997, Guillemin t. Frankrijk: mevrouw Guillemin was het slachtoffer van onrechtmatige onteigening geworden. Het EHRM had eerder een schending van o.m. artikel 6 lid 1 EVRM vastgesteld (schending van de redelijke termijn) en mevrouw Guillemin een billijke genoegdoening voor de immateriële schade en ter vergoeding van gemaakte kosten toegekend. Het EHRM had in die uitspraak niet beslist op de te vergoeden materiële schade vanwege de onrechtmatige onteigening maar wachtte een minnelijke regeling tussen partijen af. Vervolgens ontstaat een nationale dans over de hoogte van de schadevergoeding met verschillende rechterlijke uitspraken zonder dat mevrouw Guillemin een *franc* ontvangt. Het EHRM oordeelt vervolgens dat mevrouw Guillemin – vooruitlopend op de schadevergoeding die haar zal worden toegekend – alvast een bedrag aan vergoeding dient te ontvangen. Immers '*the adequacy of compensation may be diminished if it is paid without reference to various circumstances likely to reduce its value, such as the lapse of a considerable period of time*' (r.o. 24).
- 34 Bijvoorbeeld EHRM 9 december 1994, López-Ostra t. Spanje: het EHRM kende klagers een gedeeltelijke vergoeding toe voor de materiële schade die zij geleden hadden omdat de Spaanse overheid niet handhavend had opgetreden tegen de stank- en geluidsoverlast die de afvalverwerkingsinstallatie produceerde.
- 35 In dit verband wordt op verschillende zaken gewezen, waaronder EHRM 24 juli 1998, Mentés e.a. t. Turkije.

riële schade.<sup>36</sup> Ook hierbij is het lastig om de schade te begroten c.q. het causaal verband vast te stellen.<sup>37</sup>

Wat de immateriële schade betreft, zijn de aanleidingen tot de toekenning van een billijke genoegdoening zeer divers:<sup>38</sup> onder meer gevoelens van angst, frustratie, onzekerheid, onveiligheid, onrust e.d.<sup>39</sup>, ook reputatieschade<sup>40</sup> of het feit dat klager geen toegang wordt verschaft tot een rechter c.q. dat er geen rechtsmiddelen openstaan voor de klager<sup>41</sup> en verlies van *opportunities*.<sup>42</sup> Voor schendingen van de redelijke termijn heeft het EHRM inmiddels een berekeningssystematiek ontwikkeld ter vergoeding van immateriële schade.<sup>43</sup> Opgemerkt zij dat het EHRM heeft aanvaard dat ook rechtspersonen, politieke partijen en andere verenigingen immateriële schade kunnen lijden.<sup>44</sup>

Ook vergoedbaar op grond van artikel 41 EVRM zijn tot slot de kosten en uitgaven die een klager heeft gemaakt ten behoeve van de nationale en Straatsburgse procedure.<sup>45</sup> De aard van deze kosten kan velerlei zijn: ze moeten echter gemaakt zijn om de schending te verhelpen. Zo zullen gemaakte advocaatkosten en de kosten voor experts voor vergoeding in aanmerking komen. Aanvullende vergoedingseisen bestaan eruit dat de kosten

36 Zie Van Emmerik 1997 voor een grondige bespreking, p. 167-173.

37 Vande Lanotte wijst o.m. op EHRM 28 oktober 1987, Inze t. Oostenrijk en EHRM 3 maart 2000, Krcmár t. Tsjechië.

38 Zie uitgebreid Vande Lanotte & Haeck (II), p. 655 e.v. en Van Emmerik 1997, p. 164-167.

39 Gewezen wordt o.m. op EHRM 9 december 1994, López-Ostra t. Spanje, EHRM 10 maart 1980, König t. Duitsland en EHRM 14 september 1987, Gillow t. Verenigd Koninkrijk.

40 o.m. EHRM 10 februari 1995, Allenet de Ribemont t. Frankrijk.

41 o.m. EHRM 28 juni 1990, Mats Jacobsson t. Zweden.

42 o.m. EHRM 13 juli 2000, Elsholz t. Duitsland.

43 O.m. EHRM 10 november 2004 (Pizzati t. Italië), *AB* 2005, 257 m.nt. T. Barkhuysen, *JB* 2005, 1 m.nt. A.M.L. Jansen en *EHRC* 2005/22, m.nt. J. van der Velde. Zie ook EHRM 29 maart 2006, Scordino t. Italië, *AB* 2006, 294, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en *EHRC* 2006/61 m.nt. J. van der Velde. Het EHRM heeft aan de in Scordino geformuleerde criteria enkele wijzigingen gebracht die het EHRM in acht neemt wanneer grote groepen klagers zich vanwege overschrijding van de redelijke termijn tot het EHRM wenden. Zie hiervoor EHRM 15 februari 2008, Arvanitaki-Roboti e.a. t. Griekenland, *EHRC* 2008/56, m.nt. J. van der Velde en *AB* 2008/140 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

44 Voor verenigingen zij gewezen op EHRM 19 december 1994, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs en Gubi t. Oostenrijk, voor politieke partijen op EHRM 5 oktober 2004, Presidential Party of Mordovia t. Rusland, *EHRC* 2004/101, m.nt. J.L.W. Broeksteeg, EHRM 8 december 1999, Özdep t. Turkije en voor rechtspersonen op EHRM 9 november 2004, *EHRC* 2005/2, m.nt. F. Fernhout (onderneming), EHRM, 16 april 2002, Stés Colas Est e.a. t. Frankrijk, *EHRC* 2002/46, m.nt. H.L. Janssen (ondernemingen), EHRM 6 april 2000, Comingersoll SA t. Portugal, *EHRC* 2000/47 m.nt. J. van der Velde (onderneming) en o.m. EHRM 26 maart 2002 Société Comabat t. Frankrijk (vereniging). De immateriële schade bestaat voor commerciële bedrijven o.m. uit reputatieschade, onzekerheid in de besluitvormingsprocedure, verstoring in het management van het bedrijf en onzekerheid bij het managementteam. Het EHRM kwalificeert deze schade als immateriële schade. Zie anders: Van Emmerik 1997, p. 358.

45 Zie uitgebreid Van Emmerik 1997, p. 173-175.

daadwerkelijk gemaakt moeten zijn<sup>46</sup> en tevens noodzakelijk<sup>47</sup> en redelijk<sup>48</sup> zijn.

Tot slot van deze paragraaf wordt ingegaan op de verhouding tussen de mogelijkheden van schadevergoeding naar nationaal recht en de billijke genoegdoening ex artikel 41 EVRM. Daarover kunnen enkele opmerkingen worden gemaakt.<sup>49</sup>

Ten eerste is het zo dat de door het EHRM toe te kennen billijke genoegdoening een *subsidiar* karakter heeft. Artikel 41 EVRM stelt dat een billijke vergoeding kan worden opgelegd 'if the internal law of the High Contracting Party concerned allows only partial reparation to be made'. De primaire plicht om restitution in integrum te bieden rust op de verdragsstaat. Dit komt ook terug in de jurisprudentie van het EHRM:<sup>50</sup>

'34. (...) If the nature of the breach allows of *restitutio in integrum*, it is for the respondent State to effect it, the Court having neither the power nor the practical possibility of doing so itself. If, on the other hand, national law does not allow – or allows only partial – reparation to be made for the consequences of the breach, Article 50 (art. 50) empowers the Court to afford the injured party such satisfaction as appears to it to be appropriate. (...).'

Voor de toekenning van een billijke genoegdoening is op grond van artikel 41 EVRM dus slechts plaats indien het nationale stelsel geen volledig rechtsherstel (*restitutio in integrum*) biedt. Daarvan is sprake in twee situaties. Ten eerste kan de aard van de schending met zich mee brengen dat *restitutio in integrum* onmogelijk is. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan schending van het folterverbod (artikel 3 EVRM). Een persoon die hieraan is blootgesteld, kan immers niet meer worden gebracht in de situatie waarin er geen schending heeft plaatsgevonden. Ten tweede is de situatie aan de orde waarin het nationale recht niet of slechts gedeeltelijk voorziet in volledig rechtsherstel, waardoor ruimte ontstaat voor het toekennen van een billijke genoegdoening vanwege geleden (im)materiële schade. Eén van de gevallen waarin dit is gebeurd, is de zaak *Baybasin t. Nederland*.<sup>51</sup> De heer Baybasin was gedurende meer dan een jaar in een zogenoemde Extra Beveiligde Inrichting ('EBI') onderworpen geweest aan wekelijkse visitatie. Het EHRM nam in dat kader een schending aan van artikel 3 EVRM. De vraag is vervol-

46 Of kosten daadwerkelijk zijn gemaakt, dient te worden aangetoond door middel van bewijsstukken.

47 In hoeverre de gemaakte kosten ook noodzakelijk waren, wordt beoordeeld op een case to case basis. Zo zijn kosten die zijn gemaakt met betrekking tot een onderdeel van de klacht dat niet-ontvankelijk is bevonden, niet noodzakelijk. Een voorbeeld daarvan is EHRM 26 juli 2001, *Ilijkov t. Bulgarije*.

48 Wanneer kosten onredelijk hoog zijn, worden ze door het EHRM 'naar billijkheid gereduceerd'.

49 Zie ook Van Emmerik 1997, p. 108-113.

50 EHRM 31 oktober 1995, *Papamichalopoulos t. Griekenland*, *Series A* no. 330-B.

51 Bijvoorbeeld: EHRM 6 juli 2006, *Baybasin t. Nederland* (par. 75-77), *AB* 2007/77 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

gens of het nationale recht in dat geval *restitutio in integrum* kan bieden. Daartoe overweegt het EHRM als volgt:

*'77. In the present case the Court considers that the nature of the violation found does not allow for restitutio in integrum in that – unlike a situation where criminal proceedings have been found to have infringed Article 6 of the Convention and a reopening of the criminal proceedings is possible under Netherlands law on the basis of that finding – the strip-searches complained of, which have not caused the applicant any pecuniary damage, simply cannot be undone. Consequently, only an award for non-pecuniary damage – to be determined on an equitable basis – can be envisaged.'*

Hiertoe is het EHRM gerechtigd ook al zou het nationale recht kunnen voorzien in vergoeding van de geleden immateriële schade.<sup>52</sup> De achtergrond van dit subsidiaire karakter ligt in de verhouding tussen artikel 41 en artikel 46 EVRM. Op grond van laatstgenoemd artikel is de lidstaat immers gehouden het arrest van het Hof ten uitvoer te leggen. De lidstaat is daarbij vrij in de keuze van de nationale middelen maar uitgangspunt is het beëindigen van de schending en het bieden van *restitutio in integrum*.

Voorts de vraag of eenzelfde bevoegdheid ook omgekeerd bestaat: kan de nationale rechter aanvullend op een billijke genoegdoening schadevergoeding toekennen? Deze vraag is in de uitspraken *Baybasin*<sup>53</sup> en *Salah*<sup>54</sup> positief beantwoord. In aanvulling op de billijke genoegdoening staat het de lidstaat dus vrij additionele schadevergoeding of compensatie te bieden. Dit is ter loutere discretie van de lidstaten en volgt niet uit artikel 41 of 46 EVRM. Ook de Nederlandse rechter meent hiertoe bevoegd te zijn. In de zaak *Lorse*<sup>55</sup> kende de civiele rechter aanvullend op de billijke genoegdoening waartoe het EHRM Nederland had veroordeeld, een schadevergoeding 'in natura' toe. Deze bestond uit staking van de tenuitvoerlegging van de detentie. In de zaak *M c.s.*<sup>56</sup> bevestigde de Hoge Raad eerder genoemde uitspraak en accepteerde hij dat aan M c.s. aanvullende schadevergoeding moest worden betaald.

Aangetekend wordt tot slot dat ten aanzien van de ontvankelijkheid van een verzoek tot billijke vergoeding bij het EHRM niet het vereiste geldt dat de nationale rechtsmiddelen moeten zijn uitgeput. Het EHRM overwoog dit uitdrukkelijk in *Salah*.<sup>57</sup> Met andere woorden: samenloop van (schade)procedures is in theorie mogelijk. Daarbij geldt dat het EHRM niet accepteert dat beide procedures gelijktijdig (parallel) lopen. Wanneer de nationale procedure reeds loopt, zal de zaak voor het EHRM ex artikel 35 lid 1 EVRM niet-

52 EHRM 10 november 2005, Ramsahai t. Nederland, EHRC 2005/124. De zaak werd vervolgens voorgelegd aan de Grote Kamer die de uitspraak op dit punt in stand hield (EHRM 15 mei 2007).

53 EHRM 6 juli 2006, Baybasin t. Nederland (par. 75-77), AB 2007/77 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

54 EHRM 6 juli 2006, Salah t. Nederland, AB 2007, 76 m.nt. B.P. Vermeulen en EHRC 2007/36 m.nt. A. Woltjer.

55 HR 31 oktober 2003, NJ 2005, 196 m.nt. E.A. Alkema.

56 HR 18 maart 2005, NJ 2005, 201 m.nt. E.A. Alkema.

57 Par. 67.

ontvankelijk zijn dan wel tijdelijk van de rol worden geschrapt.<sup>58</sup> Omgekeerd: als de zaak eerst aanhangig is bij het EHRM is het niet gewenst dat parallel een nationale rechter dezelfde claim beslecht. Dit kan zich echter niet vertalen in een uitspraak van het EHRM omdat een vergelijkbare bepaling als artikel 35 lid 1 EVRM voor die omgekeerde situatie niet bestaat. In het geval van *Salah* hield het EHRM de zaak aan.

### 3.3.5 De tenuitvoerlegging van uitspraken van het EHRM

De hiervoor beschreven procedurele wijzen waarop een verdragsstaat kan worden geconfronteerd met financiële gevolgen van een schending van het EVRM hebben betrekking op de *verdragsstaat*. Het is immers die entiteit die partij is bij de procedure voor het EHRM. Een door het EHRM gewezen arrest is bindend voor de betrokken verdragsstaat (artikel 46 lid 1 EVRM). Het Comité van Ministers van de Raad van Europa (het Comité) is belast met het toezicht op de tenuitvoerlegging van de arresten van het EHRM<sup>59</sup> (artikel 46 lid 2 EVRM). Vaststaat dat het Comité van Ministers ook toeziet op de tenuitvoerlegging van de betalingsverplichting uit hoofde van artikel 41 EVRM van de lidstaat. In deze paragraaf wordt een vijftal hoofdlijnen van dit toezicht geschetst.

In de eerste plaats is de uitspraak van het EHRM in beginsel declaratoir.<sup>60</sup> Inmiddels is daarin een wijziging gekomen nu het EHRM steeds vaker expliciet lijkt te verwijzen naar maatregelen die genomen moeten worden waardoor de schending wordt opgeheven, waarover later meer.<sup>61</sup> *Vande Lanotte* onderscheidt een drietal uitvoeringsverplichtingen die voor de lidstaat voortvloeien uit de uitspraak. Ten eerste de plicht om de door het EHRM vastgestelde verdragsschending te beëindigen. Ten tweede de verplichting om zorg te dragen voor *restitutio in integrum*. Ten derde de plicht om te verzekeren dat herhalingen van de geconstateerde schending zich niet meer voor kunnen doen (bijvoorbeeld door het nemen van algemene maatregelen).<sup>62</sup> Deze drie verplichtingen zijn gebruikelijk in het internationale recht.<sup>63</sup>

58 Zie *Salah*, par. 66. In EHRM 7 september 2007, *Baybasin t. Nederland*, AB 2007/77 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik leidde dit tot schrapping van de rol ex artikel 37 lid 1 onder c.

59 Zie voor het overzicht van zaken waarop het Comité momenteel toezicht houdt: <[http://www.coe.int/t/e/human\\_rights/execution/](http://www.coe.int/t/e/human_rights/execution/)>. Ook de Parlementaire Vergadering van de Raad voor Europa speelt hierbij een monitorende rol: meest recente rapport (rapporteur: m.i.v. 7 maart 2008 C. Pourgounides (opvolger van E. Jurgens)) *The Implementation of Judgments of the Court of Human Rights*, 26 mei 2008, AS/Jur (2008) 24 (te vinden op: <[http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2008/20080526\\_ajdoc24\\_2008.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2008/20080526_ajdoc24_2008.pdf)>).

60 O.m. EHRM 13 juni 1979, *Marckx t. België*, NJ 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema r.o. 58: '(...) *the Court's judgment is essentially declaratory (...)*'

61 *Vande Lanotte & Haeck (II)*, p. 702 en uitgebreider p. 671-677. Zie ook de kritische noot van E.A. Alkema bij EHRM 8 juli 2003, *Lyons e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, NJ 2005/195, m.nt. E.A. Alkema. Zie ook de partly dissenting opinions van drie rechters bij EHRM 8 oktober 2009, *Maksimov t. Azerbeidzjan*, EHRC 2010/4 m.nt. J. van der Velde.

62 Zie: EHRM 31 oktober 1995, *Papamichalopoulos t. Griekenland*, par. 34.

63 Vgl. artikel 30 en 31 *Articles*.



In de tweede plaats geschiedt de tenuitvoerlegging van uitspraken in overeenstemming met het nationale recht van de lidstaat: de lidstaat is vrij in de keuze van de nationale middelen. Deze vrijheid wordt echter door verschillende factoren beperkt. Zo rust uit hoofde van de uitspraak van het EHRM een resultaatsverbintenis op de Staat met als gevolg dat de verdragsstaat slechts die middelen kan aanwenden die *geschikt* zijn om het resultaat te bereiken. Bovendien kan de aard van de schending de wijze van *restitutio* dicteren: indien klager ten onrechte in detentie zit, dient de klager in ieder geval te worden vrijgelaten.<sup>64</sup> Ook de tijdsfactor kan beperkend werken bij de keuze van de middelen waarmee *restitutio* kan worden geboden.<sup>65</sup> Inmiddels zijn twee aanvullingen op deze beperkingen ontstaan. Ten eerste in algemene zin: het EHRM is overgegaan tot het geven van zogenaamde '*pilot judgments*'. In dit verband zij gewezen op Resolutie (2004)3 van 12 mei 2004 van het Comité van Ministers<sup>66</sup> waarin de laatste het EHRM de bevoegdheid geeft om in geval van structurele schendingen van het EVRM door een lidstaat in algemene bewoordingen handvatten te geven aan de verantwoordelijke lidstaat hoe het probleem op te lossen ('*pilot judgment*'). Indien nodig, gaat het EHRM daar ook toe over. De eerste zaak waarin het EHRM dit deed, was *Broniowski t. Polen*.<sup>67</sup> Een goed voorbeeld van een Nederlands geval is de zaak *Salah*.<sup>68</sup> Eerst overweegt het EHRM (par. 71-77) wat de verplichtingen *in abstracto* zijn van Nederland uit hoofde van artikel 46 EVRM. Vervolgens (par. 77) overweegt het EHRM dat het in de regel niet aan het EHRM is om de geschikte maatregelen te bepalen. Omdat het hier niet gaat om een geïsoleerd geval maar juist om een met het EVRM-strijdige praktijk meent het EHRM wel enkele handvatten te kunnen geven. Op deze manier lijkt het EHRM gehoor te hebben gegeven aan de Resolutie van het Comité van Ministers.<sup>69</sup> Op de vraag of het EHRM zich ook in *concrete* zaken uitlaat over de reikwijdte van artikel 46 EVRM kom ik later in deze paragraaf terug. Een

64 Vande Lanotte wijst op EHRM 8 april 2004, *Assanidze t. Georgië*, EHRC 2004/52 m.nt. J. van der Velde, r.o. 202-203: '(...) However, by its very nature, the violation found in the instant case does not leave any real choice as to the measures required to remedy it. (...) In these conditions, having regard to the particular circumstances of the case and an urgent need to put an end to the violation (...), the Court considers that the respondent State must secure the applicant's release at the earliest possible date.'

65 Bijvoorbeeld EHRM 29 november 1991, *Vermeire t. België*, NJCM-Bulletin 1992, p. 673 e.v., m.nt. P. Lemmens.

66 Res. (2004)3 van 12 mei 2004 *on judgments revealing an underlying systemic problem*.

67 EHRM 28 september 2005, *Broniowski t. Polen*, EHRC 2005/110, m.nt. J. van der Velde. Uit een persbericht van het EHRM van 6 oktober 2008 blijkt dat deze *pilot judgment* procedure volledig is afgewikkeld: een kleine 300 zaken tegen Polen zijn van de rol geschrapt.

68 EHRM 6 juli 2006, *Salah t. Nederland*, AB 2007, 76 m.nt. B.P. Vermeulen en EHRC 2007/36 m.nt. A. Woltjer. Zie voor identieke overwegingen EHRM 6 juli 2006, *Baybasin t. Nederland* (par. 73-82), AB 2007/77 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

69 Voorbeelden van andere *pilot-judgments* zijn EHRM 6 oktober 2005, *Lukenda t. Slovenië*, EHRC 2005/114, m.nt. J. van der Velde (schending redelijke termijn) en EHRM 19 juni 2006, *Hutten-Czapska t. Polen*, EHRC 2006/106, m.nt. C.A. Adriaansens (schendingen artikel 1 EP in verband met huurprijscontrole).

tweede aanvulling op deze beperking lijkt de situatie te zijn, waarin het EHRM zelf de maatregelen dicteert die de EVRM-schending opheffen. Het EHRM doet dit in het licht van het bieden van volledig rechtsherstel. Een voorbeeld daarvan is de zaak *Campoloro*.<sup>70</sup> De Franse Staat was in die zaak door het EHRM veroordeeld tot voldoening van een billijke genoegdoening ex artikel 41 EVRM. De hoogte van het bedrag van de veroordeling kwam exact overeen met de som van de bedragen die de mede-overheid in kwestie nog verschuldigd was aan de klager. In feite veroordeelt het EHRM de Franse Staat dus tot het betalen van de openstaande bedragen waartoe de mede-overheid verplicht was. Onder de noemer van herstel in de *status quo ante* bepaalt het EHRM zelf de wijze van opheffing van de schending.<sup>71</sup> Interessant in dit kader is eveneens de ontwikkeling dat het EHRM bij niet-naleving door een verdragsstaat van door het EHRM opgelegde *interim measure* om een klager bijvoorbeeld niet uit te zetten, de verdragsstaat veroordeelt tot het betalen van schadevergoeding van inmiddels EUR 15,000,-. Het EHRM spreekt daarbij vooralsnog niet uit op welke wijze de schending (een klager is toch uitgezet zoals in zaken tegen bijvoorbeeld Italië of een klager is verdwenen en duikt vervolgens op in de staat waar hij naartoe dreigde te worden uitgezet zoals in Russische zaken is gebeurd) moet worden opgeheven.<sup>72</sup>

In de derde plaats is van belang dat de uitspraak voor het gedeelte waarin het EHRM een billijke genoegdoening toekent, niet declaratoir is. Dit betekent niet dat sprake is van een executoriale titel in de zin van ons nationale recht. Wel schrijft het EVRM voor dat de billijke vergoeding (als geldsom) betaald dient te worden binnen 3 maanden te rekenen vanaf de datum van de uitspraak bij gebreke waarvan intrest kan worden berekend.<sup>73</sup> Intrest is verschuldigd tot het moment van daadwerkelijke voldoening van de verschuldigde hoofdsom.<sup>74</sup>

In de vierde plaats heeft het Comité steeds meer invloed op de tenuitvoerlegging van een uitspraak door de lidstaat. Daartoe hanteert het Comité procedureregels.<sup>75</sup> Uitgangspunt daarbij is dat het toezicht plaatsvindt binnen de kaders van de speciale mensenrechtenvergaderingen waarvan de

70 Punt 6 in noot T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik bij *Campoloro*.

71 Zie Van Emmerik 1997, p. 154-155 voor een vergelijkbaar geval: EHRM 9 december 1994, *Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis t. Griekenland*, NJ 1996/592, m.nt. EJD. Zie ook bijvoorbeeld een Kameruitspraak waarbij drie rechters kritiek uiten in een *partly dissenting opinion*: EHRM 8 oktober 2009, *Maksimov t. Azerbeidzjan*, EHRC 2010/4 m.nt. J. van der Velde.

72 Zie bijvoorbeeld: EHRM 23 januari 2008 (GK), *Saadi t. Italië*, JV 2008/131 m.nt. J. Wouters en EHRM 27 maart 2012, *Mannai t. Italië*, EHRC 2012/131 m.nt. E. Rieter. In de noot wordt een overzicht van de EHRM-jurisprudentie op dit punt geschetst.

73 Zie ook punt 25 van de *Practice Direction* van het EHRM over de *Just Satisfaction Claims*.

74 Over vergoeding van immateriële schade is geen belasting verschuldigd zie Myjer 2008.

75 *Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements, adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006*, te raadplegen via <www.coe.int>.

agenda openbaar is. Het gewezen arrest van het EHRM wordt op de agenda van de vergadering geplaatst. De lidstaat dient het Comité van Ministers te informeren over de maatregelen die een lidstaat neemt of genomen heeft ter uitvoering van het arrest. Belangrijk is hierbij is dat het Comité in 2011 in het kader van effectiever toezicht met een nieuwe werkmethode is gestart ('de 2011-werkmethode'). Deze is gebaseerd op een tweesporenbeleid ('*twin-track supervision*').<sup>76</sup> Enerzijds kan het Comité zaken aan '*standard supervision*' onderwerpen. Anderzijds doet het aan '*enhanced supervision*'. In de laatste categorie toezicht vallen de zogenoemde *pilot judgments* en interstatelijke zaken. Een ander gevolg van de nieuwe werkmethode is dat bij elke vergadering van het Comité alle zaken op de agenda staan. Ook op die manier kan de tenuitvoerlegging beter worden gemonitord. In geval van niet-naleving van het arrest van het EHRM is het Comité overigens niet in staat tot het opleggen van een geldelijke sanctie. Het Comité kan op grond van *Rule 16* van de eigen procedureregels wel twee soorten interim resoluties aannemen. Zo kan het een resolutie aannemen met informatie over de stand van zaken van de uitvoering van het betreffende arrest. Een andere mogelijkheid is dat het Comité een interim-resolutie aanneemt waarin het zijn bezorgdheid uitdrukt over de tenuitvoerlegging van het arrest of waarin het suggesties doet met betrekking tot de uitvoering ervan. Door interim-resoluties worden lidstaten onder druk gezet om de arresten van het EHRM uit te voeren. In het verlengde hiervan moet worden gewezen op het sinds 1 juni 2011 van kracht geworden Protocol No. 14 waardoor onder meer artikel 46 EVRM zodanig is gewijzigd dat het Comité een inbreukprocedure aanhangig kan maken:<sup>77</sup>

*'1. The High Contracting Parties undertake to abide by the final judgment of the Court in any case to which they are parties.*

*2. The final judgment of the Court shall be transmitted to the Committee of Ministers, which shall supervise its execution.*

*3. If the Committee of Ministers considers that the supervision of the execution of a final judgment is hindered by a problem of interpretation of the judgment, it may refer the matter to the Court for a ruling on the question of interpretation. A referral decision shall require a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee.*

*4. If the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is a party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation under paragraph 1.'*

*5. If the Court finds a violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers for consideration of the measures to be taken. If the Court finds no violation of paragraph 1, it shall refer the case to the Committee of Ministers, which shall close its examination of the case.'*

76 Information Document van het Comité d.d. 6 september 2010: '*Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Inter-laken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*', CM/Inf/DH(2010)37E, te raadplegen via <www.coe.int>.

77 Nader uitgewerkt in de *Rules of Court*, Rules 93 – 99.

Artikel 46 paragraaf 4 geeft het Comité de bevoegdheid om een inbreukprocedure aanhangig te maken.<sup>78</sup> Indien een lidstaat naar de mening van het Comité de eerdere uitspraak van het EHRM niet tenuitvoerlegt, is het Comité krachtens een interim-resolutie bevoegd om het EHRM andermaal te adiëren met de vraag of de verdragsstaat de schending wel of niet heeft opgeheven. Wanneer het EHRM vaststelt dat de verdragsstaat zijn verplichting niet is nagekomen, stuurt het de zaak terug naar het Comité dat vervolgens bepaalt welke maatregelen moeten worden getroffen (artikel 46 lid 5 EVRM). Vastgesteld kan worden dat deze nieuwe procedure niet voorziet in het opleggen van dwangsommen of boetes. Uitdrukkelijk wordt in het *Explanatory Report* overwogen dat de inbreukprocedure niet opnieuw de vraag beslecht of sprake is van een schending. Evenmin heeft het tot doel om een dwangsom of boete aan de verdragsstaat op te leggen. Het gaat meer om de politieke druk die uitgaat van een inbreukprocedure ten overstaan van het EHRM.<sup>79</sup> De inbreukprocedure is daarmee een *'effective new incentive to execute the Court's judgments.'* Men ziet overigens geen aanleiding om het systeem van toezicht op de naleving van uitspraken van het EHRM te herzien. De reden hiervoor is de onderscheiden posities van het Comité en het EHRM. De laatste wijst arrest en het Comité houdt toezicht op de naleving ervan.

Tot op heden heeft het EHRM ook geoordeeld dat het geen jurisdictie heeft om na te gaan of een lidstaat gehoor heeft gegeven aan het uitvoeren van de verplichtingen die voortvloeien uit een arrest. Anders gezegd: na een arrest van het EHRM kan niet worden geklaagd over een schending van artikel 46 EVRM (*in concreto*).<sup>80</sup> Dit laat onverlet dat het EHRM zich wel bevoegd acht een klacht te onderzoeken die een nieuw punt opwerpt waarover in het

78 Rule 11 luidt als volgt:

1. *When, in accordance with Article 46, paragraph 4, of the Convention, the Committee of Ministers considers that a High Contracting Party refuses to abide by a final judgment in a case to which it is party, it may, after serving formal notice on that Party and by decision adopted by a majority vote of two thirds of the representatives entitled to sit on the Committee, refer to the Court the question whether that Party has failed to fulfil its obligation.*

2. *Infringement proceedings should be brought only in exceptional circumstances. They shall not be initiated unless formal notice of the Committee's intention to bring such proceedings has been given to the High Contracting Party concerned. Such formal notice shall be given ultimately six months before the lodging of proceedings, unless the Committee decides otherwise, and shall take the form of an interim resolution. This resolution shall be adopted by a majority vote of two-thirds of the representatives entitled to sit on the Committee.*

3. *The referral decision of the matter to the Court shall take the form of an interim resolution. It shall be reasoned and concisely reflect the views of the High Contracting Party concerned.*

4. *The Committee of Ministers shall be represented before the Court by its Chair unless the Committee decides upon another form of representation. This decision shall be taken by a two-thirds majority of the representatives casting a vote and a majority of the representatives entitled to sit on the Committee.'*

79 *Explanatory Report* par. 99-100 bij Protocol No. 14, te raadplegen via [www.coe.int](http://www.coe.int).

80 EHRM 10 april 2003, Mehem t. Frankrijk (no. 2), par. 43. Zie ook EHRM 8 juli 2003, Lyons e.a. t. Verenigd Koninkrijk, NJ 2005/195, m.nt. E.A. Alkema. Zie in kritische zin hierover: Barkhuysen & M.L. van Emmerik 2006, p. 54.

eerste arrest geen beslissing is genomen<sup>81</sup> of in geval van een ‘nieuwe’ schending.<sup>82</sup> Ook kan het EHRM een verzoekschrift ontvankelijk verklaren dat betrekking heeft op eenzelfde problematiek en juridisch kader als een eerder door het EHRM beoordeelde zaak maar afkomstig is van een andere klager. Het is dan bevoegd in *die* procedure vast te stellen dat de maatregelen – waartoe de lidstaat in het licht van het eerdere arrest gehouden was – niet genomen zijn. Een voorbeeld van een zaak waarin dit speelde, is de uitspraak inzake *Rinzivillo t. Italië*.<sup>83</sup> Geklaagd werd over een schending van artikel 8 EVRM. In een eerdere zaak tegen Italië had het EHRM reeds geoordeeld dat er in dat geval geen wettelijke basis was voor schending van het briefgeheim van gedetineerden. In *Rinzivillo* speelde eenzelfde probleem: het gevolg daarvan was dat de inbreuk niet was voorzien bij wet en (wederom) sprake was van een schending van artikel 8 EVRM.<sup>84</sup>

In de vijfde plaats is voor het EHRM niet van belang wie uiteindelijk de schadevergoeding betaalt waartoe de lidstaat is veroordeeld. Daarop werpt de uitvoeringspraktijk van het ministerie van BuZa een nader licht. Indien de veroordeling door het EHRM leidt tot financiële consequenties, betaalt het ministerie van BuZa de verschuldigde bedragen aan de klager. Vervolgens maakt BuZa een declaratie op en verzendt deze naar de desbetreffende vakminister (doorgaans de minister van VenJ (bijvoorbeeld schendingen van 6 EVRM door de rechterlijke macht of schendingen door gevangenisautoriteiten) c.q. de minister van BZK (schendingen van medeoverheden, politiefunctionarissen en de ABRvS). Dat ministerie voldoet vervolgens de rekening aan BuZa. Uit gesprekken met BuZa blijkt dat deze uitvoeringspraktijk goed werkt. Dat Nederland in het algemeen de tenuitvoerlegging van EHRM-uitspraken ter harte neemt, blijkt ook uit de cijfers. Toen in 2008 het eerste *Annual Report* van het Comité van Ministers<sup>85</sup> uitkwam, bleek dat 75% van de uitspraken tegen Nederland binnen 2 jaar is ‘geïmplementeerd’. In 25% van de uitspraken tegen Nederland laat tenuitvoerlegging langer dan 2 jaar op zich wachten.<sup>86</sup>

81 EHRM 27 november 1992, Olsson t. Zweden (no. 2), par. 93-94, *NJCM-Bulletin* 1988, 362 e.v. m.nt. J.G.C. Schokkenbroek.

82 EHRM 4 oktober 2007, Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) t. Zwitserland, *EHRC* 2007/140, m.nt. J. van der Velde. Het EHRM velt in deze zaak wel degelijk een oordeel over de uitvoering door Zwitserland van zijn arrest en komt tot de slotsom dat sprake is van een nieuwe schending. Zie ook EHRM 10 april 2008, Wasserman t. Rusland, *EHRC* 2008/76, m.nt. J. van der Velde.

83 EHRM 21 december 2001, Rinzivillo t. Italië, *EHRC* 2001/14, m.nt. H.L. Janssen. Zie voor vergelijkbare zaken EHRM 29 november 1991, Vermeire t. België (*NJCM-Bulletin* 1992, p. 673 e.v., m.nt. Lemmens) en diens voorganger EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België, *NJ* 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema.

84 Rinzivillo, par. 30-32.

85 *Supervision of the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights, First Annual Report 2007*. Dit rapport en de daaropvolgende rapporten zijn te raadplegen via: <www.coe.int>

86 Zie verslag *Appendix 2*.

Concluderend kan worden vastgesteld dat het toezicht op de uitvoering primair bij het Comité berust. Het is aan de lidstaat om binnen de door het EVRM bepaalde bandbreedte het arrest ten uitvoer te leggen. Duidelijk is wel dat het toezicht op de tenuitvoerlegging toeneemt. Ook het EHRM heeft naar mogelijkheden gezocht om concretere invulling te geven aan de modus waarop schendingen door lidstaten moeten worden hersteld.

### 3.3.6 De procespositie medeoverheden onder het EVRM

Met betrekking tot de mogelijkheden van medeoverheden om zich tot het EHRM te wenden, kan ik bondig zijn. In Hoofdstuk 2 is dit aspect kort aan bod geweest. Uitgebreider is daar stil gestaan bij het klachtrecht van andere publieke entiteiten dan medeoverheden en bij de vraag wanneer een entiteit wordt beschouwd als een gouvernementele organisatie. Hierna wordt daarom uitdrukkelijk aandacht besteed aan de procespositie van medeoverheden.

Zoals bekend, kunnen staten zich ex artikel 33 EVRM tot het EHRM wenden. Daaronder worden uitdrukkelijk niet begrepen de medeoverheden of andere *public bodies*. Ook op grond van artikel 34 EVRM kunnen medeoverheden niet bij het EHRM klagen: het klachtrecht staat in dat verband alleen open voor natuurlijke personen, non-gouvernementele organisaties of groepen natuurlijke personen die beweren slachtoffer te zijn. Wanneer publieke entiteiten of organisaties een klacht aanbrengen bij het EHRM onderzoekt het EHRM of de klager beschouwd kan worden als een non-gouvernementele organisatie of als een groep natuurlijke personen. Uit deze jurisprudentie kunnen een aantal conclusies worden afgeleid.

Ten eerste zijn lokale overheden als zodanig geen non-gouvernementele organisaties.<sup>87</sup> Ten tweede is geen sprake van een ontvankelijke klacht als de medeoverheid een geschil heeft met de centrale overheid.<sup>88</sup> Dit is ongeacht of de medeoverheid gelijkwaardig aan private partijen procedeert tegen de

---

87 Zie bijvoorbeeld: EHRM 7 mei 2001, *Danderyds Kommun t. Zweden*, 52559/99. Eenzelfde overweging valt te lezen in EHRM 8 april 2004, *Assanidze t. Georgië*, EHRC 2004/52 m.nt. J. van der Velde, par. 148: "148. *The authorities of a territorial entity of the State are public-law institutions which perform the functions assigned to them by the Constitution and the law. In that connection, the Court reiterates that in international law the expression "governmental organisation" cannot be held to refer only to the government or the central organs of the State. Where powers are distributed along decentralised lines, it refers to any national authority exercising public functions. Consequently, such authorities have no standing to make an application to the Court under Article 34 of the Convention (Section de commune d'Antilly v. France (dec.), no. 45129/98, ECHR 1999-VIII; and Ayuntamiento de Mula v. Spain, (dec.), no. 55346/00, ECHR 2001-I). These principles show that, in the present case, the Ajarian regional authorities cannot be described as a non-governmental organisation or group of individuals with a common interest, for the purposes of Article 34 of the Convention. Accordingly, they have no right to make an application to the Court or to lodge a complaint with it against the central authorities of the Georgian State.*"

88 EHRM 15 september 1998, *The province of Bari, Francesco Sorrentino and Teresa Messeni Nemagna t. Italië*, 41877/98.

centrale overheid. Een voorbeeld van deze situatie is *Danderyds Kommun*.<sup>89</sup> De gemeente Danderyd heeft een geschil met de Zweedse belastingdienst over de door de gemeente Danderyd te ontvangen belastinginkomsten. Een dergelijk geschil maakt een gemeente echter geen non-gouvernementele organisatie. Een andere opvatting zou, volgens het EHRM, op gespannen voet staan met het uitgangspunt dat het handelen of nalaten van een mede-overheid Staatsaansprakelijkheid tot gevolg kan hebben. Concluderend kan worden vastgesteld dat interne verhoudingsvraagstukken tussen hogere en lagere organen het EHRM niet regarderen. Ter beslechting daarvan zijn volgens het EHRM eigen nationale manieren beschikbaar. Ten derde valt een lokale overheid niet aan te merken als een groep natuurlijke personen.<sup>90</sup>

*'Neither can a municipality be considered to be a group of individuals. Such an interpretation would not be compatible with the distinction made between groups of individuals on the one hand and non-governmental organisations on the other.'*

Ten vierde zal de niet-ontvankelijkheid van een medeoverheid kunnen worden ondervangen door bijvoorbeeld als gemeenteraadslid op persoonlijke titel te klagen.<sup>91</sup> Het EHRM kijkt naar de klacht. Indien de schending een inbreuk op het functioneren van een orgaan van een overheid betreft, worden de individuele klagers niet-ontvankelijk verklaard. Dit geldt ook als wel vaststaat dat de schending ook invloed heeft geacht op klagers persoonlijk. Het EHRM wil deze mogelijkheid eenvoudigweg niet openen omdat dan over de band van natuurlijke personen *de facto* een klachtrecht voor *governmental organisations* niet zijnde de Staat ontstaat.<sup>92</sup>

Concluderend kan worden vastgesteld dat medeoverheden als gouvernementele organisaties geen mogelijkheden ten dienste staan om onder artikel 34 EVRM een klacht aanhangig te maken bij het EHRM.

### 3.3.7 *Risico's voor Nederland*

De financiële consequenties die uit hoofde van schending van het EVRM voor Nederland kunnen ontstaan, zijn niet illusoir. Jaarlijks stuurt de minister van BuZa een overzicht aan de Tweede Kamer waarin alle Nederlandse

89 EHRM 7 mei 2001, *Danderyds Kommun t. Zweden*, 52559/99.

90 EHRM 7 mei 2001, *Danderyds Kommun t. Zweden*, 52559/99.

91 EHRM 9 november 2010, *Demirbas e.a. t. Turkije*, *EHRC* 2011/31 m.nt. J.L.W. Broeksteeg en *AB* 2012/21 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

92 EHRM 9 november 2010, *Demirbas e.a. t. Turkije*, *EHRC* 2011/31 m.nt. J.L.W. Broeksteeg en *AB* 2012/21 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik. Zie voor een eerder arrest waarin het EHRM dit nog niet zo uitsloot: EHRM 15 september 1998, *The province of Bari, Francesco Sorrentino and Teresa Messeni Nemagna t. Italië*, 41877/98: de tweede klager (de heer Francesco Sorrentino) is 'president of the province of Bari' en wordt ook niet-ontvankelijk verklaard *ratione personae* omdat hij niet kan aantonen dat hij als ingezetene van de provincie slachtoffer is van de schending.

zaken die voor het EHRM zijn geweest kort worden toegelicht.<sup>93</sup> Uit deze overzichten blijkt ook tot welke financiële consequenties een procedure voor het EHRM kan leiden.

Aan minnelijke regelingen is het in de periode 1998 tot en met 2011 elfmaal tot een schikking (in geld) is gekomen.<sup>94</sup> Een minnelijke regeling kan ook bestaan uit het toekennen van bijvoorbeeld een verblijfsvergunning aan een klager.<sup>95</sup> Het toekennen van een vergunning kan overigens ook plaatsvinden buiten een minnelijke regeling om. In de zaak *El Majjaoui en Stichting Touba Moskee t. Nederland*<sup>96</sup> verleende de Nederlandse minister hangende de procedure een werkvergunning aan El Majjaoui. Dit gegeven leidde er volgens het EHRM toe dat de zaak was opgelost zodat de zaak van de rol kon worden geschrapt. Een lidstaat kan ook tot een schikking komen nádat het EHRM uitspraak heeft gedaan. Dat is gebeurd in het geval van *Salah*.<sup>97</sup> Aan de klager werd EUR 2.500,- betaald. Van het totaal aantal minnelijke regelingen in de periode 1998 – juli 2012 was slechts in drie gevallen sprake van betrokkenheid van een medeoverheid bij een vermeende schending. Ten eerste was bij de zaak *Van Nus t. Nederland*<sup>98</sup> een medeoverheid (GS van de provincie Drenthe) betrokken hetgeen resulteerde in een vergoeding vanwege vermeende schending van de redelijke termijn (artikel 6 lid 1 EVRM) van EUR 6.302,75. Ten tweede de zaak *Köksal*<sup>99</sup> waarbij de politie betrokken was (een politieregio is een openbaar lichaam). Dit leidde tot een minnelijke regeling van Hfl. 140.000,- vanwege het overlijden van de heer Köksal door politie-optreden (vermeende schending artikel 2 EVRM). Ten derde de zaak *Hutten t. Nederland*<sup>100</sup> waarin sprake was van vermeende schending van de

93 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 481, nr. 3 en bijlage daarbij. *Kamerstukken II* 2008/09, 30 481, nr. 4 en bijlage daarbij, *Kamerstukken II* 2009/10, 30 481, nr. 5 en bijlage daarbij en *Kamerstukken II* 2010/11, 30 481, nr. 6 en bijlage daarbij.

94 Zo zijn bijvoorbeeld in 2010 vier schikkingen overeengekomen. Zie hiervoor *Kamerstukken* 2010/11, 30 481, nr. 6 met bijlage. Het betreft de volgende vier zaken (1) EHRM 23 maart 2010, Krops t. Nederland (vermeende schending van artikel 2, 3, 5(2), 6 en 13 EVRM; EUR 4.000,- aan materiële en immateriële schade en EUR 5.860,37 aan vergoeding voor kosten e.d.); (2) EHRM 18 mei 2010, Roovers t. Nederland (vermeende schending van 5(4) en 6 EVRM; EUR 2.000,- aan materiële en immateriële schade); (3) EHRM 18 mei 2010, Elci t. Nederland (vermeende schending van 5(1) en 5(5)EVRM; EUR 7.000,- voor materiële en immateriële schade en ter dekking van kosten e.d.) en (4) EHRM 12 oktober 2010, Siewnath t. Nederland (vermeende schending artikel 5(4) EVRM; EUR 2.500,- voor materiële en immateriële schade en EUR 4.448.22 ter dekking van gemaakte kosten e.d.). In 2009 is er slechts eenmaal geschikt, namelijk in de zaak *Van Hout t. Nederland* (EHRM 30 juni 2009), zie *Kamerstukken II* 2009/10, 30 481, nr. 5 met bijlage.

95 EHRM 21 december 2001, K.K.C. t. Nederland. In 2011 heeft geen enkele zaak tot een schikking geleid, zie: *Kamerstukken II* 2011/12, 30 481, nr. 8 met bijlage.

96 EHRM 20 december 2007, El Majjaoui en Stichting Touba Moskee t. Nederland, *EHRC* 2007/36 m.nt. A. Woltjer.

97 EHRM 8 maart 2007, Salah t. Nederland, *AB* 2007, 76 m.nt. B.P. Vermeulen en *EHRC* 2007/36 m.nt. A. Woltjer.

98 EHRM 24 juli 2001, Van Nus t. Nederland, n.g.

99 EHRM 20 maart 2001, Köksal t. Nederland, *EHRC* 2001/33 m.nt. G. de Jonge.

100 EHRM 26 oktober 2004, Hutten t. Nederland, n.g.



redelijke termijn (artikel 6 lid 1 EVRM) door de lagere overheid in verband met een verzoek tot vergoeding van artikel 49 WRO-schade en werd een minnelijke regeling overeengekomen op grond waarvan de Staat aan klager een bedrag van EUR 6.000,- vergoedde. Navraag bij BuZa heeft geleerd dat in de zaak *Hutten* zowel door BZK, als door VROM en VenJ een gelijk deel is betaald. Vooral nog is in *Van Nus* en *Köksal* de rekening voldaan door BZK. Niet duidelijk is geworden of er rekeningen zijn doorgestuurd richting de provincie c.q. de politie.

In de periode 1998 tot en met 2011 heeft Nederland viermaal (*Van Houten*<sup>101</sup>, *Voorhuis*<sup>102</sup>, *Mol*<sup>103</sup> en *Çuban*<sup>104</sup>) een eenzijdige verklaring afgelegd die door het EHRM is geaccepteerd waarna de zaken van de rol zijn geschrapt. In één zaak (*Nelissen*) is de eenzijdige verklaring niet geaccepteerd.<sup>105</sup> Hierna worden deze zaken kort besproken.

In de zaak *Van Houten* betrof het de schending van de redelijke termijn door enkele bestuursorganen<sup>106</sup> en rechters. Ook in de zaken *Voorhuis*, *Mol* en *Çuban* was sprake van overschrijding van de redelijke termijn maar in die gevallen alleen door de rechter. In *Voorhuis*, *Mol* en *Çuban* verzette de klager respectievelijk klaagster zich tegen schrapping van de rol maar na toetsing aan de *Tahsin*-criteria accepteerde het EHRM de eenzijdige verklaring van Nederland. Nederland erkende in deze zaken de overschrijding van de redelijke termijn. In *Voorhuis* en *Mol* erkende Nederland voorts dat het Nederlandse recht de respectieve klager geen effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 13 EVRM had geboden en kondigde Nederland aan bezig te zijn met het opstellen van regelgeving om te voorzien in een effectief rechtsmiddel in geval van overschrijding van de redelijke termijn. Nederland bood de klager respectievelijk klaagster een vergoeding voor immateriële schade aan (die het EHRM in de drie zaken voldoende achtte (*Voorhuis*: EUR 5.000,- *Mol*: EUR 10.000,- en *Çuban*: EUR 4.500,-). Op grond van artikel 43 lid 4 EVRM wordt – indien daartoe aanleiding bestaat – ook voorzien in een kostenveroordeling ten laste van de Nederlandse Staat. In *Mol* en *Voorhuis* werd daarin voorzien. In *Voorhuis* betrof het EUR 800,- en in *Mol* EUR 11.874,97. Zoals gezegd, is in 2011 in de zaak *Nelissen* ook een eenzijdige verklaring door Nederland afgegeven die door het EHRM is verworpen. In deze zaak was geen medeoverheid betrokken.

101 EHRM 29 september 2005, *Van Houten* t. Nederland, n.g.

102 EHRM 3 maart 2009, *M.C.E.A. Voorhuis* t. Nederland, n.g.

103 EHRM 16 juni 2009, *Alfred Mol* t. Nederland, n.g.

104 EHRM 18 mei 2010, *Çuban* t. Nederland, n.g..

105 *Kamerstukken II* 2011/12, 30 481, nr. 8 met bijlage. EHRM 5 april 2011, *Nelissen* t. Nederland n.g.

106 *Van Hout* vraagt in 1988 een AAW-uitkering aan bij de 'Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging' ('NAB') die hem de uitkering in 1989 weigert. Daarna ontspint er zich een veelheid van procedures. Uiteindelijk komt de CRvB in 1994 tot een uitspraak waarin het overweegt dat een ander bestuursorgaan ook bevoegd is. Vanwege allerlei wijzigingen in het sociale zekerheidsstelsel is vervolgens weer een ander bestuursorgaan (het Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen: 'LISV') aan zet zodat e.e.a. nog enige tijd op zich laat wachten.

Wanneer het EHRM een schending constateert, kan het de Staat veroordelen tot betaling van een billijke genoegdoening ex artikel 41 EVRM. Nederland is in de periode 1998 tot en met juli 2012 voor zover ik heb kunnen nagaan 45 maal veroordeeld vanwege schending van het EVRM. Niet in elk van deze gevallen is een billijke genoegdoening toegekend. In *acht* zaken was sprake van een schending die (mede) terug te voeren was op een mede-overheid (met uitzondering van schendingen veroorzaakt door de rechterlijke macht):<sup>107</sup>

1. In de zaak *Romet*<sup>108</sup> veroordeelde het EHRM Nederland tot een vergoeding van immateriële schade van EUR 9.000,-. Volgens het EHRM was artikel 8 EVRM geschonden nu de betrokken autoriteiten (o.a. Dienst Wegverkeer 'RDW') niet op snelle en adequate wijze het rijbewijs van klager ongeldig hadden verklaard.
2. In de zaak *Van Vondel*<sup>109</sup> die uiteindelijk leidde tot een veroordeling op grond van artikel 8 EVRM was de politie betrokken. De zaak bleef zonder financiële consequenties omdat de klager geen verzoek tot billijke genoegdoening had gedaan;
3. De zaak *Ramsahai*<sup>110</sup> betrof het optreden van de politie. Nederland werd veroordeeld door het EHRM vanwege schending van artikel 2 EVRM. Het EHRM veroordeelde Nederland tot betaling van een bedrag van EUR 20.000,- aan vergoeding van immateriële schade en EUR 7.299,- (kosten). Dit is door BZK aan BuZa voldaan.
4. Ook in de zaak *M.M.*<sup>111</sup> was de politie betrokken. Nederland werd hierin veroordeeld vanwege een schending van artikel 8 EVRM (aftappen telefoongesprekken via 'hulp persoon') en een bedrag aan EUR 10.000,- voor van de zijde van klager gemaakte kosten die door VenJ aan BuZa is terugbetaald. Er was ook hier geen verzoek gedaan om billijke genoegdoening;

<sup>107</sup> In die periode deed het EHRM in ieder geval 25 keer uitspraak in zaken waarin het schendingen van de rechterlijke macht betrof. In 18 daarvan leidde dit tot financiële consequenties: Geerings (EUR 1.000,- ex immateriële schade + EUR 5.250,- aan kosten), Da Silva en Hoogkamer (+/- EUR 250,- aan kosten), Bocos Cuesta (EUR 4.190,- aan kosten), Schenkel (EUR 3.937,35 aan kosten), Van Houten (EUR 5.000,- ex immateriële schade + EUR 1.000,- aan kosten), Nakach (EUR 1.840,72 aan kosten), Del Latte (EUR 500,- aan kosten), Marpa Zeeland B.V. & Metal Welding B.V. (EUR 7.000,- ex immateriële schade en EUR 4.000,- aan kosten), Lebbink (EUR 5.000,- ex immateriële schade), Baars (EUR 2.500,- aan kosten), Beumer (EUR 3.000,- ex immateriële schade en EUR 2.500,- aan kosten), Göcer (EUR 4.000,- ex immateriële schade), Meulendijks (EUR 3.000,- ex immateriële schade en EUR 4.000,- aan kosten), Visser (EUR 6.000,- ex immateriële schade en EUR 4.600,- aan kosten), Rutten (EUR 7.000,- aan kosten), Erkaló (EUR 6.475,- aan kosten), J.J. (EUR 1.000,- ex immateriële schade), K.D.B. (EUR 9.750,- aan kosten) S.T.S. (EUR 2.000,- immateriële schade).

<sup>108</sup> EHRM 14 februari 2012, *Romet* t. Nederland, *EHRC* 2012/87 m.nt. M.M. Groothuis.

<sup>109</sup> EHRM 25 oktober 2007, *Van Vondel* t. Nederland, *EHRC* 2007/145, m.nt. J. van der Velde.

<sup>110</sup> EHRM 15 mei 2007 (Grand Chamber), *Ramsahai* e.a. t. Nederland, *EHRC* 2007/83, m.nt. G. de Jonge. Kamer-uitspraak: EHRM 10 november 2005, *Ramsahai* e.a. t. Nederland, *EHRC* 2005/124.

<sup>111</sup> EHRM 8 april 2003, *M.M.* t. Nederland, *EHRC* 2003/45, m. nt. G. Mols.

5. In de zaak *Venema*<sup>112</sup> werd Nederland veroordeeld vanwege schending van artikel 8 EVRM (uithuisplaatsing kind waarbij de Raad voor de Kinderbescherming was betrokken) en tot betaling van EUR 15.000,- vanwege immateriële schadevergoeding en voor een bedrag van EUR 22.475,- aan gemaakte kosten; door VenJ zijn de genoemde bedragen weer terugbetaald aan BuZa.
6. In de zaak *Veraart*<sup>113</sup> was het tuchtcollege van de NOVA betrokken en constateerde het EHRM een schending van artikel 10 EVRM waarbij een bedrag aan EUR 2.583,- aan gemaakte kosten vergoedbaar werd geacht. Ook hier was geen vergoeding van immateriële schade gevorderd. Deze kosten kwamen voor rekening van VenJ.
7. De zaak *Steur*<sup>114</sup> betrof een klacht met betrekking tot het tuchtcollege van de NOVA. Het EHRM veroordeelde Nederland vanwege schending van artikel 10 EVRM. Het leidde niet tot financiële consequenties.
8. De zaak *Sanoma*<sup>115</sup> betrof een klacht met betrekking tot de politie en het Openbaar Ministerie alsmede de rechterlijke macht vanwege schending van artikel 10 EVRM. Het EHRM veroordeelde Nederland tot betaling van EUR 35.000,- aan billijke genoegdoening.

Concluderend kan worden vastgesteld dat zaken met betrekking tot klachten over schendingen van de redelijke termijn in de periode 1998 tot en met 2011 van de rol zijn geschrapt vanwege een minnelijke regeling (*Hutten*) c.q. een eenzijdige verklaring van Nederland (*Van Houten, Voorhuis, Mol en Cuban*). Een enkele maal was een medeoverheid (vermeend) mede-schender, maar doorgaans betrof het schendingen van de redelijke termijn door de rechterlijke macht. De zaken waarin het daadwerkelijk tot een veroordeling is gekomen in de periode 1998 tot en met juli 2012, hadden betrekking op schendingen van artikelen 2, 8 en 10 EVRM. De uitgekeerde bedragen zijn aanzienlijk, maar in vergelijking met de bedragen die zijn gemoeid met schendingen van EU-recht die in Deel B van dit hoofdstuk worden besproken, zijn ze gering.

#### 3.4 FINANCIËLE GEVOLGEN VANWEGE EFFECTIEF RECHTSMIDDEL EX ARTIKEL 13 EVRM

Al bij Aanbeveling van het Comité van Ministers van de Raad van Europa van 18 september 1984<sup>116</sup> werden de leden van de Raad van Europa opgeroepen om naar nationaal recht schadevergoeding mogelijk te maken voor

112 EHRM 17 december 2002, *Venema t. Nederland*, *EHRC* 2003/17.

113 EHRM 30 november 2006, *Veraart t. Nederland*, *EHRC* 2007/17, m.nt. J.H. Gerards.

114 EHRM 28 oktober 2003, *Steur t. Nederland*, *EHRC* 2003/96, m.nt. T. Spronken.

115 EHRM 14 september 2010, *Sanoma Uitgevers t. Nederland*, *EHRC* 2010/136, m.nt. W.F. Korthals Altes.

116 R.(84)15) herhaald bij *Rec*(2003)16.

(in)materiële schade die burgers lijden ten gevolge van overheidshandelen of dit nu onrechtmatig dan wel rechtmatig is. In de Aanbeveling uit 1984 wordt dat als volgt omschreven:

*'Reparation should be ensured for damage caused by an act due to a failure of a public authority to conduct itself in a way which can reasonably be expected from it in law in relation to the injured person. Such a failure is presumed in case of transgression of an established legal rule.'*

*'Even if the conditions stated in Principle I are not met, reparation should be ensured if it would be manifestly unjust to allow the injured person alone to bear the damage, having regard to the following circumstances: the act is in the general interest, only one person or a limited number of persons have suffered the damage and the act was exceptional or the damage was an exceptional result of the act.'*

In het EVRM zelf is artikel 13 aan te wijzen als grondslag voor schadevergoedingsacties naar nationaal recht. Artikel 13 EVRM garandeert immers het recht op een effectief rechtsmiddel ('*effective remedy*' of '*recours effectif*'). Dit houdt verschillende zaken in. Ten eerste moeten klagers binnen de nationale rechtsorde de mogelijkheid hebben om handhaving van hun rechten onder het EVRM te verzoeken (zodra zij stellen dat een recht geschonden is; een '*arguable claim*' is voldoende). Ten tweede moet een slachtoffer van een vermeende schending rechtsherstel kunnen krijgen wanneer de klacht gegrond is ('*to grant appropriate relief*'). Het EHRM heeft deze verplichting voor de lidstaten nader ingevuld, hoewel de lidstaten enige ruimte is gelaten voor de wijze waarop zij uitvoering geven aan deze verplichtingen ('*although Contracting States are afforded some discretion as to the manner in which they comply with their obligations under this provision*').<sup>117</sup> Randvoorwaarde is dat het rechtsmiddel 'effectief' moet zijn. Dit impliceert dat het een feitelijk bestaand, toegankelijk, doeltreffend en doelmatig middel moet zijn.<sup>118</sup> De beoordeling of daarvan sprake is, vindt plaats aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval.

De tekst van artikel 13 EVRM suggereert een ruimer toepassingsbereik dan het EHRM heeft erkend. Klachten over schendingen van lagere wetgeving vallen uitdrukkelijk wel onder artikel 13 EVRM.<sup>119</sup> Schendingen van de formele wetgever daarentegen niet.<sup>120</sup> Daden van de uitvoerende macht

117 Vande Lanotte & Haeck (II), p. 101.

118 Barkhuysen 1998, p. 118.

119 ECRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandale (appl.no. 9214/80 9473/81 9474/81), en ECRM 25 maart 1983, Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *Series A no.* 61, p. 42. Zie ook Vande Lanotte & Haeck (II), p. 88.

120 Vande Lanotte & Haeck (II), p. 88. Volgens het EHRM (EHRM 13 augustus 1981, Young, James & Webster t. Verenigd Koninkrijk, *Serie A*, no. 55) gaat artikel 13 EVRM '*not (...) so far as to guarantee a remedy by which the conformity of legislation with the Convention can be controlled (r.o. 167)*'. Genoemd worden ook: EHRM 25 maart 1993, Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk, *NJ* 1995, 725, m.nt. E.A. Alkema en EHRM 11 juli 2002, Christine Goodwin, *NJCM-Bulletin* 2003/3b, p. 330-341 m.nt. P. van Dijk.

– ongeacht hun niveau binnen de rechtsorde – weer wel.<sup>121</sup> Uitdrukkelijk stelt artikel 13 EVRM dat het ook geldt indien de schending is begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie. Aangenomen wordt dat ook de handelingen van de rechterlijke macht onder het bereik van artikel 13 EVRM vallen.<sup>122</sup>

Wanneer de klacht gegrond is, dient in beginsel *restitutio in integrum* te worden geboden. Indien volledig rechtsherstel niet mogelijk is, moet schadevergoeding worden geboden. Op deze manier kunnen naar nationaal recht rechtstreeks financiële consequenties ontstaan van een schending van het EVRM.<sup>123</sup> Overigens geldt niet in alle gevallen dat schadevergoeding moet worden geboden. Gewezen kan worden op de zaken *Auerbach*<sup>124</sup> en *Burden en Burden*.<sup>125</sup> In beide zaken speelde de vraag in hoeverre een verklaring voor recht dat het EVRM is geschonden zonder vergoeding van de geleden materiële schade aan te bieden, voldeed aan de eisen van artikel 13 EVRM. In de literatuur is hierover discussie ontstaan.<sup>126</sup> Men constateert dat wanneer materiële schade ontbreekt, het in het licht van artikel 13 EVRM minder problematisch is om te volstaan met een kostenveroordeling en een verklaring voor recht dat het EVRM is geschonden, uit te spreken. Bij aantoonbare materiële schade die dan niet wordt gecompenseerd, knelt het uitgangspunt van *restitutio in integrum* in het licht van artikel 13 EVRM des te meer.

Artikel 13 EVRM speelt ook bij de overschrijding van de redelijke termijn. Ten aanzien van de vraag of Nederland in geval van overschrijding van de redelijke termijn beschikt over een effectief rechtsmiddel, zijn in 2009 twee klachten door het EHRM behandeld. Deze zijn hiervoor bij de beschrijving van de eenzijdige verklaring reeds genoemd.<sup>127</sup> In beide gevallen was schadevergoeding aangeboden van EUR 5.000,- respectievelijk EUR 10.000,- en werd van de zijde van de regering in de eerste plaats erkend dat geen

---

121 Vande Lanotte & Haec (II), p. 86.

122 Vande Lanotte & Haec (II), p. 87.

123 Overigens vereist artikel 13 EVRM niet dat de bepalingen van het EVRM rechtstreekse werking hebben zodat ze ten overstaan van de nationale instantie kunnen worden ingeroepen. Voldoende is dat de rechten inhoudelijk gezien ingeroepen kunnen worden. Anders geformuleerd: ook wanneer de gestelde rechten in nationale bepalingen zijn opgenomen, is voldaan aan artikel 13 EVRM.

124 EHRM 29 januari 2002, *Auerbach t. Nederland*, appl. nr. 45600/99, *NJCM-Bulletin* 2002, nr. 8, p. 1020 e.v. m.nt. T. Barkhuysen en EHRM 29 januari 2002, *Arends t. Nederland*, appl. no. 45618/99.

125 EHRM 29 april 2008, *Burden en Burden t. het Verenigd Koninkrijk*, *EHRC* 2008, 90 m.nt. J.H. Gerards, *AB* 2008/213 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NJ* 2008/306 m.nt. E.A. Alkema en *NJCM-bulletin* 2008, nr. 7, p. 1018 e.v. m.nt. J. Uzman.

126 Zie o.m. T. Barkhuysen onder 4 in zijn noot in *NJCM-bulletin* bij *Auerbach* en Alkema in zijn noot in *NJ* bij *Burden*.

127 EHRM 3 maart 2009, *M.C.E.A. Voorhuis t. Nederland* (gerechtelijke procedures december 1996-september 2006), n.g. en EHRM 16 juni 2009, *Alfred Mol t. Nederland* (gerechtelijke procedures 1980 – 1988 en van 1994 tot heden), n.g.

effectief rechtsmiddel openstaat en in de tweede plaats aangekondigd dat het ministerie van Justitie bezig was met een wetsvoorstel inzake de financiële compensatie in verband met onredelijk trage rechtspraak.<sup>128</sup> Hierop wordt in Hoofdstuk 6 teruggekomen.

De risico's voor Nederland zijn op dit punt lastig in te schatten en zijn niet nader onderzocht. Het lijkt er op dat een benadeelde de schadeveroorzakende overheid direct zal aanspreken en niet de lidstaat als zodanig. In hoeverre verhaalskwesities vervolgens spelen, is overigens nog maar de vraag. Uit Hoofdstuk 6 zal blijken dat er op dit punt nauwelijks jurisprudentie is.

Geconcludeerd kan worden dat artikel 13 EVRM (effectief rechtsmiddel) de plicht tot *restitutio in integrum* in zich draagt voor door een schending ontstane materiële schade. Deze moet ingevuld worden binnen de nationale rechtsorde. In zoverre kan gesproken worden van een soort *Francovich*-aansprakelijkheid uit hoofde van het EVRM. Mocht er slechts sprake zijn van immateriële schade dan heeft het EHRM de lidstaten de ruimte gelaten om aan te sluiten bij zijn jurisprudentie op grond van artikel 41 EVRM waardoor onder omstandigheden de enkele vaststelling van een schending en de vergoeding van proceskosten voldoet aan de eisen van artikel 13 EVRM.

### 3.5 CONCLUSIE EVRM

In deze paragraaf zijn de procedurele wijzen besproken op grond waarvan een verdragsstaat zoals Nederland uit hoofde van het EVRM kan worden geconfronteerd met de financiële gevolgen van schendingen van het EVRM die veroorzaakt zijn door een (mede)overheid of een aan de overheid gelieerde entiteit.

De procedurele manieren waarop een verdragsstaat met financiële consequenties geconfronteerd kan worden, vinden in beginsel plaats binnen het kader van de klachtprocedure. Ten eerste kan een minnelijke schikking worden bereikt. Onderdeel van de schikking kan de afspraak zijn dat een bepaald bedrag wordt uitgekeerd aan de klager. Ten tweede kan een eenzijdige verklaring worden afgegeven waarin eveneens een compensatiebedrag is opgenomen. Ten derde kan het EHRM overgaan tot een toekenning van een bedrag aan vergoeding van materiële en immateriële schade in de vorm van een billijke genoegdoening ex artikel 41 EVRM. Deze manieren van compensatie moeten naar mijn mening worden onderscheiden van de eerste vorm van herstel, namelijk restitutie. Indien de schending zelf bestaat uit de weigering om een bepaald geldbedrag te betalen dan zal de herstelmaatregel het alsnog verstrekken van de geldsom inhouden. Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak *Campoloro*. De mede-overheid frustreerde de

---

128 Zie hierover paragrafen 6.2.2. en 6.4.2.

betaling van een geldbedrag terwijl zij tot betaling daarvan door de nationale rechter was veroordeeld. Het EHRM oordeelde vervolgens dat sprake was van een schending van 6 EVRM en 1 EP en kende de klager een billijke genoegdoening toe ex artikel 41 EVRM. De hoogte van de vergoeding kwam overeen met de verschuldigde geldsom en voorzag eveneens in de inmiddels gemaakte kosten.

In het kader van de veroordeling tot een billijke genoegdoening in de zin van artikel 41 EVRM is in dit Deel ook gewezen op de gevolgen van samenloop met een schadeprocedure op nationaal niveau. Geconcludeerd kan ten eerste worden dat het een klager naar het oordeel van het EHRM vrijstaat om na toekenning door het EHRM van een billijke genoegdoening in aanvulling daarop schade in nationale procedures te vorderen. Ook de Nederlandse rechter meent dat dit mogelijk is. Ten tweede is vast komen te staan dat wanneer gelijktijdig en parallel aan de procedure voor het EHRM een nationale schadeprocedure loopt, het EHRM de zaak van de rol schrappt. In dat verband is samenloop niet mogelijk.

Ten derde is in dit Deel aan bod gekomen dat medeoverheden als gouvernementele organisaties geen procesrechten hebben onder het EVRM. In aanvulling op hetgeen hierover in Hoofdstuk 2 al is opgemerkt, kan worden geconcludeerd dat een medeoverheid zich niet kan voegen in een tegen een Staat aangespannen klachtprocedure waarin wordt geklaagd over een schending van de medeoverheid. De medeoverheid is in dat kader afhankelijk van het verweer van de lidstaat.

Tot slot kunnen ook buiten de klachtprocedure om financiële gevolgen vanwege een schending van het EVRM ontstaan voor een lidstaat. Dat zijn de financiële consequenties van de eis van *effective remedy* die is neergelegd in artikel 13 EVRM. Ook hier is de plicht tot *restitutio in integrum* uitgangspunt. Het nationale recht moet dit garanderen. De vraag dringt zich op of benadeelden de Staat zullen aanspreken in het geval van een vermeende EVRM-schending van een medeoverheid of een aan een overheid gelieerde entiteit. Dit is nader onderzocht in Hoofdstuk 6.

## B FINANCIËLE CONSEQUENTIES VAN EEN SCHENDING VAN EU-RECHT

Krachtens het EU-recht kan een lidstaat op drie manieren financiële gevolgen ondervinden van een schending van EU-recht door een medeoverheid die ik hierna aan zal duiden met de term 'financiële verplichtingen van de lidstaat'. Deze manieren komen in dit deel (B) aan de orde. Ten eerste de financiële verplichting die op de lidstaat rust ten gevolge van een procedure ex artikel 260 lid 2 VwEU (paragraaf 3.6), vervolgens vanwege vastgestelde onregelmatigheden bij subsidiëring met EU-gelden in gedeeld beheer (paragraaf 3.7) en tot slot in het kader van *Francovich*-aansprakelijkheid (paragraaf 3.8). Paragraaf 3.9 bevat de conclusies van deze EU-paragraaf. Dit deel wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 3.10).

### 3.6 FINANCIËLE VERPLICHTINGEN TEN GEVOLGE VAN DE PROCEDURE EX ARTIKEL 260 LID 2 VWEU

#### 3.6.1 Inleiding

Zowel de Commissie (op grond van artikel 258 VwEU)<sup>129</sup> als een lidstaat (op grond van artikel 259 VwEU) kunnen een verdragsschendingsprocedure aanhangig maken bij het HvJEU in het geval een lidstaat zijn verplichtingen voortvloeiend uit het EU-recht<sup>130</sup> niet naleeft. Dit wordt het 'beroep wegens niet-nakoming' of de inbreukprocedure genoemd.<sup>131</sup> Het HvJEU is de instantie die de niet-nakoming van de lidstaat formeel vaststelt.<sup>132</sup> Na veroordeling door het HvJEU is de lidstaat ex artikel 260 lid 1 VwEU verplicht de inbreuk terstond te beëindigen door alle noodzakelijke maatregelen te nemen.<sup>133</sup> Duurt de niet-nakoming voort na de uitspraak van het HvJEU (met andere woorden: blijft de lidstaat in gebreke met het uitvoeren van de uitspraak van het HvJEU) dan kan de Commissie voor een tweede maal (artikel 260 lid 2 VwEU) de lidstaat voor het HvJEU brengen. In deze tweede procedure verzoekt de Commissie het HvJEU om de lidstaat financiële sancties op te leggen.<sup>134</sup>

Artikel 260 lid 2 VwEU maakt twee soorten financiële sancties mogelijk: een forfaitaire som (boete of *lump sum*) en een dwangsom. Ten eerste kan worden geconcludeerd dat het EU-recht op dit punt afwijkt van het gewone internationale recht en het EVRM. Het maakt uitdrukkelijk ook een punitie-

---

129 De Commissie kan ook optreden naar aanleiding van een klacht van een burger over de niet-naleving van EU-recht door een nationale overheid.

130 Het recht dat vóór Lissabon werd aangeduid als primair en secundair gemeenschapsrecht; eveneens van internationaal recht waaraan de Unie is gebonden. Ook schendingen van mensenrechten en fundamentele vrijheden die in bepalingen van Unierecht zijn neergelegd, vallen hieronder.

131 Daartoe wordt de lidstaat eerst door de Commissie ingebreke gesteld zodat de lidstaat alsnog vrijwillig de inbreuk kan opheffen c.q. zodat de lidstaat zijn visie op de vermeende inbreuk kan geven. Indien de inbreuk niet wordt opgeheven of indien de Commissie niet meegaat in het verweer van de lidstaat, brengt de Commissie een Met Redenen Omkleed Advies (MROA) uit waarin het zo specifiek mogelijk de inbreuk omschrijft. Indien de Commissie meent dat de lidstaat nog steeds in gebreke is met de nakoming van diens verplichtingen kan de Commissie de zaak seponeren dan wel aanhangig maken voor het HvJEU.

132 Meermaals per jaar licht de Minister van BuZa de Tweede Kamer in over de door de Commissie aan Nederland gestuurde ingebrekestellingen m.b.t. richtlijnen en kaderbesluiten. Zie voor het overzicht van 31 maart 2011: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/rapporten/2011/04/26/overzicht-ingebrekestellingen-per-departement-stand-31-maart-2011.html>> Zie de website van de Commissie voor beschikkingen genomen ten aanzien van Nederland in het kader van inbreukprocedures: <[http://ec.europa.eu/community\\_law/infringements/infringements\\_decisions\\_en.htm](http://ec.europa.eu/community_law/infringements/infringements_decisions_en.htm)>.

133 Bijvoorbeeld HvJEG zaak 167/73, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 1974, p. 359 en HvJEG zaak C-280/89, Commissie t. Ierland, *Jur.* 1992, I-6185.

134 De eerste zaak waarin dit gebeurde, was HvJEG zaak C-387/97, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2000, I-5047.



ve sanctie mogelijk. Ten tweede kan worden vastgesteld dat pas in de tweede fase een lidstaat financiële verplichtingen worden opgelegd. Met inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon is dit gewijzigd, althans voor zover het de niet-tijdige omzetting van richtlijnen betreft. Op grond van artikel 260 lid 3 VwEU kan de Commissie een dwangsom of boete vorderen wanneer de Commissie de lidstaat voor de *eerste* maal voor het HvJEU daagt (dus in het kader van artikel 258 VwEU). Tot op heden is Nederland nog nooit tot een boete of dwangsom veroordeeld.

Zoals uit Hoofdstuk 2 bleek, wordt een schending van het EU-recht door een medeoverheid of een aan de overheid gelieerde entiteit toegerekend aan de lidstaat door een tekortkoming van de lidstaat *zelf* te construeren. Bijvoorbeeld in de gevallen (met name bij richtlijnen) waarin een lidstaat ter uitvoering van een verplichting (uit hoofde van een richtlijn) wel de nationale bevoegde autoriteiten aanwijst, maar deze laatste autoriteiten op hun beurt *hun* verplichtingen niet nakomen. De lidstaat is volgens het HvJEU dan aansprakelijk omdat deze zijn plicht niet is nagekomen om te *verzekeren* dat de aangewezen instantie zijn plichten nakomt. Vastgesteld is dat de lidstaat in het kader van artikel 258 VwEU *altijd* aansprakelijk is ongeacht de vraag welk nationaal orgaan (in de zin van 'intern') de schending heeft veroorzaakt.

In het vervolg van deze paragraaf wordt de dwangsom- c.q. boeteprocedure beschreven (paragraaf 3.6.2). In de tweede plaats is de vraag onderzocht in hoeverre Nederland als lidstaat het risico loopt met deze sancties te worden geconfronteerd (paragraaf 3.6.3). Tot slot zijn enkele bijzondere inbreukprocedures die voor Nederland van belang kunnen zijn, beschreven (paragraaf 3.6.4). Deze paragraaf wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 3.6.5).

### 3.6.2 Financiële sancties ex artikel 260 lid 2 VwEU

Artikel 260 lid 2 VwEU is geïntroduceerd met het Verdrag van Maastricht<sup>135</sup> en geeft het HvJEU de mogelijkheid om op verzoek van de Commissie<sup>136</sup> en wanneer het HvJEU vaststelt dat de lidstaat zijn eerdere uitspraak niet heeft nageleefd<sup>137</sup>, een forfaitaire som (boete) en/of dwangsom op te leggen. Inmiddels heeft de Commissie in verschillende mededelingen (in 1996, 1997,

135 Artikel 171 (nu: 260; voorheen: 228) lid 2 Verdrag van Maastricht is op 7 februari 1992 in werking getreden. Zie hierover uitgebreid: Kilbey.

136 Aan welk verzoek het HvJEU of overigens niet gebonden is. Het HvJEU kan zelfs buiten dat verzoek om een financiële sanctie opleggen, zie bijvoorbeeld: HvJEG zaak C-304/02 (*Frankrijk I*) waarin het HvJEU – zonder dat daartoe een verzoek lag van de Commissie – Frankrijk veroordeelde tot het betalen van een boete van EUR 20.000.000,-.

137 Wat de bewijslast betreft, is het vaste jurisprudentie van het HvJEU dat de Commissie de gegevens moet verstrekken 'die noodzakelijk zijn om te bepalen in hoeverre een lidstaat een niet-nakomingsarrest heeft uitgevoerd' en wanneer dat is gebeurd, is het aan de betrokken lidstaat 'om dat substantieel en in detail te betwisten en te bewijzen dat de inbreuk beëindigd is'. Zie bijvoorbeeld *Griekenland IV*, punten 74-75.

2002, 2005, 2010 en 2011)<sup>138</sup> informatie verstrekt over hoe om te gaan met deze financiële maatregelen. Ook heeft het HvJEU sinds Maastricht tien maal<sup>139</sup> een dwangsom en/of een forfaitaire som opgelegd.<sup>140</sup>

Slechts een enkele maal dreigt de niet-nakoming zodanig uit de hand te lopen dat een procedure ex artikel 260 lid 2 VwEU moet worden opgestart. Jaarlijks brengt de Commissie verslag uit over de controle van de naleving van het EU-recht door de lidstaten. Uit het jaarverslag over 2009<sup>141</sup> blijkt bijvoorbeeld dat ongeveer 77% van de klachten wordt afgesloten voordat de eerste formele stap in een inbreukprocedure is gezet. Ongeveer 12% van de klachten wordt afgesloten vóór het uitbrengen van het met redenen omklede advies en ongeveer 7% wordt afgesloten vóórdat het HvJEU ex artikel 260 lid 1 VwEU uitspraak doet. Uit het jaarverslag over 2010<sup>142</sup> zijn minder concrete gegevens aanwezig. Wel blijkt daaruit dat 88% van de zaken is afgehandeld vóór het HvJEU is geëntameerd vanwege de vermeende inbreuk. Vastgesteld kan dus worden dat slechts een zeer klein deel van de schendingen uiteindelijk leidt tot een procedure ex artikel 260 lid 2 VwEU. Van die

138 (1) Mededeling van de Commissie van 5 juni 1996 'Memorandum on applying Article 171 of the EC treaty', Official Journal 1996, C 242, p. 6; (2) Mededeling van 28 februari 1997, 'Information from the Commission – Method of calculating the penalty payments provided for pursuant to Article 171 of the EC treaty', Official Journal 1997, C 63, p. 6; (3) Mededeling van de Commissie van 20 december 2002, 'Mededeling van de Commissie over de verbetering van de toepassing van de controle op het gemeenschapsrecht', COM(2002)725 en (4) Mededeling van de Commissie van 13 december 2005, SEC(2005), 1658 en bekendgemaakt op 14 december 2005 MEMO/05/482, 'Financial penalties for Member States who fail to comply with Judgments of the European Court of Justice: Commission clarifies rules'; (5) 'Application of Article 260 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Up-dating of data used to calculate lump sum and penalty payments to be proposed by the Commission to the Court of Justice in infringement proceedings', SEC(2010), 923/3 en (6) Mededeling van de Commissie van 11 november 2010 'Uitvoering van artikel 260, lid 3, van het VwEU', SEC(2010), 1371 en (8) Mededeling van de Commissie 'Updating of data used to calculate lump sum and penalty payments in infringement proceedings', SEC(2011)1024.

139 1) HvJEG zaak C-387/97, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2000 p. 5047, 2) HvJEG zaak C-278/01, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2003 p.I-14141, 3) HvJEG zaak C-304/02, Commissie t. Frankrijk (I), *Jur.* 2005, p. I-6263 en 4) HvJEG zaak C-177/04, Commissie t. Frankrijk (II), *Jur.* 2006, I-2461 (*NJ* 2006, 465 en *RvdW* 2006/512), 5) HvJEG zaak C-70/06, Commissie t. Portugal, *NJ* 2008, 238 m.nt. M.R. Mok en *AB* 2008/276, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vught, 6) HvJEG zaak C-121/07, Commissie t. Frankrijk (III), *Jur.* 2008, I-09159, 7) HvJEG zaak C-568/07, Commissie t. Griekenland, 2009 I-04505, 8) HvJEG zaak C-109/08, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2009, I-4657, 9) HvJEG zaak C-369/07, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2009, I-05703 en 10) HvJEG C-407/09, Commissie t. Griekenland, n.n.g.

140 Dit is exclusief boetes en/of dwangsommen die opgelegd zijn vanwege niet-nakoming van verplichtingen uit hoofde van het staatssteunrecht. Zie daarvoor paragraaf 3.1.3 onder A van dit Hoofdstuk. Zie hierover ook Kilbey en Peers.

141 27<sup>e</sup> jaarlijkse verslag over de controle op de toepassing van het EU-recht (2009), SEC(2010)1143 en 1144, p. 3 <[http://ec.europa.eu/eu\\_law/docs/docs\\_infringements/annual\\_report\\_27/com\\_2010\\_538\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/docs/docs_infringements/annual_report_27/com_2010_538_nl.pdf)>

142 28<sup>e</sup> jaarlijkse verslag over de controle op de toepassing van het EU-recht (2010), SEC(2011)1093 en 1094, p. 4 e.v. <[http://ec.europa.eu/eu\\_law/docs/docs\\_infringements/annual\\_report\\_28/com\\_2011\\_588\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/eu_law/docs/docs_infringements/annual_report_28/com_2011_588_nl.pdf)>

zaken geeft slechts een klein percentage aanleiding voor het HvJEU tot het opleggen van een forfaitaire som (boete) en/of dwangsom. In de periode 2002 tot en met juli 2012 is dit gebeurd ten aanzien van vier lidstaten: Griekenland (vijfmaal), Spanje, Frankrijk (driemaal) en Portugal. Hierna worden deze zaken kort besproken.

1. Dwangsom: *Griekenland I*, zaak C-387/97, 4 juli 2000<sup>143</sup>

Vanwege het niet opstellen en uitvoeren van de noodzakelijke plannen en programma's voor de verwijdering van afvalstoffen en toxische en gevaarlijke afvalstoffen in een bepaald gebied (regio Chania) werd Griekenland veroordeeld tot betaling van een dwangsom van EUR 20.000,- per dag. De Commissie had EUR 24.600,- per dag voorgesteld. In deze zaak legde het HvJEU voor het eerst een dwangsom op ex artikel 260 lid 2 VwEU. Het verklaarde de Mededeling van de Commissie omtrent de berekeningswijze van een dwangsom niet bindend en beschouwde deze enkel als nuttig referentiekader. Desalniettemin volgde het HvJEU de berekeningsmethode.

2. Dwangsom: *Spanje*, zaak C-278/01, 25 november 2003<sup>144</sup>

Vanwege het niet nemen van de nodige maatregelen in het licht van Richtlijn 76/160/EEG om de kwaliteit van de zwem-binnenwateren met gestelde grenswaarden te waarborgen, veroordeelde het HvJEU Spanje tot betaling van een dwangsom van EUR 624.150,- per jaar (per % van de niet met de grenswaarden overeenstemmende badzones). De Commissie had een dwangsom voorgesteld van EUR 45.600,- per dag maar dat werd vanwege het feit dat de controle van het zwemwater jaarlijks plaatsvindt niet passend geacht door het HvJEU. Tevens berekende het HvJEU dat slechts 20% van de badzones werd beschouwd niet in overeenstemming te zijn met de eisen van de richtlijn. Spanje heeft uiteindelijk niets hoeven te betalen zo blijkt uit het persbericht van 19 december 2005 van de Commissie. De Commissie bleek voor de nakoming van de richtlijnverplichtingen genoeg te nemen met een kwaliteitspercentage van 95%: Spanje kwam uiteindelijk uit op een percentage van 94,7% met als gevolg dat het geen dwangsommen verbeurde nu die verbeurd zouden worden per %.

3. Dwangsom en boete: *Frankrijk I*, zaak C-304/02, 12 juli 2005<sup>145</sup>

Frankrijk werd veroordeeld vanwege het niet-naleven van een aantal verplichtingen uit Verordening nr. 2847/93 tot invoering van een controle-regeling voor het gemeenschappelijk visserijbeleid. Het HvJEU stelde de dwangsom vast op EUR 57.761.250,- per zes maanden en de forfaitaire

---

143 *Jur.* 2000 p. 5047.

144 *Jur.* 2003 p.I-14141.

145 *Jur.* 2005, p. I-6263.

re som op EUR 20.000.000,-. De Commissie had een dwangsom van EUR 316.000,- *per dag* gevorderd (het HvJEU handhaafde het bedrag van EUR 316.000,- maar berekende dat op half jaar-basis) en geen forfaitaire som. In deze zaak week het HvJEU af van het voorstel van de Commissie en legde het een dwangsom op per zes maanden. Ook legde het voor het eerst naast een dwangsom een forfaitaire som op aan de lidstaat (zonder dat deze was gevorderd door de Commissie).<sup>146</sup> Interessant daarbij is eveneens dat er op dat moment evenmin richtsnoeren waren aan de hand waarvan een forfaitaire som kon worden berekend. A-G Geelhoed stelt voor het door de Commissie gehanteerde dwangsombedrag te nemen en dat te berekenen over de termijn van één jaar. Aldus zou sprake zijn van een bedrag van ruim EUR 115 miljoen. Het HvJEU komt in deze zaak zonder nadere motivering uit op EUR 20 miljoen. Volgens *Kilbey*<sup>147</sup> betaalde Frankrijk uiteindelijk een bedrag van in totaal EUR 77.761.250,- (eenmaal forfaitair en eenmaal dwangsom) omdat het binnen een half jaar de inbreuk ophief, maar uit het persbericht hierover<sup>148</sup> lijkt voort te vloeien dat Frankrijk pas na de tweede zes maanden-periode aan al haar verplichtingen had voldaan.

4. Dwangsom: Frankrijk II, zaak C-177/04, 14 maart 2006<sup>149</sup>

Frankrijk werd korte tijd later weer veroordeeld door het HvJEU. Ditmaal vanwege de onjuiste omzetting van Richtlijn 85/374/EEG betreffende de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van lidstaten inzake de aansprakelijkheid voor producten met gebreken. Frankrijk werd veroordeeld tot betaling van een dwangsom van EUR 31.650,- per dag. De Commissie had om oplegging van een dwangsom van EUR 13.715,- per dag verzocht. Het HvJEU merkt o.m. uitdrukkelijk op dat het aan de door de Commissie voorgestelde dwangsom (o.m. de coëfficiënt en de schaal (van 1 tot 3) voor berekening van de duur van de overtreding) niet is gebonden. Ook hier was de uiteindelijke schade beperkt: Frankrijk betaalde EUR 759.600,-.<sup>150</sup>

5. Dwangsom: Portugal, zaak C-70/06, 10 januari 2008<sup>151</sup>

Vanwege het niet intrekken van wetsdecreet nr. 48 051 van 21 november 1967 werd Portugal door het HvJEU veroordeeld tot betaling van een dwangsom van EUR 19.392,- per dag (vanaf de datum van uitspraak). De Commissie had een iets hogere dwangsom gevorderd (EUR 21.450,-),

---

146 In dat kader is ook wel de vraag opgeworpen naar de bescherming van de rechten van de verdediging. Zie Wathelet & Wildemeersch, p. 333.

147 p. 750.

148 Persbericht 23 november 2006 'France has fully met Court fisheries obligations – no further financial penalty.' Met andere woorden na twee periodes van zes maanden.

149 *Jur.* I-2461 en *NJ* 2006, 465.

150 *Kilbey*, p. 750. Zie ook Peers hierover.

151 *NJ* 2008, 238, *Jur.* 2008, I-1.

maar het HvJEU ging daar niet in mee. Enerzijds beoordeelde het de ernst van de inbreuk anders (coëfficiënt 4) dan de Commissie (coëfficiënt 11). Anderzijds voorzag het HvJEU de duur van de schending van een hogere coëfficiënt dan de Commissie. Ook de draagkracht van Portugal schatte het HvJEU hoger in. Het meest frappante in deze zaak is dat de Commissie haar vordering onderbouwde op grond van haar mededelingen uit 1996 en 1997 terwijl deze inmiddels vervangen waren door de mededeling uit 2005. Zowel A-G *Mazák* als het HvJEU namen de 2005-mededeling tot uitgangspunt voor de berekening van de dwangsom.

6. Boete: Frankrijk III, zaak C-121/07, 9 december 2008<sup>152</sup>

Eind 2008 werd Frankrijk andermaal veroordeeld tot betaling van een forfaitaire som vanwege de niet-omzetting van de bepalingen in Richtlijn 2001/18/EG inzake de doelbewuste introductie van genetisch gedomificeerde organismen in het milieu. Het HvJEU stelde de boete vast op EUR 10.000.000,-. Bijzonder in deze zaak was ten eerste dat het HvJEU voor het eerst een forfaitaire som oplegde sinds de door de Commissie ontwikkelde richtsnoeren uit 2005 en ten tweede dat het HvJEU dit deed terwijl de niet-nakoming op het tijdstip van de uitspraak reeds was beëindigd.<sup>153</sup> De Commissie had een boete van maar liefst EUR 42.743.140,- gevorderd. Dit bedrag was berekend aan de hand van 'variant 2' uit de Commissie-mededeling uit 2005 (EUR 200,- vermenigvuldigd met coëfficiënt 10 (op een schaal van 20) vanwege de ernst van de inbreuk, met een coëfficiënt van 21,83 vanwege de financiële draagkracht van Frankrijk en met het aantal dagen dat de inbreuk had geduurd). A-G *Mazák* had in zijn conclusie (5 juni 2008) niet alleen kritiek op de aankondiging van de Commissie in haar mededeling uit 2005 om in artikel 260 lid 2 VwEU-procedures stelselmatig een boete te vorderen maar ook op de berekeningswijze van de Commissie. Volgens A-G *Mazák* is voor een boete alleen ruimte als bij de niet-naleving van het artikel 226-arrest van het HvJEU sprake is van 'bijkomende verzwarende omstandigheden' bijvoorbeeld wanneer de lidstaat niet te goeder trouw met de Commissie heeft samengewerkt teneinde de inbreuk te beëindigen. Ook meent A-G *Mazák* dat om die reden bij de berekening van de hoogte van de boete in elke zaak met deze specifieke omstandig-

---

152 *Jur.* 2008, I-9159.

153 Wat preciezer: punt 60: 'In dit verband kan de door de Franse Republiek aangevoerde omstandigheid dat betaling van een forfaitaire som tot nog toe door het HvJEU niet is opgelegd in situaties waarin het aanvankelijke arrest volledig was uitgevoerd vóór de voltooiing van de op basis van artikel 228 EG ingeleide procedure, er niet aan in de weg staan dat in het kader van een andere zaak wel tot een dergelijke oplegging wordt besloten, indien dit, gelet op de kenmerken van die zaak en de vereiste mate van overreding en afschrikking, noodzakelijk blijkt te zijn.' De Commissie heeft dit uitdrukkelijk ook in haar Mededeling uit 2005 mogelijk geacht.

heden van het geval rekening dient te worden gehouden. Dit aspect ziet hij niet terug in de berekeningswijze van de Commissie. Het HvJEU volgt A-G *Mazák* gedeeltelijk. Het HvJEU stelt vast dat het niet gebonden is aan de mededeling van de Commissie uit 2005 en neemt als uitgangspunt dat het opleggen van een boete gebaseerd dient te zijn op 'alle relevante aspecten die zowel verband houden met de kenmerken van de vastgestelde niet-nakoming als met de houding van de lidstaat'. Daarbij geldt eveneens dat een veroordeling tot een boete niet 'automatisch' dient te gebeuren: het HvJEU beschikt te dien aanzien immers, zo blijkt uit de tekst van artikel 260 lid 2 VwEU, over een ruime beoordelingsbevoegdheid. Het HvJEU houdt vervolgens met verschillende omstandigheden rekening (waarbij de argumenten van A-G *Mazák* deels terugkomen): a) de houding van de lidstaat, b) de tijdsspanne gedurende de welke de niet-nakoming voortduurde en c) de ernst van de niet-nakoming. Wat de hoogte van de forfaitaire som betreft, houdt het HvJEU ook nog rekening met enkele concrete omstandigheden met betrekking tot de omvang van de niet-nakoming. Zo had (1) Frankrijk wel enkele uitvoeringsmaatregelen getroffen, waren (2) de uiteindelijk getroffen uitvoeringsmaatregelen adequaat en kon (3) Frankrijk niet worden verweten dat het zijn plicht tot loyale samenwerking had geschonden. Gelet op al deze omstandigheden veroordeelde het HvJEU Frankrijk tot een veel lagere boete (EUR 10 miljoen) dan door de Commissie was gevorderd (meer dan EUR 42 miljoen). In feite sloot het HvJEU daarmee aan bij de door de Commissie voor Frankrijk vastgestelde vaste forfaitaire minimumsom (was ook EUR 10 miljoen).

7. Boete: *Griekenland II*, zaak C-568/07, 4 juni 2009<sup>154</sup>

In juni 2009 veroordeelde het HvJEU Griekenland tot het betalen van een boete omdat Griekenland nagelaten had het arrest van het HvJEU van 21 april 2005 uit te voeren. Griekenland was toen veroordeeld vanwege het in stand houden van een nationale wet die het openen en exploiteren van optiekbedrijven voorbehield aan erkende opticiens. Aldus handelde Griekenland in strijd met artikelen 43 en 48 EG. Het HvJEU veroordeelde Griekenland in 2009 tot het betalen van een boete. De Commissie had een boete (boete variant 2) en een dwangsom van EUR 70.956,- per dag gevorderd. Op 19 mei 2008 had Griekenland haar nationale regelgeving in overeenstemming gebracht met het arrest uit 2005 met als gevolg dat de Commissie afzag van het vorderen van een dwangsom. De Commissie handhaafde echter haar verzoek tot oplegging van een boete: EUR 200,- per dag dat de overtreding had voortgeduurd, vermenigvuldigd met 9 (op een schaal van 20) vanwege de ernst van de inbreuk en een coëfficiënt van 4,38 (financiële draagkracht van de lidstaat). Dit zou dan neerkomen op een boete van ongeveer EUR 8,8 miljoen. Rekening hou-

---

154 HvJEG C-568/07, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2009, I-4505.

dend met alle omstandigheden van het geval alsmede met de ernst en de duur van de inbreuk veroordeelde het HvJEU Griekenland tot een boete van EUR 1 miljoen. Opvallend is dat het HvJEU zeer beperkt motiveert hoe het tot dit bedrag komt. Duidelijk is wel dat het HvJEU in ieder geval niet aangesloten heeft bij de door de Commissie vastgestelde vaste forfaitaire minimumsom van EUR 2,1 miljoen.

8. Dwangsom en boete: *Griekenland III*, zaak C-109/08, 4 juni 2009<sup>155</sup>

In juni 2009 veroordeelde het HvJEU Griekenland andermaal tot het betalen van een dwangsom en een boete vanwege het niet-nakomen van het arrest van het HvJEU van 26 oktober 2006. Daarin had het HvJEU bepaald dat Griekenland zijn verplichtingen uit hoofde van het EG-recht niet nakwam door het op straffe van bij 'wet geformuleerde strafrechtelijke of bestuursrechtelijke sancties' in stand houden van 'een algeheel verbod (...) om elektrische, elektromechanische en elektronische spelen, daaronder begrepen computerspelen, te installeren en te exploiteren in openbare of privégelegenheden, met uitzondering van casino's'. De Commissie vorderde een dwangsom (EUR 31.798,80 per dag) en een boete van EUR 9.636,- per dag dat de vertraging had voortgeduurd. Het HvJEU bepaalde de hoogte van de dwangsom als volgt. De ernst van de inbreuk werd door het HvJEU op 8 bepaald (i.t.t. de Commissie: 11), de duur op 1,5 (i.t.t. de Commissie: 1,1). Aldus komt het HvJEU uit op een dwangsom van EUR 31.536 per dag dat de niet-nakoming voortduurt. Voor de boete had de Commissie rekening gehouden met de boete variant 2 (dagelijks bedrag van EUR 200,- vermenigvuldigd met een coëfficiënt van 11 (op een schaal van 20) voor de ernst van de inbreuk en met een coëfficiënt van 4,38 vanwege de financiële draagkracht van Griekenland). In totaal kwam dit neer op een boete van EUR 3.420.780,-. Het HvJEU stelt de boete in het licht van alle omstandigheden van het geval vast op EUR 3 miljoen. Indien de wijze was gevolgd waarop de Commissie de boete berekent en uitgaande van een coëfficiënt van 8 voor de ernst van de inbreuk had dit neer moeten komen op EUR 2.798.820.

9. Dwangsom en boete: *Griekenland IV*, zaak C-369/07, 7 juli 2009<sup>156</sup>

In juli 2009 werd Griekenland opnieuw veroordeeld tot het betalen van een boete en een dwangsom vanwege het niet (volledig) nakomen van het arrest van 12 mei 2005 waarin Griekenland was veroordeeld tot het terugvorderen van de onwettige en als onverenigbaar met de gemeenschappelijke markt aangemerkte steun aan Olympic Airways.<sup>157</sup> De Commissie vorderde een boete van EUR 10.512,- per dag dat de overtre-

155 HvJEG C-109/08, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2009, I-4657.

156 HvJEG C-369/07, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2009, I-5703.

157 Als zodanig beoordeeld bij Beschikking van 11 december 2004: 2003/372/EG (PB L 132, p. 1) en door het HvJEU vastgesteld bij HvJEG zaak C-415/03, *Jur.* 2005, I-3875.

ding had geduurd en een dwangsom van EUR 53.611,- per dag dat de overtreding voortduurde. Het HvJEU komt uit op EUR 16.000,- aan dwangsom hetgeen overeenkomt met het voorstel van A-G Mengozzi. Het verschil in hoogte tussen de gevorderde dwangsom en hetgeen het HvJEU toekent, kan o.m. verklaard worden door een verschil in coëfficiënt ten aanzien van de ernst van de inbreuk (Commissie: 12 en A-G Mengozzi: 3). Het HvJEU gaat er daarbij onder meer van uit dat nog slechts een klein deel resteert van de oorspronkelijk door Griekenland terug te vorderen steunbedragen die op grond van het arrest van 12 mei 2005 moesten worden teruggevorderd (r.o. 12). De hoogte van de door de Commissie gevorderde boete (variant 2) bestond uit het bedrag van EUR 200,- vermenigvuldigd met coëfficiënt 12 (op 20) vanwege de ernst van de inbreuk en met een coëfficiënt van 4,38 vanwege de financiële draagkracht van Griekenland. Het HvJEU veroordeelt Griekenland voorts tot een boete van EUR 2 miljoen rekening houdend met alle omstandigheden van het geval. Berekend op de wijze als de Commissie dit doet en rekening houdend met een coëfficiënt van 3 in plaats van 12 zou dit hebben geleid tot een bedrag van EUR 2,9 miljoen.<sup>158</sup>

10. Boete: *Griekenland V*, zaak C-407/09, 31 maart 2011<sup>159</sup>

Vanwege het niet tijdig nakomen van het arrest van het HvJEU van 18 juli 2007 waarin Griekenland was veroordeeld vanwege het niet tijdig implementeren van richtlijn 2004/80/EG van de Raad van 29 april 2004 betreffende de schadeloosstelling van slachtoffers van misdrijven, is Griekenland door het HvJEU veroordeeld tot betaling van een boete. Op 18 december 2009 had Griekenland de wet die noodzakelijk was om aan zijn implementatieverplichtingen te voldoen gepubliceerd. Al met al heeft de niet-nakoming vanaf de datum van het arrest van het HvJEU (18 juli 2007) 29 maanden geduurd. De Commissie had een boete van EUR 10.512,- per dag dat de niet-nakoming had geduurd, gevorderd. Griekenland had in haar reactie daarop aandacht gevraagd voor haar benarde financiële positie en verzocht om slechts de minimale voor Griekenland geldende boete à EUR 2,1 miljoen op te leggen. Het HvJEU komt – alles in aanmerking nemend – uit op een boete van EUR 3 miljoen.

Met dit overzicht zijn kort de zaken besproken waarin het HvJEU aan de lidstaat een boete en/of dwangsom oplegt op grond van artikel 260 lid 2 VwEU. In samenhang met de door de Commissie gedane mededelingen, kunnen de volgende uitgangspunten ten aanzien van de oplegging van boetes c.q. dwangsommen worden onderscheiden.

158 Berekend over de periode van 12 mei – 7 juli 2009.

159 HvJEG C-407/09, Commissie t. Griekenland, n.n.g.



Ten eerste vordert de Commissie in de regel zowel een dwangsom ('*periodic penalty payment*') voor de periode waarin het te wijzen arrest moet worden nageleefd als een boete (forfaitaire som of '*lump sum*') voor de periode dat het reeds gewezen arrest niet is nageleefd. De dwangsom heeft tot doel de niet-nakoming zo spoedig mogelijk te beëindigen terwijl de boete een soort vergoeding vormt voor de particuliere en publieke belangen die door de inbreuk zijn geschonden.<sup>160</sup> Een dwangsom wordt niet opgelegd als de inbreuk vóór de voltooiing van de vervolprocedure is beëindigd terwijl een boete door het HvJEU ook dan nog kan worden opgelegd.<sup>161</sup>

Ten tweede is het HvJEU niet gebonden aan de vordering van de Commissie en evenmin aan diens richtsnoeren voor de berekening van de hoogte van de dwangsom c.q. boete. Deze uitgangspunten waarborgen volgens het HvJEU alleen de transparantie, de voorspelbaarheid en de rechtszekerheid van de berekening.<sup>162</sup> Het opleggen van een dwangsom of een boete is voor het HvJEU een discretionaire bevoegdheid.<sup>163</sup> Het HvJEU legt dus niet 'automatisch' een dwangsom of een boete op. In de gewezen arresten besteedt het HvJEU uitgebreid aandacht aan de vraag of en zo ja, welk bedrag het in de gegeven omstandigheden gerechtvaardigd acht.

Ten derde geldt met betrekking tot de hoogte van de dwangsom dat het HvJEU als uitgangspunt neemt dat de dwangsom ten eerste in overeenstemming moet zijn met de omstandigheden van het geval en ten tweede evenredig moet zijn aan de vastgestelde inbreuk en aan de draagkracht van de lidstaat.<sup>164</sup> In dat kader kan het HvJEU zich vinden in de drie niet-bindende basiscriteria van de Commissie. Het vaste basisbedrag aan dwangsom wordt afgezet tegen drie factoren: de ernst van de inbreuk (een coëfficiënt op een schaal van 1 tot 20), de duur van de inbreuk (een coëfficiënt op een gegradueerde schaal van 1 tot 3)<sup>165</sup> en tot slot de financiële draagkracht van de betrokken lidstaat (een coëfficiënt van het BBP (soms gecorrigeerd) en

160 Bij Mededeling van de Commissie van 14 december 2005, SEC(2005)1658 heeft de Commissie bekend gemaakt dat voortaan te doen. Eerder al (in *Frankrijk I*) legde het HvJEU zowel een boete als een dwangsom op.

161 Zie bijvoorbeeld *Frankrijk III*, punt 60 en *Griekenland V*, punt 28.

162 o.m. Commissie t. Spanje, *Jur.* 2003, I-14141, punt 41. Eveneens: *Frankrijk I*, punt 85 en *Frankrijk II*, punt 70.

163 Bijvoorbeeld *Frankrijk III*, punt 63.

164 Bijvoorbeeld *Commissie t. Portugal*, punt 38 en *Griekenland IV*, punt 114. Zie ook Wathélet & Wildemeersch p. 332-333 waarbij het lijkt of er sprake is van drie verschillende aspecten, hetgeen niet het geval is.

165 De duur van de inbreuk wordt berekend vanaf het moment waarop het HvJEU zijn eerste arrest heeft gewezen tot het moment waarop het HvJEU in de vervolprocedure de feiten vaststelt: *Frankrijk I*, punt 31, *Frankrijk II*, punt 21, *Commissie t. Portugal*, punt 45 en *Griekenland IV*, punt 116.

het aantal stemmen waarover de lidstaat beschikt in de Raad).<sup>166</sup> De financiële draagkracht is van belang teneinde 'de benodigde afschrikkende werking' te realiseren. In het bijzonder houdt het HvJEU nog rekening met de publieke en particuliere belangen die gemoeid zijn met de niet-uitvoering van het arrest en de spoed waarmee de lidstaat moet worden aangemaand tot nakoming.<sup>167</sup> Concluderend kan worden vastgesteld dat de hoogte van de dwangsom varieert door een basisbedrag te vermenigvuldigen met de coëfficiënten die via de basiscriteria tot stand komen.<sup>168</sup>

Ten vierde kan de *hoogte van de boete* door de Commissie op twee verschillende wijzen worden berekend. In de eerste plaats kan de Commissie een vaste forfaitaire minimumsom vorderen. Dit boetebedrag is per lidstaat vastgesteld.<sup>169</sup> Tot op heden heeft de Commissie echter niet dit bedrag gevorderd, maar een ander boetebedrag dat tot stand komt door een vast basisbedrag (inmiddels EUR 210,-) te vermenigvuldigen met de ook voor dwangsommen gebruikte coëfficiënt voor de ernst van de inbreuk en de draagkracht van de lidstaat alsmede met het aantal dagen dat de niet-nakoming heeft geduurd (periode: datum uitspraak inbreukprocedure tot datum uitspraak artikel 260 lid 2 VwEU). Het aldus berekende bedrag aan boete (hierna: 'variant 2') zou alleen worden gevorderd wanneer dat bedrag hoger is dan het vaste minimum boetebedrag. De jurisprudentie laat zien dat de Commissie doorgaans een boete vordert, berekend aan de hand van variant 2. Het HvJEU sluit hier niet bij aan. Over het algemeen beschouwd, houdt het HvJEU rekening met de specifieke aspecten van elke zaak die betrekking hebben op a) de houding van de lidstaat en b) de kenmerken van de niet-nakoming.<sup>170</sup> Indien het HvJEU beslist om een forfaitaire som op te leggen dan stelt het HvJEU de hoogte ervan vast in het licht van de omstandighe-

---

166 Zie *Commissie t. Portugal*, punten 26 en 39. Overigens betekent dit niet dat de Commissie en het HvJEU op dezelfde hoogte van de dwangsom uitkomen: zie punten 43-50 waarin het HvJEU zelfstandig beoordeelt of het de door de Commissie voorgestelde coëfficiënten voor de verschillende factoren aanvaardbaar acht. De Commissie verzocht in deze zaak om een dwangsom van EUR 21.540,- per dag terwijl het HvJEU uitkomt op een bedrag van EUR 19.392,- per dag. Wat de laatste factor betreft, corrigeert het HvJEU de coëfficiënt voor de financiële draagkracht. Het HvJEU meent dat 'de coëfficiënt van de Commissie niet adequaat de ontwikkeling weer [geeft, CdK] van de factoren die de basis vormen voor de beoordeling van de draagkracht van de Portugese Republiek' m.n. niet ten aanzien van de groei van het BBP. Het HvJEU stelt de coëfficiënt om die reden in plaats van op 3,9 vast op 4,04. Zie ook de kritiek hierop van M.R. Mok in zijn noot bij deze uitspraak.

167 Bijvoorbeeld *Commissie t. Portugal*, punt 39 en *Griekenland IV*, punt 115.

168 Zie voor de wijze van berekening van de coëfficiënten o.m. Mededeling van de Commissie SEC(2005)1658, p. 8-9.

169 Zie voor de bedragen de Mededeling uit 2005 van de Commissie, p. 6. Voor Nederland is dit een bedrag van EUR 3.704.000,-. Elke drie jaar worden de bedragen door de Commissie aan de inflatie aangepast. Laatstelijk: in 2010 zie SEC(2010)923/3: 'Application of Article 260 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Up-dating of data used to calculate lump sum and penalty payments to be proposed by the Commission to the Court of Justice in infringement proceedings'.

170 Bijvoorbeeld *Griekenland IV*, punt 144.

den van het geval en evenredig aan zowel de vastgestelde inbreuk (ernst ervan) als de draagkracht van de betrokken lidstaat. In zoverre sluit het HvJEU dus aan bij de criteria van de Commissie. Relevante factoren zijn volgens het HvJEU in dit verband zaken als de tijdsspanne gedurende welke de niet-nakoming na het arrest waarbij zij is vastgesteld, is blijven voortbestaan, en de betrokken openbare en particuliere belangen.<sup>171</sup> Zoals gezegd, berekent het HvJEU het boetebedrag niet zoals de Commissie maar stelt het de boete vast op een bepaald rond bedrag.<sup>172</sup> Het is daardoor niet transparant voor wat betreft de wijze waarop het de hoogte precies bepaalt.

Vastgesteld kan worden dat uit het hiervoor beschreven jurisprudentie-overzicht blijkt dat Nederland nog nooit is veroordeeld. Ook blijkt uit lezing van die jurisprudentie dat de uitspraak geen duidelijkheid verschaft over de vraag in hoeverre medeoverheden bij deze inbreuken op EU-recht zijn betrokken.<sup>173</sup> Zoals hiervoor al in de inleiding bij deze paragraaf is opgemerkt en zoals blijkt uit Hoofdstuk 2 is dat niet verwonderlijk: het regardeert het HvJEU in zoverre niet omdat de lidstaat altijd aansprakelijk is.

In hoeverre Nederland het risico loopt om ten gevolge van inbreuken van medeoverheden door het HvJEU op grond van artikel 260 lid 2 VwEU tot dwangsommen of boetes te worden veroordeeld, vormt het onderwerp van paragraaf 3.6.3.

---

171 Bijvoorbeeld *Griekenland IV*, punten 146-147.

172 Dit is onlangs ook gesignaleerd door A-G Mazák, in zijn conclusie bij zaak C-407/09 (*Griekenland V*), paragraaf 46.

173 Op basis van de uitspraken op grond van artikel 258 VwEU lijkt dat in *Griekenland I*, *Commissie t. Spanje* en *Frankrijk I* wel medeoverheden in meer of mindere mate bij de inbreuk betrokken zijn geweest. In de zaak *Griekenland I* oordeelde het Hof dat Griekenland haar verplichtingen uit hoofde van een richtlijn niet nakwam door niet de nodige maatregelen te nemen om te verzekeren dat in het gebied van Chania afvalstoffen en toxische en gevaarlijke afvalstoffen werden verwijderd zonder gevaar op te leveren voor de gezondheid van de mens en zonder nadelige gevolgen voor het milieu en door voor dat gebied geen plannen of programma's voor de verwijdering van afvalstoffen op te stellen. Mogelijk waren dus ook de regionale of de lokale overheden van Chania in gebreke nu in het arrest wel overwogen wordt dat gemeenten het afval illegaal stortten. Niet uit te sluiten valt dus dat lokale of regionale overheden een rol hebben gespeeld. Ook in de zaken *Commissie t. Spanje* en *Frankrijk I* valt niet uit te sluiten dat 'andere' overheden betrokken waren. Het betrof daar immers de niet-uitvoering van enkele bepalingen uit de zwembinnenwaterrichtlijn c.q. uit de verordening met betrekking tot de visserijcontroles. Aanemelijk lijkt dat daarbij in beide gevallen ook overheidsdiensten zoals inspecties waren betrokken. In *Frankrijk I* beriep de Franse overheid zich overigens ook op verzet van de lokale bevolking. Vaststaat dat onzeker is in welke mate andere overheden bij de niet-nakoming betrokken zijn geweest. In dit verband zij ook gewezen op HvJEG C-503/04 *Commissie t. Duitsland*, *Jur.* 2007, p. I-6153 waarin de niet-naleving van een concrete verplichting uit hoofde het aanbestedingsrecht door een medeoverheid (de stad Braunschweig, met betrekking tot de gemeente Bockhorn was de niet-nakoming verholpen) leidde net niet tot het opleggen van een dwangsom c.q. boete ex artikel 228 EG (oud). Zie ook paragraaf 2.4.2.2.

### 3.6.3 Risico's voor Nederland

In deze paragraaf is nader onderzocht in welke mate medeoverheden in Nederland betrokken zijn bij niet-nakomingszaken waar de Commissie toezicht op houdt. Dit is gebeurd voor alle drie de fasen waarin een zaak zich kan bevinden: (1) door het HvJEU vastgestelde niet-nakoming ex artikel 260 lid 1 VwEU, (2) aanhangige artikel 260 lid 1 VEU-procedures en (3) lopende 258 VwEU-procedures.

Zoals gezegd, is Nederland nog nooit veroordeeld ex artikel 260 lid 2 VwEU en is er evenmin een dergelijke procedure aanhangig.<sup>174</sup> In zoverre valt het financiële risico voor de Nederlandse Staat mee. Daar staat tegenover dat de hoogte van de te betalen geldsommen voor Nederland zeer aanzienlijk is. Zo varieert de dwangsom die Nederland opgelegd kan krijgen, van EUR 4.492,80 tot EUR 269.568,- per dag (afhankelijk van de ernst en duur van de inbreuk).<sup>175</sup> De minimale boete voor Nederland is EUR 3.736.000,-.<sup>176</sup>

Nederland wordt wel met enige regelmaat veroordeeld ex artikel 260 lid 1 VwEU. Tot op heden (periode 2004 tot en met juli 2012)<sup>177</sup> is dit gebeurd in 27 zaken.<sup>178</sup> Slechts in één van deze zaken was de niet-nakoming te wijten aan een medeoverheid (provincie Noord-Holland).<sup>179</sup> Volgens de Commissie

174 Zie hiervoor het overzicht: <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl&Submit=Zoeken&alldocs=alldocs&docj=docj&docop=docop&docor=docor&docjo=docjo&numaff=&datefs=&datefe=&nomusuel=&domaine=&mots=dwangsom+%22artikel+228%22&resmax=100>>

175 Bron: *Kamerstukken II* 2010/11, 22 112, nr. 1115, p. 4.

176 Bron: Mededeling van de Commissie 'Updating of data used to calculate lump sum and penalty payments in infringement proceedings', SEC(2011)1024.

177 Zaaknummers vanaf 02 zijn meegenomen.

178 Zie voor het overzicht: met zoekterm partij 'Nederland': <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl&newform=newform&Submit=Zoeken&jurcdj=jurcdj&docj=docj&docnoj=docnoj&typeord=ALL&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=Nederland&domaine=&mots=&resmax=1000>> en voor het overzicht van vóór 2004 (zoekterm partij 'Pays Bas'): <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl&newform=newform&jurcdj=jurcdj&docj=docj&docnoj=docnoj&typeord=ALL&numaff=&ddatefs=&mdatefs=&ydatefs=&ddatefe=&mdatefe=&ydatefe=&nomusuel=Pays+Bas&domaine=&mots=&resmax=1000&Submit=Zoeken>>

179 (1) HvJEG 24 juni 2004, zaak C-350/02: niet-nakoming Koninkrijk vanwege onvolledige implementatie van enkele richtlijnen aangaande de verwerking en bescherming van persoonsgegevens in uitvoeringsregelgeving gebaseerd op de Telecommunicatiewet. (2) HvJEG 7 oktober 2004, zaak C-189/03: niet-nakoming Koninkrijk vanwege het in stand houden van enkele bepalingen uit de Wet particuliere beveiligingsorganisaties en recherchebureaus (strijdig met artikel 49 EG). (3) HvJEG 14 oktober 2004 zaak C-113/02: niet-nakoming Koninkrijk door in nationale regelingen op het gebied van afvalstoffen de verplichtingen niet na te komen die voortvloeien uit artikel 7, lid 4, van verordening (EEG) nr. 259/93 van de Raad van 1 februari 1993 betreffende toezicht en controle op de overbrenging van afvalstoffen binnen, naar en uit de Europese Gemeenschap en artikel 1, sub e en f, van richtlijn 75/442/EEG van de Raad van 15 juli 1975 betreffende afvalstoffen, zoals gewijzigd bij richtlijn 91/156/EEG van de Raad van 18 maart 1991 en bij beschikking 96/350/EG van de Commissie van 24 mei 1996. (4) HvJEG 14 oktober 2004, zaak C-299/02: niet-nakoming Koninkrijk vanwege het in stand laten van artikel 311 van het Wetboek van Koophandel en artikel 8:169 van het Burgerlijk Wetboek (strijdig met artikel 43 en 48 EG). (5) HvJEG 18 november 2004 zaak C-422/03: niet-nakoming Koninkrijk vanwege onvolledige implementatie van de bepalingen uit Richtlijn

*vervolg van noot 179*

2001/18/EG over 'de doelbewuste introductie van genetisch gemodificeerde organismen in het milieu en tot intrekking van Richtlijn 90/220/EEG van de Raad.' (6) HvJEG 2 december 2004, zaak C-41/02: niet-nakoming Koninkrijk door een vaste bestuurlijke praktijk te hantieren 'volgens welke gewone levensmiddelen die zijn verrijkt met vitamine A (in de vorm van retinoiden), vitamine D, foliumzuur, seleen, koper of zink, en die in andere lidstaten rechtmatig zijn vervaardigd of in de handel gebracht, in Nederland, wanneer zij geen substitutieproducten of gerestaureerde eet- of drinkwaren in de zin van artikel 1, lid 1, sub c en d, van het Warenwetbesluit Toevoeging microvoedingsstoffen aan levensmiddelen van 24 mei 1996 zijn, slechts in de handel mogen worden gebracht indien deze verrijking voorziet in een voedingskundige behoefte van de Nederlandse bevolking, zonder dat bovendien wordt nagegaan of deze levensmiddelen niet bestemd zijn als vervanging van reeds in de handel gebrachte levensmiddelen waarvoor de toevoeging van deze zelfde voedingsstoffen verplicht is.' (strijdig met artikel 30 EG). (7) HvJEG 16 december 2004 zaak C-528/03: niet-nakoming Koninkrijk door 'niet de wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen vast te stellen die nodig zijn om volledig te voldoen aan richtlijn 2002/35/EG van de Commissie van 25 april 2002 tot wijziging van richtlijn 97/70/EG van de Raad betreffende de invoering van een geharmoniseerde veiligheidsregeling voor vissersvaartuigen waarvan de lengte 24 m of meer bedraagt, is het Koninkrijk der Nederlanden de krachtens deze richtlijn op hem rustende verplichtingen niet nagekomen.' (8) HvJEG 14 april 2005, zaak C-441/03: niet-nakoming Koninkrijk door niet (tijdige) implementatie van Vogel- en Habitatrichtlijn. (9) HvJEG 14 april 2005 zaak C-171/04: niet-nakoming Koninkrijk door 'niet de wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen te treffen die nodig zijn om te voldoen aan richtlijn 2001/80/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2001 inzake de beperking van de emissies van bepaalde verontreinigende stoffen in de lucht door grote stookinstallaties'. Implementatie is verantwoordelijkheid van de centrale overheid en dus niet van een medeoverheid. (10) HvJEG 14 april 2005 zaak C-146/04: niet-nakoming Koninkrijk door 'niet de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen die nodig zijn om te voldoen aan richtlijn 2000/69/EG van het Europees Parlement en de Raad van 16 november 2000 betreffende grenswaarden voor benzeen en koolmonoxide in de lucht en aan richtlijn 2001/81/EG van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2001 inzake nationale emissieplafonds voor bepaalde luchtverontreinigende stoffen.' (11) HvJEG 28 september 2006, zaken C-282/04 en C-283/04: niet-nakoming Koninkrijk door handhaving in de statuten van Koninklijke KPN NV en TPG NV van enkele bepalingen op grond waarvan de Nederlandse Staat een bijzonder aandeel bezit in het kapitaal en op grond waarvan aan de Nederlandse Staat speciale rechten worden gegeven met betrekking tot de goedkeuring van bepaalde besluiten 'welke rechten niet beperkt zijn tot gevallen waarin de tussenkomst van de staat noodzakelijk is wegens door het Hof erkende dwingende redenen van algemeen belang en, in het geval van TPG N.V., met name ter instandhouding van de universele postdienst.' (strijdig met artikel 56 lid 1 EG). (12) HvJEG 24 april 2007, zaak C-523/04: niet-nakoming Koninkrijk in verband met een met de Verenigde Staten van Amerika gesloten bilaterale overeenkomst die in strijd was met enkele verordeningen en verdragsbepalingen. (13) HvJEG 7 juni 2007, zaak C-50/06: niet-nakoming Koninkrijk door een algemene vreemdelingenwetgeving toe te passen op burgers van de Unie 'die het mogelijk maakt een stelselmatig en automatisch verband te leggen tussen een strafrechtelijke veroordeling en een verwijderingsmaatregel.' (strijdig met richtlijn 64/221/EEG). (14) HvJEG 20 september 2007, zaak C-297/05: niet-nakoming Koninkrijk 'door voertuigen ouder dan drie jaar die eerder waren geregistreerd in een andere lidstaat, voorafgaand aan registratie in Nederland te onderwerpen aan een controle van de materiële toestand' (strijdig met artikelen 28 EG en 30 EG). (15) HvJEG 10 april 2008, zaak C-398/06: niet-nakoming Koninkrijk vanwege het handhaven van nationale bepalingen 'volgens welke economisch niet-actieve en gepensioneerde onderdanen van de lidstaten van de Europese Unie en van de Europese Economische Ruimte moeten bewijzen dat zij duurzaam over middelen van bestaan beschikken om een verblijfsvergunning te verkrijgen.' (16) HvJEG 9 oktober 2008, zaak C-230/07: niet-nakoming Koninkrijk door 'niet voor oproepen naar het uniforme Europese alarmnummer "112" informatie over de locatie van de oproeper ter beschikking te stellen van de instanties die noodsituaties behandelen, voor zover dat technisch haalbaar is.' (strijdig met verplichtingen uit hoofde van artikel 26, derde lid, van richtlijn 2002/22/EG). (17) HvJEG 4 december

2008, zaak C-249/07: niet-nakoming Koninkrijk van verplichtingen ex artikelen 28 en 30 EG (door een stelsel in te voeren van 'voorafgaande vergunning voor de uitzaai in de Nederlandse kustwateren van oesters en mosselen die rechtmatig uit andere lidstaten afkomstig zijn en tot in Nederland inheemse soorten behoren.' (18) HvJEG 11 juni 2009, zaak C-521/07: niet-nakoming Koninkrijk vanwege artikel 40 van de Overeenkomst betreffende de EER door dividenden die door Nederlandse vennootschappen aan vennootschappen gevestigd in IJsland of Noorwegen werden uitbetaald 'niet onder dezelfde voorwaarden vrij te stellen van inhouding van bronbelasting op dividenden als dividenden uitbetaald aan Nederlandse vennootschappen of aan vennootschappen die zijn gevestigd in andere lidstaten van de Europese Gemeenschap.' (19) HvJEG 15 oktober 2009, zaak C-255/08: niet-nakoming Koninkrijk vanwege onjuiste c.q. onvolledige implementatie van artikel 4, leden 2 en 3 van richtlijn 85/77/EEG (gelezen in samenhang met de bijlagen II en III) waardoor bepaalde projecten onttrokken zijn aan een milieueffectbeoordeling; (20) HvJEG 15 oktober 2009, zaak C-232/08: niet-nakoming Koninkrijk vanwege niet-naleving in de nationale handhavingspraktijk van de dwingende verplichtingen uit de toepasselijke visserijverordeningen met betrekking tot het voor bepaalde vissersvaartuigen maximaal toegestane motorvermogen van 300 pk; (21) HvJEG 29 april 2010, zaak C-92/07: met de invoering van een stelsel van verplichte leges bij het aanvragen van verblijfsvergunningen die onevenredig zijn met de leges die van EU-onderdanen wordt gevraagd is het Koninkrijk haar verplichtingen jegens Turkse onderdanen niet nagekomen uit hoofde van artikel 9 van de Associatieovereenkomst, artikel 41 van het aanvullend protocol en de artikelen 10, lid 1, en 13 van besluit nr. 1/80; (22) HvJEG 16 december 2010, zaak C-233/10, niet-nakoming Koninkrijk bestaande uit niet tijdige implementatie (althans mededeling daarvan) van richtlijn 2007/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 5 september 2007 tot wijziging van richtlijn 92/49/EEG van de Raad en de richtlijnen 2002/83/EG, 2004/39/EG, 2005/68/EG en 2006/48/EG wat betreft procedureregels en evaluatiecriteria voor de prudentiële beoordeling van verwervingen en vergrotingen van deelnemingen in de financiële sector (PB L 247, p. 1); (23) HvJEU 3 maart 2011, zaak C-41/09: niet-nakoming Koninkrijk door een verlaagd tarief van belasting over de toegevoegde waarde toe te passen op alle leveringen, invoer en intracommunautaire verwervingen van paarden, in strijd met haar verplichtingen krachtens artikel 12, gelezen in samenhang met bijlage H, van de Zesde richtlijn (77/388/EEG) van de Raad van 17 mei 1977 betreffende de harmonisatie van de wetgevingen der lidstaten inzake omzetbelasting – Gemeenschappelijk stelsel van belasting over de toegevoegde waarde: uniforme grondslag, zoals gewijzigd bij richtlijn 2006/18/EG van de Raad van 14 februari 2006, alsmede krachtens de artikelen 96 tot en met 99, lid 1, van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde, gelezen in samenhang met bijlage III ervan. (24) HvJEU 1 december 2011, zaak C-157/09: niet-nakoming door Koninkrijk door in de Wet op het notarisambt een nationaliteitsvereiste te stellen hetgeen in strijd komt met bepalingen van vrij verkeer (25) HvJEU 14 juni 2012, zaak C-542/09: niet-nakoming door Koninkrijk van de verplichtingen krachtens artikel 45 VWEU en artikel 7, lid 2, van verordening (EEG) nr. 1612/68 door te verlangen dat migrerende werknemers en hun gezinsleden in het onderhoud waarvan zij blijven voorzien, voldoen aan een woonplaatsvereiste, de zogenaamde "3 uit 6-regel", om in het kader van de WSF in aanmerking te komen voor studiefinanciering voor een opleiding in het buitenland) en (26) HvJEU 10 mei 2012, zaak C-368/10: niet-nakoming door het Koninkrijk doordat de provincie Noord-Holland in het kader van de gunning van een overheidsopdracht voor de levering en het beheer van koffieautomaten, heeft gehandeld in strijd met richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten; (27) (1) HvJEU 26 april 2012, zaak C-508/10: Het Koninkrijk der Nederlanden is de krachtens richtlijn 2003/109/EG van de Raad van 25 november 2003 betreffende de status van langdurig ingezetenen onderdanen van derde landen, op hem rustende verplichtingen niet nagekomen, door van onderdanen van derde landen die de status van langdurig ingezetene in Nederland aanvragen en van hen die deze status hebben verkregen in een andere lidstaat dan het Koninkrijk der Nederlanden en hun verblijfsrecht in laatstgenoemde lidstaat wensen uit te oefenen alsook van hun gezinsleden die verzoeken hen te mogen vergezellen of zich bij hen te mogen voegen, overdreven en onevenredig hoge leges te vragen die een belemmering kunnen vormen voor de uitoefening van de bij die richtlijn toegekende rechten.

had de provincie Noord-Holland op onjuiste wijze uitvoering gegeven aan de aanbestedingsrichtlijn voor overheidsopdrachten bij een contract met betrekking tot het beheer en de levering van koffieautomaten.<sup>180</sup> De provincie zou inbreuk hebben gemaakt op de aanbestedingsrichtlijn 'doordat de keurmerken Max Havelaar en EKO of keurmerken die op vergelijkbare of identieke criteria berusten verplicht worden gesteld voor te leveren thee of koffie, doordat die keurmerken als gunningscriteria worden gebruikt en doordat de technische bekwaamheid en beroepsbekwaamheid van de inschrijvers worden beoordeeld op basis van criteria die niet onder het in die richtlijn vastgelegde stelsel vallen.' In haar reactie stelde de Nederlandse Staat dat de opdracht inderdaad niet volledig conform de richtlijn was maar dat potentiële ondernemers hierdoor niet waren benadeeld. Op 10 mei 2012 heeft het HvJEU Nederland veroordeeld vanwege niet-nakoming van de aanbestedingsrichtlijnen door de Provincie Noord-Holland.<sup>181</sup> De provincie heeft volgens het HvJEU op vier onderdelen in strijd gehandeld met de aanbestedingsregelgeving. Tot zover een bespreking van de veroordelingen van Nederland ex artikel 260 lid 1 VwEU in de periode 2004-juli 2012. In juli 2012 zijn voorts twee inbreukprocedures bij het HvJEU aanhangig.<sup>182</sup> Daarvan heeft er één betrekking op een vermeende inbreuk op EU-recht door medeoverheden, te weten de gemeente Eindhoven.<sup>183</sup> Deze zaak betreft eveneens een aanbestedingsrecht kwestie. De Commissie is van mening dat de gemeente Eindhoven ten onrechte een exploitatierecht heeft gegund aan een projectontwikkelaar terwijl openbaar aanbesteed had moeten worden. Het betreft een gunning ten behoeve van het Doornakkerscentrum. Op het moment van sluiting van dit onderzoek is de zaak nog aanhangig.

Tot slot zijn de vanwege de Commissie *uitgebrachte ingebrekestellingen of lopende artikel 258 VwEU-procedures* onderzocht. Dit is gebeurd aan de hand van de overzichten van lopende ingebrekestellingen van ICER alsmede aan de hand van de online-overzichten die de Commissie zelf bijhoudt in het kader van monitoring van vermeende inbreuken.<sup>184</sup> Hieruit blijkt dat in de

---

180 zie <[http://www.nl-prov.eu/nl-prov/news.nsf/\\_/6658BA2DFEAE70DEC1257662002A42A7](http://www.nl-prov.eu/nl-prov/news.nsf/_/6658BA2DFEAE70DEC1257662002A42A7)> en voor het persbericht van de Commissie hierover: <<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/1618&format=HTML&aged=0&language=NL&guiLanguage=en>>

181 HvJEU 10 mei 2012, C-368/10, Commissie t. Nederland, n.n.g.

182 (1) Zaak C-576/10, beroep ingesteld door de Commissie op 9 december 2010 vanwege inbreuken op het EU-recht inzake overheidsopdrachten (gemeente Eindhoven); (2) Zaak C-65/11, beroep ingesteld door de Commissie 15 februari 2011 (niet-nakoming van verplichtingen ex artikelen 9 en 11 van richtlijn 2006/112/EG van de Raad van 28 november 2006 betreffende het gemeenschappelijke stelsel van belasting over de toegevoegde waarde door het btw-comité niet te raadplegen en toe te staan dat niet-belastingplichtigen tot een fiscale eenheid toetreden, zoals blijkt uit de resolutie van 18 februari 1991, nr. VB91/347).

183 HvJEU zaak C-576/10 (aanhangige zaak).

184 In dit verband heb ik alleen de afgelopen 6 jaar onderzocht (2004-juli 2011). De ICER-overzichten richten zich namelijk op de nakoming van richtlijnen en kaderbesluiten. De online-overzichten van de Commissie zijn te vinden via <[http://ec.europa.eu/community\\_law/infringements/infringements\\_decisions\\_en.htm](http://ec.europa.eu/community_law/infringements/infringements_decisions_en.htm)>

afgelopen 7 jaar (2004 tot en met 2011) Nederlandse medeoverheden slechts zeer minimaal (in veertien gevallen) debet waren aan een artikel 258 VwEU-procedure.<sup>185</sup>

Hoewel in de praktijk de risico's voor Nederland dus minimaal lijken te zijn, krijgt de handhaving van het EU-recht steeds meer prioriteit.<sup>186</sup> Mede daarom ook zit Nederland niet stil. In het kabinetsstandpunt<sup>187</sup> naar aanleiding van de Mededeling van de Commissie uit 2005 heeft het kabinet uiteengezet dat de kosten voor eventuele boetes en dwangsommen

'gedragen zullen worden door het departement dat verantwoordelijk is voor de schending en de niet nakoming van het arrest waarbij Nederland is veroordeeld. In gevallen waarbij meerdere departementen verantwoordelijk zijn voor niet nakoming van een arrest zal van geval tot geval een verdeelsleutel overeen worden gekomen voor verdeling van de kosten tussen de betrokken departementen.'

Wat medeoverheden en andere publieke entiteiten betreft, is van belang dat de Wet NERpe op 13 juni 2012 in werking is getreden.<sup>188</sup> De wet voorziet onder meer in een verhaalsrecht van de Nederlandse Staat op een 'publieke entiteit' wanneer de Nederlandse Staat dwangsommen c.q. forfaitaire sommen verbeurt ex artikel 260 lid 2 VwEU vanwege een inbreuk op het EU-

185 (1) zaak 2000/4318 (Hoogezand-Sappemeer: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 12 december 2006); (2) zaak 2002/2286 (Sneek: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 30 maart 2004); (3) zaak 2002/4087 (rivier Grensmaas: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 30 maart 2004); (4) zaak 2003/2224 (Kampen: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 19 maart 2009); (5) zaak 2003/4025 (Bedrijvenweg: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 14 december 2004.); (6) zaak 2003/4509 (Haarlem: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 14 december 2004.); (7) zaak 2003/5274 (Amersfoort: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 14 mei 2009.); (8) zaak 2002/4578 (Middelburg: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 30 maart 2004); (9) 2003/5169 (Amsterdam: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 12 december 2006); (10) zaak 2004/4337 (Rotterdam: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 28 juni 2006); (11) zaak 2005/4323 (Ede: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 27 juni 2007); (12) zaak 2005/4671 (Provincie Friesland: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 27 juni 2007); (13) zaak 2006/4687 (Leeuwarden: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 8 oktober 2009); (14) zaak 2007/4524 (Eindhoven: hierover is inmiddels een artikel 258 VwEU-procedure aangehangig gemaakt); (15) zaak 2007/4955 (Winterswijk: beëindigd bij beschikking van de Commissie van 8 oktober 2009); (16) zaak 2009/4210 (Provincie Noord-Holland: leidde tot een veroordeling ex 258 VwEU) en (17) zaak 2007/4721 (Ede: beëindigd bij beschikking van 19 mei 2011).

186 Zie onder meer de Mededeling van de Commissie van 5 september 2007 'Een Europa van resultaten – Toepassing van het Gemeenschapsrecht', COM (2007)502def. en ook het *Annual Report of the Commission on the Monitoring of the Application of Community Law* (2007), COM(2008)777final (<[http://ec.europa.eu/community\\_law/infringements/pdf/25\\_annual\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/infringements/pdf/25_annual_report_en.pdf)>).

187 In het Kabinetsstandpunt over de Mededeling van de Commissie van december 2005 (BNC-fiche april 2006), Mededeling over de toepassing van artikel 228 van het EG-verdrag (boetebeleid)', onder punt 10a).

188 Zie artikel 12 van de Wet Nerpe zoals bekend gemaakt in *Stb.* 2012, 245 en *Kamerstukken II* 2009/10, 32 157.



recht die aan de publieke entiteit toe te rekenen valt. Daarover meer in Hoofdstuk 6 en 7 van dit onderzoek.

Concluderend kan worden vastgesteld dat het aandeel van medeoverheden in de schendingen van het EU-recht die tot financiële consequenties hebben geleid verwaarloosbaar klein is. Nederland is nog nooit veroordeeld op grond van artikel 260 lid 2 VwEU.

In de volgende paragraaf wordt stil gestaan bij een tweetal bijzondere inbreukprocedures die in dit kader relevant zijn.

#### 3.6.4 *Bijzondere inbreukprocedures*

Voor de niet-nakoming van bepaalde EU-verplichtingen kent het EU-recht bijzondere procedures. Dit is ten eerste het geval bij niet-nakoming van verplichtingen uit hoofde van het verbod van staatssteun. In de tweede plaats kent het EU-recht ook een bijzondere procedure in geval van niet-nakoming van het zogenaamde EMU-saldo. In beide gevallen kunnen lidstaten vanwege de niet-nakoming van deze verplichtingen nadelige financiële consequenties ondervinden. Om die reden worden beide procedures hierna besproken. Daarbij wordt ook kort ingegaan op de vraag in hoeverre de twee financiële consequenties zich wat Nederland betreft, zullen verwezenlijken.

In de eerste plaats kan in het kader van het staatssteunrecht tegen de lidstaat een inbreukprocedure worden gestart. Dit gebeurt niet op grond van artikel 258 VwEU maar op grond van artikel 108, tweede lid, tweede alinea, VwEU.<sup>189</sup> Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer een lidstaat zijn verplichting niet nakomt om staatssteun terug te vorderen.

Een voorbeeld van een geval waarin het niet-uitvoeren van een terugvorderingsbeschikking de opmaat had kunnen zijn tot financiële consequenties voor Nederland is de zaak *SCI*.<sup>190</sup> In het kort kwam deze zaak op het volgende neer: de provincie Friesland had steun verstrekt aan het bedrijf *SCI*. Het had die steun vervolgens ten onrechte niet aangemeld bij de Commissie terwijl deze wel onverenigbaar leek met de gemeenschappelijke markt. De terugvorderingsbeschikking van de Commissie was gericht tot de lidstaat Nederland maar de provincie Friesland moest terugvorderen. Toen de provincie Friesland hiermee in gebreke bleef, werd Nederland als lidstaat aangesproken op grond van (toen) artikel 88, tweede lid, tweede alinea, EG. Indien deze zaak had geleid tot een arrest van het HvJEU en Nederland (lees: de provincie Friesland) had dit arrest niet voldoende nageleefd dan had dit op grond van de procedure ex artikel 260 lid 2 VwEU kunnen leiden

---

189 Voorheen: artikel 88, tweede lid, tweede alinea, EG. Van de procedure ex artikel 258 VwEU wordt afgeweken. Zo wordt er geen met redenen omkleed advies ex artikel 258 VwEU meer uitgebracht omdat men reeds uitgebreid van gedachten heeft gewisseld over de niet-nakoming.

190 Beschikking Commissie van 13 februari 2001 betreffende de door Nederland toegekende staatssteun ten gunste van *SCI-systems*, PbEG 2001, L-186/43. Zie hierover ook Hessel 2005 (I), p. 14.

tot oplegging van een dwangsom c.q. een boete. Daarbij zij er andermaal op gewezen dat in het kader van een artikel 108 VwEU-procedure (conform artikel 258 VwEU) een lidstaat altijd voor niet-nakomen aansprakelijk is ongeacht de vraag welk nationaal orgaan 'door zijn handelen of nalaten het verzuim heeft veroorzaakt'. Een voorbeeld van een zaak waarin het niet-nakomen van een arrest ex artikel 108, tweede lid tweede alinea VwEU leidde tot financiële sancties ex artikel 260 lid 2 VwEU is de in juli 2009 gewezen zaak tegen Griekenland vanwege de verleende steun aan Olympic Airways (*Griekenland IV*).<sup>191</sup> In een andere zaak (*Commissie t. Italië*)<sup>192</sup> is een forfaitaire som opgelegd van 30 miljoen euro. De bedragen zijn dus aanzienlijk.

In de tweede plaats verdient het niet-nakomen van de EMU-norm door lidstaten de aandacht. Een dergelijke inbreuk wordt niet afgewikkeld via de procedures van artikel 258 en 260 VwEU maar via een in artikel 126 VwEU opgenomen uitgebreide aparte regeling. Het betreft de niet-nakoming van een specifieke EU-verplichting. In EU-verband is afgesproken dat de staatschuld van een lidstaat maximaal 60% van het BBP mag uitmaken.<sup>193</sup> Het financieringstekort van het Rijk en de decentrale overheden tezamen mag niet hoger uitvallen dan 3% van het BBP. Indien het financieringstekort de 3% overschrijdt en Nederland dit tekort niet op een door de Raad voorgestane wijze en termijn terugbrengt,<sup>194</sup> kan de Raad Nederland op grond van artikel 126, elfde lid, VwEU boetes 'van een passende omvang' opleggen.

De risico's voor Nederland zijn aanwezig. In 2008 bedroeg het EMU-saldo 0,6% (overschot) maar door de financiële crisis liep dit in 2010 op tot 5,8% (tekort).<sup>195</sup> In de Voorjaarsnota 2011 wordt gestreefd naar een aanzienlijk lager percentage namelijk 4% (tekort).<sup>196</sup> De EMU-schuld staat voor 2011 geraamd op 66% van het BBP.<sup>197</sup>

De Europese Commissie heeft aangekondigd om in verband met de economische crisis binnen de grenzen van het Stabiliteitspact zo flexibel mogelijk op te treden<sup>198</sup> maar de Europese Raad heeft inmiddels nieuwe maatregelen afgekondigd om de financiële stabiliteit in de EU te waarborgen.

---

191 HvJEG zaak C-369/07, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2009, I-5703.

192 HvJEU zaak C-496/09, Commissie t. Italië, *Jur.* 2011, n.n.g.

193 Artikel 1 Protocol (nr. 20) (1992) bij het EG-verdrag betreffende de procedure bij buitensporige tekorten. De EMU-schuld overschrijdt dit percentage enigszins: 66% (Voorjaarsnota 2011: *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 500, nr. 1, p. 14).

194 Artikel 1 Protocol (nr. 20) (1992) bij het EG-verdrag betreffende de procedure bij buitensporige tekorten. Uit de Voorjaarsnota 2011 blijkt dat – nu Nederland's EMU-saldo hoger is dan 3% van het BBP – Nederland maatregelen moet nemen om dit tekort terug te dringen met 0,75% per jaar. Met de maatregelen aangekondigd in de Voorjaarsnota 2011 voldoet Nederland daaraan volgens het kabinet (*Kamerstukken II* 2010/2011, 32 500, nr. 1, p. 15).

195 Samenvatting van het financieel jaarverslag van het Rijk 2008, ministerie van Financiën, Informatieblad mei 2008 (bedoeld is mei 2009) p. 3 (<<http://www.verantwoordingsdag.nl/dsresource?objectid=359&type=org>>).

196 *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 500, nr. 1, p. 14.

197 *Kamerstukken II* 2010/2011, 32 500, nr. 1, p. 14.

198 Jaarverslag DNB 2008, p. 72.

Omdat medeoverheden meetellen in het Nederlandse EMU-saldo is in artikel 7, derde lid, van de Wet financiering decentrale overheden (Wet fido)<sup>199</sup> een soort regresrecht neergelegd voor de Staat: eventueel opgelegde boetes worden doorbelast aan medeoverheden. Dit gebeurt naar rato van het aandeel van de decentrale overheid in de overschrijding. Een overschrijding van de EMU-norm kan worden toegerekend aan de decentrale overheden gezamenlijk of aan individuele decentrale overheden. Uitgangspunt is dat in het bestuurlijke voortraject een en ander wordt afgekaart. Indien dit niet lukt, heeft de minister van Financiën als *ultimum remedium* een verhaalsbevoegdheid.

In Hoofdstuk 4 zal dit uitgebreider aan de orde komen. Hier zij volstaan met de opmerking dat inmiddels wordt gewerkt aan de Wet Houdbaarheid Overheidsfinanciën (hierna: 'Wet HOF').<sup>200</sup> Het wetsvoorstel is goedgekeurd door de ministerraad en ter consultatie voorgelegd aan de medeoverheden.<sup>201</sup> Met deze wet verankert Nederland onder meer de hiervoor genoemde nieuwe afspraken binnen de Europese Raad omtrent stabiliteit en groei in Nederlandse regelgeving. De Wet HOF dient ertoe het EMU-tekort terug te dringen en het begrotingstekort in de hand te houden. In de wet zou ook een boetemogelijkheid zijn opgenomen voor het Rijk jegens medeoverheden in geval van overschrijding van de EMU-norm. De Wet HOF is dus ook van belang voor medeoverheden. De wet is nog niet bij de Tweede Kamer ingediend.<sup>202</sup>

### 3.6.5 Conclusie paragraaf 3.6

In Hoofdstuk 2 is vastgesteld dat de lidstaat jegens de EU ex artikel 258/260 VwEU *altijd* aansprakelijk is in geval van niet-nakoming van EU-verplichtingen. De veroordeling van een lidstaat tot een boete of dwangsom ex artikel 260 lid 2 VwEU vanwege een schending van EU-recht door een medeoverheid of een aan de overheid gelieerde entiteit is om die reden niet illusoir.

Uit de tien zaken waarin financiële sancties zijn opgelegd ex artikel 260 lid 2 VwEU blijkt dat medeoverheden geen (substantiële) rol hebben gespeeld bij de niet-nakoming van EU-recht. Ten aanzien van Nederland is er daarom weinig reden tot ongerustheid. Ook anderszins (nog) niet: Nederland is tot op heden niet veroordeeld ex artikel 260 lid 2 VwEU. Evenmin loopt er momenteel een dergelijke procedure. In de 27 zaken waarin de niet-nako-

199 *Kamerstukken* 31 360.

200 De wet is onder meer aangekondigd in het Nationaal Hervormingsprogramma Nederland 2011 van het ministerie van EL&I. Zie: <[http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nrp/nrp\\_netherlands\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nrp/nrp_netherlands_nl.pdf)>

201 Persbericht ministerie van Financiën naar aanleiding van de Ministerraad van 23 december 2011: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/persberichten/2011/12/23/verankering-europese-afspraken-in-wet-houdbare-overheidsfinancien.html>>

202 Zie voor kritiek op het wetsvoorstel onder meer: <<http://www.binnenlandsbestuur.nl/financien/nieuws/provincies-in-hun-maag-met-wet-overheidsfinancien.3949442.lynkx>> en <<http://www.binnenlandsbestuur.nl/financien/nieuws/wet-hof-frustreert-investeringen-in-lokale.7571577.lynkx>>.

ming van Nederland door het HvJEU ex artikel 260 lid 1 VwEU is vastgesteld (de periode 2002 tot en met juli 2012) is eenmaal sprake van betrokkenheid van een medeoverheid. Het betrof hier een schending van het aanbestedingsrecht door een medeoverheid. Van de twee in juli 2012 aanhangige artikel 260 lid 1 VwEU-zaken is er een waarbij het een vermeende schending van EU-recht door een medeoverheid betreft. Van het totaal aan Nederland uitgebrachte ingebrekestellingen door de Commissie is slechts in een zeer klein aantal gevallen sprake van betrokkenheid van medeoverheden.

Daartegenover staat de vaststelling dat de bedragen waarvoor Nederland veroordeeld kan worden zeer hoog zijn, dat de Commissie (opnieuw) voornemens is de controle op de naleving te intensiveren. Bovendien is met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon de kans op boetes en dwangsommen groter: niet alleen is het met redenen omklede advies afgeschaft maar ook kunnen (in geval van implementatie van richtlijnen) de financiële prikkels dan al in de artikel 260 lid 1 VwEU-procedure worden opgelegd. Wat de implementatie van richtlijnen betreft, roept dit in potentie meer risico op voor productschappen aangezien deze medeoverheden richtlijnen implementeren.

Wat de bijzondere inbreukprocedures betreft, geldt dat de artikel 108 VwEU-procedure *an sich* niet leidt tot financiële sancties voor Nederland. Daartoe is een artikel 260 lid 2 VwEU-veroordeling noodzakelijk. Overschrijding door medeoverheden van de EMU-norm kan wel tot een boete leiden die door de Raad aan Nederland wordt opgelegd. In dat verband is in zoverre echter geen sprake van een daadwerkelijk financieel risico. In de eerste plaats is aangekondigd dat hier flexibel van gebruik zal worden gemaakt. Ten tweede beschikt de minister reeds over een verhaalsrecht uit hoofde van de Wet fido. Met de ambtelijke voorbereiding voor de Wet HOF ziet het ernaar uit dat de regering voornemens is in het kader van mogelijke overschrijding van de EMU-norm de greep op medeoverheden te versterken. De exacte inhoud van de Wet HOF is echter nog te ongewis om hierover al uitspraken te doen.

Financiële gevolgen kunnen voor lidstaten eveneens ontstaan in het kader van de verstrekking van Europese gelden aan Nederlandse eindontvangers. Dit wordt in de volgende paragraaf besproken.

### 3.7 FINANCIËLE CONSEQUENTIES TEN GEVOLGE VAN ONREGELMATIGHEDEN BIJ SUBSIDIËRING IN GEDEELD BEHEER

#### 3.7.1 Inleiding

In het kader van subsidiëring kunnen vanuit de begroting van de EU financiële middelen worden verstrekt aan eindontvangers.

Dit verloopt grofweg langs twee wegen: ofwel worden gelden *indirect* verstrekt (ook wel genoemd 'gedecentraliseerd' beheer en goed voor een kleine 95%) ofwel *direct* (ongeveer 5%). In het eerste geval ontvangt de

begunstigde Europese gelden door tussenkomst van de lidstaten (gedeeld beheer).<sup>203</sup> In de 5% van de gevallen waarin de begunstigde de gelden rechtstreeks van de Commissie ontvangt, wordt gesproken van verstrekking in *direct* beheer.<sup>204</sup>

In het kader van dit onderzoek zijn de gelden die aldus worden verstrekt niet relevant omdat bij onregelmatigheden de terugvordering van dergelijke gelden – evenals de verstrekking ervan – rechtstreeks door de Commissie ter hand wordt genomen.<sup>205</sup> Lidstaten lopen in dat geval geen financiële risico's omdat de relatie tussen de Commissie en de subsidie-ontvanger een directe is. Dit, in tegenstelling tot de gelden die beschikbaar zijn in het kader van gedeeld beheer. In het kort is dan de hoofdregel dat als EU-subsidiegelden onjuist worden besteed de lidstaat volledig verantwoordelijk is. De lidstaat zal ervoor moeten zorgen dat de gelden worden teruggevorderd van de subsidie-ontvanger en hij is aansprakelijk jegens de Unie. Omdat de lidstaat bij de uitvoering van EU-subsidies gebruik maakt van medeoverheden kan de onjuiste besteding van middelen ook aan de medeoverheid te wijten zijn geweest (bijvoorbeeld onvoldoende controle uitgevoerd). In dat geval doet zich een casus voor waarbij de lidstaat financieel opdraait voor handelen of nalaten dat aan een medeoverheid is te wijten.

De financiële risico's voor de lidstaat Nederland zijn aanzienlijk. Niet alleen vanwege de hoogte van de terug te vorderen bedragen. Ook om andere redenen verdient dit onderwerp veel aandacht. Ten eerste is de uitvoering van EU-subsidies in Nederland vaak verdeeld over meerdere overheden. Ten tweede is de afgelopen jaren keer op keer gebleken dat onregelmatigheden veel voorkomen waardoor het risico op terugvordering door de Commissie pregnaat aanwezig is. Ten derde ziet het er naar uit dat de Commissie in de toekomst niet minder zal handhaven maar juist meer. EU-subsidiegelden zijn gelden van de EU waar geen 'smet' op mag komen te liggen. Om deze redenen wordt in deze paragraaf (zeer) uitgebreid ingegaan op de financiële risico's die zijn gemoeid met de uitvoering van EU-subsidies.

---

203 Artikel 53, eerste lid, sub b Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (L 248 van 16.9.2002). Zie ook artikel 53, derde lid Financieel Reglement: "3. Wanneer de Commissie de begroting onder gedeeld beheer uitvoert, worden de taken tot uitvoering van de begroting aan de lidstaten gedelegeerd overeenkomstig het bepaalde in deel II, titels I en II."

204 Artikel 53, eerste lid, sub a Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen (L 248 van 16.9.2002). Onder direct beheer wordt verstaan (artikel 53, tweede lid): "2. Wanneer de Commissie de begroting op gecentraliseerde wijze uitvoert, worden de uitvoeringstaken ofwel direct door haar diensten, ofwel indirect overeenkomstig de artikelen 54 tot 57 verricht."

205 Bijvoorbeeld: HvJEG zaak C-500/99 P, *Conserve Italia Soc. Coop. arl t. Commissie van de Europese Gemeenschappen*, *Jur.* 2002, I-867. Zie over de bevoegdheidsverdeling tussen lidstaat en Commissie bij de uitvoering van de Coördinatieverordening ook de uitspraak HvJEG zaak C-271/01, *COPPI*, *Jur.* 2004, I-1029.

Deze paragraaf heeft de volgende opbouw. Eerst wordt in paragraaf 3.7.2 op hoofdlijnen beschreven hoe de verantwoordelijkheden bij subsidiëring in gedeeld beheer tussen Commissie en lidstaat bij de onderscheiden fondsen is verdeeld. Daarna worden in paragraaf 3.7.3 de financiële risico's voor Nederland als EU-lidstaat geschetst wanneer een handelen of nalaten van een medeoverheid in strijd met het EU-subsidierecht komt. Vervolgens komt in paragraaf 3.7.4 de procespositie van medeoverheden bij terugvoeringsbeschikkingen van de Commissie ter sprake. Afgesloten wordt met een conclusie (3.7.5).

### 3.7.2 *De verantwoordelijkheidsverdeling tussen Commissie en lidstaat bij subsidiëring in gedeeld beheer*

#### 3.7.2.1 Inleiding

Subsidiëring in gedeeld beheer heeft plaats in het kader van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (ELGF en ELFPO)<sup>206</sup>, het Visserijbeleid<sup>207</sup>, het Structuurbeleid (ESF en EFRO)<sup>208</sup>, het Cohesiefonds<sup>209</sup> en de Europese migratiefondsen.<sup>210</sup> Bij subsidiëring in gedeeld beheer geldt dat sprake zal zijn van co-financiering: minimaal 50% van de subsidiëring neemt de lidstaat voor haar rekening en de resterende gelden worden verstrekt uit Europese fondsen. De ontvanger verkrijgt die Europese middelen dan via de lidstaat.

---

206 Vanaf 2007 gefinancierd uit twee fondsen: het Europees Landbouw Garantiefonds (ELGF) en het Europees Landbouwfonds voor Plattelandontwikkeling (ELFPO) (zie Verordening (EG) nr. 1290/2005 van de Raad van 21 juni 2005 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, L 209 van 11.8.2005). Tot 1 januari 2007 behoorde het Landbouwbeleid tot de Structuurfondsen en werd het gefinancierd uit het Europees Oriëntatiefonds voor de Landbouw (EOGFL-O) en het Europees Garantiefonds voor de Landbouw (EOGFL-G)). Hetzelfde geldt voor het Gemeenschappelijk Visserijbeleid: tot 1 januari 2007 behoorde het Financieringsinstrument voor de Oriëntatie van de Visserij (FIOV) tot de structuurfondsen. Inmiddels is het vervangen door het Europees Visserijfonds (EVF) en behoort het niet meer tot de structuurfondsen (zie Verordening (EG) nr. 1198/2006 van de Raad van 27 juli 2006 inzake het Europees Visserijfonds, *PbEG* 2006, L 223/1).

207 Verordening nr. 1198/2006 van de Raad van 27 juli 2006 inzake het Europees Visserijfonds, *PbEG* 2006, L 223/1.

208 De rechtsgrondslag hiervoor is artikel 158 EG.

209 Opgericht bij Verordening 1084/2006 van de Raad van 11 juli 2006 tot oprichting van het Cohesiefonds en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1164/94, *PbEG* L 210 van 31.7.2006, p. 79–81. De rechtsgrondslag voor de oprichting van dit fonds is artikel 161, tweede lid, EG.

210 Dit zijn de volgende vier fondsen (bron: EU-trendrapport 2008, p. 26 e.v.): 1) het Europees Vluchtelingenfonds (EVF) voor de periode 2008–2013; 2) het Buitengrensfonds (BGF) voor de periode 2007–2013; 3) het Europees Fonds voor de Integratie van Onderdanen van Derde Landen (EIF) voor de periode 2007–2013; en 4) het Europees Terugkeerfonds (ETF) voor de periode 2008–2013.

De verantwoordelijkheidsverdeling tussen de lidstaat en de Commissie voor de correcte besteding van gelden verstrekt in gedeeld beheer blijkt zowel uit de EU-verdragen zelf als uit verordeningen zoals het zogenoemde Financieel Reglement<sup>211</sup> en de Verordening ter bescherming van de financiële belangen van de Unie.<sup>212</sup> Het Financieel Reglement bevat nadere regels omtrent de uitvoering van de EU-begroting. Uitgangspunt is dat de Commissie *eind*verantwoordelijk is voor de correcte uitvoering van de EU-begroting<sup>213</sup> en dus ook voor delen daarvan die zijn uitgevoerd in gedeeld beheer (artikel 317 VwEU):<sup>214</sup>

‘De Commissie voert de begroting (...) uit onder haar eigen verantwoordelijkheid binnen de grenzen der toegekende kredieten en met het beginsel van goed financieel beheer.’

Daarbij geldt echter wel dat de lidstaten met de Commissie moeten samenwerken ‘om te verzekeren dat de toegekende kredieten volgens het beginsel van goed financieel beheer worden gebruikt’(artikel 317 VwEU).

Wanneer de begroting in gedeeld beheer wordt uitgevoerd, ‘worden de taken tot uitvoering van de begroting aan de lidstaten gedelegeerd.’<sup>215</sup> Dat betekent onder meer dat de lidstaten borg moeten staan voor het goede beheer van de EU-gelden en voor een goed controlesysteem. Ook hebben de

211 Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, *PbEG* 2002, L 248.

212 Verordening (EG, Euratom) nr. 2988/2005 van de Raad van 18 december 1995 betreffende de bescherming van de financiële belangen van de Europese Gemeenschappen, *PbEG* L 312 van 23.12.1995, p. 1-4. De basis hiervoor is artikel 280 EG op grond waarvan de Unie en de lidstaten onder meer in het algemeen de opdracht hebben om fraude met afschrikkende en doeltreffende maatregelen tegen te gaan.

213 Zie ook artikel 17 VEU en bijvoorbeeld: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement en aan de Raad ‘De respectieve verantwoordelijkheden van de lidstaten en de Commissie bij het gedeeld beheer van de Structuurfondsen en het Cohesiefonds’, Bestaande situatie en vooruitzichten voor de nieuwe programmeerperiode ná 2006, COM(2004)580definitief, p. 2-8.

214 Zie hierover o.m. overweging 16 van Verordening (EG, Euratom) nr. 1605/2002 van de Raad van 25 juni 2002 houdende het Financieel Reglement van toepassing op de algemene begroting van de Europese Gemeenschappen, *PbEG* 2002, L 248: ‘(16) Wat de uitvoering van de begroting betreft, moeten de verschillende mogelijke wijzen van uitvoering worden verduidelijkt: gecentraliseerd door de Commissie, gedeeld met de lidstaten, gedecentraliseerd naar derde landen die externe steun ontvangen of gezamenlijk met internationale organisaties. Het gecentraliseerde beheer moet ofwel rechtstreeks door de diensten van de Commissie kunnen worden uitgevoerd, ofwel kunnen worden gedelegeerd aan organen naar EU-recht of aan nationale publiekrechtelijke organen. De verschillende wijzen van uitvoering moeten, ongeacht de entiteit die met de gehele of gedeeltelijke uitvoering belast is, in overeenstemming zijn met de procedures voor de bescherming van de Europese middelen, waarbij steeds geldt dat de eindverantwoordelijkheid voor de uitvoering van de begroting overeenkomstig artikel 274 van het Verdrag bij de Commissie berust.’ Deze verschillende wijzen van beheer zijn eveneens neergelegd in artikel 53 van Vo 1605/2002.

215 Artikel 53ter, eerste lid, Financieel Reglement.

lidstaten de verplichting om de EU-middelen die in gedeeld beheer vanwege 'onregelmatigheden' in de uitvoering onverschuldigd zijn verstrekt, terug te vorderen.<sup>216</sup>

Dit blijkt ook uit de hiervoor genoemde verordening ter bescherming van de financiële belangen van de EU. Deze verordening bevat het gemeenschappelijk juridisch kader voor alle beleidsgebieden waarop de uitgaven die ten laste van de begroting van de Unie komen aan eindontvangers in gedeeld beheer worden verstrekt. Zo bepaalt artikel 4 dat iedere 'onregelmatigheid' in de regel leidt tot ontneming van het 'wederrechtelijk verkregen voordeel' doordat (voor zover hier van belang) de ontvanger verplicht is tot terugbetaling. Wanneer blijkt dat bij de besteding van gelden sprake is van onregelmatigheden van de zijde van de subsidie-ontvangers of van nalatigheden van de lidstaten (bijvoorbeeld in het controlesysteem) moeten de bestede gelden terugvloeien naar de Uniebegroting. Bij gedeeld beheer dienen de lidstaten daar zorg voor te dragen. Op deze manier hebben de lidstaten jegens de EU de hoofdverantwoordelijkheid voor het nemen van maatregelen om de begroting op correcte wijze uit te voeren. Op de Commissie rust – in het licht van haar *eind*verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de begroting – de verplichting om de juiste uitvoering door de lidstaten te controleren door de rekeningen goed te keuren. Daartoe is de Commissie bijvoorbeeld bevoegd om audits en controles ter plaatse te verrichten en – indien nodig – financiële correcties toe te passen.<sup>217</sup>

Vastgesteld kan worden dat verschillende bevoegdheden en verplichtingen van lidstaten en de Commissie rechtstreeks in de verdragen, het Financieel Reglement en de Verordening ter bescherming van de financiële belangen zijn neergelegd. Daarnaast echter, bevatten ook de sectorspecifieke verordeningen in dit verband relevante bevoegdheden en verplichtingen. Aangezien zij dat deze lang niet altijd op even transparante wijze zijn neergelegd. Desalniettemin wordt hierna per relevant fonds geschetst hoe de Commissie, de lidstaat en de eindbegunstigde zich tot elkaar verhouden bij de besteding van gelden verstrekt in gedeeld beheer.

In het kader van dit onderzoek naar onderlinge overheidsaansprakelijkheid zijn deze relaties slechts relevant voor zover medeoverheden c.q. andere publieke entiteiten op enigerlei wijze betrokken zijn bij de subsidieverstrekking: als subsidie-ontvanger dan wel in het kader van de uitvoering.

In de eerste plaats is dat het geval bij het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (GLB) omdat bij de uitvoering van het Europees Landbouwarantiefonds (ELGF) productschappen zijn betrokken en omdat de subsidies uit het Europees Landbouwfonds voor Plattelandsontwikkeling (ELFPO) verstrekt

216 Artikel 53ter, tweede lid, onder c, Financieel Reglement.

217 Zie daarover bijvoorbeeld: Mededeling van de Commissie aan het Europees Parlement, de Raad en de Rekenkamer, 'Een actieplan ter versterking van de toezichhoudende rol van de Commissie in het kader van het gedeeld beheer van structurele acties', COM(2008)97.



worden door de provincies. Deze beide fondsen worden hierna in paragraaf 3.7.2.2 behandeld.

In de tweede plaats is het Structuurbeleid (Europees Sociaal Fonds (ESF) en Europees Fonds voor de Regionale Ontwikkeling (EFRO)) interessant. Dit komt aan bod in paragraaf 3.7.2.3. Ook bij de uitvoering van die beide fondsen zijn medeoverheden betrokken. Om die reden worden in paragraaf 3.7.2.4 de mogelijke financiële risico's voor Nederland geïnventariseerd bij de uitvoering van deze vier fondsen. Deze risico's zullen voor het vervolg van paragraaf 3.7 (financiële gevolgen van de uitvoering van EU-subsidies) van belang zijn. Paragraaf 3.7.2 wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 3.7.2.5).

### 3.7.2.2 ELGF & ELFPO

De hiervoor beschreven verantwoordelijkheidsverdeling tussen de Commissie en de lidstaat komt terug in het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid. Daartoe behoort de uitvoering van ELGF- en ELFPO-subsidies.<sup>218</sup> Zo dient de lidstaat met gebruikmaking van het eigen nationale recht de 'realiteit en regelmatigheid' van de 'gefinancierde verrichtingen' te waarborgen, een voldoende doeltreffend 'beheers- toezicht- en controlesysteem' te ontwikkelen, onregelmatigheden te voorkomen en te vervolgen en de gelden die ten gevolge van onregelmatigheden of nalatigheden onverschuldigd zijn betaald, terug te vorderen. De Commissie ziet op haar beurt toe op de correcte uitvoering hiervan door de lidstaat en voert in dat kader controles uit.<sup>219</sup> Hierna wordt hierop specifiek ingegaan.

Ten eerste geldt ten aanzien van ELGF het volgende. ELGF-gelden<sup>220</sup> (bijvoorbeeld exportrestituties) worden maandelijks door de Commissie aan lidstaten voldaan ter dekking van door zogenoemde betaalorganen eerder die maand gedane betalingen. Vaststaat dat bij ELGF geen sprake is van cofinanciering. Het gaat hier om 100% EU-middelen. De lidstaat schiet de betreffende gelden eerst zelf uit de eigen middelen voor. Er wordt door de EU dus 'achteraf' betaald.

---

218 Artikel 2 Verordening (EG) nr. 1290/2005.

219 Artikel 9 Verordening (EG) nr. 1290/2005.

220 Artikel 3, eerste lid, van Verordening (EG) nr. 1290/2005 noemt een zestal ELGF-subsidies die in gedeeld beheer worden uitgevoerd: (1) de exportrestituties; (2) de interventies ter regulering van de landbouwmarkten; (3) de rechtstreekse betalingen aan de landbouwers in het kader van het GLB; (4) de bijdrage aan voorlichtings- en afzetbevorderingsacties voor landbouwproducten op de interne markt en in derde landen die door tussenkomst van de lidstaten worden uitgevoerd op basis van door de Commissie geselecteerde andere programma's dan de in artikel 4 bedoelde programma's; (5) herstructureringssteun en (6) financiële bijdrage van de Unie in het kader van de schoolfruitregeling. Artikel 3, tweede lid, onder a) tot en met f), van Verordening (EG) nr. 1290/2005 noemt de gecentraliseerde ELGF-uitgaven. Die worden in dit onderzoek buiten beschouwing gelaten.

Het voor de ELGF-gelden aangewezen betaalorgaan is de Dienst Regelingen van het ministerie van EL&I. Het betaalorgaan verricht de betaling. Het betaalorgaan heeft voorts de volgende taken:<sup>221</sup> zo dient het er onder meer voor te zorgen dat de ontvankelijkheid en (voor ELFPO) de procedure voor de toekenning van de steun wordt gecontroleerd en dat de door de EU-regelgeving voorgeschreven controles worden verricht. De Dienst Regelingen heeft zijn uitvoeringstaken als betaalorgaan (met uitzondering van het verrichten van de betalingen) gedelegeerd aan enkele medeoverheden: het Hoofdproductschap Akkerbouw (HPA), respectievelijk aan het Productschap Vee, Vlees en Eieren (PVE), het Productschap Zuivel (PZ) en het Productschap Tuinbouw (PT) ('delegated bodies') De lidstaat dient eveneens een certificerende instantie aan te wijzen. Blijkens artikel 7 GLB-Vo heeft de certificerende instantie tot taak om het beheers-, toezicht- en controlesysteem alsmede de betrokken jaarrekeningen te certificeren. De Auditdienst van EL&I is aangewezen als certificerende instantie in het kader van het ELGF.

Op grond van artikel 9, eerste lid, onder a sub iii, van Verordening (EG) nr. 1290/2005 dienen de lidstaten (i.c. de productschappen) door onregelmatigheden of nalatigheden verloren gegane ELGF-bedragen terug te vorderen. Die succesvol teruggevorderde bedragen moeten op grond van artikel 32 van Verordening (EG) nr. 1290/2005 vermeerderd met rente terugvloeien naar de Uniebegroting. De lidstaat mag hierop 20% in mindering brengen ter dekking van de terugvorderingskosten (forfaitaire vergoeding). Dit geldt niet wanneer de onregelmatigheden of nalatigheden te wijten zijn aan 'overheidsdiensten of andere instanties' van de lidstaat. Bedragen die (nog) niet succesvol zijn teruggevorderd maar waarvan de procedure nog loopt, kunnen onder omstandigheden voor risico komen van de lidstaat (artikel 32 leden 4 en 5 van Verordening (EG) nr. 1290/2005). Tot slot mag de lidstaat 'in naar behoren gemotiveerde gevallen' van terugvordering afzien (artikel 32 lid 6 Verordening (EG) nr. 1290/2005). Ten eerste indien de kosten van terugvordering niet opwegen tegen de terug te vorderen bedragen en ten tweede indien sprake is van 'geconstateerde en erkende insolventie' van de debiteur.

De financiering van de tweede soort landbouwsubsidies (ELFPO) is anders geregeld. Het is een vorm van gemengde 'voor- en nafinanciering'. Ten behoeve van de plattelandsontwikkeling dient een lidstaat programma's op te stellen op grond waarvan projecten kunnen worden gesubsidieerd (cofinanciering). Voor Nederland is één landelijk programma opgesteld: het POP2.<sup>222</sup> Nadat dit is vastgesteld, keert de Commissie aan het betreffende

221 Artikel 6, eerste lid, onder a) t/m e) van Verordening nr. 1290/2005.

222 Het Programmadocument Plattelandsontwikkelingsprogramma 2007-2013 voor Nederland. De verschillende versies zijn te vinden via: <<http://www.regiebureau-pop.eu/nl/info/4/16/31/>>. Het programmadocument is indertijd goedgekeurd bij beschikking van de Commissie C(2007)3464 van 20 juli 2007. Deze beschikking en de daaropvolgende goedkeuringsbeschikkingen zijn te vinden op <[www.regiebureau-pop.eu](http://www.regiebureau-pop.eu)>.

betaalorgaan bij wijze van eenmalige voorfinanciering 7% uit van de totale ELFPO-bijdrage voor dat programma (artikel 25 lid 1 Verordening (EG) nr. 1290/2005). Deze betaling hoeft niet ineens te gebeuren maar mag gespreid worden over twee begrotingsjaren (artikel 25 lid 1 Verordening (EG) nr. 1290/2005). Voorts worden tussentijdse uitkeringen gedaan (artikel 26 Verordening (EG) nr. 1290/2005). Deze worden slechts verricht wanneer aan bepaalde voorwaarden is voldaan waaronder een door het betaalorgaan ondertekende uitgavendeclaratie (artikel 26 lid 3 Verordening (EG) nr. 1290/2005). In het kader van het ELFPO is de Dienst Landelijk Gebied aangewezen als betaalorgaan. Deze heeft (een deel van) zijn taken op dit punt gedelegeerd aan de Dienst Regelingen van LNV ('*delegated body*'). De Minister van LNV is aangewezen als beheersautoriteit en als certificerende instantie is de Auditdienst van LNV aangewezen.<sup>223</sup>

POP2-subsidies worden door gedeputeerde staten van provincies<sup>224</sup> verstrekt omdat de provincies in het kader van de Wet inrichting landelijk gebied ook de nationale subsidies verstrekken met betrekking tot het landelijk gebied. Dit gebeurt als cofinanciering. Die bijdrage is afkomstig van onder meer het Rijk, uit provinciale middelen. In het kader van de Wet inrichting landelijk gebied (Wet ILG) en de daarop gebaseerde regelgeving van het Rijk ontvangen de provincies een zogenoemd investeringsbudget. Met de Wet ILG zijn provincies in medebewind verantwoordelijk voor de verdere uitwerking en uitvoering van het beleid voor de inrichting van het landelijk gebied.<sup>225</sup> Het Rijk stelt budget beschikbaar en stuurt op hoofdlijnen. De Minister van EL&I is als beheersautoriteit wel verantwoordelijk voor de rechtmatige uitvoering van het programma.<sup>226</sup> Om die reden is goedkeuring van de minister vereist voor provinciale verordeningen die op grond van artikel 11, derde lid, van de Wet ILG moeten worden vastgesteld. Het betreft verordeningen van PS of GS (na delegatie door PS) waarin de ten laste van het Investeringsbudget te brengen steunmaatregelen in de zin van het VwEU en de maatregelen die ten laste van het ELFPO worden gebracht, worden beschreven. De verordening moet een beschrijving van de activiteiten waarvoor subsidie kan worden verkregen, van de subsidievoorwaarden en van het aan subsidie te ontvangen bedrag bevatten.<sup>227</sup>

---

223 Zie hiervoor: het Programmadocument Plattelandsontwikkelingsprogramma 2007-2013, p. 91 en de Regeling van de minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit, de Staatssecretaris van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer en de Minister van Verkeer en Waterstaat van 14 december 2006, nr. TRCJZ/2006/3910, houdende regels inzake de inrichting van het landelijk gebied (*Stcrt.* 2006/249).

224 Vaak heeft GS deze bevoegdheid alsmede de procesbevoegdheid weer gemandateerd aan de directeur van de Dienst Regelingen van LNV.

225 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 509, nr. 3, p. 3.

226 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 509, nr. 3, p. 39.

227 De minister zal desgewenst in overleg treden met de Commissie (*Kamerstukken II* 30 509, nr. 3, p. 39-40).

Zo lang het Investeringsbudget nog niet is vastgesteld, kan de minister, in de gevallen genoemd in artikel 10, eerste en tweede lid, van de Wet ILG<sup>228</sup> dit budget ten nadele van de provincie wijzigen of intrekken. In artikel 10, tweede lid onder d, van de Wet ILG wordt genoemd de situatie waarin het investeringsbudget is aangewend in strijd met krachtens verdragen op het Rijk rustende verplichtingen. Gedacht kan worden aan een schending van de staatssteunregels. Indien een dergelijke situatie zich voordoet, kan het ILG-budget ook lager worden vastgesteld dan eerder verleend (artikel 14, eerste lid, van de Wet ILG). Onverschuldigd betaalde bedragen kunnen worden teruggevorderd van de provincies (artikel 14, vierde lid, van de Wet ILG).

De POP2-subsidiebeschikkingen alsmede de betalingen en de eindafrekeningen worden – zo blijkt uit het POP2<sup>229</sup> – van tevoren door het betaalorgaan (DLG) op EU-conformiteit getoetst. Het betaalorgaan – DLG – doet en registreert de betalingen en controleert onder meer op basis van de jaaraangiften en tussentijdse controles of de gelden regelmatig worden besteed. Wanneer dit niet het geval is, wordt GS verzocht de beschikking te wijzigen. Wanneer de gelden wel regelmatig zijn besteed, declareert het de betreffende gelden bij de Commissie respectievelijk de cofinancieringsbijdrage bij de nationale overheden (het Rijk, een gemeente of de provincie). Onder omstandigheden hebben GS enkele van hun bevoegdheden gemandateerd aan de directeur Dienst Regelingen van EL&I.

Artikel 33 lid 1 Verordening (EG) nr. 1290/2005 bepaalt dat de lidstaat op ELFPO-aanspraken financiële correcties door moet voeren in geval van onregelmatigheden of nalatigheden van de zijde van de (eind)ontvanger. Deze correcties bestaan in het geheel of gedeeltelijk intrekken van de financiering. Voor de nog niet verstrekte ELFPO-bijdragen betekent dit dat de gelden worden aangewend voor andere concrete acties in hetzelfde programma (niet zijnde de acties in welk verband is teruggevorderd) (artikel 33 lid 2 Verordening (EG) nr. 1290/2005). Deze gelden hoeft de lidstaat dan dus niet terug te betalen aan de EU. Voor zover het gelden betreft die reeds zijn uitbetaald, moeten ze worden teruggevorderd van de (eind)ontvanger. Volgens artikel 33 lid 2 Verordening (EG) nr. 1290/2005 gebeurt de terugvordering door het betaalorgaan (i.c. de Dienst Landelijk Gebied c.q. de Dienst Regelingen). Na invordering kunnen deze gelden ook weer opnieuw gebruikt worden binnen het subsidieprogramma. De lidstaat moet de gelden alleen terugbetalen aan de EU als wordt ingetrokken c.q. teruggevorderd *nadat* het betreffende programma voor plattelandontwikkeling is gesloten. Dan kunnen de gelden niet meer opnieuw worden gebruikt en resteert terugbetaling

---

228 Nadere afspraken tussen Rijk en provincies omtrent de verstrekking van het ILG-budget zijn neergelegd in bestuursovereenkomsten.

229 POP2 versie 1, p. 100. Zie <[http://www.regiebureau-pop.eu/files/file\\_1050\\_hoofddocument\\_pop2\\_19\\_juni\\_07\\_pdf.pdf](http://www.regiebureau-pop.eu/files/file_1050_hoofddocument_pop2_19_juni_07_pdf.pdf)>.

aan de EU (artikel 33 lid 6 Verordening (EG) nr. 1290/2005). Ook hier bestaat de mogelijkheid dat de terug te vorderen bedragen geheel (100%) of gedeeltelijk (50%) voor rekening blijven van de lidstaat (artikel 33 leden 5 en 8 Verordening (EG) nr. 1290/2005).<sup>230</sup> Tot slot wordt artikel 32 lid 6 Verordening (EG) nr. 1290/2005 van overeenkomstige toepassing verklaard (artikel 33 lid 7 Verordening (EG) nr. 1290/2005). Dit betekent dat de lidstaat na afsluiting van het programma voor plattelandsontwikkeling van terugvordering af kan zien indien (a) de kosten van terugvordering niet opwegen tegen de voordelen die met terugvordering kunnen worden behaald of indien (b) terugvordering niet kan slagen omdat de debiteur krachtens het nationale recht van de betrokken lidstaat in 'geconstateerde en erkende' insolventie verkeert. Aangenomen mag worden dat de overige onderdelen van lid 6 ook van toepassing zijn, met dien verstande dat de lidstaat alleen van terugvordering mag afzien 'in naar behoren gemotiveerde gevallen'. Als de lidstaat besluit de terugvordering te staken, zal van dit besluit aantekening moeten worden gemaakt in de registraties die de lidstaat verplicht is de Commissie te verstrekken ex artikel 33 lid 4 Verordening (EG) nr. 1290/2005 (vgl. artikel 36 lid 3 Verordening (EG) nr. 1290/2005).

Indien de lidstaat tekortschiet in haar beheers- en controlesysteem kan de Commissie zowel ten aanzien van ELGF- als ten aanzien van ELFPO-middelen financiële correcties toepassen<sup>231</sup> zoals het blijvend geheel of gedeeltelijk intrekken van de betrokken bijdragen (artikel 9 lid 2 onder b en

---

230 De 100%-regeling ex lid 5 geldt voor twee situaties. Het eerste geval is identiek aan dat van het ELGF namelijk wanneer de lidstaat niet alle administratieve of gerechtelijke procedures heeft opgestart die mogelijk zijn krachtens het nationale en EU-recht. In de tweede plaats kan de Commissie de terug te vorderen gelden voor rekening van de lidstaat laten komen als de lidstaat zijn verplichtingen ex artikel 33, lid 3 onder a) en c) Verordening (EG) nr. 1290/2005 niet is nagekomen. Dat wil zeggen: indien de lidstaat naar aanleiding van onregelmatigheden zijn onderzoek niet heeft verbreed tot alle concrete acties die onder invloed kunnen staan van die onregelmatigheden en indien de teruggevorderde c.q. vrijgekomen bedragen niet herbested zijn c.q. wel herbested zijn maar aan een concrete actie die onderhevig is geweest aan een financiële correctie. In beide gevallen zal de Commissie eerst op grond van artikel 33 lid 1 Verordening (EG) nr. 1290/2005 overeenstemming moeten trachten te bereiken met de lidstaat over te nemen maatregelen op de wijze zoals hiervoor bij de ELGF-middelen is beschreven. Pas wanneer dat niet is gelukt, zal de Commissie bevoegd zijn om op grond van artikel 33 lid 5 ELFPO-gelden voor rekening van de lidstaat te laten. ELFPO-gelden kunnen voor 50% ten laste van de lidstaat blijven (en moeten dus voor 50% aan de Uniebegroting worden terugbetaald (artikel 33 lid 9 Verordening (EG) nr. 1290/2005)) indien de invordering niet tijdig heeft plaats gehad (artikel 33, lid 8 Verordening (EG) nr. 1290/2005)).

231 Zo vorderde de Commissie bij beschikking van 29 januari 2009 op een totaalbedrag van meer dan EUR 1 miljard van Nederland een bedrag van meer dan EUR 1,5 miljoen aan ELGF-gelden in (Beschikking van de Commissie van 29 januari 2009 inzake de goedkeuring van de rekeningen van bepaalde betaalorganen in Estland, Nederland en Portugal betreffende de door het Europees Landbouwarantiefonds (ELGF) gefinancierde uitgaven over het begrotingsjaar 2007, C(2009)414 *PbEG* 2009 L33/38).

artikel 33 van Verordening (EG) nr. 1290/2005).<sup>232</sup> De bewijslast voor het tekortschietende beheers- en controlesysteem van de lidstaat rust op de Commissie. De Commissie hoeft slechts aan te tonen dat zij ernstige en redelijke twijfel mag hebben omtrent de toereikendheid van de nationale controlesystemen.<sup>233</sup> De achtergrond hiervan is dat het bij uitstek de lidstaat is die over alle noodzakelijke gegevens beschikt. Daarmee is het de lidstaat die

‘gedetailleerd en volledig dient te bewijzen dat zijn controles deugdelijk zijn en, in voorkomend geval, de verklaringen van de Commissie onjuist zijn (...).’<sup>234</sup>

Er is dus sprake van een ‘verlichte’ bewijslast van de zijde van de Commissie.

### 3.7.2.3 ESF en EFRO

Een tweede soort subsidies die van belang zijn, zijn de ESF- en EFRO-subsidies. Deze worden verstrekt in het kader van het Structuurbeleid. De meerjarenprogramma’s voor ESF en EFRO en de algemene bepalingen die voor beide fondsen gelden, zijn opgenomen in de zogenoemde Kaderverordening.<sup>235</sup> In verband met het verbeteren van regionaal concurrentievermogen en de werkgelegenheid (doelstelling 2) worden in Nederland ESF-subsidies verstrekt.<sup>236</sup> In het kader van ESF zijn medeoverheden niet betrokken bij de uitvoering.<sup>237</sup> Medeoverheden zijn vaak wel ontvanger van ESF-gelden. Bij

---

232 Ex artikel 9 lid 2 onder b jo artikel 17 en 17bis van Verordening (EG) nr. 1290/2005 kan de Commissie eveneens de tussentijdse bijdragen schorsen of verlagen. Dit kan bijvoorbeeld indien de uitgavenstaten of overige gegevens ontoereikend zijn om de rechtmatigheid van de betalingen te staven. Indien de Commissie in het controlesysteem van de lidstaat aanhoudend problemen constateert, kan de Commissie de betalingen gedurende 12 maanden schorsen c.q. verlagen.

233 Vaste jurisprudentie: zie onder meer par. 40 van HVJEG zaak C-28/94, Nederland t. Commissie, *Jur.* 1999, I-1973.

234 *Ibidem*, par. 41.

235 Verordening (EG) nr. 1083/06 van de Raad van 11 juli 2006 houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds en tot intrekking van Verordening (EG) nr. 1260/1999, *PbEG* 2006, L 2010/25.

236 Zie Operationeel Programma ESF 2007-2013 (juni 2007), p. 35 e.v.: te downloaden via: <[http://docs.minszw.nl/pdf//135/2007/135\\_2007\\_1\\_18078.pdf](http://docs.minszw.nl/pdf//135/2007/135_2007_1_18078.pdf)>

237 De managementautoriteit voor ESF-2 is het Agentschap SZW. Als certificeringsautoriteit is de Dienst Regelingen van het ministerie van LNV aangewezen. De Auditdienst van het ministerie van Financiën is tot slot de auditautoriteit. Al deze diensten maken deel uit van de rechtspersoon de Nederlandse Staat.

de verdeling van EFRO-gelden (doelstelling 2)<sup>238</sup> zijn zeer veel medeoverheden als managementautoriteit betrokken.<sup>239</sup> Zo is gedeputeerde staten van de provincie Gelderland dat voor de regio Oost-Nederland (Gelderland en Overijssel), het dagelijks bestuur van het Samenwerkingsverband Noord-Nederland (SNN, een gemeenschappelijke regeling in de zin van de Wgr) voor Noord-Nederland (Groningen, Friesland en Drenthe), het college van B&W van de gemeente Rotterdam voor West-Nederland (Noord-Holland, Zuid-Holland, Flevoland en Utrecht) en gedeputeerde staten van de provincie Noord-Brabant voor Zuid-Nederland (Noord-Brabant, Limburg en Zeeland). Op grond van het Besluit EFRO programmaperiode 2007-2013<sup>240</sup> heeft de minister aan genoemde managementautoriteiten de bevoegdheid geatribueerd om over de toekenning van de EU-gelden te beschikken. Met betrekking tot de Rijkscofinancieringsbijdrage is het voor de minister van EL&I mogelijk om op grond van artikel 3, vijfde lid, Kaderwet EZ-subsidies zijn bevoegdheid tot het verstrekken van subsidies te delegeren. Dit is gebeurd: daarmee beschikken de managementautoriteiten met betrekking tot beide bijdragen over toekenningsbevoegdheden.

Net als bij het GLB heeft de lidstaat ook hier de verplichting om onregelmatigheden te voorkomen en onverschuldigd betaalde bedragen terug te vorderen (artikel 70 lid 1 onder b Kaderverordening (voorheen van artikel 38 lid 1 sub h van Verordening (EG) nr. 1260/1999,<sup>241</sup> respectievelijk artikel 23 van de Coördinatieverordening<sup>242</sup>). Daarbij geldt dat de lidstaat verantwoordelijk is voor de terugbetaling aan de Unie van niet recupereerbare bedragen indien is aangetoond dat het verlies van die bedragen door zijn onregelmatigheid of nalatigheid is berokkend (artikel 70 lid 2 Kaderverordening).

238 Regeling EFRO doelstelling 2 programmaperiode 2007-2013, regeling van de Minister van Economische Zaken van 12 november 2007, nr. WJZ 7130350, houdende de Rijkscofinanciering voor EFRO-programma's 2007-2013 voor doelstelling 2, *Stcrt.* 2007, nr. 222/p. 8: 'Als Europees Programma, bedoeld in artikel 3, eerste lid en artikel 4 van het Besluit EFRO programmaperiode 2007-2013, wordt aangewezen:

- a. het Operationeel Programma voor Oost-Nederland (beschikkingsnummer C (2007) 3724), op 27 juli 2007 goedgekeurd door de Europese Commissie;
- b. het Operationeel Programma voor Zuid-Nederland (beschikkingsnummer C (2007) 2604), op 13 juni 2007 goedgekeurd door de Europese Commissie;
- c. het Operationeel Programma voor West-Nederland (beschikkingsnummer C(2007) 3949), op 13 augustus 2007 goedgekeurd door de Europese Commissie;
- d. het Operationeel Programma voor Noord-Nederland (beschikkingsnummer C(2007) 3725), op 27 juli 2007 goedgekeurd door de Europese Commissie.'

239 Zie: <<http://www.ez.nl/dsresource?objectid=154141&type=PDF>>.

240 Besluit van 3 oktober 2007, houdende regels inzake bestuurlijke organisatie en cofinanciering door het Rijk van projecten uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling voor de programmaperiode 2007-2013 (Besluit EFRO programmaperiode 2007-2013), *Stb.* 2007, 387.

241 Verordening (EG) nr. 1260/1999 van de Raad van 21 juni 1999 houdende algemene bepalingen inzake de Structuurfondsen, *PbEG* 1999 L 161. deze gold voor de periode 2000-2006.

242 Verordening (EEG) nr. 4253/88 van 19 december 1988, *PbEG* 1988 L 374.

Bij het constateren van onregelmatigheden bij (eind)ontvangers is de lidstaat verplicht financiële correcties toe te passen, zo blijkt uit artikel 98 Kaderverordening. Deze correcties bestaan uit het geheel of gedeeltelijk intrekken van de ESF- of EFRO-gelden<sup>243</sup> aan het operationele programma (artikel 98 tweede lid Kaderverordening). Gelden die reeds zijn uitgegeven, moeten dan dus worden teruggevorderd en gelden die dat nog niet zijn, mogen opnieuw worden gebruikt in de betrokken prioritaire as (maar niet in hetzelfde project) tenzij sprake is van systematische onregelmatigheden (artikel 98, tweede en derde lid, Kaderverordening). In dat laatste geval mogen de middelen niet opnieuw worden ingezet in dat gedeelte van de prioritaire as waarin de systematische onregelmatigheden zijn geconstateerd.

De eindverantwoordelijkheid voor de uitvoering van de algemene begroting ligt bij de Commissie (artikel 14, tweede lid, onder b Kaderverordening). Indien de nationale beheers- en controlesystemen ernstige tekortkoming vertonen, de uitgaven in een gecertificeerde uitgavenstaat onregelmatigheid vertonen (waardoor dus onregelmatig- of nalatigheden kunnen ontstaan) die niet door de lidstaat zijn gecorrigeerd of de lidstaat zelf geen financiële correcties toepast indien het dit wel moet doen, is de Commissie bevoegd tot oplegging van financiële correcties.<sup>244</sup> De Commissie baseert de correctie op een door haar geconstateerde afzonderlijke onregelmatigheid (dus de financiële correctie is gelijk aan het bedrag dat overeenkomt met de onregelmatige uitgaven). Maar naar gelang de onregelmatigheid een structureler karakter heeft, kan de Commissie een forfaitaire korting dan wel een geëxtrapoleerde korting opleggen (artikel 99, tweede lid Kaderverordening).

---

243 De verordening spreekt van 'de overheidsbijdrage' – *vgl.* de overheidsbijdrage in artikel 96 EVF-Vo – maar uit de in artikel 2 onder 5 Kaderverordening opgenomen definitie van 'publieke uitgaven' blijkt dat de term 'overheidsbijdrage' gebruikt wordt voor gelden afkomstig van de nationale, regionale of lokale overheid alsmede voor bijdragen afkomstig van de EU. Overheidsbijdrage is als zodanig dus niet gelimiteerd tot gelden afkomstig van de nationale overheid.

244 Naast deze gevallen is de Commissie op grond van artikel 99, vierde lid van de verordening tevens bevoegd financiële correcties toe te passen indien de lidstaat zijn verplichting op grond van artikel 15, vierde lid, van de verordening niet is nagekomen. In dat geval bepaalt artikel 38 van Verordening (EG) nr. 1828/2006 van de Commissie van 8 december 2006 tot vaststelling van uitvoeringsbepalingen van Verordening (EG) nr. 1083/2006 van de Raad houdende algemene bepalingen inzake het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling, het Europees Sociaal Fonds en het Cohesiefonds, en van Verordening (EG) nr. 1080/2006 van het Europees Parlement en de Raad betreffende het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling, *PbEG* 2006, L 371 met welk percentage de bijdrage kan worden gecorrigeerd. De hoogte van de correctie is gemaximeerd tot 5% 'van de bijdrage van de structuurfondsen aan de betrokken lidstaat uit hoofde van de convergentiedoelstelling voor de volledige programmeringsperiode.' (artikel 38, vierde lid).



In verschillende documenten heeft de Commissie de invulling van deze bevoegdheid nader toegelicht.<sup>245</sup> Daaruit blijkt bijvoorbeeld dat de Commissie geen financiële correcties oplegt als er zich geen onregelmatig- of nalatigheden voordoen maar de beheers- en controlesystemen van de lidstaat wel kunnen worden verbeterd.

Ook hier bestaan de financiële correcties van de Commissie uit het geheel of gedeeltelijk intrekken van de bijdrage aan de lidstaten uit de structuurfondsen. De bevoegdheid van de Commissie om ex artikel 92 Kaderverordening tussentijdse betalingen geheel of gedeeltelijk te schorsen, is een middel om de medewerking van de lidstaat af te dwingen teneinde de situatie van onregelmatigheden te beëindigen. Deze bevoegdheid is het voorstadium van de bevoegdheid tot de toepassing van financiële correcties. In die gevallen wordt de bijdrage immers blijvend geheel of gedeeltelijk ingetrokken. Daarbij houdt de Commissie rekening met de aard en de ernst van de onregelmatigheid en met de omvang en de financiële consequenties van de geconstateerde tekortkomingen (artikel 99, derde lid Kaderverordening). Het toepassen van de correctie laat de verplichting van de lidstaat tot terugvordering van onverschuldigd betaalde bedragen onverlet (artikel 101 Kaderverordening).

#### 3.7.2.4 Financiële risico's voor Nederland

Sinds 2007 geeft de Nederlandse minister van Financiën een zogenoemde lidstaatverklaring af met betrekking tot het beheer, de controle en de verantwoording over de besteding van EU-gelden in gedeeld beheer in Nederland (ELGF, ELFPD, EVF, ESF, EFRO, Europees Vluchtelingenfonds, EBF, ETF en het EIF). Daarmee wordt informatie verschaft aan de Tweede Kamer. Ook wordt de verklaring gebruikt om verantwoording jegens de Commissie af te leggen. De Algemene Rekenkamer beoordeelt de lidstaatverklaring op betrouwbaarheid en doet vervolgens aanbevelingen. De rapporten van de afgelopen jaren van de Algemene Rekenkamer laten zien dat er stevast sprake is van onregelmatigheden en dat voor aanzienlijke bedragen door de Commissie financiële correcties worden toegepast c.q. EU-middelen worden teruggevorderd.<sup>246</sup>

Uit de lidstaatverklaring 2010 blijkt onder meer dat de Commissie voor meer dan EUR 47 miljoen aan financiële correcties heeft uitgevoerd. Op enkele punten na is de Algemene Rekenkamer positief ten aanzien van de

---

245 Zie voor eerdere toelichtingen van de Commissie over haar bevoegdheid tot toepassen van financiële correcties: *'Net financial corrections in the context of the application of Article 24 of Regulation (EEC) No 4253/88'*, C(97)3151 final-II (15 oktober 1997) en Richtsnoeren betreffende de principes, de criteria en de indicatieve schaal die de diensten van de Commissie moeten toepassen bij de vaststelling van financiële correcties op grond van artikel 39, lid 3, van Verordening (EG) nr. 1260/1999, C(2001) 476.

246 Zie voor het rapport met betrekking tot de Lidstaatverklaring over 2010: *Kamerstukken II 2010/11, 32 754, nr. 2.*

lidstaatverklaring. Zo wordt gewezen op de tekortkoming in de nakoming van controleregels ten aanzien van ELFPO (niet naleven van lokale aanbestedingsregels en het niet controleren van de naleving van deze regels tot op het niveau van eindbegunstigde). Dit leidde tot een geëxtrapoleerde korting van EUR 3,7 miljoen. Ook ten aanzien van ELGF- en ELFPO-steun aan agrariërs constateert de Algemene Rekenkamer dat – in strijd met het Unierecht – de minister van EL&I EUR 14,5 miljoen aan financiële correcties niet had teruggevorderd van de desbetreffende agrariërs. De minister heeft – na goedkeuring door het parlement – het bedrag uit de eigen nationale middelen gefinancierd.<sup>247</sup>

Voorts kan worden gewezen op de uitspraak van het Gerecht van 14 april 2011 inzake een beroep tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie inzake financiële correcties op EFRO-middelen. Het betrof de beschikking van de Commissie waarbij de EFRO-bijstand werd verminderd voor het enig programmeringsdocument voor de onder doelstelling 2 vallende regio Groningen-Drenthe.<sup>248</sup> Het beroep is ongegrond verklaard<sup>249</sup> en Nederland zal +/- EUR zes miljoen aan de EU terug moeten betalen.

Tot slot blijkt dat (mede naar aanleiding van de ESF-affaire (ESF 1994-1999)) men beducht is geworden voor terugvorderingen. De huidige manier van uitvoering van ESF-subsidies toont dat aan. Daarover kort het volgende.

De subsidie-aanvrager dient een aanvraag in bij het Agentschap SZW. Die wordt in behandeling genomen en er volgt een subsidieverleningsbeschikking van bijvoorbeeld EUR 100.000,-. Nadat vaststaat dat het aangevraagde project ook daadwerkelijk is gestart, kan een voorschot van maximaal 30% worden uitgekeerd. Dat gebeurt doorgaans niet omdat subsidie-aanvragers daar niet om vragen nu het gevolg daarvan is dat dit voorschot meteen doorbetaald moet worden aan de uitvoerende instanties van de subsidie-aanvragers. Dit vindt men – gezien het financiële risico van terugvordering – niet wenselijk. Het project wordt ook na betaling van het voorschot niet opgenomen in de betaalaanvraag voor de Commissie. Dat gebeurt pas nadat een jaarrapportage van de subsidie-aanvrager is ontvangen en het project zoals het tot dan toe is uitgevoerd in de eerste lijn is gecontroleerd. Op basis daarvan kan eventueel een tweede voorschot van maximaal 50% worden uitgekeerd. Ook dit gebeurt doorgaans niet, om dezelfde reden als die met betrekking tot het eerste voorschot. Indien het project wel in de betaalaanvraag richting de Commissie is opgenomen, kan het zo zijn dat dit project niet voor de volle 100% wordt opgenomen door het Agent-

---

247 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 754, nr. 2, p. 23.

248 Beschikking nr. C(2008)8355 van de Commissie van 11 december 2008 inzake de vermindering van de bijstand uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling voor het enig programmeringsdocument voor de onder doelstelling 2 vallende regio Groningen-Drenthe, nr. 97.07.13.003, overeenkomstig Beschikking C(1997)1362 van de Commissie van 26 mei 1997.

249 Gerecht zaak T-69/09, AB 2011/367 m.nt. J.E. van den Brink & C. de Kruif en Gerecht zaak T-70/09, AB 2011/368 m.nt. J.E. van den Brink & C. de Kruif.

schap omdat er in de tweede lijn nog niet is gecontroleerd. Aldus wordt het risico op mogelijke terugvordering tot een minimum beperkt. Het traject wordt afgesloten met een eindrapport afkomstig van de subsidie-ontvanger dat de basis vormt voor de subsidie-vaststelling waarna de eindafrekening plaatsvindt. Het project staat dan voor het vastgestelde bedrag in de betaal-aanvraag.

De eerste- en tweedelijnscontroles vinden doorgaans plaats nadat het Agentschap van de subsidie-aanvrager het eindrapport heeft ontvangen. Eerstelijnscontrole kan in geval van een jaarrapport ook al eerder hebben plaatsgevonden voor dat gedeelte van het project dat tot dan toe was uitgevoerd. De eerste- en tweedelijnscontrole zijn bij ESF-3 strikt gescheiden.<sup>250</sup> In de eerstelijnscontrole worden alle projecten die in aanmerking komen voor subsidie vaststelling gecontroleerd. Die controle wordt afgesloten met een advies aan het Afdelingshoofd dat zich daarmee akkoord moet verklaren. Voorts wordt het in de eerste lijn gecontroleerde project aangemeld bij de Auditdienst van het ministerie van Financiën dat nagaat of het project op de controlelijst staat voor de tweedelijnscontrole (o.b.v. aselecte steekproef). Het Afdelingshoofd (en dus ook het Agentschap) zijn niet bekend met deze lijst. Pas als het project daarop niet staat vermeld, wordt de vaststellingsbeschikking gegeven overeenkomstig de uitkomsten van de eerstelijnscontrole: er kan alsdan een korting verricht worden op de einddeclaratie. Wanneer een project wel op de tweedelijnscontrolelijst is opgenomen, voert de Auditdienst van Financiën de tweedelijnscontrole uit en wordt de subsidie vastgesteld op basis van die controle. Ook kan dat betekenen dat een korting plaatsvindt op de einddeclaratie. Na de vaststellingsbeschikking volgt uitbetaling van de openstaande bedragen. Doorgaans vindt vaststelling plaats binnen 18 maanden na verlening (wanneer het eenjarige projecten betreft hetgeen veel voorkomt bij ESF-3).

De informatie- en geldstromen richting de Europese Commissie zijn de volgende. Nederland beschikt over de betrokken ESF-periode 2007-2013 over een budget van +/- 1,95 miljard. Dit budget wordt per jaar toegekend op basis van N+2-methode. Dat betekent dat eind 2009 uiterlijk het budget over 2007 moet zijn weggezet en eind 2010 dat van 2008 enzovoort. Eind 2015 is ESF-3 'ten einde'. Wanneer Nederland eind 2009 haar budget voor 2007 niet heeft vertaald in subsidiabele projecten, volgt 'decommitering'.

---

250 Bij ESF I en ESF II verliep dit anders. In beide periodes maakte een accountantsverklaring deel uit van de einddeclaratie. Doorgaans had die verklaring een voorsortierend effect waardoor in de eerste lijn niet alle projecten werden gecontroleerd. Na de eerste jaren van ESF I bleek dat toch veel accountantsverklaringen onterecht waren afgegeven. Om die reden is in de loop van ESF I de controlepraktijk aangepast (alle projecten werden in de eerste lijn gecontroleerd) en sindsdien is die praktijk gehandhaafd. Bij ESF III geldt de verplichting tot het overleggen van een accountantsverklaring. Soms wordt dit wel als een gemis ervaren: het feit dat de accountant reeds door de stukken is geweest, brengt namelijk met zich mee dat de administratie al in orde is gebracht. Nu is dat vaak niet zo. De eerste- en tweedelijnscontrole liep onder ESF I en ESF II ook min of meer in elkaar over (Dienst Interne Controle van het Agentschap deed de tweedelijnscontrole).

Dit houdt in dat Nederland het niet gebruikte gedeelte aan budget over het jaar 2007 definitief verliest: m.a.w. ook het totaalbudget van EUR 1,8 miljard van Nederland wordt naar beneden bijgesteld. Dit kan niet gecompenseerd worden door latere jaren waarin Nederland haar jaarbudget overschrijdt (en dus meer projecten subsidieert dan het budget toelaat). In hoeverre Nederland het jaarbudget over 2007 heeft 'weggezet', blijkt uit de betaalaanvragen die Nederland doet. Minstens eenmaal per jaar maakt het Agentschap een betaalaanvraag op ('tussentijdse'). De betaalaanvragen zijn cumulatief. Dat betekent dat de betaalaanvraag telkens alle projecten die tot dat moment in ESF-3 gefinancierd zijn of worden, vermeldt. M.a.w. telkens als uit de eerstelijnscontrole van een project blijkt dat e.e.a. in orde is en de subsidie-aanvrager verzoekt om betaling, wordt het project voor het totaalbedrag c.q. het uit te betalen bedrag in de betaalaanvraag gezet. Het eindbedrag loopt op naarmate de ESF-periode vordert omdat steeds meer projecten in de betaalaanvraag worden meegenomen c.q. zijn afgerond.

Bij aanvang van de ESF-periode wordt aan Nederland een voorschot uitbetaald. Hiervan betaalt Nederland de eerste projecten alsmede de kosten van het Agentschap (i.e. kosten voor technische bijstand). Gedurende de ESF-periode ontvangt Nederland alleen gelden op basis van door haar ingediende betaalaanvragen. Elk project dat op de betaalaanvraag staat vermeld, komt voor uitbetaling door de Europese Commissie in aanmerking. Zodra Nederland dit geld ontvangt, moet het onmiddellijk betalingen verrichten aan subsidie-aanvragers: m.a.w. de aldus beschikbaar gekomen middelen mogen niet worden opgepot. De Europese Commissie verricht geen specifiek onderzoek naar de betaalaanvraag maar verricht gedurende de ESF-periode in samenspraak met het Agentschap controles. Als bij die controles onregelmatigheden worden geconstateerd, leidt dit tot wijzigingen op de tussentijdse betaalaanvragen. Nederland plaatst een project pas op de lijst wanneer de subsidie is vastgesteld (en dus alle controles zijn verricht) dan wel naar aanleiding van een jaarrapportage van de subsidie-ontvanger waarbij de eerste lijnscontrole heeft plaatsgevonden. In dat laatste geval kan het Agentschap het project inschatten voor een lager bedrag dan waarop aanspraak wordt gemaakt. Op die manier voorkomt Nederland dat het achteraf tot terugvordering moet overgaan c.q. dat het aan de EU terug moet betalen.

### 3.7.2.5 Conclusie paragraaf 3.7.2

Concluderend kan worden opgemerkt dat de lidstaat EU-subsidies die in gedeeld beheer zijn verstrekt (ELGF, ELFPO, ESF en EFRO) maar die vanwege onregelmatigheden of nalatigheden ten onrechte zijn uitgekeerd, financieel moet corrigeren c.q. moet terugvorderen en aan de Unie moet terugbetalen dan wel moet hergebruiken binnen het programma. Dat geldt ook als terugvordering niet succesvol is indien het verlies van de bedragen is te wijten aan zijn onregelmatigheid c.q. nalatigheid. De Commissie beschikt over de bevoegdheid om financiële correcties toe te passen indien de beheers- en controlesystemen van de lidstaat gebreken vertonen. De financiële correc-

ties bestaan uit het geheel of gedeeltelijk intrekken van middelen. Tot slot kunnen tussentijdse betalingen geheel of gedeeltelijk worden geschorst door de Commissie teneinde de lidstaat te dwingen diens verplichtingen na te komen. Wat de risico's voor Nederland betreft, is duidelijk dat – met het oog op het aantal geconstateerde onregelmatigheden en de daarop volgende financiële correcties van de Commissie – er aanzienlijke risico's bestaan bij de uitvoering van EU-subsidies in gedeeld beheer. Omdat bij ELGF, ELFPO, ESF en EFRO veel medeoverheden zijn betrokken, is niet uitgesloten dat vragen van onderling verhaal rijzen.

### 3.7.3 *Compensatie van financiële risico's*

#### 3.7.3.1 Inleiding

Op hoofdlijnen kan worden vastgesteld dat de lidstaat in twee gevallen verplicht is de verloren gegane middelen terug te vorderen van (eind)ontvangers.

Ten eerste vanwege de eigen verplichting tot het uitvoeren van financiële correcties vanwege onregelmatigheden of nalatigheden van de zijde van de (eind)ontvangers. In die gevallen zal er echter evenmin sprake zijn van een terugbetalingsplicht van de lidstaat jegens de EU.

Ten tweede wanneer de Commissie gebruik maakt van haar bevoegdheid tot het toepassen van financiële correcties en er tevens sprake is van onregelmatigheden c.q. nalatigheden van de zijde van (eind)ontvangers. De lidstaat kan de middelen dan verhalen op de eindontvanger (in geval van ESF) c.q. op de subsidieverstrekende instantie, in de regel een medeoverheid (in geval van ELGF (productschappen als delegated bodies), ELFPO en EFRO (in beide gevallen provincies)). Als de terugvordering van de eindontvanger c.q. het verhaal op de subsidieverstrekende instantie succesvol verloopt dan compenseert de lidstaat daarmee de eigen aansprakelijkheid jegens de EU. Indien dat niet lukt, blijft die compensatie uit.

In drie gevallen kan terugvordering bij de eindontvanger c.q. het verhaal bij de subsidie verstrekkende entiteit niet slagen. In de eerste plaats kan de (nationale) rechter vaststellen dat geen sprake is geweest van een onregelmatigheid. In dat geval zijn de gelden rechtmatig besteed en ontstaan er geen financiële risico's voor de lidstaat. Dit zal anders zijn als de Commissie desondanks tot terugvordering van subsidiegelden over gaat. In de tweede plaats kan de lidstaat tekort schieten in het (tijdig) terugvorderen c.q. invorderen van de desbetreffende middelen. Deze laatste situatie is uitdrukkelijk verwoord in de huidige GLB-Vo en daarmee relevant. Hiernaar heb ik echter geen nader onderzoek gedaan. In de derde plaats kan er bij de besteding van de betreffende middelen sprake zijn van een onregelmatigheid of nalatigheid maar dient deze onregelmatigheid voor rekening te komen van de lidstaat. Daarvan kan bijvoorbeeld sprake zijn als een beroep van de eindontvanger op het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel wordt gehonoreerd. Ook kan Nederland ervoor kiezen om bijvoorbeeld niet te verhalen of terug

te vorderen.<sup>251</sup> In deze gevallen verwezenlijkt zich een financieel risico voor de lidstaat omdat de niet gerecupereerde gelden wel onregelmatig zijn besteed en dus terugbetaald moeten worden aan de EU-begroting c.q. moeten worden herbested binnen het betreffende programma. Daarover het volgende.

In paragraaf 3.6.2 heb ik de terugvorderingsverplichtingen beschreven die in de diverse verordeningen zijn opgenomen. In het kort gaat het hier om artikel 9 lid 1 onder a sub iii van Verordening (EG) nr. 1290/2005 (ELGF), artikelen 32 en 33 van Verordening (EG) nr. 1290/2005 (ELFPO) en artikel 70 van de Kaderverordening (ESF en EFRO).

Deze terugvorderingsverplichtingen zijn gericht tot de lidstaat. In de verordeningen gaat de EU er vanuit dat er bij de verlening van EU-subsidies drie relevante spelers zijn: de Europese Commissie als eindverantwoordelijke, de lidstaat als subsidieverstrekker en de derde als subsidieontvanger. Op het gebied van ESF klopt dit uitgangspunt. De gelden die door de EU aan Nederland worden verstrekt, worden via het Agentschap SZW door de minister van SZW als subsidies uitgezet onder eindontvangers waaronder bijvoorbeeld medeoverheden. Artikel 70 van de Kaderverordening richt zich dus tot de juiste adressaat. Dat is bij ELGF, ELFPO en EFRO echter niet het geval.

Bij ELGF, ELFPO en EFRO is namelijk sprake van *vier* partijen: Nederland heeft de uitvoering van ELGF gedelegeerd aan productschappen en van ELFPO en EFRO gedecentraliseerd aan provincies en gemeenten. De minister is dus niet zelf het bestuursorgaan dat EU-subsidies verstrekt aan eindontvangers. De minister is slechts het orgaan dat aan productschappen, provincies en gemeenten de financiële EU-middelen beschikbaar stelt (anders dan door middel van subsidiëring) zodat zij de EU-subsidies kunnen verstrekken aan derden (subsidieontvangers). Dit leidt tot spanningen met het EU-recht.

---

251 *Kamerstukken II 2010/11, 32 754, nr. 2, p.23: 'U vraagt zonder afbreuk te doen aan uw oordeel in de toelichting aandacht voor het feit dat in het kader van de EU Landbouwfondsen, de minister van EL&I ten onrechte een bedrag van € 14,5 miljoen niet heeft teruggevorderd bij landbouwers. Deze mening deelt de minister van EL&I niet. Als algemeen principe op grond van de EU verordening geldt inderdaad, zoals de Algemene Rekenkamer aangeeft, dat onverschuldigde betalingen dienen te worden teruggevorderd. Hiervoor geldt echter een uitzondering indien een betaling is verricht als gevolg van een fout van de bevoegde autoriteit en de landbouwer deze redelijkerwijze niet zelf had kunnen ontdekken. Er zij in dit verband voorts gewezen op het feit dat op basis van de betreffende verordening volgt dat de landbouwer zelf verantwoording draagt voor de juistheid van zijn aanvraag, maar dat tevens de lidstaat gehouden is gegevens omtrent de oppervlakte van referentiepercelen op het aanvraagformulier op te nemen. Deze gegevens zijn gedurende een reeks van jaren aan de landbouwer verstrekt en tot in 2007 zijn hierover door de Commissie nooit opmerkingen gemaakt. Gegeven deze omstandigheden verzet de redelijkheid zich ertegen dat de landbouwer zou moeten worden geacht zelf de onjuistheid van oppervlaktegegevens van de referentiepercelen te moeten hebben opgemerkt. De minister van EL&I heeft hierin aanleiding gezien om niet tot terugvordering over te gaan. De minister merkt daarbij op dat dit niet geldt in gevallen van opzettelijke overdeclaratie. De minister van EL&I heeft dit besluit genomen met instemming van de Tweede Kamer (11 mei 2010).'*

De primaire adressaat van de terugvorderingsverplichtingen is immers de minister. Zoals uit het voorgaande blijkt, is dit nationaalrechtelijk niet mogelijk. De minister is immers niet het bestuursorgaan die het subsidiebesluit heeft genomen. Vaststaat dat de minister niet bevoegd is tot terugvordering bij de eindontvanger. De minister kan de subsidieverstrekende medeoverheid hooguit *verzoeken* tot terugvordering over te gaan. Aan de andere kant is de lidstaat wel de entiteit die de onregelmatig verstrekte EU-subsidiegelden aan de EU moet terugbetalen. Het is kortom van belang voor de lidstaat om zich te kunnen verhalen op de betrokken medeoverheden.

In de volgende twee paragrafen wordt op deze beide situaties ingegaan. Ten eerste wordt de terugvorderingspraktijk met betrekking tot ESF-subsidies besproken (paragraaf 3.7.3.2). Ten tweede komt het verhaal op medeoverheden in het kader van ELGF, ELFPO en EFRO aan bod (paragraaf 3.7.3.3). Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 3.7.3.4).

### 3.7.3.2 Terugvorderen van ESF-subsidies bij eindbegunstigden

De financiële risico's voor Nederland verwezenlijken zich op het moment dat Nederland ESF-gelden moet terugbetalen aan de EU maar de terugvordering bij de subsidieontvanger *niet* slaagt én de onregelmatigheid of nalatigheid aan de lidstaat *te wijten* valt (artikel 70, tweede lid, van de Kaderverordening). Hierna wordt hierop ingegaan.

Bij gebrek aan jurisprudentie over artikel 70 Kaderverordening is gekeken naar de uitspraken over de terugbetalingsverplichting zoals die vóór de Kaderverordening gold: artikel 23 van de Coördinatieverordening. Hoewel zeer lastig geredigeerd, houdt artikel 23 Coördinatieverordening naar mijn overtuiging het volgende in: de lidstaat moet (a) de verloren middelen terugvorderen (met dien verstande dat de middelen weer ter beschikking van de EU staan) en wanneer de terugvordering niet lukt (er staat 'subsidiar' is (b) de lidstaat aansprakelijk voor het terugbetalen van deze middelen aan de EU *tenzij* hij aantoont dat het misbruik of de nalatigheid waardoor de middelen verloren zijn gegaan, hem niet kan worden verweten. Kort gezegd: als de lidstaat niets kan worden verweten, hoeft de lidstaat de niet succesvol teruggevorderde bedragen niet terug te betalen aan de EU.<sup>252</sup>

Er is op dit punt geen sprake van een risico-aansprakelijkheid van de lidstaat jegens de EU. In de kern komt deze verplichting op hetzelfde neer als arti-

252 Anders: Comijs 1998, p. 240-242. Comijs heeft artikel 23 Coördinatieverordening geherformuleerd waarbij het eerste lid mij in ieder geval niet juist lijkt: '1. (...) Terugvordering [door de lidstaat, toevoeging CdK] blijft uit als de subsidieontvanger en/of uitvoerende autoriteit kan aantonen dat hem geen misbruik of nalatigheid kan worden verweten.

2. De lidstaat is aansprakelijk voor terugbetaling [aan de Unie, toevoeging CdK] van onverschuldigd betaalde bedragen.

3. De lidstaat is niet aansprakelijk voor de terugbetaling [aan de Unie, toevoeging CdK] van bedragen die hij niet heeft teruggekregen of teruggevorderd, indien hij kan aantonen dat er geen sprake is van misbruik of nalatigheid van zijn kant.'

kel 70, tweede lid, van de Kaderverordening. Voorts is uitgangspunt dat zonder tegenbewijs (te leveren door de lidstaat) het verloren gaan van de niet succesvol teruggevorderde middelen toerekenbaar zal zijn aan de lidstaat.<sup>253</sup> Dit lijkt wel anders dan het huidige artikel 70 Kaderverordening: daar vormt een dergelijk vermoeden niet het uitgangspunt. Deze subsidiaire aansprakelijkheid wordt door het HvJEU ook wel gekarakteriseerd als 'een stelsel van restverantwoordelijkheid van de lidstaten ten opzichte van de Gemeenschap'.<sup>254</sup>

Van belang voor de centrale onderzoeksvraag is in welke gevallen terugvordering van ESF-gelden door de lidstaat *niet* zal slagen. Alleen in dat geval lijdt de lidstaat immers schade. De terugbetalingsverplichting aan de EU wordt niet 'gecompenseerd' door de terugvordering bij de eindontvanger. De jurisprudentie op dit punt wijst uit dat slechts in een heel enkel geval niet met succes kan worden teruggevorderd. Dit zal alleen het geval zijn wanneer terugvordering bij de eindontvanger in strijd komt met het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel. Hierover kan het volgende worden opgemerkt.

Uitgangspunt is dat het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel als algemene rechtsbeginselen deel uitmaken van het EU-recht. In de jurisprudentie van het HvJEU komen de beginselen in verschillende vormen voor. In zijn conclusie bij de zaak *Cosun* onderscheidt A-G *Stix-Hackl* drie verschillende verschijningsvormen.<sup>255</sup> Ten eerste noemt hij het nationale beginsel. Ten tweede benoemt hij de neerslag van het EU-rechtelijke beginsel in expliciete EU-rechtelijke voorschriften. Beide verschijningsvormen moet worden onderscheiden van het algemene EU-rechtelijke beginsel zelf.<sup>256</sup> Ter zijde zij opgemerkt dat ook het nationaalrechtelijke beginsel in nationaalrechtelijke voorschriften kan zijn geëxpliciteerd.<sup>257</sup> De vraag is wanneer welk beginsel kan worden toegepast en wat daarvan de consequenties zijn.

Bij de uitvoering van ESF-subsidies wordt in de Nederlandse literatuur onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte toepassing van EU-recht.<sup>258</sup> Men spreekt van directe toepassing wanneer het EU-recht voorziet in een (min of meer) specifieke regeling die rechtstreeks door nationale uitvoerders

---

253 Comijs 1998, p. 241.

254 r.o. 54 van HvJEG gev. zaken C-383/06 t/m C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening (C-383/06) en Gemeente Rotterdam (C-384/06) tegen Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant (C-385/06) tegen Algemene Directie voor de Arbeidsvoorziening, *AB* 2008, 207 m.nt. W. den Ouden en *RvdW* 2008, 477.

255 De A-G past deze verdeling toe op het billijkheidsbeginsel maar mijns inziens geldt de indeling ook voor het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel.

256 Conclusie A-G *Stix-Hackl* bij zaak C-248/04 van 16 mei 2006, *Jur.* 2006, I-10211, par. 43-45.

257 Zie hierover: onder meer: Widdershoven 1994, p. 4, Gerrits-Janssens, Jans et al. 2011, Den Ouden 2008, Ortlep 2009 en Van den Brink 2009, p. 15 e.v.

258 Gecentraliseerd beheer wordt hier buiten beschouwing gelaten. In een dergelijke situatie kan het EU-recht worden toegepast met inbegrip van de Unierechtelijke rechtsbeginselen. Dat is echter lang niet altijd het geval. Zo bestaan er ook binnen het gecentraliseerd beheer subsidieprogramma's waarbij nationale organen belast zijn met de uitvoering ervan waarbij – bij gebrek aan EU-regels – het nationale recht moet worden toegepast. Een voorbeeld hiervan is het subsidieprogramma 'Een leven lang leren'. M.a.w. bij gecentraliseerd beheer kan ook sprake zijn van indirecte en directe toepassing.



kan worden toegepast. In dat geval zal in min- of meerdere mate duidelijk zijn welke bevoegdheid een nationaal orgaan wanneer en onder welke voorwaarden moet aanwenden.<sup>259</sup> Wanneer dat niet het geval is, zal sprake zijn van indirecte toepassing. In dat geval moeten nationale uitvoeringsorganen hun EU-verplichtingen uitvoeren met behulp van hun nationale recht. Overigens kan in één EU-rechtelijke regeling zowel van directe toepassing als van indirecte toepassing sprake zijn.<sup>260</sup>

Deze uitgangspunten gelden dus ook voor de vraag of het EU-rechtelijke rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel moet worden toegepast of het nationaalrechtelijke.<sup>261</sup> De moeilijkheid is dat de vraag in hoeverre het EU-recht ruimte laat voor nationaal recht niet eenvoudig te beantwoorden is.

---

259 Zie o.m. Widdershoven 1994, p. 4, Gerrits-Janssens, p. 91-92, Jans et al. 2011, Verhoeven e.a. 2007, p. 104-105, Den Ouden 2008, p. 22-23, Ortlep 2009, p. 84 en Van den Brink 2009.

260 HvJEG gevoegde zaken C-31/91 tot C-44/91, Lageder, *Jur.* 1993, I-1761. In die zaak had de Commissie op grond van een verordening een lijst van nationale instanties bekend gemaakt die bevoegd waren tot het afgeven van geleidedocumenten. In casu had een andere instantie deze aan de betrokken onderneming verstrekt. Na vier jaar constateerde de daadwerkelijk bevoegde instantie dat de geleidedocumenten ten onrechte waren verstrekt met alle gevolgen van dien. De betrokken onderneming stelde gerechtvaardigd vertrouwen aan het handelen van de onbevoegde instantie te kunnen ontlene. Met toepassing van het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel werd dit verweer door het HvJEU verworpen (directe toepassing). De onderneming voerde echter tevens aan dat de verordening van de bevoegde instantie verjaard was. Het HvJEU oordeelde dat nu het Unierecht geen specifieke bepalingen bevatte ten aanzien van de verjaring van de navorderingsactie het aan de nationale autoriteiten was om met behulp van nationale rechtsregels de inning van de navordering en de oplossingen voor de uit de inning voortvloeiende problemen op te lossen (indirecte toepassing). Wanneer het Unierecht dus geen (specifieke) regels bevat, gebruiken de nationale organen aanvullend op de Unierechtelijke bepalingen het nationale recht. Dit uitgangspunt geldt ook voor de terugvordering van ten onrechte verstrekte Europese gelden: men moet Unierecht (en in dat kader ook de Unierechtelijke rechtsbeginselen waaronder het Unierechtelijke rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel) toepassen en voor zover dat niet voor handen is, passen de nationale organen hun nationale recht – en daarmee het *nationale* vertrouwensbeginsel of rechtszekerheidsbeginsel – toe.

261 HvJEG zaak C-210/87, Padovani en Mantovani, *Jur.* 1988, p. 6177. In deze zaak stond de vraag centraal of in de concrete omstandigheden van het geval van navordering van landbouwheffingen mocht worden afgezien vanwege een beroep op het beginsel van gewettigd vertrouwen. Het Hof stelde in de eerste plaats vast dat het beginsel van gewettigd vertrouwen als algemeen rechtsbeginsel verankerd was in het EU-recht. In de specifieke bepalingen van de betrokken verordening waarin de beperkingen waren neergelegd waaraan navordering was onderworpen, was dit beginsel echter niet neergelegd. Uit onderzoek onder de lidstaten was namelijk gebleken dat uit de onderscheiden nationale stelsels geen algemeen beginsel kon worden afgeleid op grond waarvan vanwege gerechtvaardigd vertrouwen van navordering moest worden afgezien. Dat betekent dat de nationale instanties hun eigen nationale recht op deze situatie moesten toepassen. Het Italiaanse recht kende echter geen beginsel van gewettigd vertrouwen. Het HvJEU concludeerde (r.o. 28) dus dat het in het EU-recht neergelegde algemene vertrouwensbeginsel de nationale instanties niet verplicht om op grond van het nationale recht niet van navordering af te zien. Dit betekent dat wanneer het nationale recht moet worden toegepast, geen beroep op algemene Unierechtelijke beginselen kan worden gehonoreerd.

Zo is op voorhand niet duidelijk onder welke omstandigheden sprake is van een uitputtende EU-regeling zodat er geen ruimte meer is voor de toepassing van nationaal recht. Ter illustratie wordt gewezen op artikelen 2<sup>262</sup> en 5<sup>263</sup> van Vo 1697/79.<sup>264</sup> Deze bepalingen dienden volgens het HvJEU begrepen te worden als een 'communautaire regeling voor de toepassing van het vertrouwensbeginsel' op dat specifieke onderwerp.<sup>265</sup> Daarmee zouden bepaalde aspecten van het algemene beginsel in het EU-recht zijn gecodifi-

---

262 Artikel 2 luidde als volgt:

1. Wanneer de bevoegde autoriteiten constateren dat het gehele of gedeeltelijke bedrag van de rechten bij invoer of bij uitvoer dat wettelijk verschuldigd is voor een goed dat is aangegeven voor een douaneregeling waaruit de verplichting tot betaling van dergelijke rechten voortvloeide, niet van de belastingschuldige is opgeëist, leiden zijn een procedure in tot navordering van de niet-geheven rechten.  
Deze procedure kan echter niet meer worden ingeleid na een termijn van drie jaar vanaf de dag waarop het oorspronkelijk van de belastingschuldige opgeëiste bedrag is geboekt, of, indien geen boeking heeft plaatsgevonden, vanaf de dag waarop de douaneschuld ter zake van het betrokken goed is ontstaan.
2. De procedure tot navordering in de zin van lid 1 wordt ingeleid door kennisgeving aan de betrokkene van het bedrag van de rechten bij invoer of bij uitvoer dat hij verschuldigd is.'

263 Artikel 5 luidde:

1. De bevoegde autoriteiten kunnen niet tot navordering overgaan wanneer het bedrag van de rechten bij invoer of bij uitvoer ten aanzien waarvan achteraf wordt geconstateerd dat het lager is dan het wettelijk verschuldigde bedrag, is berekend :
  - hetzij op basis van gegevens die de bevoegde autoriteiten zelf hebben verstrekt en laatstgenoemden binden;
  - hetzij op basis van algemene bepalingen die later bij een rechterlijke beslissing ongeldig worden verklaard.
2. De bevoegde autoriteiten behoeven niet over te gaan tot navordering van het bedrag van de rechten bij invoer of bij uitvoer dat niet is geheven ten gevolge van een vergissing van de bevoegde autoriteiten zelf die de belastingschuldige redelijkerwijze niet kon ontdekken, waarbij deze laatste zijnerzijds te goeder trouw heeft gehandeld en voldaan heeft aan alle voorschriften van de geldende regeling inzake de douaneaangifte.  
De gevallen waarin het bepaalde in de eerste alinea kan worden toegepast, worden vastgesteld overeenkomstig de uitvoeringsbepalingen die zijn vastgesteld volgens de procedure van artikel 10.'

264 Verordening (EEG) nr. 1697/79 van de Raad van 24 juli 1979 inzake navordering van de rechten bij invoer of bij uitvoer die niet van de belastingschuldige zijn opgeëist voor goederen welke zijn aangegeven voor een douaneregeling waaruit de verplichting tot betaling van dergelijke rechten voortvloeide (PB L 197 van 3.8.1979, p. 1-3). *Een ander voorbeeld dat uit de jurisprudentie naar voren komt, is artikel 13 van Verordening 1430/79* (Verordening (EEG) nr. 1430/79 van de Raad van 2 juli 1979 betreffende terugbetaling of kwijtschelding van in- of uitvoerrechten (PB L 175 van 12.7.1979, p. 1-7).

265 Widdershoven 1994, p. 7. Zie o.m. HvJEG zaak 210/87, Padovani en Mantovani, *Jur.* 1988, p. 6177; HvJEG zaak 161/88, Binder, *Jur.* 1989, p. 2415; HvJEG zaak C-80/89, Behn, *Jur.* 1990, I-2659; HvJEG zaak C-348/89, Mecanarte, *Jur.* 1991, I-3277 en HvJEG zaak C-38/95, Foods Import, *Jur.* 1996, I-6543. Voor een recenter voorbeeld: HvJEG zaak C-173/06, Agrover, *Jur.* 2007, I-8783 in verband met Verordening (EEG) nr. 2913/92 van de Raad van 12 oktober 1992 tot vaststelling van het communautair douanewetboek PbEG 1992, L 302/1 (artikel 220 lid 2 sub b CDW).

ceerd en zou er dus ook geen ruimte meer zijn voor het algemene EU-rechtelijke beginsel en al helemaal niet voor het nationaalrechtelijke beginsel.<sup>266</sup> Ook in andere gevallen heeft het HvJEU overwogen dat een bepaalde regeling als ‘een volledig stelsel’ moet worden beschouwd waardoor geen ruimte meer bestaat voor nationaal recht.<sup>267</sup> Daarvan kan ook sprake zijn als een bevoegdheid in het geheel *niet* in het EU-recht is opgenomen. Het EU-recht heeft dan in feite (door die bevoegdheid niet op te nemen) bepaald dat het aanwenden van die bevoegdheid niet mogelijk is.<sup>268</sup> Dan wordt aangenomen dat het nationale recht – zonder EU-machtiging daartoe – niet aanvullend kan werken.<sup>269</sup> Als geen sprake is van een ‘volledig stelsel’ en als een bepaald onderwerp niet in het EU-recht is opgenomen, heeft het HvJEU geen probleem met de aanvullende werking van het nationale recht.<sup>270</sup> Onduidelijk is echter wanneer het HvJEU wel of niet een ‘volledig stelsel’ aanneemt.<sup>271</sup> Een klassiek voorbeeld van een bepaling waarin er wel ruimte bestond voor de toepassing van het nationale vertrouwensbeginsel was artikel 8 van Verordening 729/70.<sup>272</sup> Dat artikel luidde – voor zover relevant – als volgt:

‘De Lid-Staten treffen overeenkomstig de nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen, de nodige maatregelen om: (...) de ingevolge onregelmatigheden of nalatigheden verloren gegane bedragen terug te vorderen.’

266 Widdershoven 1994, p. 6-7 en Ortlep 2009, p. 84.

267 HvJEG zaak 117/83, Könecke, *Jur.* 1984, I-3291 (r.o. 20). Het betrof hier de bevoegdheid tot herroepen van een eerder vrijgegeven waarborg.

268 Zie ook Van den Brink 2009 over Könecke, p. 37-38.

269 Wellicht speelde hierbij ook een rol dat sprake was van het niet hebben voorzien in een sanctie (de betaling van het verschuldigde na het herroepen van de waarborg die geen ander doel meer diende dan ‘punitief’ althans niet meer het doel waarvoor de waarborg in het leven was geroepen).

270 Een voorbeeld hiervan is HvJEG zaken 119/79 en 126/79, Lippische Hauptgenossenschaft, *Jur.* 1980, 1863.

271 Ook dient rekening te worden gehouden met eventuele stelselwijzigingen: zie de zaken Stef Houlberg (HvJEG zaak C-366/95, *Jur.* 1998, I-2661) en *Käseri Champignon Hofmeister* (HvJEG zaak C-210/00, *Jur.* 2002, I-6453). In beide uitspraken ging het om de vraag of ‘de goede trouw’ van een ondernemer in de weg kon staan aan de terugvordering door de nationale autoriteiten van eerder uitgekeerde exportrestituties. Gebleken was immers dat de verklaringen die aan de restituties ten grondslag lagen, onjuist waren. In beide gevallen beriep de ondernemer zich erop dat hij zijn verklaring volstrekt te goeder trouw gebaseerd had op informatie van de producerende ondernemingen. In *Stef Houlberg* concludeerde het HvJEU dat er geen EU-regeling was voor de terugvordering van ten onrechte uitgekeerde restituties. Dus was er ruimte voor het nationale recht en voor een nationaal vertrouwensbeginsel. In *Käseri Champignon Hofmeister* kwam het HvJEU vanwege de toepasselijkheid van Vo 3665/87 tot een geheel andere conclusie vanwege de uitdrukkelijke bedoeling van de EU-wetgever. Daarin was namelijk zowel omschreven wat teruggevorderd moest worden en in welke gevallen van terugvordering kon worden afgezien. Daarmee had het EU-recht dus voorzien in een EU-regeling en bestond er geen ruimte meer voor het nationale recht. Dus concludeerde het HvJEU (r.o. 86) dat de exporterende onderneming die op basis van onjuiste gegevens van de producent zijn restitutieaanvraag invulde zijn aansprakelijkheid niet kon ontlopen.

272 Verordening (EEG) nr. 729/70 van de Raad van 21 april 1970 betreffende de financiering van het gemeenschappelijk landbouwbeleid, *PbEG* 1970, L 94/13.

Op deze wijze werd expliciet verwezen naar het nationale recht met behulp waarvan het EU-recht moest worden uitgevoerd.<sup>273</sup> Overigens hoeft in de Europese regeling niet altijd letterlijk worden verwezen naar het nationale recht.<sup>274</sup>

Tussen het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel en het nationale vertrouwensbeginsel bestaan verschillen, waardoor de vraag zeer relevant is welk beginsel door een nationaal uitvoeringsorgaan moet worden toegepast. Zo is *contra legem*werking niet mogelijk bij het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel,<sup>275</sup> in tegenstelling tot het nationaalrechtelijke.<sup>276</sup> Ook leidt gerechtvaardigd vertrouwen op grond van het Unierechtelijk vertrouwensbeginsel niet zonder meer tot honorering daarvan. Aan de hand van een belangenafweging zal een juiste balans worden gezocht tussen het algemene belang en het belang van honorering van de verwachtingen van degenen die zich op gerechtvaardigd vertrouwen beroept. Voorts wordt bij het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel uitgegaan van een 'bovengemiddelde deskundigheid van marktdeelnemers' hetgeen ertoe leidt dat vertrouwen – in vergelijking met ons nationale vertrouwensbeginsel – minder snel zal zijn gewekt.<sup>277</sup> *Van den Brink*<sup>278</sup> beargumenteert tot slot dat subsidie-ontvangers geen beroep toekomt op gerechtvaardigd vertrouwen ten aanzien van hun in gecentraliseerd beheer door de Commissie verstrekte subsidies wanneer subsidieverplichtingen zijn geschonden. Ook bij kennelijke schending van de geldende regeling kan geen gerechtvaardigd vertrouwen worden gehonoreerd. Gezien het absolute verbod van *contra legem*werking van het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel is dit niet verwonderlijk. *Van den Brink* overweegt dat onder 'kennelijke' schending in de jurisprudentie van het

---

273 Van den Brink 2009, p. 33-35.

274 HvJEG zaak 265/78, Ferwerda, *Jur.* 1980, p. 617, r.o. 11 e.v. Het betrof hier artikel 6 lid 5 van Verordening (EEG) nr. 1957/69 van de Commissie van 30 september 1969 houdende aanvullende uitvoeringsbepalingen inzake de toekenning van restituties bij de uitvoer van producten waarvoor een stelsel van gemeenschappelijke prijzen geldt (PB L 250 van 4.10.1969, p. 1–6). *Relevante rechtsoverweging*: R.o. 20 e.v.: '20. (...) Volstaan kan worden met op te merken dat uit de bewoordingen van lid 5 (...) niet kan worden afgeleid dat deze bepalingen ten aanzien van geschillen voortspruitende uit (...), een specifieke gemeenschapsregeling voor de terugbetaling van ten onrechte ontvangen bedragen heeft willen invoeren, terwijl in alle andere geschillen over de terugvordering van restituties bij gebreke van gemeenschapsbepalingen de nationale voorschriften van toepassing zouden zijn.'

275 O.a. Widdershoven 1994, p. 4, Gerrits-Janssens 2001, Jans et al. 2011, p. 218-219, Den Ouden 2008, Ortlep 2009, en Van den Brink 2009. Wat jurisprudentie betreft, zie: HvJEG zaak 5/82, Maïzena, *Jur.* 1982, p. 4601, HvJEG zaak 188/82, Thyssen, *Jur.* 1983, p. 3721, HvJEG zaak 316/86, Krücken, *Jur.* 1988, p. 2213. Het betrof hier de betaling van uitvoerrestituties. Zie ook HvJEG gevoegde zaken C-31/91-44/91, Lageder, *Jur.* 1993, p. 1761, HvJEG zaak C-94/05, Emsland Stärke, *Jur.* 2006, I-2619. Zie voor nationale jurisprudentie op dit punt bijvoorbeeld: Cbb 5 januari 1995, AB 1995, 537 m.nt. J.H. van der Veen.

276 O.a. Jans 2011 et al. en Van den Brink 2009, p. 16-17.

277 Van den Brink 2009, p. 22.

278 Van den Brink 2009, p. 24.

HvJEU veelal wordt verstaan fraude dan wel schending van essentiële subsidievoorwaarden.<sup>279</sup> Naar mijn mening betekent dit dat in deze gevallen alleen een beroep op het rechtszekerheidsbeginsel uitkomst biedt. Volgens het HvJEU impliceert het Unierechtelijke rechtszekerheidsbeginsel immers het volgende:<sup>280</sup>

<sup>25</sup> Het rechtszekerheidsbeginsel vereist dat een gemeenschapsregeling de belanghebbenden met name in staat stelt de omvang van de verplichtingen die zij hun oplegt, nauwkeurig te kennen (...). De justitiabelen moeten immers ondubbelzinnig hun rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen (...).

<sup>26</sup> Die rechtszekerheid is in het bijzonder een dwingend vereiste in het geval van een regeling die financiële consequenties kan hebben (...).

De combinatie van het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel dat niet *contra legem* werkt en het rechtszekerheidsbeginsel maakt dat bij gecentraliseerd beheer naar mijn mening in feite geen geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel mogelijk is tenzij (a) het beroep op gerechtvaardigd vertrouwen niet in strijd is met de geldende EU-regelgeving of (b) het beroep op gerechtvaardigd vertrouwen wel leidt tot strijdigheid met het recht maar dat dit wordt ondervangen door een geslaagd beroep op het rechtszekerheidsbeginsel.

Geconcludeerd kan worden dat de verschillen tussen het nationale en Unierechtelijke vertrouwensbeginsel de laatste tijd onder invloed van deze jurisprudentie van het HvJEU minder relevant geworden zijn. Het nationale vertrouwensbeginsel moet inmiddels in terugvorderingszaken 'Unieconform' worden uitgelegd. Dit betekent het volgende.

In de eerste plaats mag in terugvorderingszaken slechts met opgewekt vertrouwen conform het nationale vertrouwensbeginsel c.q. met het rechtszekerheidsbeginsel rekening worden gehouden als voldaan is aan het gelijkwaardigheidsbeginsel en het effectiviteitsbeginsel én indien met het belang van de Unie ten volle rekening wordt gehouden.<sup>281</sup> In de tweede plaats blijkt dat een voorwaarde voor het honoreren van gerechtvaardigd vertrouwen is dat de subsidieontvanger te goeder trouw moet zijn geweest (*Ferwerda*<sup>282</sup>, *Deutsche Milchkontor*<sup>283</sup>, *Steff Houlberg*<sup>284</sup>). Daarvoor is relevant in hoeverre de subsidie-ontvanger de inhoud van zijn verplichtingen kende of behoorde

279 Van den Brink 2009, p. 24-25.

280 HvJEG 21 juni 2007, zaak C-158/06, Stichting ROM-projecten, *Jur.* 2006, I-5103, AB 2007, 239, m.nt. H. Griffioen & W. den Ouden.

281 Zie o.m. HvJEG zaak C-336/00, Hüber, *Jur.* 2002, I-7699 en (hoewel in geval van een andere terugvorderingsverplichting) HvJEG zaak C-298/96, Oelmühle, *Jur.* 1998, I-4767.

282 HvJEG zaak 265/78, Ferwerda, *Jur.* 1980, p. 617.

283 HvJEG gev. zaken, 205/82 t/m 215/82, Deutsche Milchkontor, *Jur.* 1983, I- 2633.

284 HvJEG zaak C-366/95, Stef Houlberg, *Jur.* 1998, I-2661.

te kennen (Hüber<sup>285</sup> en Stichting ROM<sup>286</sup>). Door de combinatie van 'te goeder trouw' en 'het kennen of behoren te kennen van de verplichtingen' is ook hier sprake van een vertrouwensbeginsel dat niet *contra legem* kan werken, tenzij tevens sprake is van een schending van het rechtszekerheidsbeginsel. Vaststaat dat er op dit punt geen verschil meer is tussen de Unierechtelijke en nationaalrechtelijke invulling van het vertrouwensbeginsel in terugvorderingszaken van ESF-subsidies.

Deze lijn is bevestigd in het *Cedris*-arrest van 13 maart 2008.<sup>287</sup> Hoewel de zaak in Nederland veel stof heeft op doen waaien<sup>288</sup> vanwege het gebrek aan heldere formuleringen, past de uitkomst van de zaak naar mijn mening wel in de lijn der jurisprudentie. In de drie gevoegde zaken waarin het HvJEU zich op 13 maart 2008 uitsprak, betrof het niet-nageleefde subsidieverplichtingen die de aanvrager kende of behoorde te kennen. Na uitdrukkelijk aan te sluiten bij de uitleg van het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel<sup>289</sup>

285 HvJEG zaak C-336/00, Hüber, *Jur.* 2002, I-7699. Volgens het HvJEU kon onder omstandigheden een normaal zorgvuldig handelende landbouwer niet worden tegengeworpen dat hij onbekend was met een bepaalde subsidieverplichting. Nu in dat geval de subsidieverplichting niet aan Huber was meegedeeld en deze alleen ter inzage was gelegd in Wenen, mocht van Huber niet verwacht worden dat hij naar Wenen af zou reizen.

286 HvJEG 21 juni 2007, zaak C-158/06, Stichting ROM-projecten, *Jur.* 2006, I-5103, *AB* 2007, 239, m.nt. H. Griffioen & W. den Ouden. De Nederlandse staatssecretaris van EZ had in het kader van het operationeel programma 'MKB-Initiatief Nederland' een ESF-subsidie van NLG 200.000,- aan de Stichting ROM-projecten verleend. Dat gebeurde op 29 december 1999. Op grond van de aan het programma verbonden voorwaarden diende het project uiterlijk op 31 december 2000 te zijn gerealiseerd waarbij kosten gemaakt tussen 1 januari 2000 en 31 december 2000 niet subsidiabel waren. Dat betekende dat de Stichting ROM-projecten te rekenen vanaf 29 december 1999 twee dagen de tijd had om de subsidie uit te geven. Deze voorwaarde was de Stichting echter niet bekend: ze was niet medegedeeld door de staatssecretaris en was evenmin gepubliceerd. Aan de staatssecretaris was de voorwaarde wel bekend omdat ze was opgenomen in de overigens niet gepubliceerde beschikking van de Commissie aan Nederland. Een subsidieverplichting die aan de ontvanger niet is medegedeeld, kan hem niet worden tegengeworpen en kan dus ook niet tot terugvordering leiden (artikel 4:46 lid 2 sub b jo 4:57 Awb). In paragraaf 29-31 oordeelde het Hof dat een verplichting die een begunstigde niet kende of behoorde te kennen (te goeder trouw) hem niet kan worden tegengeworpen.

287 HvJEG gevoegde zaken C-383/06 t/m C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening (C-383/06) en Gemeente Rotterdam (C-384/06) tegen Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant (C-385/06) tegen Algemene Directie voor de Arbeidsvoorziening, *AB* 2008, 207 m.nt. W. den Ouden en *RvdW* 2008, 477. Andermaal bevestigd in: HvJEU zaak C-465/10 n.n.g.

288 Zie voor uitgebreide besprekingen van dit arrest: o.a. Widdershoven 1994, p. 4, Gerrits-Janssens 2001, Jans et al. 2002, p. 218-219, Den Ouden 2008, Den Ouden, Jacobs & Verheij 2011, Ortlep 2009 en Van den Brink 2009.

289 In r.o. 54 wijst het HvJEU – net als in r.o. 36 – op het gedeelde bestuur en de verantwoordelijkheid (in dit geval de 'restverantwoordelijkheid') van de lidstaat. Daarbij stelt het dat de 'modaliteiten voor de aanwending van deze verantwoordelijkheid' zijn neergelegd in artikel 23 en 24 van de verordening welke bepalingen 'niet los van elkaar kunnen worden uitgelegd' alsmede in artikel 5 lid 2 van Vo 1681/94. Omdat deze bepalingen niet los van elkaar kunnen worden uitgelegd, sluit het HvJEU volledig aan bij de jurisprudentie over artikel 24 Coördinatieverordening en dus bij het Unierechtelijke vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel.

overwoog het HvJEU dat een begunstigde enkel een aanspraak heeft op de uitkering van de EU-steun wanneer hij de subsidieverplichtingen heeft nageleefd.<sup>290</sup> Dit komt een begunstigde ook niet toe als hij ten aanzien van een 'geldende regeling' een 'kennelijke schending' heeft begaan.<sup>291</sup> Concluderend kan worden vastgesteld dat het nationale vertrouwensbeginsel in ESF-terugvorderingszaken geen *contra legem*werking toekomt tenzij tevens sprake is van schending van het rechtszekerheidsbeginsel.

Geconcludeerd kan worden dat dit geen slecht nieuws is voor de financiële risico's van de lidstaat. Integendeel. Een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel zal nauwelijks voorkomen. Voor subsidie-ontvangers zoals medeoverheden is deze jurisprudentie daarentegen aanleiding tot zorg. Immers, in zeer beperkte omstandigheden zal een terugvorderingsactie bij de eindontvanger-medeoverheid niet slagen. Om die reden is de vraag relevant of medeoverheden tegen een beschikking van de Commissie gericht aan de lidstaat bij het Gerecht op kunnen komen.

#### 3.7.3.3 Verhaal van ELGF-, ELFPO- en EFRO-gelden op een medeoverheid

In tegenstelling tot de terugvordering bij ESF is bij ELGF, ELFPO en EFRO niet de minister gerechtigd tot terugvordering. De minister is immers niet het bestuursorgaan dat de subsidie verstrekt. De minister heeft die bevoegdheid gedecentraliseerd aan gemeenten en provincies voor zover ELFPO en EFRO betreft en gedelegeerd aan productschappen voor zover het ELGF-gelden betreft. Om die gelden terug te krijgen van de medeoverheden heeft de minister geen bevoegdheid op grond van de subsidietitel van de Awb maar zijn in de specifieke afspraken (regelingen omtrent medebewind, convenanten, maar ook bijvoorbeeld verhaal op grond van de Wet TES etc.) met medeoverheden terugbetalingsverplichtingen opgenomen.

Deze verplichtingen worden uitgebreid beschreven in Hoofdstuk 6. Hier zij volstaan met de conclusie dat uit jurisprudentieonderzoek niet blijkt dat medeoverheden het Rijk niet tegemoet komen. De financiële risico's voor het Rijk vanwege het uitblijven van compensatie voor de door het Rijk aan de EU terug te betalen ELFPO-, EFRO- of ELGF-gelden, lijken daarmee minimaal.

#### 3.7.3.4 Conclusie paragraaf 3.7.3

In deze alinea's is in kaart gebracht wat de financiële risico's voor Nederland zijn in het kader van ELGF, ELFPO, ESF en EFRO.

Vastgesteld is dat wat ESF-gelden betreft, het financiële risico minimaal is te noemen. Dat komt doordat terugvordering in de regel succesvol is. Slechts een geslaagd beroep op het vertrouwens- of rechtszekerheidsbegin-

---

290 Van den Brink 2009.

291 Van den Brink 2009.

sel kan terugvordering in de weg staan. Daarbij komt dat het EU-recht zijn invloed op de toepassing van beide beginselen de laatste jaren enorm heeft doen gelden: er is sprake van een 'communitarisering' van deze beginselen. Dit heeft tot gevolg dat alleen nog een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel kan worden gedaan als dat niet *contra legem* werkt of als het samengaat met een geslaagd beroep op het rechtszekerheidsbeginsel.

Wat de andere ELGF-, ELFPO- en EFRO-gelden betreft, geldt dat die gelden door de minister op medeoverheden zoals gemeenten, provincies en productschappen kunnen worden verhaald. Daartoe zijn specifieke afspraken gemaakt in het kader van bijvoorbeeld medebewind, convenanten of de Wet NErpe. Op deze verhaalsbevoegdheden wordt in Hoofdstuk 6 uitgebreid ingegaan. Vooralsnog lijken de financiële risico's in deze ook minimaal.

Maar geconstateerd kan ook worden dat de positie van degene op wie verhaald wordt c.q. van wie wordt teruggevorderd, een veel slechtere is. Zoals uit deze paragraaf blijkt, zijn dit in de regel medeoverheden. Om die reden is de vraag of deze medeoverheden op kunnen komen tegen een beschikking van de Commissie die is gericht tot de lidstaat Nederland en op grond waarvan Nederland EU-subsidiegelden aan de EU moet terugbetalen vanwege geconstateerde onregelmatigheden, des te relevanter. Deze vraag wordt in de volgende paragraaf beantwoord.

### 3.7.4 De procespositie van medeoverheden in het EU-recht<sup>292</sup>

#### 3.7.4.1 Inleiding

Het antwoord op de vraag of medeoverheden op kunnen komen tegen een tot de lidstaat gerichte Commissie-beschikking luidt ontkennend: de toegang van medeoverheden tot de Luxemburgse rechter is illusoir. Hoewel medeoverheden gerechtigd zijn om op grond van artikel 263, vierde alinea, van het VwEU ten overstaan van het Gerecht<sup>293</sup> rechtstreeks te ageren tegen EU-(regelgevings)handelingen (waaronder beschikkingen van de Commissie gericht tot lidstaten) worden medeoverheden zelden ontvankelijk verklaard. Daarover het volgende.

#### 3.7.4.2 Het actierecht onder artikel 263, tweede alinea, VwEU

Zoals gezegd, is de intrekings- c.q. terugbetalingsbeschikking van de Commissie in het kader van EU-subsidies gericht tot de *lidstaat*. Uit hoofde van artikel 263 tweede alinea VwEU<sup>294</sup> is de lidstaat gerechtigd om daartegen beroep in te stellen bij het HvJEU (beroep tot nietigverklaring). De mogelijk-

292 Zie voor een eerdere bewerking hiervan: De Kruif 2011.

293 Hoger beroep staat open bij het HvJEU.

294 Voorheen artikel 173, eerste alinea, EEG, respectievelijk artikel 173, tweede alinea, EG.



heid daartoe is een bevoorrechte: de lidstaat hoeft niet te voldoen aan aanvullende eisen of voorwaarden.<sup>295</sup> Vastgesteld kan worden dat de lidstaat bijvoorbeeld niet individueel hoeft geraakt te worden door de handeling.<sup>296</sup>

Op grond van vaste rechtspraak wordt met het begrip 'lidstaat' de *regeringsautoriteiten* van de lidstaat bedoeld.<sup>297</sup> Dit betekent dat regeringen van gewesten of autonome regio's<sup>298</sup> de lidstaat niet kunnen vertegenwoordigen bij het HvJEU. Ook niet als het (naar nationaal recht) hun eigen bevoegdheden betreft.<sup>299</sup> De reden hiervoor is volgens het HvJEU dat anders het 'institutionele evenwicht' zou worden verstoord zoals dat in de EU-verdragen is neergelegd: de EU bestaat immers uit *lidstaten*. Deze houding is begrijpelijk: het is niet aan het HvJEU om de interne onderlinge verdeling van bevoegdheden te beoordelen.<sup>300</sup> Een wijziging in dit institutionele evenwicht waardoor ook medeoverheden op grond van de tweede alinea beroepsgerechtigd zouden kunnen zijn, ligt ook voor de toekomst niet in de lijn der verwachting.<sup>301</sup> De ruime interpretatie van het begrip 'lidstaat' zoals dat bijvoorbeeld bij beroepen inzake niet-nakoming geldt, gaat hier niet op. Concluderend kan worden opgemerkt dat medeoverheden niet beroepsgerechtigd zijn onder artikel 263 tweede alinea VwEU. Dit geldt voor beroepen tegen verordeningen<sup>302</sup> en voor beroepen tegen beschikkingen.<sup>303</sup> Als de lidstaat besluit om tegen een Commissie-beschikking geen actie te ondernemen, staat de medeoverheid dus met lege handen.<sup>304</sup>

295 Dit is bijvoorbeeld wel anders wanneer het een verzoek betreft om interim measures te nemen, Van Nuffel 2001, p. 877-879. Barents 2005, p. 104.

296 Zie ook HvJEG zaak 85/82, Schloh t. de Raad, *Jur.* 1983, 2015, par. 14. Ook beroepen in het belang der wet zijn dus toegestaan: zie Van Nuffel 2001, p. 874.

297 Beschikking van het HvJEG in zaak C-180/97 Regione Toscana t. Commissie, *Jur.* 1997, I-5245 en Beschikking van het HvJEG in zaak C-95/97 Waals gewest t. Commissie, *Jur.* 1997, I-1787. Zie ook Barents 2005, p. 105.

298 Zie ook: HvJEG zaak C-452/98, Nederlandse Antillen t. Raad, *Jur.* 2001, I-8973: r.o. 50: 'Noch artikel 173, tweede alinea (zie in die zin beschikkingen van 21 maart 1997, Waals Gewest t. Commissie, C-95/97, *Jur.* I-1787, punt 6, en 1 oktober 1997, Regione Toscana t. Commissie, C-180/97, *Jur.* I-5245, punt 6), noch artikel 173, derde alinea, leent zich evenwel voor overeenkomstige toepassing. Bijgevolg kan alleen op grond van artikel 173, vierde alinea, van het Verdrag worden beoordeeld, of verzoekster [de Nederlandse Antillen, toevoeging CdK] bevoegd is om in rechte op te treden.'

299 HvJEG zaak C-95/97, Waals gewest t. Commissie, *Jur.* 1997, I-1787.

300 Zie ook Van Nuffel 2001, p. 882.

301 Hierop wordt aan het einde van deze paragraaf teruggekomen. Ook zij gewezen op punten 46-52 van de conclusie van A-G Colomer van 12 januari 2006 bij zaak C-417/04 P.

302 GvEA zaak T-609/97, *Jur.* 1998, II-4051: De Regione Puglia stelde hier ex artikel 230, tweede lid, EG (artikel 173, tweede alinea, EG(oud)) beroep in tegen een verordening. Dit beroep werd niet gehonoreerd.

303 Beschikking van het Hof, zaak C-180/97, Regione Toscana t. Commissie, *Jur.* 1997, I-5245. Het Hof verwees de zaak dus naar het GvEA.

304 HvJEG zaak C-15/06 P, Regione Siciliana t. Commissie (HB). Dit is het hoger beroep (HB) van de eerdere uitspraak van het GvEA T-60/03.

Volgens *Van Nuffel*<sup>305</sup> laat dit onverlet dat lidstaten wel intern kunnen bepalen dat andere overheden dan de centrale de lidstaat kunnen vertegenwoordigen. De medeoverheid zou dan als ‘agent’ van de lidstaat kunnen optreden. Daarbij kunnen zich wel enkele problemen voordoen. Zo wijst *Van Nuffel* onder meer op het feit dat de lidstaat in dat geval wordt vertegenwoordigd door een regio, waardoor er strijd kan ontstaan tussen de belangen of visies van de centrale overheid of andere regio’s. Maar zonder nadere internrechtelijke invulling is de medeoverheid afhankelijk van de ‘medewerking’ van de lidstaat. *Van Nuffel* wijst ook op een andere wijze waarop dit kan worden ondervangen. Zo kent de Belgische Bijzondere Wet Hervorming Instellingen een artikel 81 paragraaf 7 waarin samenwerkingsverplichtingen tussen de gewesten en de federale overheid zijn neergelegd. Op grond van het in dat kader tot stand gekomen Samenwerkingsakkoord van 11 juli 1994 is de federale regering bijvoorbeeld verplicht een procedure te starten indien het exclusieve regionale bevoegdheden betreft en het gewest erom verzoekt. Voor Nederland liggen beide oplossingen niet in de rede. Laatstgenoemde oplossing past beter bij federale staten dan bij gedecentraliseerde. De eerstgenoemde wordt door geen enkele lidstaat toegepast. Mijns inziens ligt een werkafpraak tussen centrale overheid en medeoverheid op grond waarvan in beroep gezamenlijk verweer wordt gevoerd veeleer in de lijn van de mogelijkheden. Hierop wordt in Hoofdstuk 7 teruggekomen.

### 3.7.4.3 Het actierecht onder artikel 263, vierde alinea, VwEU

De enige zelfstandige procesmogelijkheid die een medeoverheid heeft (ervan uitgaande dat de medeoverheid over eigen rechtspersoonlijkheid beschikt) indien internrechtelijk niets is afgesproken, is het actierecht ex artikel 263, vierde alinea, van het VwEU.<sup>306</sup> Op grond daarvan kunnen natuurlijke of rechtspersonen ageren tegen bepaalde EU-handelingen. Beroep staat in de eerste plaats open tegen tot de rechtspersoon gerichte handelingen. In de tweede plaats kan een rechtspersoon beroep instellen tegen handelingen die hem individueel en rechtstreeks raken. Regelgevingshandelingen die tot de rechtspersoon zijn gericht dan wel hem rechtstreeks<sup>307</sup> raken en die geen uitvoeringsmaatregelen met zich meebrengen,<sup>308</sup> zijn eveneens appellabel.

305 Van Nuffel 2001, p. 880.

306 Voorheen artikel 230 tweede alinea EG respectievelijk artikel 173, tweede alinea, EEG, respectievelijk artikel 173, vierde alinea, EG. Zie ook Barents 2007, p. 298-299.

307 Hiervoor is het vereiste van individueel geraakt zijn, komen te vervallen. Zie Barents 2005, p. 205 en Barents 2007, p. 299.

308 Volgens Barents worden hiermee (‘actes réglementaires’) verordeningen en besluiten van algemene strekking bedoeld. Barents bekritiseert dit overigens. In die lezing zou de vraag in hoeverre een handeling vatbaar is voor beroep ter discretie staan van de Uniewetgever. Dit standpunt is volgens Barents altijd door het HvJEU verworpen in het licht van artikel 230, vierde alinea, EG (bepalend was immers niet de *vorm* van de handeling (verordening bijvoorbeeld) maar juist de inhoud) (zie daarvoor ook Barents 2005 p. 205 en Barents 2007, p. 299). Anders: De Witte, p. 46-47.

De vraag dringt zich op in hoeverre de Commissie-beschikkingen die in het kader van gedeeld beheer tot de lidstaat zijn gericht, hieronder vallen. In dat geval zou de Commissie-handeling de medeoverheid rechtstreeks en individueel moeten raken.

In de eerste plaats is bij terugvorderingsbeschikkingen in het kader van EU-subsidierecht het 'individueel' geraakt zijn voor medeoverheden lang niet altijd een probleem.<sup>309</sup> De Commissie expliciteert vaak in de beschikking aan de lidstaat van welke projecten de EU-middelen worden ingetrokken of moeten worden teruggevorderd. De bij dat project betrokken medeoverheden zullen individueel geraakt zijn door de beschikking.

De problemen deden en doen zich met name voor bij het criterium 'rechtstreeks' geraakt.<sup>310</sup> Voor het antwoord op de vraag of een medeoverheid rechtstreeks wordt getroffen door een beschikking in het kader van EU-subsidies is ten eerste doorslaggevend of de maatregel rechtstreeks gevolgen heeft voor de rechtspositie van de medeoverheid en ten tweede is vereist dat de beschikking geen enkele beoordelingsbevoegdheid laat aan degene tot wie zij is gericht (de lidstaat).<sup>311</sup>

Vastgesteld is dat het bij gedeeld beheer in de regel de lidstaat is die rechtstreeks wordt getroffen door de beschikking. De beschikking is gericht tot de lidstaat. Het is ook de lidstaat die rechthebbende is van de financiële middelen. Bovendien is de lidstaat de gesprekspartner van de Commissie en is de lidstaat de entiteit die is belast met de uitvoering van de programma's richting de (eind)begunstigden. Tussen (eind)begunstigde en de Commissie bestaat geen directe band.<sup>312</sup> Het feit dat de medeoverheid op grond van nationaal recht bij de uitvoering is betrokken of (eind)begunstigde is van de gelden, maakt haar niet tot degene jegens wie de beschikking rechtstreeks gevolgen in het leven roept. Hoewel het Gerecht af en toe medeoverheden ontvankelijk verklaart, wijkt het HvJEU in hoger beroep niet af van zijn

---

309 Dit in tegenstelling tot 'normale' zaken: Barents 2005, p. 167. Zie ook Barents 2007, p. 298-299.

310 Als vereiste geldt dat de verzoeker niet in een feitelijke situatie is gebracht die hem t.o.v. een ander karakteriseert c.q. individualiseert zoals een beschikking dat ook doet met de geadresseerde. De achtergrond daarvan is dat de verzoeker dan net zo wordt geraakt als de geadresseerde en dus rechtsbescherming verdient. Zie bijvoorbeeld GvEA zaak T-60/03, Regione Siciliana t. Commissie, *Jur.* 2005, II-4139, punt 23. Deze uitspraak is in hoger beroep vernietigd: HvJEG C-15/06 Regione Siciliana t. Commissie (HB). Bij staatssteunzaken lijkt dit anders te liggen: zie bijvoorbeeld GvEA gev. zaken T-132/96 en T-143/96, Freistaat Sachsen, Volkswagen AG en Volkswagen Sachsen GmbH t. Commissie, *Jur.* 1999, II-3663 punt 76.

311 HvJEG C-15/06, Regione Siciliana t. Commissie (HB), *Jur.* 2007, I-02591, r.o. 31.2005, II-4139, r.o. 46.

312 Dit is niet altijd zo geweest. Zo bijvoorbeeld ontstond in de ESF-periode 1984-1988 wél een rechtstreekse band tussen de Commissie en de begunstigde hoewel e.e.a. toch *via* de lidstaat liep. Het ESF viel in die periode – in tegenstelling het EFRO – overigens niet onder de structuurfondsen. Een voorbeeld van een geval uit die periode waarin een begunstigde opkwam tegen een beschikking van de Commissie is HvJEG zaak C-32/95 P, *Jur.* 1996, I-05373.

standpunt dat medeoverheden door dergelijke beschikkingen niet rechtstreeks worden geraakt. Hierna zijn enkele zaken besproken waarin medeoverheden ageerden tegen terugvorderingsbeschikkingen van de Commissie. Ten eerste worden twee zaken inzake het beroepsrecht van de Regione Siciliana<sup>313</sup> beschreven. Vervolgens de ontvankelijkheid van de Ente.<sup>314</sup> Tot slot bespreek ik het eerder genoemde beroep tot nietigverklaring van de provincies Groningen en Drenthe.<sup>315</sup>

(i) *De ontvankelijkheid van Regione Siciliana*

In 2004 wordt de Regione Siciliana door het Gerecht niet-ontvankelijk verklaard in haar beroep tot nietigverklaring van een EFRO-beschikking van de Commissie gericht tot lidstaat Italië (*Regione Siciliana 1*).<sup>316</sup> De Regione zou niet rechtstreeks geraakt zijn. Daaraan gaat het volgende vooraf.

Volgens de Regione is zij inderdaad niet formeel geadresseerde, maar is zij dat materieel wel. De intrekking van de gelden betekent terugbetaling door Italië en dus terugvordering bij de Regione. Voor de Italiaanse republiek bestaat ten aanzien van de tenuitvoerlegging geen enkele beoordelingsbevoegdheid naar de mening van de Regione. Zonder dat 'enig aanvullend normatief handelen' is vereist, moet worden teruggevorderd.

Het Gerecht zet eerst uiteen welke gevolgen de bestreden beschikking heeft voor de lidstaat Italië (geadresseerde). Vervolgens sluit het aan bij het institutionele stelsel van de EU uit hoofde waarvan het de lidstaten zijn die 'op hun grondgebied zorg moeten dragen voor de uitvoering van gemeenschapsregelingen'. Dit in het bijzonder, zo vervolgt het Gerecht (par. 59-60), bij EFRO-gelden. De vigerende verordening (artikel 23 Coördinatieverordening) bepaalt dat het de lidstaten zijn die de nodige maatregelen moeten nemen teneinde de door misbruik of nalatigheid verloren gegane middelen terug te vorderen (subsidiariteitsbeginsel). Geconcludeerd wordt dat het de lidstaat is die de EU-regels moet uitvoeren en jegens de betrokkenen de noodzakelijke maatregelen moet nemen. De vraag is of de Regione in deze omstandigheden rechtstreeks is geraakt.

In de eerste plaats heeft de bestreden beschikking tot gevolg dat geen gelden meer zouden worden uitbetaald aan de lidstaat Italië (r.o. 64-65). Dit heeft echter geen rechtstreeks gevolg voor de Regione omdat de Italiaanse Staat heel wel kan besluiten de nog openstaande bedragen voor eigen reke-

313 Er zijn zeven zaken geweest waarin de Regione Siciliana een beroep tot nietigverklaring had ingediend die ofwel alleen bij het GvEA hebben gediend of tevens ook in hoger beroep bij het HvJEG aanhangig zijn gemaakt. In twee zaken (T-341/02 en T-60/03) is er tevens hoger beroep ingesteld. Om die reden duid ik beide zaken aan met (1) en (HB1) respectievelijk (2) en (HB2).

314 GvEA zaak T-189/02, Ente per le Ville vesuviane t. Commissie, *Jur.* 2007, II-89 (summiere publicatie).

315 Gerecht zaak T-69/09, *AB* 2011/367 m.nt. J.E. van den Brink & C. de Kruif.

316 GvEA zaak T-341/02, Regione Siciliana t. Commissie (1), *Jur.* 2004, II-2877. In hoger beroep (HvJEG) is de uitspraak overleefd gebleven (HvJEG zaak C-417/04 P, Regione Siciliana t. Commissie (HB1), *Jur.* 2006, I-3881).

ning te nemen. Op die manier zou het project zonder meer voltooid kunnen worden. Het Gerecht herinnert er in dit verband aan dat de EFRO-financiering een bijdrage is die aanvullend op (en niet in plaats van) de nationale bijdragen wordt verstrekt. In de tweede plaats bevat de bestreden beschikking (par. 66-77) – anders dan bij staatssteunbeschikkingen – niet de verplichting aan Italië om de reeds betaalde EFRO-bedragen terug te vorderen. Dat staat ter beoordeling van de lidstaat. Volgens het Gerecht houdt een correcte uitvoering van de beschikking alleen maar in dat de lidstaat de reeds betaalde EFRO-gelden aan de Unie terugbetaalt. Onder verwijzing naar *Deutsche Milchkontor* en *COPPI* beargumenteert het Gerecht dat sprake is van eigen bevoegdheden van de lidstaat en dat eventuele rechtsgevolgen (i.c. terugvordering) het gevolg zijn van het nationale recht. Het beroep van de Regione wordt niet-ontvankelijk verklaard.

In hoger beroep bij het HvJEU (*Regione Siciliana HB1*) houdt de uitspraak – in ieder geval wat uitkomst betreft – stand: het HvJEU doet de zaak kort af door te oordelen dat de Regione zelf geen rechthebbende is op de bijstand.

Ruim een jaar later (ten opzichte van de eerste uitspraak van het Gerecht) oordeelt het Gerecht echter dat de Regione wel rechtstreeks getroffen is door een Commissie-beschikking (*Regione Siciliana 2*).<sup>317</sup> Ook hier is sprake van een beschikking houdende de intrekking van EFRO-subsidie gericht aan de lidstaat Italië. De Regione is wederom verantwoordelijke autoriteit. Wat is dan het verschil?

In ieder geval bevat de aan Italië gerichte bestreden intrekkingsoordelen van de Commissie de uitdrukkelijk zinsnede dat ‘gelet op de vastgestelde omstandigheden, de bijstand dient te worden stopgezet en (...) de betaalde voorschotten moeten worden teruggevorderd.’<sup>318</sup> Volgens het Gerecht heeft de beschikking daarom ‘in verschillende opzichten’ rechtstreeks gevolgen voor de Regione. De beschikking laat Italië volgens het Gerecht geen beoordelingsruimte (r.o. 48)

‘(...) omdat de uitvoering ervan zuiver automatisch en alleen op grond van de communautaire regeling gebeurt, zonder dat nadere voorschriften moeten worden toegepast.’

Het Gerecht hanteert als uitgangspunt dat de Regione op basis van de vastgestelde toekenningsbeschikking ‘ervan mocht uitgaan dat zij ter verwezenlijking van het project (...) volledig over het bijstandsbedrag (...) kon beschikken.’ Zo is het volgens het Gerecht niet mogelijk voor de Italiaanse autoriteiten om verzoekster de ‘bijstandsbedragen te ontzeggen dan wel ze voor andere doeleinden te gebruiken’. Evenmin is er een rechtsgrondslag voor Italië om terugbetaling te eisen zolang de Regione aan de voorwaarden van de subsidie voldoet. Volgens het Gerecht moet de vraag of de Regione

317 GvEA zaak T-60/03, *Regione Siciliana t. Commissie (2)*, *Jur.* 2005, II-4139 en in hoger beroep HvJEG zaak C-15/06 P, *Regione Siciliana t. Commissie (HB2)*, *Jur.* 2007, I-2591.

318 Zo blijkt uit de beschrijving van de feiten in punt 14 van arrest van het GvEA.

rechtstreeks geraakt wordt, in deze context worden onderzocht. Het verschil met zijn één jaar eerder gewezen uitspraak is – wat context betreft – volledig.<sup>319</sup> Het Gerecht meent dat de beschikking rechtstreeks en onmiddellijk tot gevolg heeft dat de vermogenspositie van de Regione wijzigt (het resterende saldo van EUR 9,8 miljoen wordt immers niet uitbetaald). In de tweede plaats wijzigt de bestreden beschikking de rechtspositie van de Regione van schuldeiser van een EFRO-bijdrage in schuldenaar vanwege het terugvoeringsbesluit. Volgens het Gerecht brengt de beschikking deze gevolgen ‘mechanisch en uit zichzelf’ te weeg. Het beroep van de Regione is naar het oordeel van het Gerecht ontvankelijk.

De Commissie laat het er niet bij zitten en tekent hoger beroep aan. Met deze uitspraak zou volgens haar in feite elke eindbegunstigde van EU-steun in gedecentraliseerd beheer ontvankelijk worden verklaard. Frappant is dat deze uitspraak van het Gerecht al bekend was bij de A-G toen hij zijn conclusie schreef in de *Regione Siciliana HB1*.<sup>320</sup> Om die reden behandelt hij in die conclusie ook een aantal argumenten van het Gerecht die in *Regione Siciliana 2* genoemd worden. Dit verklaart wellicht mede waarom *Regione Siciliana HB2* uiteindelijk zonder conclusie is afgedaan. In ieder geval zet A-G Colomer in zijn conclusie bij de zaak *Regione Siciliana HB1* (in punt 3 van zijn conclusie) de toon: volgens hem is het

‘verbazingwekkend dat de Eerste kamer (uitgebreid) van het Gerecht, minder dan één maand voor de mondelinge behandeling in onderhavige hogere voorziening en zonder het arrest van het Hof af te wachten, een arrest heeft gewezen waarin het zich in een zin uitsprekt die diametraal tegengesteld is aan de strekking van de in casu bestreden beschikking (...).’<sup>321</sup>

319 Eerder dat jaar, namelijk op 31 mei 2005, wees het Gerecht arrest in een andere zaak. Daarin kwam de Comune di Napoli op tegen een EFRO-beschikking van de Commissie gericht aan de Italiaanse Republiek. Frappant is dat in die zaak het ontvankelijkheidsvraagstuk in het geheel niet ter sprake is gekomen. De zaak werd ook niet voorgelegd ter beoordeling in hoger beroep. Zaak T-272/02, Comune di Napoli t. Commissie, *Jur.* 2005, II-1849. A-G Colomer verwijst wel naar deze uitspraak in zijn conclusie bij Regione Siciliana (HB1) onder punt 3: ‘Om het beeld van deze juridische controverse te vervolledigen, vermeld ik nog een arrest van de Vijfde Kamer van het Gerecht van 31 mei 2005, waarin het Gerecht zich in vergelijkbare feitelijke omstandigheden zelfs niet eens heeft uitgesproken over de ontvankelijkheid van het beroep tot nietigverklaring dat was ingesteld door een gemeente.(8)’ Conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer van 12 januari 2006 in de zaak Regione Siciliana t. Commissie, (HB1) C-417/04 P (*Jur.* 2006, I-3881).

320 Conclusie van A-G Ruiz-Jarabo Colomer van 12 januari 2006 in de zaak Regione Siciliana t. Commissie (HB1), C-417/04 P (*Jur.* 2006, I-3881).

321 Vgl. ook artikel 54 Statuut van het Hof: ‘Wanneer bij het Hof en het Gerecht zaken ahangig worden gemaakt die hetzelfde voorwerp hebben of die dezelfde vraag van uitlegging dan wel de geldigheid van dezelfde handeling betreffen, kan het Gerecht, de partijen gehoord, de behandeling schorsen totdat het Hof arrest heeft gewezen dan wel, indien het beroepen betreft die krachtens artikel 230 van het EG-Verdrag of artikel 146 van het EG-Verdrag zijn ingesteld, zich onbevoegd verklaren opdat het Hof uitspraak kan doen op die beroepen. Onder dezelfde voorwaarden kan ook het Hof besluiten zijn behandeling te schorsen; de procedure voor het Gerecht vindt dan doorgang.’

Zoals gezegd, wordt in *Regione Siciliana HB2* het hoger beroep zonder conclusie afgedaan. Het HvJEU vernietigt de uitspraak van het Gerecht en wel met de volgende redenering. Ten eerste is de Regione geen rechthebbende op de EFRO-steun. Het feit dat in het kader van EFRO een nationale instantie aangewezen is als voor de uitvoering van het project verantwoordelijke autoriteit (zoals met de Regione Siciliana is gebeurd) impliceert volgens het HvJEU niet dat deze autoriteit de rechthebbende is op de Uniemiddelen (dit bleek evenmin uit het dossier). Ook het feit dat de Regione in de aanvraag genoemd wordt als de 'voor de aanvraag van de financiële bijstand verantwoordelijke autoriteit' maakt dit niet anders. Feitelijk is er volgens het HvJEU nog steeds geen directe relatie tussen de Regione en de EU-middelen. Het HvJEU merkt daarbij op dat de middelen aan de Italiaanse lidstaat zijn toegekend. Vastgesteld moet worden dat de autonome keuzes van de lidstaat Italië het directe verband in de weg staan. Aangezien de terugvoeringsbeschikking tot de lidstaat is gericht, bezit de Italiaanse Republiek in dat verband de discretionaire bevoegdheid om geen of gedeeltelijke terugbetaling te vorderen van de Regione.<sup>322</sup>

(ii) *De ontoankelijkheid van Ente*

Vastgesteld kan worden dat dit een tik op de vingers is van het Gerecht. Nadien heeft het Gerecht het oordeel van het HvJEU voor wat betreft de Regione Siciliana dan ook steeds gevolgd.<sup>323</sup> Tot de zaak *Ente per le Ville vesuviane t. Commissie*.<sup>324</sup> Daarin verklaart het Gerecht de Ente – een openbaar lichaam – ontvankelijk in diens beroep tot nietigverklaring van de beschikking gericht tot Italië waarbij EFRO-bijdrage wordt ingetrokken hetgeen overigens leidt tot ongegrondverklaring van het beroep. In februari 2009 verschijnt de conclusie van A-G Kokott bij deze zaak.<sup>325</sup>

De Ente is een openbaar lichaam dat volgens de conclusie 'de Italiaanse Staat, de regio Campanië, de provincie Napels en meerdere gemeenten' omvat. Kokott beschrijft dat de Commissie in de bestreden beschikking Italië informeert dat noch de beschikking 'noch een andere bepaling uit het gemeenschapsrecht' Italië ertoe 'verplicht' de eerder aan de Ente betaalde EFRO-bedragen terug te vorderen (van de Ente). Uit de conclusie van A-G Kokott blijkt voorts dat het Gerecht op drie gronden geconcludeerd heeft dat de Ente ontvankelijk was. Ten eerste wordt de Ente in de toekennings-

322 Zie voor een vervolg op deze zaak en min of meer identieke conclusies: GvEA gevoegde zaken T-392/03, T-408/03, T-414/03 en T-435/03, *Jur.* 2008, II-2489.

323 Zie Beschikking GvEA zaak T-156/06, Regione Siciliana t. Commissie, *Jur.* 2007, II-168 en Beschikking GvEA gevoegde zaken T-392/03, T-408/03, T-414/03 en T-435/03, Regione Siciliana t. Commissie, *Jur.* 2008, II-2489.

324 GvEA zaak T-189/02, Ente per le Ville vesuviane t. Commissie, *Jur.* 2007, II-89 (summiere publicatie).

325 Zowel de Commissie als de Ente zijn in hoger beroep gegaan. De Commissie voert aan dat het beroep van de Ente niet-ontvankelijk had moeten worden verklaard. Conclusie van A-G Kokott van 12 februari 2009 in gevoegde zaken C-445/07 P en C-455/07 P, *Jur.* 2009, I-7993.

beschikking niet alleen als verantwoordelijke autoriteit aangemerkt, maar tevens als *begunstigde* van de middelen. Ten tweede had de Italiaanse Staat al vóór de bestreden beschikking bekend gemaakt de reeds betaalde bijdragen te zullen terugvorderen en geen bedragen voor eigen rekening te nemen. Ten derde meende het Gerecht dat het beroep ontvankelijk was omdat alleen dat zou kunnen realiseren dat de Ente haar rechten van verdediging kon waarborgen.

Volgens *Kokott* kunnen deze gronden niet tot gevolg hebben dat de Ente ontvankelijk is. Ten eerste brengt het zijn van *begunstigde* niet met zich mee dat men ook rechthebbende is. Het is dit criterium dat het HvJEU aanwendt. Omdat Italië niet verplicht is tot terugvordering, is de Ente – als *begunstigde* – niet rechtstreeks geraakt door de beschikking. Om die reden is sprake van een moment van autonome wil van de geadresseerde dat tussen de beschikking en de gevolgen voor de *begunstigde* in staat. De stelling dat Italië aangekondigd heeft terug te zullen vorderen, bewijst dit alleen maar. Op 10 september 2009 doet het HvJEU uitspraak: de Ente wordt niet rechtstreeks geraakt.<sup>326</sup>

(iii) *De ontoevankelijkheid van provincies Groningen en Drenthe*

Tot slot wijs ik op het beroep tot nietigverklaring van de provincies Groningen en Drenthe<sup>327</sup> dat begin 2009 is ingesteld. Een dergelijke actie van een Nederlandse medeoverheid komt niet of nauwelijks voor.<sup>328</sup>

326 HvJEG gevoegde zaken C-445/07 P en C-455/07 P, *Jur.* 2009, I-7993 par. 49-66. Ten eerste was de EFRO-bijstand door de Italiaanse republiek aangevraagd en niet de Ente zelf: de republiek was dus geadresseerde van de beschikking en rechthebbende van de bijstand. Uit de beschikking volgde voorts niet dat de Ente tot terugbetaling verplicht was. De bestreden beschikking gaf immers uitdrukkelijk rekenschap van de bevoegdheid van de Italiaanse republiek om de financiële bijstand niet terug te vorderen. Ook de mededeling van de Italiaanse republiek dat de gelden zouden worden teruggevorderd, getuigde volgens het Hof juist van het bestaan van een 'autonome wil' van de republiek 'bij ontstentenis van gemeenschapsrechtelijke verplichtingen dienaangaande'.

327 Beroep ingesteld op 20 februari 2009 (zaak T-69/09), Provincie Groningen en Provincie Drenthe t. Commissie, *PB C* 90 van 18 april 2009, p. 33.

328 Het lijkt erop dat het in de periode 2002-2009 niet eerder is gebeurd dat Nederlandse medeoverheden beroep instelden tegen een Commissie-beschikking inzake EU-subsidies. Gecombineerde zoekactie via <<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=nl>> (alles aangevinkt). Op 10 juli 2009 is gezocht met termen als 'gemeente', 'provincie' bij partijen / vrije zoektermijn en op 19 juli 2009 is gezocht in de alfabetische lijst van partijen. De overige zaken waarbij medeoverheden (gemeente Leusden, gemeente Rotterdam, gemeente Kampen, provincie Drenthe, waterschap Zeeuws-Vlaanderen en de Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening, waterschap de Dommel, NMa) als partij zijn betrokken, betreffen verzoeken om prejudiciële beslissingen. Uit de periode voor 2002 kan gewezen worden op HvJEG zaak C-213/87, gemeente Amsterdam en Stichting Vrouwenvakschool voor Informatica Amsterdam (VIA) t. Commissie, *Jur.* 1990, I-221. De betrokken beschikking was gericht tegen de lidstaat Nederland en betrof de weigering van de financiering uit het EFRO van een door Nederland ingediend project van de gemeente Amsterdam en VIA. De vraag of de gemeente Amsterdam hier ontvankelijk was, kwam niet ter sprake.



Het betreft de beschikking van de Commissie waarbij de EFRO-bijstand is verminderd voor het enig programmeringsdocument voor de onder doelstelling 2 vallende regio Groningen-Drenthe.<sup>329</sup> Beide medeoverheden worden onder verwijzing naar de hiervoor geciteerde HvJEU-jurisprudentie niet-ontvankelijk verklaard door het Gerecht.<sup>330</sup>

De beschikking van het Gerecht is in het licht van hetgeen hiervoor is opgemerkt, niet opzienbarend. Toch valt op deze standaardjurisprudentie steeds meer kritiek te leveren. Het is juist dat de Commissie-beschikkingen zelf geen bepalingen bevatten die de lidstaat Nederland verplichten de gelden bij de medeoverheden terug te vorderen. De beschikking bevat slechts de verplichting om de eindbegunstigden te informeren. Vastgesteld kan worden dat een juiste uitvoering van de beschikking niet meer dan dat inhoudt. Het valt daarom niet uit te sluiten dat de lidstaat van terugvordering bij eindbegunstigden afziet. Ook als er nationaalrechtelijk afspraken bestaan op grond waarvan die terugvorderingsverplichting wel bestaat, bewijst dat volgens het HvJEU juist het bestaan van een autonome wil.<sup>331</sup>

De vraag is echter wel of deze overwegingen nog logisch vallen te plaatsen na het *Cedris*-arrest. Hoewel de betekenis van dit arrest breed wordt bediscussieerd, leidt de Nederlandse bestuursrechter<sup>332</sup> eruit af dat de lidstaat uit hoofde van artikel 23 van de Coördinatieverordening *verplicht* is over te gaan tot terugvordering bij de eindbegunstigde wanneer de Commissie de hoogte van de bijdrage vanwege onregelmatigheden corrigeert. Het is daarbij volgens het HvJEU niet relevant dat Nederland de verschuldigde bedragen al aan de EU heeft terugbetaald. Als uit de vigerende EU-verordening een dergelijke verplichting inderdaad voortvloeit,<sup>333</sup> lijkt mij geen sprake meer te zijn van een autonoom beoordelingsmoment van de lidstaat of het daadwerkelijk tot terugvordering overgaat. Het zijn van 'rechtstreeks geraakt' is dan dichterbij dan ooit. Een complicatie in deze is de Nederlandse uitvoeringspraktijk. Die is zo ingericht dat de provincies niet de eindontvangers zijn (van wie dus moet worden teruggevorderd) maar de *subsidieverstrekkers*. Dat de provincies de onverschuldigd betaalde bedragen aan de Nederlandse Staat moeten terugbetalen, volgt uit het nationale recht. Concluderend kan worden opgemerkt dat het goed zou zijn geweest als het Gerecht in zijn ontvankelijkheidsbeslissing deze beide jurisprudentielijnen met elkaar had verenigd.

329 Beschikking nr. C(2008)8355 van de Commissie van 11 december 2008 inzake de vermindering van de bijstand uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling voor het enig programmeringsdocument voor de onder doelstelling 2 vallende regio Groningen-Drenthe, nr. 97.07.13.003, overeenkomstig Beschikking C(1997)1362 van de Commissie van 26 mei 1997.

330 Gerecht zaak T-69/09, *AB* 2011/367 m.nt. J.E. van den Brink en C. de Kruif.

331 HvJEG gevoegde zaken C-445/07 P en C-455/07 P, *Jur.* 2009, I-7993, punt 56.

332 ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009, 96 m.nt. W. den Ouden, *JB* 2009, 42 m.nt. C.L.G.F.H. Albers en *USZ* 2009, 75 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

333 Zie voor een bevestiging van *Cedris*: HvJEU zaak C-465/10, n.n.g.

In dit verband zij voorts opgemerkt dat het criterium 'individueel en rechtstreeks' raken ook terugkomt bij het Unierechtelijke beginsel van eerbiediging van de rechten van verdediging. Op grond daarvan hebben de geadresseerden van beschikkingen – of degenen die individueel en rechtstreeks worden geraakt – het recht om in geval van een bezwarend besluit c.q. een besluit dat de belangen van diegene 'aanmerkelijk kan beïnvloeden' vooraf te worden gehoord.<sup>334</sup> Op dit moment is alleen de lidstaat hiertoe gerechtigd. Indien medeoverheden alsnog worden geacht rechtstreeks te worden geraakt door de intrekking- of terugbetalingsbeschikkingen van de Commissie, dan heeft dat ook gevolgen voor de fase voorafgaand aan het nemen van de intrekking- c.q. terugbetalingsbeschikking. Hier wordt dit niet nader uitgewerkt maar er wordt volstaan met deze signalering.

De vraag die tot slot gesteld kan worden – en die in de zaak *Regione Siciliana* (2) is opgeworpen en in *Ente* is beantwoord – is of er geen sprake is van feitelijke rechtsweigering wanneer een medeoverheid niet rechtstreeks geraakt kan worden geacht door een intrekking- c.q. terugbetalingsbeschikking van de Commissie c.q. geen eigen procesbelang heeft en dus niet-ontvankelijk zou zijn in haar beroep. Dan zou er immers geen Unierechter zijn die op verzoek van de medeoverheid de bestreden beschikking kan beoordelen. Dit zou in strijd komen met het beginsel van effectieve rechtsbescherming in de zin van artikel 6 en 13 EVRM zoals uitgelegd door het HvJEU en inmiddels is vastgelegd in artikel 47 van het Handvest.<sup>335</sup> Het HvJEU heeft zich hierover in de zaken *Regione Siciliana* en *Ente* ook uitgesproken: het oordeelde dat daarvan geen sprake was. De medeoverheid heeft immers de mogelijkheid om bij de nationale rechter als Europese restrechter een procedure aanhangig te maken waarin het de ongeldigheid van de in casu bestreden maatregel aan de orde kan stellen naar aanleiding waarvan prejudiciële vragen gesteld kunnen worden.<sup>336</sup> Dit is inderdaad mogelijk en gebeurt ook in terugvorderingszaken maar daarbij zij aangetekend dat de prejudiciële procedure een heel andere is dan de mogelijkheid tot direct beroep.

334 O.a. HvJEG zaak C-32/95 P, Commissie t. Lisrestal e.a., *Jur.* 1996, I-05373. In die zaak heeft het Hof c.q. het Gerecht aangenomen dat een begunstigde (al dan niet medeoverheid) niet geadresseerde van de bestreden beschikking het recht had om voorafgaand aan het nemen van de bestreden belastende beschikking te worden gehoord door de Commissie. Meer het betrof hier de ESF-programmaperiode (te weten: 1984-1988) waarin wel sprake was van een rechtstreekse band tussen Commissie en begunstigde. Zie ook – waarschijnlijk een vergissing omdat het programmaperiode 1994-1999 betrof (dus gedecentraliseerd beheer) – GvEA zaak T-102/00, Vlaams Fonds voor de Sociale Integratie van Personen met een Handicap t. Commissie, *Jur.* 2003, II-2433.

335 Zie ook Barents 2005, p. 201 in relatie tot het criterium 'individueel geraakt'.

336 HvJEG zaak C-15/06 P, Regione Siciliana t. Commissie, *Jur.* 2007, I-2591, r.o. 39.

#### 3.7.4.4 Conclusie paragraaf 3.7.4

Medeoverheden kunnen op grond van artikel 264 vierde alinea VwEU bij het Gerecht beroep tot nietigverklaring instellen tegen een beschikking gericht tot de Nederlandse Staat. Een medeoverheid is echter alleen ontvankelijk als zij door die beschikking rechtstreeks en individueel wordt geraakt en bij haar beroep een eigen zelfstandig procesbelang heeft.

Het vereiste van rechtstreeks geraakt zijn, veroorzaakt in de regel problemen. In dat geval moet worden voldaan aan twee vereisten. Ten eerste moet de beschikking rechtstreeks gevolgen hebben voor de rechtspositie van de medeoverheid. Ten tweede dient de beschikking geen enkele beoordelingsbevoegdheid te laten aan degene tot wie hij is gericht (de lidstaat). In de regel is aan beide vereisten niet voldaan.

In het kader van EU-subsidies waar de lidstaat de rechthebbende is op de financiële middelen en de bevoegdheid heeft om van terugvordering van de betrokken overheid af te zien, zijn beroepen van medeoverheden niet-ontvankelijk. Belangrijk is dat het rechtsgevolg dat de onverschuldigd betaalde bedragen moeten worden teruggevorderd, niet rechtstreeks volgt uit de beschikking maar het gevolg is van de autonome wil van de lidstaat. Het is de vraag hoe dit zich verhoudt tot het *Cedris*-arrest waarin juist een verplichting tot terugvordering is afgeleid. Verdere jurisprudentie zal moeten worden afgewacht. Voor nu kan worden geconcludeerd dat de rechtsbescherming van medeoverheden die betrokken zijn bij de uitvoering van EU-subsidies in gedeeld beheer zeer te wensen over laat. Dit is een belangrijk aandachtspunt waarop wordt teruggekomen in Hoofdstuk 7.

#### 3.7.5 Conclusie paragraaf 3.7

In deze paragraaf zijn de financiële risico's geïnventariseerd die de lidstaat loopt in het kader van subsidiëring in gedeeld beheer voor handelen of nalaten van medeoverheden. Daartoe is in deze paragraaf een beschrijving gegeven van het Unierechtelijke subsidiestelsel voor zover het ELGF-, ELFPO-, ESF- en EFRO-middelen betreft in gedeeld beheer.

Geconcludeerd kan worden dat de lidstaat pas nadelige financiële consequenties ondervindt in twee situaties. Ten eerste wanneer hij verplicht is de onregelmatig gebruikte middelen aan de Uniebegroting terug te betalen en ten tweede wanneer hij die middelen binnen het subsidieprogramma moet hergebruiken. Dit risico verwezenlijkt zich wanneer hij in deze twee situaties de middelen niet met succes heeft kunnen terugvorderen van de ontvanger c.q. heeft kunnen verhalen op de uitvoerende medeoverheid.

ESF-gelden kunnen door de minister worden teruggevorderd. De minister is subsidieverstrekker. Vanwege de nationale uitvoeringspraktijk in geval van ELGF, ELFPO en EFRO kan dit niet: de minister heeft zijn bevoegdheden inzake ELFPO en EFRO gedecentraliseerd aan gemeenten en provincies. De uitvoering inzake ELGF is gedelegeerd aan productschappen. De medeoverheden zijn de subsidieverstreckende organen. Als er moet worden

teruggevorderd van eindbegunstigden dan zullen de medeoverheden dit moeten doen. De minister kan de medeoverheden slechts verzoeken de gelden terug te vorderen. Dit is tot op zekere hoogte wellicht geen probleem. In de praktijk heeft de minister met de betrokken medeoverheden afgesproken dat zij de aan de EU te betalen bedragen, vergoeden aan het Rijk. De vraag dringt zich op wat er gebeurt als de medeoverheden de betaling weigeren. Uit Hoofdstuk 6 zal blijken dat de minister dan de Wet NErpe kan inzetten of overgaan tot het instellen van een actie ex artikel 6:162 BW.

De terugvorderingsacties bij eindbegunstigden worden doorgaans ingesteld na onderzoek van de Commissie waarin deze een financiële correctie toepast of – voorafgaand daaraan – als de lidstaat zelf constateert dat sprake is geweest van onregelmatigheden. Onder omstandigheden kunnen de verhaals- c.q. terugvorderingsacties ‘niet succesvol’ zijn.

Zo kan de terugvordering bij subsidie-ontvangers mislukken omdat de rechter oordeelt dat er wel sprake is van een onregelmatigheid bij de besteding van de EU-middelen maar dat deze voor rekening van de lidstaat dient te blijven. Een dergelijke situatie doet zich voor bij een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel of het rechtszekerheidsbeginsel. Op dat moment verwezenlijkt zich het financiële risico in ESF-zaken. De minister kan dan geen ‘compensatie’ krijgen via de subsidie-ontvanger voor hetgeen hij aan de EU heeft terug moeten betalen. Voor medeoverheden die zijn betrokken bij ELGF, ELFPO of EFRO verwezenlijkt zich ook dan het financiële risico. Ook zij kunnen niet de vergoeding ‘compenseren’ die zij hebben moeten afdragen aan het Rijk. Een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel komt echter nauwelijks voor.

Naar de huidige stand van de jurisprudentie kan naar mijn mening in geval van schending van subsidieverplichtingen geen geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel worden gedaan tenzij tevens sprake is van een schending van het rechtszekerheidsbeginsel (de ontvanger kende noch behoorde de betreffende verplichting te kennen). Wat betreft schendingen van subsidieregelingen lijkt de stand van zaken te zijn dat kennelijke schendingen nimmer tot gerechtvaardigd vertrouwen kunnen leiden. Van kennelijke schendingen is sprake wanneer de ontvanger gefraudeerd heeft of bij aperte schendingen. In die gevallen zal er geen sprake kunnen zijn van een schending van het rechtszekerheidsbeginsel. Behalve dit onderscheid tussen schendingen van subsidieverplichtingen en subsidieregelingen is er naar mijn mening geen breuk met de eerdere jurisprudentie op dit punt. Voor het laatste onderscheid is doorslaggevend geweest dat het HvJEU heeft willen aansluiten bij zijn jurisprudentie met betrekking tot artikel 24 Coördinatieverordening. Beide artikelen (artikel 23 (verplichting tot terugvordering lidstaat) en artikel 24 (verplichting terugvordering Commissie) Coördinatieverordening) zouden volgens het HvJEU op dezelfde wijze moeten worden *uitgelegd*. Het financiële risico voor de lidstaat op terugbetalingsverplichtingen die niet gecompenseerd worden door succesvolle terugvorderingen lijkt daarmee dus geminimaliseerd.

De constatering dat zowel bij terugvordering bij subsidie-ontvangende medeoverheden als bij verhaal op mede-uitvoerende medeoverheden de Staat vooralsnog weinig risico lijkt te lopen, is een enigszins geruststellende gedachte. De financiële perikelen van subsidie-affaires doen zich immers tot op de dag van vandaag voor.

Voor medeoverheden is deze ontwikkeling daarentegen zorgelijk te noemen. Zonder meer zijn zij betrokken bij de uitvoering van EU-subsidieregelingen in het kader van nationale projecten terwijl het risico dat onregelmatigheden zich voordoen naar de huidige stand van het recht volledig voor hun rekening komt.

Uit de bestudering van de ESF-uitvoeringspraktijk is naar voren gekomen dat de door de Commissie opgelegde financiële correcties (geëxtrapoleerde) soms niet worden teruggevorderd. Dit gebeurt als niet duidelijk is bij welke subsidie-ontvangers teruggevorderd zou kunnen worden. Een voorbeeld daarvan is de correctie van EUR 168 miljoen die tijdens ESF-1 is opgelegd. Deze is ten laste gebracht van de SZW-middelen. De correctie was opgelegd omdat Nederland zijn controleverplichtingen niet was nagekomen.

Een laatste conclusie betreft de illusoire procespositie van medeoverheden. Indien medeoverheden naar nationaal recht beschikken over eigen rechtspersoonlijkheid kunnen zij tegen beschikkingen van de Commissie die tot de lidstaat zijn gericht ex artikel 264 vierde alinea VwEU bij het Gerecht een beroep tot nietigverklaring instellen, indien de beschikking hen rechtstreeks en individueel raakt en zij bij hun beroep een eigen zelfstandig procesbelang hebben. Wat de in deze paragraaf beschreven beschikkingen betreft, ketsen deze beroepen van medeoverheden af op het vereiste van het rechtstreeks geraakt zijn. De terugvordering van de onverschuldigd betaalde bedragen kan niet geacht worden rechtstreeks voort te vloeien uit de Commissiebeschikking. De lidstaat is degene die beslist of tot terugvordering wordt overgegaan of niet. Het is de vraag hoe deze lijn zich verhoudt tot de *Cedris*-jurisprudentie waarin een plicht tot terugvordering bij subsidieontvangers is aangenomen. Dat zal nader moeten worden afgewacht. Geconcludeerd kan worden dat de rechtspositie van medeoverheden in terugvorderingszaken zeer te wensen overlaat. Ook het eigen procesbelang van de medeoverheid kan obstakels opwerpen. Zo lang deze knelpunten in het Europese recht niet worden opgelost – hetgeen vooralsnog niet lijkt te gebeuren – zal de waarborging van de belangen van medeoverheden aandacht moeten krijgen op nationaal niveau. Naar mijn mening voldoen dan in beginsel informele werkafspraken. Gedacht zou ook kunnen worden aan een formele borging van deze belangen (via wetswijziging). Zo bestaat in België de regel dat indien een Gewest daarom verzoekt de lidstaat België een procedure aanhangig maakt bij een internationaal gerecht. Hierop wordt in Hoofdstuk 6 en in Hoofdstuk 7 teruggekomen.

In de volgende (en laatste) paragraaf van dit EU-onderdeel wordt de zogenoemde *Francovich*-aansprakelijkheid besproken. Enerzijds is dit een Unierechtelijk leerstuk maar anderzijds vindt de effectuering ervan plaats

via het nationale recht en de nationale rechter. Dat is de reden dat ervoor gekozen is dit leerstuk als laatste te behandelen en dus ook na hetgeen hiervoor is opgemerkt over de procespositie van medeoverheden in het EU-recht.

### 3.8 FINANCIËLE CONSEQUENTIES IN HET KADER VAN LIDSTAATAANSPRAKELIJKHEID

#### 3.8.1 Inleiding

Een derde wijze waarop lidstaten kunnen worden geconfronteerd met de financiële consequenties van een schending die (mede) is veroorzaakt door een ander orgaan dan de Staat is via het beginsel van lidstaataansprakelijkheid. Hier zal in deze paragraaf nader op worden ingegaan.

Het verschil met de hiervoor beschreven procedurele manier is dat bij lidstaataansprakelijkheid een particulier zich tot de *nationale* rechter wendt vanwege de schade die hij lijdt ten gevolge van een schending van Unierecht die aan de lidstaat kan worden toegerekend. Dit geldt ook voor het geval de schending is gepleegd door een medeoverheid. Een aparte beschouwing met betrekking tot de procespositie van de medeoverheid is in dit kader dus niet nodig.

Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. Hierna (in paragraaf 3.8.2) wordt een kort overzicht gegeven van de wijze waarop en de voorwaarden waaronder aansprakelijkheid van de lidstaat wordt aangenomen door het HvJEU. Vervolgens (paragraaf 3.8.3) wordt ingegaan op de risico's voor de Nederlandse Staat. Deze paragraaf wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 3.8.4).

#### 3.8.2 Het beginsel van lidstaataansprakelijkheid

In Hoofdstuk 2 is gebleken dat uit de jurisprudentie van het HvJEU volgt dat de plicht van de lidstaat om de schade die een burger vanwege een schending van EU-recht lijdt ('*Francovich*-aansprakelijkheid' of 'lidstaataansprakelijkheid') niet vervalt vanwege nationale regels inzake de constitutionele bevoegdheidsverdeling. De reden hiervoor is dat in het licht van de uniforme toepassing van het Unierecht is aangesloten bij de jurisprudentie van het HvJEU ex artikel 258 en 260 VwEU.<sup>337</sup> Daarmee geldt het beginsel van aansprakelijkheid voor schade van burgers ten gevolge van schendingen van Unierecht dus (*Brasserie du pêcheur* / *Factortame III* r.o. 32):

'voor alle gevallen van schending van het gemeenschapsrecht door een Lid-Staat, ongeacht het orgaan van de Lid-Staat waarvan de handeling of het verzuim de schending uitmaakt.'

---

337 Zie ook Craig & De Búrca 2007, p. 332.

Dit betekent dat de lidstaat moet *verzekeren* dat de schade die particulieren in dergelijke gevallen lijden (ook al is die veroorzaakt door een constitutioneel onafhankelijk orgaan) wordt vergoed. Dit dient te gebeuren met gebruikmaking van het nationale recht: met andere woorden de nationale wetgever kan in beginsel zelf bepalen op welke wijze wordt omgegaan met dergelijke schadeclaims met dien verstande dat het creëren van een aparte actie vanwege een schending van EU-recht niet noodzakelijk is.

Belangrijk om vast te stellen, is dat het Unierecht de lidstaat vrijlaat in de aansprakelijkheidsverdeling tussen overheden. In *Konle*<sup>338</sup> bepaalde het HvJEU immers het volgende:

‘Bijgevolg moet in een lidstaat met een federale structuur de schade die aan particulieren is toegebracht door nationale maatregelen die in strijd met het gemeenschapsrecht zijn vastgesteld, niet noodzakelijkerwijze, ter nakoming van zijn gemeenschapsrechtelijke verplichtingen, door de bondsstaat worden vergoed.’

Het nationale recht van de lidstaat hoeft er dus niet in te voorzien dat de lidstaat de schade *zelf* vergoedt. Het EU-recht verzet zich er evenmin tegen dat naar nationaal recht medeoverheden *zelf* aansprakelijk kunnen zijn voor schendingen van EU-recht. Dit geldt ook voor lidstaten zonder federale structuur waarin taken en bevoegdheden op gedecentraliseerde wijze worden uitgevoerd. Ook dan kan in plaats van de lidstaat zelf de territoriale overheid of een publiekrechtelijke lichaam dat de bepaalde taak uitvoert aansprakelijk zijn. Dit heeft het HvJEU bepaald in de zaak *Haïm II*.<sup>339</sup> Daarin is tot slot ook uitgemaakt dat de mogelijkheid van alternatieve aansprakelijkheid (naast de lidstaat zelf is een andere entiteit aansprakelijk indien diens maatregelen in strijd zijn met het Unierecht) niet in strijd is met het EU-recht.

Geconcludeerd kan worden dat het EU-recht alleen de zekerheid eist *dat* particulieren een verhaalsmogelijkheid hebben voor de door hen geleden schade die is veroorzaakt door een ‘overheids’handelen of nalaten. De procedures die een lidstaat daartoe in het leven roept, moeten aan de eisen van non-discriminatie en effectiviteit voldoen. Zo lang daaraan is voldaan, schrijft het Unierecht geen andere verdeling van aansprakelijkheid dan de nationale voor.

Het Unierecht heeft wel de voorwaarden geformuleerd waaronder sprake is van een schending van EU-recht. Het zogenoemde ‘beginsel van de aansprakelijkheid van de lidstaat’ jegens een particulier voor schendingen van EU-recht is in de rechtspraak van het HvJEU via de uitspraken *Franco-*

338 HvJEG, zaak C-302/97, *Konle*, *Jur.* 1999, I-3099.

339 HvJEG, zaak C-424/97, *Haïm II*, *Jur.* 2000, I-5123.

vich<sup>340</sup>, *Brasserie du pêcheur / Factortame III*<sup>341</sup> en *Dillenkofer*<sup>342</sup> ontwikkeld tot een algemeen leerstuk van Unierecht. Daartoe heeft het HvJEU aangesloten bij artikel 4 paragraaf 3 VwEU (het beginsel van Unietrouw),<sup>343</sup> de noodzaak om de volle werking van het EU-recht te verzekeren (*effet utile*) en het beginsel van de effectieve rechtsbescherming.<sup>344</sup> In *Dillenkofer* heeft het HvJEU vervolgens de voorwaarden voor lidstaataansprakelijkheid zoals ontwikkeld in *Francoovich* en *Brasserie du pêcheur/Factortame III* geconsolideerd.<sup>345</sup> Het betreft hier een minimumharmonisatie hetgeen inhoudt dat een lidstaat naar nationaal recht minder strenge voorwaarden voor het aannemen van aansprakelijkheid kan hanteren. In Nederland is dit bijvoorbeeld het geval met betrekking tot de besluitenansprakelijkheid van het bestuur, dat een pseudo-risicoaansprakelijkheid is, waarover later in deze paragraaf meer. De minimumvoorwaarden waaronder het Unierecht lidstaataansprakelijkheid aanneemt, zijn de volgende.<sup>346</sup> Ten eerste dient sprake te zijn van een bepaling die aan particulieren rechten toekent.<sup>347</sup> Ten tweede moet de schending voldoende gekwalificeerd zijn en tot slot geldt dat er sprake moet zijn van causaal verband tussen de schending en de schade. Specifiek relevant voor dit onderzoek zijn de twee laatste voorwaarden: daarop wordt hierna kort ingegaan.

Het kerncriterium is het bestaan van een 'voldoende gekwalificeerde schending'.<sup>348</sup> Het HvJEU onderscheidt daarbij twee uitgangsposities: indien sprake is van (enige) beoordelingsruimte aan de zijde van de lidstaat

340 HvJEG zaken C-6/90 en C-9/90, *Francoovich* en *Bonifaci*, *Jur.* 1991, I-5357.

341 HvJEG gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, *Brasserie du pêcheur* en *Factortame*, *Jur.* 1996, I-1029.

342 HvJEG gev. zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94 en C-190/94, *Dillenkofer*, *Jur.* 1996, I-4845.

343 Voorheen artikel 4 lid 3 VEU. Zie *Francoovich* r.o. 36: artikel 4 lid 3 VEU verplicht 'de lidstaten (...) alle algemene of bijzondere maatregelen te treffen welke geschikt zijn om de nakoming van de krachtens het gemeenschapsrecht op hen rustende verplichtingen te verzekeren. Hiertoe behoort ook de verplichting de onwettige gevolgen van een schending van het gemeenschapsrecht ongedaan te maken (...).'

344 Eerst leek het erop dat lidstaataansprakelijkheid enkel een alternatief was voor directe werking; zie ook *Craig & De Búrca* 2007, p. 330.

345 De hoofdlijnen voor lidstaataansprakelijkheid zijn met deze uitspraken gegeven. Nadien zijn daarop verfijningen aangebracht; zie voor een uitgebreid overzicht *Prinssen* 2004: p. 60 voetnoot 15.

346 Zie uitgebreid *Jans* e.a. 2011, p. 344-357.

347 Zie voor een voorbeeld waarin het relativiteitsvereiste uitdrukkelijk speelde de zaak HvJEG zaak C-445/06, *Danske Slagetier*, *Jur.* 2009, p. I-2119, *AB* 2009/229, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

348 Deze voorwaarde geldt ook bij de aansprakelijkheid in geval van wetgevend optreden van gemeenschapsinstellingen. In *Brasserie du pêcheur/Factortame III* (r.o. 42) had het Hof deze voorwaarde gesteld: 'De bescherming van de rechten die de particulieren aan het gemeenschapsrecht ontleen, kan namelijk niet verschillen naargelang het orgaan dat de schade heeft veroorzaakt, een nationaal dan wel een communautair karakter heeft.' Zie ook in dezelfde zin maar dan in een 288-procedure: HvJEG zaak C-352/98, *Bergaderm*, *Jur.* 2000, I-05291, r.o. 41.



dan wordt de ‘kennelijke en ernstige miskenning’ van de grenzen daarvan als een voldoende gekwalificeerde schending beschouwd. Wanneer echter geen sprake is van enige beoordelingsruimte dan levert de enkele schending van Unierecht een voldoende gekwalificeerde schending op (zoals het niet tijdig omzetten van richtlijnbevestigingen in *Francovich*<sup>349</sup>). In dat geval mist de lidstaat immers ook ‘kennelijk en ernstig de grenzen waarbinnen hij bij de uitoefening van zijn bevoegdheden dient te blijven.’ (*Dillenkofer*, r.o. 26). In dergelijke omstandigheden, zo overweegt het HvJEU, (*Dillenkofer*, r.o. 28 en *Brasserie du Pêcheur/Factortame III*, r.o. 75-80) gelden er voor de vergoeding van de schade ook geen nadere voorwaarden (behalve de twee standaardvoorwaarden: toekenning van rechten en causaal verband). In het bijzonder niet het bestaan van schuld (opzet of onzorgvuldigheid) bij het overheidsorgaan waaraan de schending is toe te rekenen. Verweren, zoals een te korte implementatietermijn gaan – net als bij artikel 258 VwEU – voor het HvJEU niet op.<sup>350</sup> In deze gevallen geldt dus een risicoaansprakelijkheid. Terzijde zij hier reeds opgemerkt dat naar Nederlands recht de aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving altijd een pseudo-risicoaansprakelijkheid is,<sup>351</sup> met als gevolg dat altijd stevast sprake zal zijn van een voldoende gekwalificeerde schending. Op dit punt wordt in Hoofdstuk 6 en 7 nog teruggekomen.

De vraag of in een concreet geval sprake is van een ‘voldoende gekwalificeerde schending’ is niet aan het HvJEU maar aan de nationale rechters: de schadevergoeding die via het beginsel van lidstaataansprakelijkheid wordt gevorderd, wordt immers in de nationale procedure voor een nationale rechter gevorderd. Het HvJEU (*Brasserie du pêcheur/Factortame III* r.o. 56) heeft de nationale rechters verschillende aanknopingspunten gegeven om te bepalen of in een specifiek geval sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending:

---

349 Zie HvJEG gev. zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94 en C-190/94, *Dillenkofer*, *Jur.* 1996, I-4845, r.o. 28.

350 Bijvoorbeeld, HvJEG gev. zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94 en C-190/94, *Dillenkofer*, *Jur.* 1996, I-4845, r.o. 53. Zie ook HvJEG, zaak C-283/86, *Commissie t. België*, *Jur.* 1988, p. 3271, r.o. 7 waarin is overwogen dat een lidstaat zich niet kan beroepen op bepalingen, praktijken of omstandigheden in zijn nationale rechtsorde, ter rechtvaardiging van de niet-nakoming van uit EU-richtlijnen voortvloeiende verplichtingen en daarin voorgeschreven termijnen. Omstandigheden zoals rechtsdwaling e.d. zijn wel relevant: daarop wordt hierna ingegaan.

351 *Schutgens* 2009, p. 50-52. Met de vaststelling van de onverbindendheid van de regeling is volgens de Hoge Raad immers in beginsel de schuld gegeven (HR 9 mei 1986, *Staat/Van Gelder NJ* 1987, 252 m.nt. M. van Scheltema, *BNB* 1986/300 m.nt. H.J. Hofstra en *AB* 1986, 429 m.nt. F.H. van der Burg). Eventuele rechtsdwaling wordt beoordeeld in het kader van de verbindendheid volgens *Schutgens* en niet in het kader van de toerekenbaarheid. Zodra de onverbindendheid vaststaat, is dus de toerekening gegeven. *Schutgens* wijst in dit verband ook nog op HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165 (*Staat, Van Hilten/M.*).

‘de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale of gemeenschapsinstanties laat, de vraag of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt, de vraag of een eventuele rechtsdwinging al dan niet verschoonbaar is, de omstandigheid dat de handelwijze van een gemeenschapsinstelling heeft kunnen bijdragen tot het verzuim, de vaststelling of de instandhouding van met het gemeenschapsrecht strijdige nationale maatregelen of praktijken.’

Volgens het HvJEU is in ieder geval sprake van een voldoende gekwalificeerde schending (r.o. 57)

‘wanneer zij verder is blijven bestaan in weerwil van de uitspraak van een arrest houdende vaststelling van de verweten niet-nakoming, van een prejudiciële beslissing of van een vaste rechtspraak van het Hof ter zake, waaruit blijkt dat de betrokken gedraging de kenmerken van een schending vertoont.’

In die gevallen dient dus nog slechts aan de twee overige criteria te worden getoetst: de bepaling moet rechten aan de particulier toekennen en er moet sprake zijn van causaal verband tussen de schending en de schade.

Door *Jans et al.* wordt met betrekking tot de voorwaarde van ‘voldoende gekwalificeerde schending’ de vraag gesteld of het HvJEU daadwerkelijk uitgaat van twee strikt gescheiden gevallen (wel of geen beoordelingsruimte) dan wel of er eerder sprake is van een gradueel verschil (glijdende schaal: van meeste naar minste beoordelingsmarge). Naarmate deze ruimte groter is, dient de miskennis van de grenzen daarvan ook groter en manifester te zijn.<sup>352</sup> Op richtlijnen toegepast, levert dit volgens *Jans et al.*<sup>353</sup> het volgende plaatje op: het niet omzetten van een richtlijn binnen de implementatietermijn levert zonder meer een voldoende gekwalificeerde schending op tenzij de lidstaat bijvoorbeeld van mening mocht zijn dat zijn wetgeving al in overeenstemming met die richtlijn was (zodat omzetting niet meer nodig was). Voorts is het onjuist of onvolledig omzetten van een richtlijn(bepaling) een voldoende gekwalificeerde schending wanneer de lidstaat had behoren te weten dat de door haar genomen maatregelen onvoldoende waren. Wanneer het niet de omzetting van richtlijnen betreft, is het doorslaggevende criterium bij de beoordeling of sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending door regelgevers, besluiten nemende of handelende organen de mate van de hiervoor gememoreerde beoordelingsruimte.<sup>354</sup> De rechtspraak heeft zich op dit punt zo ontwikkeld dat wanneer een lidstaat te goeder trouw een schending van EU-recht heeft begaan er geen sprake zal zijn van een voldoende gekwalificeerde schending. Hetzelfde geldt indien blijkt dat de lidstaat ondanks de schending getracht heeft om aan zijn verplichtingen te voldoen. De lidstaat echter die een schending van EU-recht begaat terwijl

---

352 Jans e.a. 2011, p. 345.

353 Jans e.a. 2011, p. 346-348.

354 HvJEG zaak C-352/98, Bergaderm, *Jur.* 2000, I-5291, r.o. 41 en 46.

de uitleg daarvan ‘niet voor redelijke twijfel vatbaar is’, ontloopt zijn aansprakelijkheid niet.<sup>355</sup>

Bij de bepaling of een lidstaat aansprakelijk is voor schendingen van in laatste instantie rechtsprekende nationale rechters gelden volgens het HvJEU uitdrukkelijk dezelfde voorwaarden als voor ‘gewone’ aansprakelijkheid van een lidstaat (r.o. 52).<sup>356</sup> Wel laat het HvJEU (bij de bepaling of sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending) ruimte voor de ‘specifieke aard van de rechterlijke functie en met de gerechtvaardigde eisen van rechtszekerheid’: de Staat is aansprakelijk in het uitzonderlijke geval waarin de rechter het recht ‘kennelijk heeft geschonden’ (r.o. 53). Elementen die daarvoor aanwijzingen geven, zijn (r.o. 55):

‘de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden regel, de vraag of de schending opzettelijk is begaan, de al dan niet verschoonbaarheid van de rechtsdwaling, het eventueel door een gemeenschapsinstelling ingenomen standpunt en de schending door de betrokken rechter van zijn verplichting om op grond van artikel 234, derde alinea, EG, een prejudiciële vraag te stellen.’

Tot slot is van een schending door de rechter in ieder geval sprake ‘wanneer ‘s Hofs rechtspraak op het gebied van het nemen van de betrokken beslissing kennelijk is miskend’ (r.o. 56). In de zaak *Traghetti* is geoordeeld dat een kennelijke schending wordt vermoed aanwezig te zijn wanneer de beslissing voorbijgaat aan de rechtspraak van het HvJEU.<sup>357</sup> Op dit punt zij ook verwezen naar de prioriteitenlijst die de Commissie heeft aangelegd in verband met artikel 258 VwEU: schendingen die bestaan uit nationale jurisprudentie die niet in lijn is met de Luxemburgse wordt gezien als een eerste categorie-schending met dus hoge handhavingsprioriteit.

Het andere criterium voor het aannemen van lidstaataansprakelijkheid dat hier moet worden besproken, is dat er direct causaal verband dient te zijn tussen de schending en de ingetreden schade. De invulling hiervan wordt eveneens overgelaten aan de nationale rechter.<sup>358</sup> Een enkele maal gaat

355 Prinszen 2004, p. 65-67 en de daar genoemde rechtspraak.

356 HvJEG zaak C-224/01, Köbler, *Jur.* 2003, I-10239, punten 33, 50 en 55 (o.m. ook gepubliceerd in *NJ* 2004, 160 m.nt. M.R. Mok, *AB* 2003, 429 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2004, 41 m.nt. M.L.H.K. Claes en *SEW* 2004/36, m.nt. J.H. Jans.

357 HvJEG zaak C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, *Jur.* 2006, I-5177, r.o. 43.

358 Bijvoorbeeld HvJEG zaak C-127/95, *Norbrook laboratories*, *Jur.* 1998, I-1531, r.o. 110: ‘Wat de derde voorwaarde betreft, moet de verwijzende rechter nagaan, of er een direct causaal verband bestaat tussen de schending van de op de lidstaat rustende verplichting en de door de particulier geleden schade.’ Ook al eerder overwogen door het Hof in *Brasserie du pêcheur/Factortame III* r.o. 65: ‘Wat de derde voorwaarde betreft, staat het aan de nationale rechterlijke instanties om na te gaan, of er een rechtstreeks oorzakelijk verband bestaat tussen de schending van de op de staat rustende verplichting en de door de benadeelde personen geleden schade.’

het HvJEU hier wel op in.<sup>359</sup> In dat geval geeft het HvJEU uitdrukkelijk rekenschap van het feit dat het doorgaans de nationale rechter is die hieromtrent een beoordeling geeft.<sup>360</sup> Een andere zaak waarin het HvJEU inging op het causaliteitscriterium is de zaak *Rechberger*.<sup>361</sup> In dat geval echter had de verwijzende rechter al vastgesteld dat er direct causaal verband bestond tussen de schending door de lidstaat en de geleden schade maar stelde hij onder andere daaromtrent een vraag zodat het HvJEU hier wel op in moest gaan. Het HvJEU volgt de vaststelling van de nationale rechter en bepaalt dat wanneer handelingen van derden ook bijdragen tot de veroorzaakte schade, het causaal verband tussen de schending van de lidstaat en de schade niet automatisch is doorbroken.<sup>362</sup> Het HvJEU brengt dus geen wijziging in de opvatting dat de vaststelling van causaal verband de bevoegdheid is van de nationale rechter.

Met het voorgaande staat vast welke aansprakelijkheidsvoorwaarden het HvJEU heeft geformuleerd en binnen welke marges de lidstaat vrij is de onderlinge overheidsaansprakelijkheid in geval van schendingen van EU-recht in te vullen. De vraag dringt zich op hoe vrij de lidstaat nog is in de verdeling van de aansprakelijkheid als de door het HvJEU geformuleerde criteria maatgevend zijn. Daarover het volgende.

---

359 Zie HvJEG zaak C-319/96, *Brinkmann Tabakfabriken*, *Jur.* 1998, I-5255. Opgemerkt zij dat de redenering van het Hof hier op het cruciale punt van 'causaal verband' afwijkt van de conclusie van de advocaat-generaal Jacobs (d.d. 28 januari 1998). Het Hof lijkt de volgende redenering te volgen: eerst (r.o. 27-28) neemt het een voldoende gekwalificeerde schending aan vanwege de niet-omzetting van enkele definities uit richtlijn 79/32. Immers er is niet omgezet. Vervolgens (r.o. 29) meent het Hof dat er causaal verband ontbreekt omdat de schade niet veroorzaakt is door deze schending maar omdat de Deense autoriteiten de definities uit de richtlijn wel (onmiddellijk) hebben toegepast. Dat deze definities onjuist zijn toegepast, was in casu verschoonbaar. Jacobs komt in zijn conclusie (punten 29-30) niet eens toe aan het causale verband omdat hij de onmiddellijke toepassing door de Deense autoriteiten van de niet-omgezette definities een niet voldoende gekwalificeerde schending acht vanwege de verschoonbaarheid van de onjuiste uitleg ervan.

360 Hierover zijn Jacobs en het HvJEU het eens: zie conclusie Jacobs punt 29 en arrest HvJEU r.o. 26.

361 HvJEG zaak C-140/97, *Rechberger*, *Jur.* 1999, I-3499.

362 Zie r.o. 74-76: '74 Verder legt artikel 7 van de richtlijn de resultaatsverplichting op om reizigers die een pakketreis hebben geboekt, in geval van faillissement van de organisator een recht te verlenen op de garantie dat de reeds betaalde bedragen worden terugbetaald en zij worden gerepatriëerd. Deze garantie beoogt de consument juist te beschermen tegen de gevolgen van het faillissement, ongeacht de oorzaken daarvan. 75 Onvoorzichtige gedragingen van de reisorganisator of het intreden van uitzonderlijke of onvoorzienbare gebeurtenissen laten de aansprakelijkheid van de lidstaat wegens schending van artikel 7 van de richtlijn dan ook onverlet. 76 Voor zover dergelijke gebeurtenissen de terugbetaling van de betaalde bedragen en de repatriëring van de consumenten niet zouden hebben belet, indien het garantiesysteem overeenkomstig artikel 7 van de richtlijn was ingevoerd, sluiten zij het bestaan van een direct causaal verband namelijk niet uit. 77 Mitsdien moet op de zesde vraag geantwoord dat, wanneer volstaat dat er een direct causaal verband bestaat, onvoorzichtige gedragingen van de reisorganisator of het intreden van uitzonderlijke of onvoorzienbare gebeurtenissen de aansprakelijkheid van de lidstaat wegens schending van artikel 7 van de richtlijn onverlet laten.'

Een interessant artikel van *Granger* analyseert op welke wijze de *Franco-vich*-aansprakelijkheid uitwerkt in de nationale jurisdicties. Bij die analyse komt onder meer naar voren welke moeilijkheden *Franco-vich* met zich mee kan brengen indien meerdere overheden het EU-recht schenden.

Zo meent hij dat nationale rechters geen moeite hebben aansprakelijkheid van lokale overheden aan te nemen soms ten voordele van de centrale overheid. Dit gebeurt bijvoorbeeld in het geval de centrale overheid een richtlijn niet heeft geïmplementeerd (en daardoor eenvoudigweg sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending) en de lokale overheid 'daardoor' in de fout gaat. Via *Costanzo* wordt (indien voldaan is aan de voorwaarden) de lokale overheid aansprakelijk geacht.<sup>363</sup> Voor de schade van de burger was de centrale overheid immers niet aansprakelijk vanwege het ontbreken van causaal verband tussen de schending en de schade. Dit verband ontstond pas toen de lokale overheid ging handelen. Hierop kom ik nog terug in Hoofdstuk 6 en 7.

*Anagnostaras* beschrijft dergelijke situaties eveneens. Zowel op horizontaal niveau (wetgever – uitvoerende macht) als op 'verticaal' niveau ('hogere' overheid – 'lagere' overheid).<sup>364</sup> Een voorbeeld van de eerste verhouding of een combinatie van beide verhoudingen is het geval dat het uitvoerende orgaan een niet geïmplementeerde direct werkende bepaling bijvoorbeeld niet toepast in een concrete situatie. Hierbij past ook het geval dat het uitvoerende orgaan een niet-geïmplementeerde bepaling onjuist toepast. Dan zal in ieder geval het uitvoerende orgaan aansprakelijk kunnen worden geacht. Het regelgevende orgaan daarentegen zal volgens *Anagnostaras* slechts in twee gevallen aansprakelijk kunnen zijn. Ten eerste indien het nalaten van de wetgever de betreffende schade direct heeft veroorzaakt dus zonder tussenkomst van de uitvoerende macht. De tweede theoretische situatie waarin een *Franco-vich*-claim tegen de wetgever kan worden ingebracht, is in geval van een schending van niet direct werkende EU-bepalingen waarbij de schending niet via conforme toepassing kan worden verholpen. In dit verband kan worden gewezen op de zaak *Brinkmann*<sup>365</sup>, die ook door *Anagnostaras* wordt aangehaald. In *Brinkmann* oordeelde het HvJEU dat de niet-omzetting van richtlijnbevestigingen door de Deense overheid een voldoende gekwalificeerde schending vormde (er was immers niet omgezet) maar dat de Deense overheid niet aansprakelijk was omdat het causaal verband tussen de schade en het schadeveroorzakend handelen ontbrak. Het HvJEU kwam vervolgens toe aan een beoordeling van het handelen van het betrokken uitvoerende orgaan dat de niet-geïmplementeerde definities verkeerd had toegepast. Die verkeerde toepassing werd verschoonbaar geacht door het HvJEU. A-G *Jacobs* had daarentegen in zijn conclusie het handelen van het uitvoerende orgaan tot uitgangspunt genomen en concludeerde overi-

---

363 Granger p. 161.

364 Anagnostaras p. 144 e.v.

365 HvJEG zaak C-319/96, *Brinkmann Tabakfabriken*, *Jur.* 1998, I-5255.

gens eveneens dat de verkeerde toepassing verschoonbaar was. Het HvJEU toetste dus beide vermeende schendingen die elk op een ander vereiste schipbreuk leden. In dit licht bezien, is het niet verwonderlijk dat voor schendingen van de regelgevende macht het criterium van causaal verband roet in het eten zal gooien, terwijl bij vermeende schendingen van de uitvoerende macht – op welk niveau ook – de vraag naar de voldoende gekwalificeerdheid de aanname van aansprakelijkheid in de weg kan staan. Dan valt de benadeelde burger tussen de wal en het schip. Dit zal in Nederland echter geen problemen veroorzaken omdat Nederlands recht voor onrechtmatige besluiten uitgaat van een risico-aansprakelijkheid. Dat zal wel gevolgen hebben voor uitvoerende medeoverheden. Zij ontkomen door de pseudo-risicoaansprakelijkheid van onrechtmatige besluiten niet aan aansprakelijkheid. Hierop wordt in Hoofdstuk 6 en 7 teruggekomen. Concluderend teken ik aan dat het stranden van een *Francovich*-actie onverlet laat dat een inbreukprocedure tegen de betreffende lidstaat vanwege de niet-omzetting van richtlijnbepalingen wel effect zal sorteren.

### 3.8.3 *Risico's voor Nederland*

#### 3.8.3.1 Inleiding

De risico's voor Nederland zijn lastig in te schatten. Een scan van alle (c.q. over een bepaalde periode gewezen) prejudiciële uitspraken waarbij medeoverheden zijn betrokken, heeft geen onderdeel uitgemaakt van dit onderzoek. In het kader van dit proefschrift is evenmin uitvoerig onderzoek gedaan naar onjuiste of niet-tijdige implementatie van richtlijnen c.q. uitvoering van verordeningen. De voorbije jaren is wel gebleken dat niet of niet tijdige implementatie van richtlijnen aan de orde van de dag is.

Zo kan worden gewezen op het rapport van de Algemene Rekenkamer van juni 2008<sup>366</sup> waaruit blijkt dat Nederland 'persistent te laat' is met het omzetten van richtlijnen en met een gemiddelde overschrijding van de termijn met acht maanden. De Commissie hanteert een termijn van twee maanden waarna het de overschrijding ernstig genoeg vindt om inbreukprocedures te starten. Eén derde van de richtlijnen overschrijdt deze drie maanden termijn. Wat ministeries betreft, zet het ministerie van Infrastructuur en Milieu (in het onderzoek VROM) 80% van zijn richtlijnen te laat om. Wat verordeningen betreft, concludeerde de Algemene Rekenkamer het volgende. Onderzocht is in hoeverre op tijd een handhaver is aangewezen alsmede in hoeverre deze handhaver tijdig geïnformeerd is over zijn taak en in hoeverre tijdig onderzocht is of wet- en regelgeving moet worden aangepast. Voor 77% van de verordeningen geldt dat onvoldoende tijdig aan al deze voorwaarden is voldaan. Zeker wat betreft de aanpassing van even-

---

366 *Kamerstukken II* 2007/08, 31 498, nrs. 1-2. Specifiek met betrekking tot implementatie van Waterrichtlijnen kan ook gewezen worden op Van Rijswijk 2005 (1), p. 188-192.

tueel met de verordening strijdige regelgeving is sprake van een tekortschietende overheid. Aangetekend zij dat tussen het bekendmaken van de verordening en het van kracht worden ervan 20 dagen zitten. Dit laat echter onverlet dat reeds in een veel eerder stadium dan de bekendmakingsfase met de nodige maatregelen kan worden begonnen. Al met al kan geconcludeerd worden dat de centrale overheid zowel met betrekking tot richtlijnen als met betrekking tot verordeningen tekortschiet in de nakoming van haar EU-verplichtingen.

De vraag dringt zich op wat de (financiële) consequenties van deze tekortkomingen zijn voor medeoverheden. Hier is door mij geen systematisch onderzoek naar verricht.<sup>367</sup> Twee voorbeelden worden besproken. Het betreft zaken (*Acciardi*<sup>368</sup> en *Lubsen*<sup>369</sup>) waarin implementatieperikelen schade hebben veroorzaakt aan zowel medeoverheden als particulieren.

De paragraaf is als volgt opgebouwd. Ten eerste zal stil gestaan worden bij twee zaken waarin daadwerkelijk sprake was van een *Francovich*-situatie (paragrafen 3.8.3.2 en 3.8.3.3). Daarna worden in het kader van niet tijdige of onjuiste implementatie van richtlijnbevestigingen ter illustratie enkele zaken besproken die voor de uitvoeringspraktijk van medeoverheden gevolgen hebben (gehad) (paragraaf 3.8.3.4).

### 3.8.3.2 De zaak *Acciardi*

In de zaak *Acciardi*<sup>370</sup> wordt de gemeente Amsterdam aangesproken (door de heer *Acciardi*). Uit de eerder doorlopen prejudiciële procedure blijkt dat de IOAW-uitkering in strijd met rechtstreeks werkend EU-recht is vastgesteld. De gemeente Amsterdam herstelt de fout en voldoet de geldsommen waar de heer *Acciardi* recht op heeft maar vergoedt daarbij niet de rente (vertragingsschade). De heer *Acciardi* spant vervolgens een onrechtmatige daadactie aan tegen de gemeente omdat hij meent wel recht te hebben op vergoeding van de wettelijke rente.<sup>371</sup> De gemeente Amsterdam roept vervolgens de Staat in vrijwaring op. Bij de vaststelling van de IOAW-uitkering handelt het college van B&W in gebonden medebewind. In de prejudiciële procedure was gebleken dat de IOAW zelf in strijd met rechtstreeks werkend EU-recht is vastgesteld. Artikel 5 IOAW laat het college van B&W geen beleidsvrijheid.

---

367 Volstaan is met een beperkt literatuuronderzoek en het doorzoeken van databases zoals <www.rechtspraak.nl> op zoektermen als 'Costanzo' en 'Francovich'.

368 Rb. Amsterdam 11 september 1996, *Rawb* 1997, nr. 23 m.nt. R. de Lange en *JB* 1996, 237 (zie ook artikel M.L.H.K. Claes *JB* 1996, 226).

369 Rb. Utrecht 25 oktober 1995, *JB* 1995/305. Zie ook artikel M.L.H.K. Claes *JB* 1996, 226.

370 Rechtbank Amsterdam 11 september 1996, *Rawb* 1997, nr. 23 m.nt. R. de Lange en *JB* 1996, 237 (zie ook artikel M.L.H.K. Claes *JB* 1996, 226).

371 Met inwerkingtreding van de vierde tranche Awb zal hierin overigens worden voorzien zodat dan geen o.d.-acties meer nodig zullen zijn.

Deze uitspraak toont aan hoe ingewikkeld zaken kunnen liggen en hoe lastig het soms is voor een gemeente om in concrete situaties toepassing te geven aan artikel 4 lid 3 VwEU. De ICER heeft eerder in een advies met betrekking tot de vraag hoe decentrale overheden moeten omgaan met richtlijnen een aantal belangrijke uitgangspunten geformuleerd.<sup>372</sup> Zo overweegt de ICER als volgt:<sup>373</sup>

‘Decentrale overheden kunnen aansprakelijk zijn voor alle mogelijke schendingen van het EG-recht. Ook het verkeerd toepassen door een decentraal overheidsorgaan van een EG-richtlijn kan aanleiding geven tot aansprakelijkheid. Het maakt daarbij niet uit of de EG-richtlijn niet, niet tijdig, niet correct of juist wel correct is omgezet in nationaal recht. Voor onrechtmatige besluitvorming – ook door decentrale overheidsorganen – geldt een risico-aansprakelijkheid, waarbij het niet uitmaakt of het decentrale overheidsorgaan enig verwijt kan worden gemaakt van het onrechtmatig handelen. Ook onzekerheden omtrent de betekenis van wettelijke voorschriften en wijzigingen in de jurisprudentie komen voor rekening en risico van de overheid. De lidstaat Nederland is verplicht om EG-richtlijnen op juiste wijze toe te passen. Dreigende aansprakelijkheid vormt een belangrijke element om het nuttig effect van de richtlijn voor de burger maximaal te verwezenlijken. Daar waar de burger zijn recht niet kan halen, ontstaat schadeplicht.’

De ICER heeft in genoemd advies een soort stappenplan beschreven op welke wijze medeoverheden moeten omgaan met in strijd met richtlijnen vastgestelde nationale wetgeving. Later in het advies merkt de ICER op dat wanneer de decentrale overheid door nationale regelgeving *gedwongen* wordt om het Unierecht te schenden, verhaal mogelijk zal moeten zijn op de Staat. In de zaak *Acciardi* vindt dit verhaal plaats doordat de gemeente Amsterdam tijdens de onrechtmatige daadsprocedure die de heer Acciardi aanspant de Staat in vrijwaring oproept. Deze vrijwaring slaagt namelijk. Een uitgebreide bespreking van deze zaak is aan de orde in Hoofdstuk 6.

### 3.8.3.3 De zaak *Lubsen*

In de zaak *Lubsen*<sup>374</sup> is sprake van een niet tijdig geïmplementeerde richtlijn-bepaling terwijl de medeoverheid (het college van B&W van de gemeente Abcoude) in gebonden medebewind is geroepen in het kader van de Wet werkloosheidsvoorziening. Op grond van die wet weigert de medeoverheid mevrouw Lubsen een vervolguiterkering waardoor zij schade lijdt. Nadat het college mevrouw Lubsen alsnog een vervolguiterkering toekent, vordert zij op grond van artikel 6:162 BW vergoeding van de wettelijke rente over de nabetalings.

Mevrouw Lubsen dagvaardt daartoe zowel de Staat als de gemeente Abcoude. De rechtbank te Utrecht verklaart dat – naast de Staat – ook de gemeente Abcoude uit hoofde van *Francoovich* aansprakelijk is, nu de

---

372 ICER 2003.

373 ICER 2003, p. 21.

374 Rb. Utrecht 25 oktober 1995, *JB* 1995/305. Zie ook artikel M.L.H.K. Claes *JB* 1996, 226.



gemeente een eigen plicht heeft uit hoofde van artikel 4 lid 3 VwEU om de genoemde bepaling in het kader van haar uitvoeringstaak richtlijnconform te interpreteren. Hier lijkt sprake te zijn van samenloop: de gemeente is aansprakelijk op grond van schending van zijn *Costanzo*-verplichting. De Staat is aansprakelijk vanwege de niet tijdige implementatie.

In Hoofdstukken 6 en 7 wordt uitvoerig op zowel *Acciardi* als *Lubsen* ingegaan. Voor nu is slechts relevant dat de risico's voor Nederland lastig traceerbaar zijn in de jurisprudentie. Deze twee zaken zijn bekend. Hierna is ingegaan op een drietal casus waarin sprake is van onjuist of te laat omgezette richtlijnbepalingen en waarin zich (mogelijk) directe gevolgen voordoen voor uitvoeringsorganen.

#### 3.8.3.4 Voorbeelden van gebrekkige implementatie

Een kort onderzoek levert enkele voorbeelden op waarvan het vermoeden bestaat dat de implementatiefouten die daar spelen, leiden tot uitvoeringsproblemen en mogelijk tot *Francoovich*-aansprakelijkheid.

Ten eerste veroorzaakt bijvoorbeeld de inmiddels vervallen Interimwet Ammoniak en Veehouderij problemen. De vraag is of de wet een correcte implementatie is van de zogenoemde IPPC-richtlijn (*Integrated Pollution Prevention and Control*). Op grond van deze richtlijn zijn bepaalde installaties – waaronder grote veehouderijen – vergunningplichtig. De richtlijn stelt ook eisen aan het beschermingsniveau in de vergunning (artikel 9 lid 4 IPPC-richtlijn). Bij uitspraken van 13 november 2002<sup>375</sup> oordeelt de ABRvS dat deze bepaling rechtstreekse werking heeft en dat sprake is van strijd met de IPPC-richtlijn. Dit veroorzaakt directe problemen omdat richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk is. De betrokken beschikkingen afkomstig van decentrale overheden, gemeente Lochem en gemeente Hof van Twente, werden door de ABRvS vernietigd.

Ten tweede de vraag of artikel 22 Bestrijdingsmiddelenwet (Bmw) een correcte implementatie c.q. uitvoering is van het begrip 'milieu-informatie' in de zin van artikel 2, van Richtlijn 2003/4. Na prejudiciële vragen concludeert het CbB van niet.<sup>376</sup> Het uitvoerende orgaan is hier het College voor de toelating van gewasbeschermingsmiddelen en biociden, een Kaderwet-zbo met eigen publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid (artikel 3 Bmw).

Een derde voorbeeld is de niet-nakoming door Nederland van Richtlijn 85/337/EG.<sup>377</sup> Nederland heeft in de Wet milieubeheer (Wm) niet de noodzakelijke wettelijke en bestuursrechtelijke maatregelen getroffen. Genoemde richtlijn heeft betrekking op milieu-effectrapportages. De Commissie heeft Nederland op 4 juli 2006 een ingebrekestelling gestuurd. Nederland zou

375 ABRvS 13 november 2002, AB 2003, 26 en AB 2003, 27 m.nt. M.P. Jongma, *M en R* 2003/4, nr. 39 m.nt. J.H. Jans, en *JB* 2003, 11.

376 CbB 29 mei 2009, LJN BI5903, AB 2009, 282 m.nt. A.P.W. Duijkersloot.

377 HvJEG zaak C-255/08, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2009, I-167 (summiere publicatie).

artikel 4, leden 2 en 3 niet hebben nageleefd. Nederland antwoordt bij brief van 4 november 2006 dat e.e.a. wordt aangepast. De door Nederland vastgestelde drempelwaarden en selectiecriteria hebben in de praktijk tot gevolg dat

‘alle projecten van een bepaald type bij voorbaat zijn onttrokken aan de verplichting om een milieueffectbeoordeling uit te voeren, zonder dat is aangetoond dat deze projecten geen aanzienlijk milieueffect konden hebben (...)’

Daarmee heeft Nederland volgens het HvJEU de richtlijnbevestigingen onjuist geïmplementeerd.

Concluderend kan worden opgemerkt dat van uitvoerende overheden wellicht verwacht moet worden dat zij in voornoemde zaken op grond van *Costanzo* het nationale recht buiten toepassing moeten laten ten voordele van het EU-recht. In welke mate dit tot toename van kosten en financiële lasten leidt, maakt voorsnog geen onderdeel uit van dit onderzoek.

#### 3.8.4 Conclusie paragraaf 3.8

In deze paragraaf is besproken dat een particulier zich tot de *nationale* rechter kan wenden vanwege de schade die hij lijdt ten gevolge van een schending van EU-recht die aan de lidstaat kan worden toegerekend indien de schending is gepleegd door een medeoverheid. In dat geval kan de schadevergoedingsplicht van de Staat (in het licht van de uniforme toepassing van het EU-recht) niet worden opgeheven door nationale regels inzake constitutionele bevoegdheidsverdeling. De Staat wordt in de internationale rechtsorde immers als één beschouwd. Bij de afhandeling van dergelijke aansprakelijkheidskwesties laat het HvJEU het *beginsel van institutionele autonomie* intact, met dien verstande dat dit gebeurt conform het nationale recht, binnen de bandbreedte van effectiviteit en non-discriminatie (en effectieve rechtsbescherming).

Bezien vanuit het onderwerp van dit onderzoek kan het financiële risico van de lidstaat om aansprakelijk gehouden te worden voor schendingen van medeoverheden minimaal genoemd worden. In het algemeen zal het veelal de medeoverheid zijn die zal worden aangesproken. Dit geldt ook voor de tekortkomingen op het vlak van implementatie van richtlijnen en uitvoeren van verordeningen door de centrale overheid. Laatstgenoemde tekortkomingen vormen een reëel probleem: de niet-nakomingsprocedures ex artikel 258 VwEU vanwege niet tijdige of onjuiste implementatie van richtlijnen zijn aan de orde van de dag. Dit leidt tot grote onzekerheid en meerkosten bij medeoverheden.

Op basis van *Francoovich*-voorwaarden zal de centrale overheid immers de dans ontspringen. Niet wordt voldaan aan het criterium van causaal verband. De burger zal zich verhalen op de uitvoerende overheid. Hierop wordt in Hoofdstuk 6 en Hoofdstuk 7 uitgebreider ingegaan.

### 3.9 CONCLUSIE EU-RECHT

In Deel B van dit hoofdstuk zijn de manieren besproken op grond waarvan een lidstaat de financiële gevolgen moet ervaren vanwege een schending van het EU-recht die (mede) gepleegd is door een medeoverheid.

Ten eerste is de infractieprocedure nader onderzocht. Deze voltrekt zich volledig ten overstaan van het HvJEU. Uit hoofde van artikel 258 VwEU is de lidstaat *altijd* aansprakelijk jegens de Unie voor de correcte uitvoering van het EU-recht ongeacht of de niet-nakoming veroorzaakt wordt door een medeoverheid. Een lidstaat kan zich niet aan aansprakelijkheid onttrekken met een beroep op zijn interne bevoegdheidsverdeling en dient alle maatregelen te nemen om de nakoming van het EU-recht te verzekeren. Wanneer de lidstaat – of de medeoverheid – het arrest van het HvJEU ex artikel 258 VwEU niet naleeft, kan de lidstaat geconfronteerd worden met boetes en dwangsommen die op grond van artikel 260 lid 2 VwEU kunnen worden opgelegd. Sinds het nieuwe beleid van de Commissie zijn tien artikel 260 lid 2 VwEU-veroordelingen uitgesproken. In geen van die zaken was Nederland betrokken. In zoverre kan geconcludeerd worden dat aansprakelijkheid uit dien hoofde beperkt is. Wat de Nederlandse veroordelingen uit hoofde van artikel 258 VwEU betreft, geldt dat een minimaal aantal zaken betrekking heeft op niet-nakoming van medeoverheden. Ook in dat verband is de potentiële aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat illusoir te noemen. Tot slot is in deze paragraaf stil gestaan bij twee bijzondere infractieprocedures: die vanwege niet-nakoming van staatssteunregels en die vanwege het overschrijden van EMU-saldo. Op beide vlakken kan de lidstaat beboet worden vanwege niet-nakoming van de betreffende regels door een medeoverheid. Voor wat betreft de niet-nakoming van het EMU-saldo is reeds voorzien in een verhaalsmogelijkheid van de lidstaat op de betrokken medeoverheid. In beide situaties heeft het voor Nederland nog nooit geleid tot een veroordeling van het HvJEU: ook hier zijn de financiële risico's voor Nederland dus miniem.

Ten tweede is de situatie onderzocht waarover de afgelopen jaren zoveel commotie is ontstaan: de situatie waarin de lidstaat aansprakelijk is jegens de Unie in het kader van de terugvordering van EU-subsidiegelden die in gedeeld beheer zijn verstrekt. De hoofdregel daarbij is dat de lidstaat (op grond van het EU-recht) gehouden is de Europese steun terug te betalen aan de EU. Dit, zelfs indien terugvordering bij de begunstigde om welke reden dan ook niet slaagt. Het belang van terugvordering is gelegen in de bescherming van de financiële belangen van de Unie. In dit onderzoek is met name stil gestaan bij de ELGF-, ELFPO-, ESF-, en EFRO-subsidies. Deze subsidies worden in gedeeld beheer uitgevoerd. Gedeeld beheer houdt in dat de lidstaat verantwoordelijk is voor de correcte uitvoering van de subsidieregeling in zijn eigen rechtsorde en voor zover er geen specifieke EU-bepalingen gelden, doet de lidstaat dit met gebruikmaking van nationaal recht en nationale beginselen.

Uit hoofde van het EU-recht rusten op lidstaten verplichtingen tot het verrichten van financiële correcties, tot terugvordering van onverschuldigd betaalde gelden en tot terugbetaling aan de Unie c.q. de herbestedingsmogelijkheid van teruggevorderde bedragen. De terugbetalingsplicht kan de lidstaat in feite compenseren door de betrokken gelden met succes terug te vorderen of op uitvoerende medeoverheid te verhalen. Overigens is de lidstaat verplicht tot terugvordering over te gaan. Onder omstandigheden (vanwege een geslaagd beroep op het vertrouwens- c.q. rechtszekerheidsbeginsel) kan de terugvordering niet succesvol zijn voor de subsidieverstrekende bestuursorganen van de centrale overheid. Deze terugvorderingsprocedures spelen zich af ten overstaan van nationale rechters. Met betrekking tot de vraag in hoeverre het nationale vertrouwens- c.q. rechtszekerheidsbeginsel kan derogeren aan de terugvorderingsactie van het bestuursorgaan is op 13 maart 2008 (*Cedris*<sup>378</sup>) een uitspraak gewezen die voor de nodige ophef heeft gezorgd. De uitkomst ervan is volgens mij dat schending van subsidieverplichtingen niet kan leiden tot een geslaagd beroep op het nationale beginsel van gerechtvaardigd vertrouwen, tenzij in feite sprake is van de schending van het rechtszekerheidsbeginsel. Al met al kan betwist worden in hoeverre een vertrouwensbeginsel nog bestaat. Wat bepalingen uit de subsidieregeling betreft, kan een beroep op het nationale vertrouwensbeginsel afketsen indien sprake is van een kennelijke schending. Met andere woorden: in dat geval is sprake van fraude c.q. aperte schending van een dergelijke bepaling. Hierbij is dus meer ruimte voor het nationale vertrouwensbeginsel – ook voor *contra legem*werking daarvan. Wat de positie van de terugvorderende lidstaat betreft, is deze uitspraak op zich als een verbetering aan te merken: begunstigen kunnen zich minder succesvol verweren tegen een terugvorderingsbeschikking. Als zodanig is het financiële risico voor de lidstaat in feite beperkt. Dat verwezenlijkt zich immers alleen in geval van een niet succesvolle terugvordering.

Wat de directe toegang tot de Unierechter betreft, zij erop gewezen dat medeoverheden geen verdragsschendingsprocedure aanhangig kunnen maken (dat kunnen alleen lidstaten of de Commissie). Voor zover relevant voor dit onderzoek kunnen medeoverheden wel opkomen tegen beschikkingen van de Commissie – ook indien deze niet gericht zijn tot hen maar tot de lidstaat – indien voldaan is aan de voorwaarden van artikel 263, vierde alinea, VwEU: de medeoverheid bezit naar nationaal recht rechtspersoonlijkheid, wordt door de beschikking rechtstreeks en individueel geraakt en beschikt over een eigen procesbelang. Met name het ‘rechtstreeks’ geraakt worden, zorgt voor problemen bij terugvorderingsbeschikkingen van EU-gelden die in het kader van gedeeld beheer zijn verstrekt. Uitgegaan wordt

---

378 HvJEG gevoegde zaken C-383/06 t/m C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening (C-383/06) en Gemeente Rotterdam (C-384/06) tegen Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant (C-385/06) tegen Algemene Directie voor de Arbeidsvoorziening, AB 2008, 207 m.nt. W. den Ouden en *RvdW* 2008, 477. Zie ook: HvJEU zaak C-465/10, n.n.g.

van de autonome wil bij de lidstaat om al dan niet tot terugvordering over te gaan. Dan volgt de terugvordering bij de eindbegunstigde niet rechtstreeks uit de beschikking. Hoewel hier in het licht van het *Cedris*-arrest wel enige kritiek op kan worden geuit, heeft het HvJEU op dit punt tot op heden zijn vaste jurisprudentie niet verlaten maar telkens uitdrukkelijk bevestigd. Het lijkt mij dan ook logisch dat op nationaal niveau voorzieningen worden getroffen teneinde de (proces)positie van medeoverheden te borgen. Gedacht kan worden aan het systeem van België op grond waarvan op verzoek van een Gewest de lidstaat een procedure voor het HvJEU aanhangig maakt. Vaststaat tot slot dat een medeoverheid zich in ieder geval kan wenden tot de nationale rechter als Europese restrechter. In die procedure zouden prejudiciële vragen kunnen worden gesteld waarin alsnog een oordeel geveld zou kunnen worden over de Commissiebeschikking.

Ten derde kan de lidstaat ten overstaan van de *nationale* rechter aansprakelijk worden gehouden voor een schending van een medeoverheid door een particulier op grond van de zogenoemde lidstaataansprakelijkheid. De schadevergoedingsplicht van de Staat kan niet worden geblokkeerd vanwege nationale regels inzake de constitutionele bevoegdheidsverdeling. Het nationale recht van de lidstaat hoeft er op grond van de jurisprudentie van het HvJEU niet in te voorzien dat de lidstaat dergelijke schade *zelf* vergoedt. Vaststaat dat het EU-recht zich er niet tegen verzet dat naar nationaal recht medeoverheden ook *zelf* aansprakelijk gehouden kunnen worden. In dat licht is het financiële risico van de lidstaat om aansprakelijk gehouden te worden voor schendingen van medeoverheden minimaal te noemen.

Andersom is echter sprake van een veel groter risico. Uit verschillende onderzoeken blijkt dat Nederland zowel ten aanzien van de implementatie van richtlijnen als de uitvoering van verordeningen tekortschiet. Dat heeft tot gevolg dat medeoverheden zich bij de uitvoering van EU-recht zien gesteld voor de financiële gevolgen. Juist in die gevallen waarin zowel de medeoverheid (als uitvoerder van een EU-verplichting), als de centrale overheid (als de instantie die voor implementatie zorg moet dragen) tekortschieten, zal de medeoverheid eerder geconfronteerd worden met een claim van een burger. In dat verband is relevant dat het causaal verband tussen de tekortkoming en de schade bij een actie tegen de Staat veelal zal ontbreken. Een medeoverheid zal zich richting de particulier kunnen verweren met de stelling dat geen sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending, hetgeen haar niet zal baten, nu naar Nederlands recht een pseudo-risico-aansprakelijkheid voor onrechtmatige besluiten is aangenomen. Een verrekeningsmogelijkheid tussen medeoverheid en Staat – zeker bij gebonden uitvoering van medebewindsbevoegdheden – is in dat licht het overdenken waard. Daarover meer in Hoofdstuk 7.

Hierna zal, net als hiervoor met betrekking tot het EU-recht, onderzocht worden op welke wijze een lidstaat aansprakelijk gehouden kan worden voor schendingen van het EVRM door medeoverheden.

## 3.10 CONCLUSIE HOOFDSTUK 3

In dit onderzoek staat de onderlinge aansprakelijkheid centraal voor schendingen van Europees recht waartoe ik zowel het EVRM als het EU-recht reken. Besproken zijn de procedurele wijzen waarop een lidstaat geconfronteerd kan worden met de financiële consequenties van schendingen van Europees recht die het niet (alleen) heeft veroorzaakt. Op dit punt bestaan tussen EU-recht en EVRM grote verschillen. Deze worden hierna toegelicht.

In het kader van het EVRM bestaat enerzijds de klachtprocedure in welk kader voor de lidstaat financiële gevolgen kunnen ontstaan. Dit kan op drie manieren: een minnelijke schikking (waarvan een financiële vergoeding deel uitmaakt), een *unilateral declaration* (waarvan een financiële vergoeding deel uitmaakt) of de veroordeling tot betaling van een billijke genoegdoening ex artikel 41 EVRM. In alle gevallen heeft de financiële vergoeding een reparatoir karakter. De bedragen die met de schendingen zijn gemoeid, zijn bovendien hanteerbaar en zullen de Staat om die reden weinig zorgen baren.

Anderzijds kunnen ook buiten de klachtprocedure om financiële gevolgen ontstaan voor de lidstaat. Dit is het geval wanneer een vermeende verdragsschending wordt aangevochten voor de nationale rechter. Op grond van artikel 13 EVRM heeft de lidstaat de verplichting om een particulier een effectief rechtsmiddel te verschaffen. De toekenning van schadevergoeding aan een benadeelde van een verdragsschending kan hieronder vallen. De vraag dringt zich op in hoeverre de lidstaat hier de financiële lasten draagt. Men zou verwachten dat niet de lidstaat maar direct de EVRM-schendende medeoverheid wordt aangesproken. Dit komt nader aan de orde in Hoofdstuk 6.

Vastgesteld is dat inbreukprocedures waarbij het Comité het EHRM kan verzoeken dwangsommen of forfaitaire bedragen op te leggen, nog niet bestaan onder het EVRM. Wanneer het EHRM Nederland veroordeelt tot het betalen van schadevergoeding of indien Nederland een schikking met de klager bereikt, blijkt dat Buitenlandse Zaken de schikking voldoet waarna dit financieel tussen de betrokken departementen (bijvoorbeeld BZK voor de politie, Justitie voor gevangenisautoriteiten en de rechterlijke macht) wordt afgehandeld en dat onder omstandigheden eveneens afgerekend wordt met de medeoverheid die de schending heeft begaan.

Het EU-recht kent drie procedures met directe financiële implicaties: de inbreukprocedure waarin zowel reparatoire als punitieve sancties kunnen worden opgelegd, de bevoegdheid van de Commissie om de lidstaat te verplichten Europese financiële middelen aan de EU terug te betalen en het leerstuk van lidstaataansprakelijkheid.

De financiële risico's van inbreukprocedures vanwege schending van EU-recht door medeoverheden zijn in de praktijk nauwelijks aanwezig. Nederland is nog nooit veroordeeld ex artikel 260 lid 2 VwEU. De bedragen waarvoor Nederland veroordeeld kan worden (boete en dwangsom) zijn daarentegen zeer aanzienlijk. In 2012 heeft het HvJEU voor het eerst (in ieder geval in meer dan tien jaar) een verdragsschending vastgesteld die toerekenbaar is aan een medeoverheid. Die schending lijkt reeds beëindigd met als gevolg dat deze later evenmin tot een boete- of dwangsomprocedure kan leiden.

De financiële consequenties van onregelmatigheden bij de uitvoering van EU-subsidies in gedeeld beheer zijn vele malen groter. Als 'hoogtepunt' kan de ESF1-affaire worden genoemd. In dat kader dient een onderscheid gemaakt te worden tussen generieke kortingen die de Commissie aan Nederland oplegt vanwege de schending van verplichtingen van Nederlandse controle-organen enerzijds. Deze kortingen worden ten laste gebracht van het betrokken ministerie. Anderzijds worden in concrete projecten kortingen opgelegd die de lidstaat als subsidieverstrekker moet terugvorderen van ontvangers. Doorgaans rust op de lidstaat in dat verband eveneens een financieel risico omdat de lidstaat de reeds verstrekte middelen ofwel moet terugbetalen aan de EU dan wel moet herbesteden binnen het betrokken programma. Succesvolle terugvordering kan deze terugbetalingsverplichting c.q. herbestedingsplicht 'compenseren'. Onder omstandigheden kan een beroep op het vertrouwensbeginsel c.q. rechtszekerheidsbeginsel de succesvolle terugvordering blokkeren waardoor het financiële risico zich realiseert. Een geslaagd beroep op het vertrouwensbeginsel zal echter eerder uitzondering dan regel zijn. Om die reden loopt de lidstaat een relatief klein financieel risico. Medeoverheden die ESF-subsidieontvanger zijn, hebben in het gros van de gevallen geen mogelijkheid tot geslaagd verweer tegen terugvorderingsacties van subsidieverstrekende bestuursorganen. Voor ELGF-, ELFPO- en EFRO-subsidies zijn medeoverheden in de regel geen subsidie-ontvanger maar verstrekker. In zoverre leidt het zeer beperkte vertrouwensbeginsel tot hun voordeel. Wel bestaat in hun relatie tot de minister die met een terugvorderingsbeschikking van de Commissie wordt geconfronteerd grote rechtsonzekerheid over de wijze waarop en de voorwaarden waaronder zal worden verhaald. Een groot knelpunt daarbij is het gebrek aan procesmogelijkheden op EU-niveau voor medeoverheden.

Ook wat *Francoovich*-aansprakelijkheid betreft, zijn de financiële risico's voor medeoverheden als uitvoerders van EU-regelgeving groter dan die van de centrale overheid. *Francoovich*-claims worden immers ingesteld voor de nationale rechter. Particulieren maken een dergelijke procedure aanhangig ten gevolge van – doorgaans – een beschikking of besluit waardoor men schade lijdt. In dat geval kan het zijn dat de uitvoeringshandeling door de medeoverheid gebaseerd is op een gebonden uitvoering van een medebewindstaak. De medeoverheid zal daarbij haar eigenstandige verplichting uit hoofde van *Costanzo* (4 lid 3 VwEU) geschonden hebben teneinde het Unierecht jegens particulieren op een juiste manier ten uitvoer te leggen. De lidstaat echter kan daarbij een richtlijnbeveling onjuist geïmplementeerd hebben. In dat geval kan onderling verhaal aangewezen zijn. Jegens de particulier is op grond van *Francoovich* afdoende dat de geleden schade vergoed wordt. Welke overheid – de centrale dan wel de medeoverheid – die schade vergoedt, regardeert het EU-recht niet. Wel dient als vereiste voor een succesvolle *Francoovich*-actie sprake te zijn van causaal verband tussen de schending en de gestelde schade. Ook dient de betrokken schending voldoende gekwalificeerd te zijn.

## 4 Intermezzo: Nationaal recht: rechtsverhoudingen

### 4.1 INLEIDING

In het eerste deel van dit boek is onderzocht *voor wier* onrechtmatig handelen of nalaten (in de zin van strijdig met EU-recht of EVRM) een lidstaat krachtens EU-recht of EVRM aansprakelijk is (Hoofdstuk 2). Vervolgens is in kaart gebracht *op welke procedurele manieren* een lidstaat uit hoofde van het EU-recht of het EVRM daar nadelige financiële consequenties van kan ondervinden (Hoofdstuk 3).

Uit beide hoofdstukken blijkt dat EVRM- en EU-schendingen van een variëteit aan personen of entiteiten voor rekening komt van de lidstaat. Eveneens is geconcludeerd dat die rekening aanzienlijk kan zijn. Vastgesteld kan worden dat de ‘Europese’ elementen die van belang zijn voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag helder zijn. De ‘nationale’ onderdelen, die centraal staan in Deel II, zijn dat vooralsnog niet. Deel II betreft de vraag hoe de financiële gevolgen van deze schendingen binnen het nationale recht kunnen worden verhaald.

De groep schenders die financiële risico’s in het leven roept, is in Hoofdstuk 2 samengevat onder de noemer ‘(mede)overheden en aan overheden gelieerde entiteiten’. Het doel van Hoofdstuk 2 was het inventariseren van *risico’s* voor de Staat. Teneinde te bepalen welke nationaalrechtelijke verhaalsacties jegens deze groep schenders mogelijk zijn, is een nadere conextbepaling nodig. De vraag dringt zich immers op wat de verhouding naar Nederlands recht is tussen de Staat en deze risicogroep. Dit is het onderwerp van Hoofdstuk 4. Dit hoofdstuk vormt de noodzakelijke brug tussen het ‘Europese’ deel van dit onderzoek en het ‘nationale’ deel. Hierna wordt de inhoud en opbouw van Hoofdstuk 4 nader toegelicht.

Eerst benoem ik kort wat niet in Hoofdstuk 4 zal zijn terug te vinden. Ten eerste is in Hoofdstuk 4 geen nieuw nationaalrechtelijk overheidsbegrip beschreven of uitgedacht dat op basis van de inventarisatie in Hoofdstuk 2 ‘EU- en EVRM-proof’ is. Naast het feit dat dit tot op bepaalde hoogte reeds door anderen is gedaan,<sup>1</sup> is dat voor het doel van dit onderzoek slechts van ondergeschikt belang. Voor het Rijk zal enkel relevant zijn of het zich nationaalrechtelijk kan verhalen op een bepaalde entiteit. Ten tweede geeft Hoofdstuk 4 geen constitutioneel inzicht in of staatsrechtelijke visie op de

---

1 Zie onder meer: Steyger 2003, Steyger 2007 (I) en (II), Steyger 2005, Steyger 2010, Zijlstra 2008 en Zijlstra 2010.



gewijzigde verhouding tussen centraal en decentraal bestuur in de Europese rechtsorde. Ook daartoe zijn al aanzetten gedaan.<sup>2</sup> De vraag dringt zich op wat wel wordt besproken in Hoofdstuk 4.

In Hoofdstuk 4 is vanuit de feitelijke situatie onderzocht wat mogelijke complicaties of aandachtspunten zijn voor de 'Europese' groep risico-schenders in hun verhouding tot de Staat en omgekeerd. Het onderscheid dat in Hoofdstuk 2 is gemaakt tussen '(mede)overheden' en 'aan overheden gelieerde entiteiten' wordt in dit hoofdstuk gehandhaafd. Hier zijn twee redenen voor. Ten eerste bekleden overheden binnen de Europese context een andersoortige positie dan de aan overheden gelieerde entiteiten. Hoewel beide aan Europeesrechtelijke eisen moeten voldoen, rusten op overheden bijzondere extra verplichtingen. Dit zijn de verplichtingen op grond van artikel 94 Gw en de zogenoemde *Costanzo*-verplichting. Op grond daarvan zijn overheden onder omstandigheden gehouden om nationaal recht buiten toepassing te laten ten gunste van Europees recht. In Hoofdstuk 6 en Hoofdstuk 7 zal blijken dat deze verplichting een complicatie kan zijn voor onderling verhaal tussen de Staat en de betreffende overheid. De tweede reden voor het handhaven van het in Hoofdstuk 2 aangebrachte onderscheid is het verhaalsrecht dat is opgenomen in de Wet NErpe. Op grond hiervan beschikt de minister die het aangaat over een verhaalsbevoegdheid op een 'publieke entiteit'. Daaronder vallen, kort gezegd, alle aanbestedingsplichtige diensten. Dit is een scala aan verschillende entiteiten. Aanbestedingsplichtig kunnen onder meer zijn: provincies, gemeenten, waterschappen, politieregio's, universiteiten en academische ziekenhuizen, Kamers van Koophandel, vervoersmaatschappijen zoals de NS en het GVB, energiebedrijven zoals NUON en ENECO, diverse fondsen die vanuit ministeries worden bekostigd zoals het Nederlands fonds voor de film e.d. Vastgesteld kan worden dat het hier legio entiteiten betreft die elk in een andere civielrechtelijke, financiële en constitutionele verhouding staan tot het verhalende orgaan (de minister) c.q. rechtspersoon (de Staat). In de Wet NErpe wordt met deze differentiatie geen rekening gehouden. Dit is begrijpelijk in het licht van de keuze van de wetgever om een algemeen verhaalsrecht te introduceren. De verscheidenheid aan actoren is echter wel de realiteit. Om die reden zal men bij de uitoefening van het verhaalsrecht op problemen kunnen stuiten die terug te voeren zijn op deze verschillende rechtsverhoudingen. Het gaat (ook) het bestek van dit onderzoek te buiten om voor al deze potentiële schenders de 'eigen' rechtsverhouding tot de Staat uit te werken. Door het onderscheid te maken tussen '(mede)overheden' en 'aan overheden gelieerde entiteiten' kan hier wel een aanzet toe worden gegeven. Hoofdstuk 4 is als volgt opgebouwd.

Ten eerste is voor aansprakelijkheid van belang dat een entiteit rechtspersoonlijkheid heeft. Vermogensrechtelijke gevolgen worden in het burgerlijk recht immers toegerekend aan rechtspersonen of natuurlijke personen.

---

2 Zie onder meer: Van der Sluis 2007 en Besselink et al.

Om die reden zal het van belang zijn of de entiteit waarop wordt verhaald ten opzichte van de Staat over eigen rechtspersoonlijkheid beschikt. Aangenomen dat verhaal niet moet leiden tot een zuivere vestzak-broekzak-actie is ten tweede van belang in hoeverre de betreffende entiteit over eigen vermogen beschikt. Draagkracht naar eigen vermogen is een manier om de financiële gevolgen die de Staat vanwege een schending van Europees recht lijdt, daadwerkelijk te kunnen 'compenseren'. Een derde en laatste inzicht dat van belang is voor succesvol verhaal is de mate waarin een minister over toezicht- of andere sturingsbevoegdheden beschikt. Op die manier kan de minister de schending beïnvloeden en wellicht voorkomen dat moet worden verhaald.

In dit Hoofdstuk zullen deze drie factoren achtereenvolgens nader worden toegelicht voor een aantal van de in Hoofdstuk 2 genoemde medeoverheden en aan overheden gelieerde entiteiten (paragrafen 4.3, 4.4 en 4.5). Dit Hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 4.6).

## 4.2 VERHAAL EN RECHTSPERSOONLIJKHEID

### 4.2.1 Inleiding

Alleen rechtspersonen en natuurlijke personen beschikken over vermogen. In het bestuursrecht wordt uitgegaan van organen of ambten en niet van rechtspersonen. Toerekening van vermogensrechtelijke gevolgen vindt echter niet aan organen of ambten plaats maar aan natuurlijke of rechtspersonen. Vastgesteld kan worden dat om deel te nemen aan het vermogensrechtelijke verkeer rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht is vereist (artikel 2:5 BW).

Het BW (er)kent publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen. Beide rechtspersonen beschikken over rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht.<sup>3</sup> Publiekrechtelijke rechtspersonen krijgen in de regel alleen rechtspersoonlijkheid toegekend bij of krachtens de wet (niet zijnde het BW).<sup>4</sup> Artikel 2:1 BW heeft ten aanzien van publiekrechtelijke rechtspersonen twee regimes doen ontstaan: voor bepaalde lichamen, te weten de in artikel 2:1 lid 1 BW genoemde, is rechtspersoonlijkheid een automatisch gevolg. Andere lichamen zo bepaalt artikel 2:1 lid 2 BW bezitten slechts rechtspersoonlijkheid ten gevolge van het bij of krachtens de wet bepaalde.

In deze paragraaf worden zowel publiekrechtelijke als privaatrechtelijke rechtspersonen besproken (paragrafen 4.2.3 respectievelijk 4.2.4). Eveneens wordt ingegaan op verhaal op entiteiten zonder eigen rechtspersoonlijkheid (paragraaf 4.2.5). Niet nader onderzocht zijn natuurlijke personen die aan

3 De kerkgenootschappen laat ik buiten beschouwing.

4 Vgl. Peters 1997, p. 16 alsmede voor de discussie die hierdoor is ontstaan p. 17 e.v.

het vermogensrechtelijk verkeer deelnemen.<sup>5</sup> Deze paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 4.2.6). Alvorens verder in te gaan op publiekrechtelijke rechtspersonen wordt hierna (paragraaf 4.2.2) een korte schets gegeven van de reden van het toekennen van rechtspersoonlijkheid.

#### 4.2.2 *Ratio van rechtspersoonlijkheid*

Naar aanleiding van paragraaf 4.2.1 dringt de vraag zich op waarom de wetgever het ene lichaam rechtspersoonlijkheid toekent en het andere niet.<sup>6</sup> *Ten Berge et al.* hebben hier aandacht aan besteed in hun preadvies voor de NJV.<sup>7</sup> Zij onderscheiden verschillende argumenten voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid.

Ten eerste bespreken *Ten Berge et al.* het argument van de 'vermogensrechtelijke zelfstandigheid' van het lichaam die het door het toekennen van rechtspersoonlijkheid krijgt ten opzichte van de Staat. Eigen vermogen heeft immers tot gevolg dat daarmee naar eigen inzicht kan worden gehandeld. De preadviseurs relativiseren dit argument. Volgens hen is het hebben van 'eigen' rechtspersoonlijkheid geen waarborg voor de zelfstandigheid waarmee het vermogen door de betrokken organen wordt beheerd. Bij de vraag naar vermogensrechtelijke zelfstandigheid komt immers de vraag naar de wijze van financiering aan de orde. *Ten Berge et al.* onderscheiden twee mogelijkheden van financiering. Ten eerste kan een entiteit worden bekostigd via de (rijks)begroting. Ten tweede kan sprake zijn van bekostiging via de eigen middelen. Uiteraard is een combinatie van beide ook mogelijk. In het eerste geval is niet of nauwelijks sprake van vermogensrechtelijke zelfstandigheid. Bij de tweede wijze van financiering is relevant wat de inhoud is van de wettelijke regeling. Daarin kan zijn opgenomen dat positieve baten aan het eind van het jaar terug moeten vloeien naar de schatkist. In dat geval waarborgt de eigen rechtspersoonlijkheid niet dat de gelden ten goede komen van zelf omschreven doelen. Maar ook als de wettelijke regeling bepaalt dat de resterende baten vervallen aan de betreffende organisatie is eigen rechtspersoonlijkheid niet nodig om de eigen beslissingsbevoegdheid te garanderen. *Ten Berge et al.* noemen in dit verband het financieel toezicht dat in alle gevallen vermogensrechtelijke zelfstandigheid beperkt. Aldus concluderen de preadviseurs dat eigen rechtspersoonlijkheid geen één-op-één-garantie is voor vermogensrechtelijke zelfstandigheid.

---

5 Met het Awb-bestuursorgaanbegrip in gedachten ontbreken hier de natuurlijke personen (een b-orgaan heeft immers niet tot een privaatrechtelijke rechtspersoon te behoren). Scheltema wijst in dit verband op de garagehouder die onder een eenmanszaak APK-keuringen verricht: in dat geval vindt de toerekening van de vermogensrechtelijke gevolgen plaats aan de natuurlijke persoon, Scheltema 2005, p. 19. Vooralsnog wordt hiermee volstaan.

6 Zie ook Peters 1997, p. 95-104.

7 *Ten Berge et al.* 2000, p. 31-54, *Zijlstra* 1997, p. 416-417 en 430 en 437. Zie o.m. ook *Bökkerink* p. 293-296 in: *Kortmann et al. (red.)* 1998.

Een ander veel gebruikt argument voor het toekennen van rechtspersoonlijkheid is het vermogen om privaatrechtelijke rechtshandelingen te verrichten. Voor het sluiten van gewone overeenkomsten – bijvoorbeeld koop of huur – lijkt dit inderdaad een goed argument. De preadviseurs wijzen er op dat voor een groot deel van het overeenkomstenrecht geen ‘eigen’ rechtspersoonlijkheid is vereist. Men kan immers krachtens de wet de bevoegdheid hebben om deel te nemen aan het privaatrechtelijk verkeer door ‘namens’ de Staat of een andere rechtspersoon te handelen. Bovendien kan het bestaande bestuurlijk toezicht de eigen privaatrechtelijke bevoegdheden aanzienlijk beperken. Dit geldt ook voor het in beginsel wel belangrijke argument dat overheden ook civielrechtelijk tegen elkaar moeten kunnen procederen op grond van vermogensrechtelijke aanspraken. Een vereiste hiervoor is dat duidelijk is tot welke rechtspersoon het orgaan behoort. Bekend voorbeeld is dat van de Plaatselijke Commissie van ruilverkaveling.<sup>8</sup> De Hoge Raad bepaalde dat deze commissie niet over eigen rechtspersoonlijkheid beschikte. Aangezien de toenmalige Ruilverkavelingswet (1954) evenmin een bepaling bevatte op grond waarvan een Plaatselijke Commissie op eigen naam kon worden aangesproken op grond van onrechtmatige daad, kon de commissie volgens de Hoge Raad niet in rechte worden betrokken (r.o. 4.2). De annotator concludeert dat deze uitspraak van de Hoge Raad tot ‘een zeer onbevredigend’ resultaat leidt. De vraag dringt zich op welke entiteit wel aansprakelijk is voor onrechtmatige daden van een Plaatselijke Commissie. De Hoge Raad verschaft hierover geen duidelijkheid in zijn uitspraak. Uit een arrest van tien jaar later (in 1994) blijkt dat de Plaatselijke Commissie moet worden beschouwd als orgaan van de rechtspersoon de Staat.<sup>9</sup>

Volgens *Ten Berge et al.* is het enige valide argument voor het toekennen van eigen rechtspersoonlijkheid de aansprakelijkheid en draagplicht ten laste van het eigen vermogen van de betreffende rechtspersoon. Immers wanneer geen eigen rechtspersoonlijkheid zou bestaan, zou de Staat de financiële gevolgen dragen voor alle bestuurshandelingen van een orgaan waardoor de (toezichts)bevoegdheden van ministers op deze organen zouden moeten toe- in plaats van afnemen. Eigen rechtspersoonlijkheid maakt dat dergelijke lasten voor eigen rekening kunnen komen. Voor de vraag of entiteiten zich onderling op elkaar kunnen verhalen, zal eigen rechtspersoonlijkheid dus ook een eerste onderscheidend criterium moeten zijn. Zo niet, dan loopt men op tegen de grenzen van het burgerlijk (proces)recht. Wat het materiële

---

8 HR 10 februari 1984, NJ 1985, 102, m.nt. M. Scheltema.

9 HR 2 september 1994, NJ 1995, 660 m.nt. R.A. Morzer Bruyns: bevestigd wordt dat aan de Plaatselijke Commissie geen rechtspersoonlijkheid is toegekend maar dat de Plaatselijke Commissie aangemerkt moet worden als een orgaan van de Staat met als gevolg dat onrechtmatige daden van deze commissie moeten worden toegerekend aan de Staat. Daarbij overweegt de Hoge Raad (r.o. 4.1) dat indien dat niet het geval zou zijn ‘ter zake van feiten als hier gesteld in het geheel geen schadevergoeding zou kunnen worden gevorderd, welk resultaat moeilijk te aanvaarden zou zijn’.

civiele recht betreft, herinner ik eraan dat artikel 2:5 BW bepaalt dat rechtspersonen voor wat het vermogensrecht betreft zijn gelijkgesteld aan natuurlijke personen, tenzij uit de wet iets anders voortvloeit (bepaalde rechten van natuurlijke personen kunnen *eo ipso* niet aan een rechtspersoon toekomen). Voor zover de wet dus niet anders bepaalt, zijn rechtspersonen zelfstandig drager van rechten en verplichtingen. Onrechtmatige daden die in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de rechtspersoon gelden, leveren een onrechtmatige daad op van die rechtspersoon.<sup>10</sup> Voorts bepaalt artikel 1:1 lid 4 Awb dat de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan de rechtspersoon waartoe dat orgaan behoort, treft. Verhaal of regres in de zin van artikel 6:162 BW of 6:10 BW binnen één rechtspersoon is in dit licht naar mijn mening niet mogelijk. Analoog hieraan raakt dit de grens van het burgerlijk procesrecht. De bevoegdheid om als partij in het burgerlijk (proces)recht op te treden komt in beginsel alleen toe aan natuurlijke personen en rechtspersonen.<sup>11</sup> Slechts bij uitzondering kan een orgaan 'als zodanig' worden gedagvaard naast of in plaats van de Staat wanneer dit orgaan 'als zodanig' eigen rechten c.q. verplichtingen heeft. Daarvoor moeten dan wel (duidelijke) aankopingspunten in de wet zijn.<sup>12</sup> Ten aanzien van de 'Ontvanger' in het kader van de invordering van rijksbelastingen en het OM heeft de burgerlijke rechter dit aangenomen.<sup>13</sup> Wanneer de wet daarvoor geen duidelijke aankopingspunten biedt, is die ruimte er niet en kan alleen de rechtspersoon als partij in geding worden betrokken.

Zoals vastgesteld in paragraaf 4.2.1 kent ons recht publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen. Hierna wordt op beide rechtspersonen nader ingegaan in paragraaf 4.2.3 respectievelijk 4.2.4.

---

10 HR 6 april 1979, Knabbel en Babbel, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner, *AB* 1979, 356 m.nt. J.R. Stellinga en *RvdW* 1979, nr. 59.

11 HR 25 november 1983, *NJ* 1984, 297 m.nt. W.H. Heemskerk.

12 In HR 25 november 1983, *NJ* 1984, 297 m.nt. W.H. Heemskerk was de Minister van Onderwijs en Wetenschappen als zodanig als partij in kort geding gedaagd. In het Rechtspositiebesluit WVO zag de Hoge Raad geen aankopingspunten om van de hoofdregel af te wijken. Zie ook de noot van W.H. Heemskerk bij Pres. Rb. 22 april 1983, *NJ* 1984, 67.

13 Zie voorts HR 31 januari 2003, *NJ* 2003, 213, m.nt. W.H. Heemskerk. Onder verwijzing naar artikel 3 lid 3 Invorderingswet 1990 en de parlementaire geschiedenis daaromtrent overweegt de Hoge Raad dat de wetgever juist een einde heeft willen maken aan de onzekerheid over de vraag wie moet worden gedagvaard in dit soort geschillen: de Staat of de Ontvanger. In artikel 3 lid 3 IW 1990 heeft de wetgever volgens de Hoge Raad expliciet gekozen voor de Ontvanger. In dat geval kan de Ontvanger dus 'als zodanig' in rechte worden betrokken. Zie eveneens: HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 102 m.nt. J.W. Zwemmer. Voor een ander geval, zie: Hof 's-Gravenhage 26 februari 1982, *NJ* 1984, 66. In deze zaak was de Hoofdofficier van Justitie naast de Staat 'als zodanig' gedagvaard. Volgens het Hof is hier ruimte voor een uitzondering. Het Openbaar Ministerie heeft in het licht van artikel 552 Wetboek van Strafvordering (Sv) bij de tenuitvoerlegging van rechterlijke uitspraken een eigen verplichting heeft die maakt dat men op eigen naam in rechte (dus als partij) kan worden betrokken. Zie tot slot de noot van J.B.J.M. ten Berge bij HR 28 maart 1997, *NJ* 1998, 418.

#### 4.2.3 Publiekrechtelijke rechtspersonen

Zoals hiervoor opgemerkt, (er)kent het BW publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtspersonen. Die rechtspersonen beschikken over rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht.<sup>14</sup> De term publiekrechtelijke rechtspersoon heeft in beginsel<sup>15</sup> betrekking op de *aard van het lichaam*. Dat is publiekrechtelijk wanneer de interne regeling en organisatie van de rechtspersoon wordt beheerst door regels van het publiekrecht.<sup>16</sup> De instelling en interne organisatie van een private rechtspersoon wordt bepaald door het BW. Teneinde deel te nemen aan het vermogensrechtelijke verkeer moeten beide (dus ook de publiekrechtelijke rechtspersoon) beschikken over rechtspersoonlijkheid (in privaatrechtelijke zin).<sup>17</sup>

De verschillende soorten privaatrechtelijke rechtspersonen staan limitatief opgesomd in artikel 2:3 BW.<sup>18</sup> Dit is niet het geval voor publiekrechtelijke rechtspersonen. Toch is ook hier sprake van een gesloten systeem. Publiekrechtelijke rechtspersonen krijgen in de regel alleen rechtspersoonlijkheid toegekend bij of krachtens de wet (i.e. niet het BW).<sup>19</sup> Artikel 2:1 BW kent twee regimes. Enerzijds is rechtspersoonlijkheid voor lichamen die zijn genoemd in artikel 2:1 lid 1 BW een automatisch gevolg. Anderzijds bepaalt lid 2 dat andere lichamen<sup>20</sup> slechts rechtspersoonlijkheid bezitten ten gevolge van het bij of krachtens de wet bepaalde. Dat wil zeggen dat de publiekrechtelijke wet rechtspersoonlijkheid kan toekennen aan entiteiten.<sup>21</sup> Als dat is gebeurd (en het lichaam voert een deel van een overheidstaak uit<sup>22</sup>) dan heeft dat lichaam tevens rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht.<sup>23</sup> Het toekennen van rechtspersoonlijkheid bij publiekrechtelijke wet kan individueel

14 De kerkgenootschappen laat ik buiten beschouwing.

15 Zie voor nuancering van deze stelling: later in dit Hoofdstuk.

16 Zie Peters 1997, p. 36 en 44 e.v.

17 Zie hierover Ackermans-Wijn 1989, p. 6 en Van Rossum 2000, p. A.II.1-2 in: Van Acht et al. 1995.

18 Daar gelaten dat enkele bijzondere rechtspersonen nader in de wet worden genoemd: bijvoorbeeld de Vereniging van Eigenaars (VVE) die ex artikel 5:124 lid 1 BW rechtspersoonlijkheid bezit.

19 Vgl. Peters 1997, p. 16 alsmede voor de discussie die hierdoor is ontstaan p. 17 e.v.

20 De term 'andere lichamen' die wordt gebruikt in artikel 2:1 lid 2 BW omvat meer entiteiten dan alleen 'openbare lichamen'. Zie Ackermans-Wijn 1989, p. 13-14, Peters 1997, p. 56 en Scheltema & Scheltema, p. 40.

21 Zie o.m. Ackermans-Wijn 1989, p. 17.

22 Ackermans-Wijn 1989, p. 14. Zie ook Peters 1997 hieromtrent p. 58-59: Een overheidstaak kan bestaan 'in verordenende en besturende bevoegdheid, maar ook in het innen of uitgeven van overheids gelden of andere zuiver administratieve werkzaamheden'.

23 In de praktijk wordt een lichaam dat bij publiekrechtelijke wet met rechtspersoonlijkheid bekleed, geacht een deel van de overheidstaak te verrichten. Zie in dit verband Ackermans-Wijn 1989, p. 14 en 15. Als voorbeeld noemt hij de orden van advocaten in de arrondissementen. Zie voor kritiek daarop Scheltema & Scheltema, p. 43.

of categoriaal gebeuren.<sup>24</sup> In het eerste geval wordt rechtspersoonlijkheid toegekend aan een bepaalde (met naam genoemde) organisatie: zoals het geval is bij het Commissariaat voor de Media (artikel 7.1, tweede lid Mediawet 2008). In het tweede geval kiest de wetgever ervoor om organisaties met een bepaalde structuur (met andere woorden een abstracte vorm) rechtspersoonlijkheid toe te kennen. Voorbeelden van deze laatste categorie zijn de Kamers van Koophandel (artikel 3 lid 1 Wet op de kamers van koophandel en fabrieken 1997), de politieregio's (artikel 21 Politiewet verdeelt het Nederlandse grondgebied in 25 politieregio's die ex lid 3 elk op zich rechtspersoonlijkheid bezitten),<sup>25</sup> de plusregio's (Hoofdstuk XI Wgr)<sup>26</sup>, de academische ziekenhuizen en de lokale orden van advocaten (artikel 17 lid 3 Advocatenwet).<sup>27</sup> Bij deelgemeenten of stadsdelen (ex artikel 87 Gemeentewet) heeft de wetgever er uitdrukkelijk niet voor gekozen om categoriaal rechtspersoonlijkheid toe te kennen.<sup>28</sup> Zowel Rotterdam als Amsterdam kennen (nog) deelgemeenten die in beide gevallen niet beschikken over 'eigen' rechtspersoonlijkheid. Een verhaalsactie van de minister zal daarmee de desbetreffende gemeente (Rotterdam c.q. Amsterdam) in haar vermogensrechten treffen.

- 
- 24 Expliciete toekenning is evenmin vereist: toekenning kan ook uit andere bepalingen uit de publiekrechtelijke wet volgen: zie Ackermans-Wijn 1989, p. 17. Aangetekend zij dat dit niet de voorkeur verdient: zie Aanwijzing 124d van de Aanwijzingen voor de regelgeving.
- 25 Dit zal in de toekomst wijzigen met dien verstande dat de politieregio's worden opgeheven en er één nationale politie (landelijk politiekorps) ontstaat met eigen rechtspersoonlijkheid. De Politiewet 2012 treedt in werking per 1 januari 2013 (*Stb.* 2012, 317). De korpschef wordt benoemd door de minister van Veiligheid en Justitie (artikel 28 lid 1 Politiewet 2012) en voert het beheer over de politie (artikel 27 lid 1 Politiewet 2012). De minister is bevoegd tot het geven van algemene en bijzondere aanwijzingen (artikel 31 Politiewet 2012). Zie uitgebreider over de Politiewet 2012: Hennekens 2011 (I), Koopman 2012 (I) en Koopman 2012 (II).
- 26 Zoals de stadsregio Amsterdam die een samenwerking behelst van 16 gemeenten bestaat: Aalsmeer, Amstelveen, Amsterdam, Beemster, Diemen, Edam-Volendam, Haarlemmermeer, Landsmeer, Oostzaan, Ouder-Amstel, Purmerend, Uithoorn, Waterland, Wormerland, Zaanstad en Zeevang. Overigens maakt de Wgr tal van samenwerkingen mogelijk: zo ook tussen waterschappen, tussen gemeenten en provincies, zelfs deelname van het Rijk aan samenwerking behoort tot de mogelijkheden. Ook kan gewezen worden op andere mogelijkheden van samenwerking waarbij geen sprake is van rechtspersonen, zoals de instelling van een gemeenschappelijk ambt en ten tweede de samenwerkingsvorm waarin het bestuur van één van de participerende openbare lichamen de bevoegdheden uitoefent. Zie hiervoor artikel 8 Wgr. Zie ook Kortmann 2005, p. 546 die nog een derde vorm onderscheidt die niet genoemd wordt in artikel 8 Wgr: de samenwerkingsvorm 'zonder dat er taken of bevoegdheden op een ander ambt overgaan.'
- 27 Zie voor een uitgebreid overzicht Ackermans-Wijn 1989, p. 21 en de daar genoemde nadere literatuur.
- 28 Zie hiervoor: *Kamerstukken II* 1989/90, 19 403, nr. 16, p. 25: 'Het toekennen van rechtspersoonlijkheid aan deelraden komt ons ongewenst voor. In feite zou dat betekenen dat een nieuwe (zelfstandige) decentrale bestuurslaag in het leven wordt geroepen, die voor wat betreft de omvang van bevoegdheden afhankelijk is van delegatie door de overkoepelende gemeente.'

Zoals te verwachten valt, is de praktijk soms weerbarstiger dan het (systeem van het) BW. Zo bepaalt artikel 17 lid 3 van de Advocatenwet dat de Nederlandse Orde van Advocaten (NOVA) rechtspersoonlijkheid bezit. Dat duidt op een artikel 2:1 lid 2 BW-situatie. Artikel 17 lid 1 van de Advocatenwet bepaalt echter dat de NOVA een openbaar lichaam is waaraan verordende bevoegdheid is toegekend ex artikel 28 Advocatenwet. Met andere woorden een artikel 2:1 lid 1 BW-situatie. Dat maakt artikel 17 lid 3 Advocatenwet in feite overbodig.<sup>29</sup> Een ander voorbeeld waaruit blijkt het systeem van de wet niet altijd zaligmakend is, is de instelling van de Nederlandse Bank N.V. Zo bepaalde de Bankwet 1948 dat de Nederlandsche Bank (DNB) een naamloze vennootschap is, terwijl deze krachtens bijzondere wet is opgericht en daarmee een publiekrechtelijke rechtspersoon in de zin van artikel 2:1 lid 2 BW.<sup>30</sup>

#### 4.2.4 *Privaatrechtelijke rechtspersonen*

Tot op heden zijn alle besproken entiteiten publiekrechtelijke rechtspersonen geweest. Uiteraard kan de Staat zich eveneens verhalen op privaatrechtelijke rechtspersonen. Voorbeelden hiervan zijn DNB, de Stichting Nederlandse Publieke Omroep (NPO voorheen: NOS) of de Nederlandse Spoorwegen (NS).

Om met de eerste te beginnen: DNB is een zogenoemde fulltime zbo.<sup>31</sup> Dat wil zeggen een zbo die zuiver en alleen zijn openbaar gezag-taken uitvoert en daarnaast geen andere activiteiten verricht (parttime zbo's)<sup>32</sup>. Behalve DNB zijn het CBR, de Stichting Waarborgfonds Eigen Woning en het Waarborgfonds Motorverkeer voorbeelden van fulltime zbo's.<sup>33</sup> De privaatrechtelijke rechtspersoon waartoe het fulltime zbo behoort, is in de regel een staatsdeelneming. Zo ook DNB. Parttime zbo's zijn onder meer de ANBW, het NMI, de NPO en de APK-garagehouders.<sup>34</sup>

Hoewel de Kaderwet zbo's het uitgangspunt huldigt dat alleen zbo's met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid met openbaar gezag worden bekleed, bevat de Kaderwet in artikel 4, tweede lid, daarop een uitzondering: bij de wet, krachtens de wet bij Amvb of krachtens de wet bij ministeriële regeling kan een orgaan van een privaatrechtelijke rechtspersoon ook met openbaar gezag worden bekleed, mits

'dat bijzonder aangewezen moet worden geacht voor de behartiging van het daarmee te dienen openbaar belang en er voldoende waarborgen zijn dat de uitoefening ervan onafhankelijk van de overige bestaande en toekomstige activiteiten van die organisatie kan geschieden.'

29 Zie o.m. Peters 1997, p. 62 en Ackermans-Wijn 1989, p. 24 e.v.

30 Zie Ackermans-Wijn 1989, p. 24 e.v. en Scheltema & Scheltema, p. 45 e.v.

31 Commissie Dijkstal 2006, p. 6.

32 Commissie Dijkstal 2006, p. 6.

33 Zie voor een volledige opsomming bijlage 1 bij Commissie Dijkstal 2006.

34 Zie voor een volledige opsomming bijlage 1 bij Commissie Dijkstal 2006.



Geconcludeerd kan worden dat DNB voor het merendeel openbaar gezags-taken uitvoert. De NPO verricht daarentegen vooral feitelijke werkzaamheden.<sup>35</sup> Alleen ten aanzien van de zendtijdindeling oefent de NPO openbaar gezag uit (artikel 2.53 Mediawet 2008).<sup>36</sup> Openbaar gezag omschrijft *Zijlstra* als volgt:<sup>37</sup>

‘de bevoegdheid publiekrechtelijke rechtshandelingen te verrichten, dat wil zeggen de publiekrechtelijke bevoegdheid om eenzijdig de rechtspositie (de rechten en/of verplichtingen) van andere rechtssubjecten vast te stellen.’

Daarbij tekent *Zijlstra* aan dat deze bevoegdheid niet gelijkgesteld kan worden aan de publiekrechtelijke bevoegdheid tot het nemen van besluiten omdat daaraan het schriftelijkheidsvereiste kleeft, terwijl dit geen voorwaarde is voor publiekrechtelijke rechtshandelingen. Op basis van de jurisprudentie kan een entiteit op drie manieren bekleed worden geacht met openbaar gezag.<sup>38</sup>

Ten eerste kan openbaar gezag *bij de wet of krachtens de wet bij Amvb of bij ministeriële regeling* zijn toegekend aan een orgaan (dus door middel van attributie of delegatie van een bepaalde publiekrechtelijke bevoegdheid). Dat is bijvoorbeeld gebeurd bij DNB (artikel 4 Bankwet) en de Stichting AFM (artikel 40 Wet toezicht effectenverkeer 1995).<sup>39</sup>

Ten tweede kan sprake zijn van buitenwettelijk openbaar gezag.<sup>40</sup> Dan betreft het ‘een taak welke de overheid aan zich heeft getrokken’ en die de overheid ‘door de rechtspersoon of haar organen met overheidsgelden’ bekostigt.<sup>41</sup> Dit wordt ook wel de ‘publieke taak’ genoemd.<sup>42</sup> Het betreft hier dus een formeel criterium: niet relevant is of de taak ook materieel een overheidstaak is. Of daarvan sprake is, hangt af van enkele cumulatieve criteria. *Zijlstra* noemt de volgende.<sup>43</sup> In de eerste plaats moet sprake zijn van ‘presterend’ bestuur (verstrekken van uitkeringen of andere voorzieningen (kan ook

35 Zie artikel 2.2. Mediawet 2008.

36 De Kaderwet zbo is niet van toepassing op NPO vanwege de ‘kleine’ zbo-taak (*Kamerstukken II 2007/08*, 25 268, nr. 50, p. 2).

37 *Zijlstra* 2008.

38 Zie voetnoot 9 van *Zijlstra* 2008. Zie eveneens Ten Berge et al. 2000, p. 248.

39 Zie ook artikel 1 onder a van de Kaderwet zbo’s.

40 Op grond van artikel 1 onder a Kaderwet zbo’s is hiervoor ten aanzien van zbo’s die onder de Kaderwet vallen geen ruimte.

41 o.m. *Zijlstra* 2009, p. 49.

42 Wanneer een taak geacht kan worden ‘publiek’ te zijn, is daarmee niet gezegd. Vermeulen beschrijft het concept publieke taak als politiek-normatieve categorie, Vermeulen, p. 20-30 in: Sap et al. (red.) 2003. Maar: de publieke taak *sec* is onvoldoende om een orgaan te kwalificeren als bestuursorgaan in de zin van de Awb. Zie ook Van Ommereen p.137-148 in: Sap et al. (red.) 2003 die het ‘publieke taak-criterium’ bespreekt zowel ten behoeve van het bestuursorgaan- als het besluitbegrip.

43 ABRvS 30 november 1995, *JB* 1995, 337 en *AB* 1996, 136. *Zijlstra* 2008, p. 22. Dit op basis van jurisprudentie. Zie Peters 2004, p. 72-75 voor de criteria en een beschrijving van ‘afwijkende’ jurisprudentie op dit punt.

in natura)) waarbij in feite sprake is van een 'doorgeefluik'. In de tweede plaats moet de overheid de taak aan zich hebben getrokken. In de derde plaats is de financiering van de taak in overwegende mate of geheel gedaan door de overheid (financiële relatie). En in de vierde plaats heeft 'de overheid' inhoudelijk zeggenschap over de criteria op grond waarvan verstrekkingen of vergoedingen worden uitgekeerd (inhoudelijke relatie). Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, is een bestuursorgaan ook bij afwezigheid van een daartoe strekkend wettelijk voorschrift bekleed met openbaar gezag. In dit geval is sprake van een Stichting Silicose<sup>44</sup>-situatie.<sup>45</sup>

Ten derde kan openbaar gezag geacht worden te bestaan ten aanzien van ambtenaren. Dit is de meest beperkte vorm van openbaar gezag. In deze gevallen is doorgaans sprake van een stichting of vereniging waarop overwegende *institutionele* overheidsinvloed bestaat met als gevolg dat de werknemers van die stichting of vereniging aangemerkt moeten worden als ambtenaren. De desbetreffende rechtspersoon wordt dan tot de 'openbare dienst' in de zin van de Ambtenarenwet gerekend maar geldt niet als bestuursorgaan in de zin van artikel 1:1 Awb. Teneinde te beoordelen of hiervan sprake is, onderscheidt *Zijlstra* vier cumulatieve criteria.<sup>46</sup> Ten eerste zal – al dan niet indirect – overwegende overheidsinvloed moeten bestaan op de samenstelling en de benoeming van het bestuur. Ook – ten tweede – bestaat een dergelijke invloed op de financiën van de betreffende entiteit. Ten derde laat de overheid haar invloed gelden ten aanzien van het personeelsbeleid. Ten vierde geldt dat voor bepaalde besluiten de goedkeuring is vereist van de overheid. Ook de hier genoemde voorwaarden zijn 'formeel'. Inhoudelijk bezien, hoeft geen sprake te zijn van overheidstaken.

Naast privaatrechtelijke rechtspersonen wier organen op enigerlei wijze zijn bekleed met openbaar gezag, kan eveneens sprake zijn van privaat- of publiekrechtelijke rechtspersonen die een wettelijke taak uitvoeren (zonder dat sprake is van openbaar gezag). Dergelijke entiteiten noemt men 'rechtspersonen met een wettelijke taak' kortweg: rwt's.<sup>47</sup> Rwt's beschikken dus altijd over publiek- dan wel privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid. De KB en de academische ziekenhuizen zijn voorbeelden van rwt niet-zbo's met publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid. Voorbeelden van privaatrechtelijke rwt niet-zbo's zijn Prorail, de woningbouwcorporaties en de publieke omroep (omroepvereniging). Overigens is ongeveer 80% van de zbo's tevens rwt.

44 Hierbij past een kanttekening: verschillende auteurs wijzen er op dat dit niet de uitspraak is waarin voor het eerst dergelijke overwegingen werden gebruikt, zie Peters 2004, p. 69-70 en *Zijlstra* 2008, p. 20-23.

45 Zie in dit verband ook Van Ommeren p. 137-148 in: Sap et al. (red.) 2003 die het 'publieke taak-criterium' bespreekt zowel ten behoeve van het bestuursorgaan- als het besluitbegrip.

46 *Zijlstra* 2008, p. 29.

47 Zie de website van de Algemene Rekenkamer voor een overzicht van alle rwt's: <[http://www.rekenkamer.nl/Actueel/Dossiers/B/Bestuur\\_op\\_afstand/Wat\\_is\\_een\\_rechtspersoon\\_met\\_een\\_wettelijke\\_taat/Overzicht\\_met\\_rechtspersonen\\_met\\_een\\_wettelijke\\_taat\\_RWT](http://www.rekenkamer.nl/Actueel/Dossiers/B/Bestuur_op_afstand/Wat_is_een_rechtspersoon_met_een_wettelijke_taat/Overzicht_met_rechtspersonen_met_een_wettelijke_taat_RWT)>

Tot slot kan worden gewezen op een categorie entiteiten die over privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid beschikken en kunnen worden aangeduid als aan overheden gelieerde entiteiten. Dit zijn entiteiten waarvan de Staat of een andere overheid (enig) aandeelhouder is, die zelf geen openbaar gezag uitoefenen maar nutsbedrijf zijn of concessiehouder. Doorgaans betreft het B.V.'s of N.V.'s. De NS N.V. is hier een voorbeeld van.

#### 4.2.5 Verhaal op entiteiten zonder 'eigen' rechtspersoonlijkheid

Het kan zijn dat de entiteit waarop wordt verhaald, niet over 'eigen' rechtspersoonlijkheid beschikt. Voor regres of verhaal als juridische vordering loopt men in dat geval tegen de grenzen van ons burgerlijk (proces)recht op. Uiteraard is het financieel mogelijk dat binnen één rechtspersoon verschillende geldstromen lopen en financiële aanspraken kunnen bestaan – zo bevat de rijksbegroting uiteraard per ministerie een deelbegroting<sup>48</sup> met alle gevolgen van dien – maar wanneer men zich via een actie uit artikel 210 Rv of via artikel 6:162 BW wil verhalen op een andere entiteit dan zal dit alleen kunnen tussen verschillende rechtspersonen c.q. natuurlijke personen zoals in paragrafen 4.2.1 en 4.2.2 is beschreven.

Als organen zonder eigen rechtspersoonlijkheid kunnen op hoofdlijnen worden onderscheiden: zbo's die deel uitmaken van de Staat (apart opgenomen in elke deelbegroting), baten-lastendiensten (idem) en de gerechten (deelbegroting van Justitie).

Baten- en lastendiensten<sup>49</sup> (agentschappen) zijn departementsonderdelen die, in plaats van extern te verzelfstandigen, wat betreft het financieel beheer (resultaatgericht management) intern verzelfstandigd zijn. De volle ministeriële verantwoordelijkheid is daardoor intact gebleven.<sup>50</sup> Van deze mogelijkheid die de Comptabiliteitswet bood, is veel gebruik gemaakt ten aanzien van, bijvoorbeeld, uitvoeringsorganisaties zoals inspecties. De rijksbegroting bevat per ministerie aparte beleidsartikelen ten aanzien van de baten-lastendiensten.<sup>51</sup>

48 Zie voor de gehele begroting: <<http://www.rijksbegroting.nl/>>.

49 Zie in dit verband: Hofman 2007, p. 86 e.v.

50 *Kamerstukken II 1999/00, 26 974, nr. 3, p. 6.*

51 De begroting van 2009 geeft het volgende beeld. Voor het ministerie van Algemene Zaken is dit de baten-lastendienst Publiek en Communicatie; in de deelbegroting van BuZa is een agentschapsparagraaf opgenomen waarin het Centrum tot Bevordering van de Import uit ontwikkelingslanden (CBI) wordt genoemd; bij V&W kunnen worden onderscheiden: Rijkswaterstaat, de Inspectie Verkeer en Waterstaat en het KNMI; bij EZ onderscheidt men SenterNovem, EVD internationaal ondernemen en samenwerking, het Octrooiencentrum Nederland en het Agentschap Telecom; LNV noemt de Algemene Inspectie Dienst (AID); het Agentschap SZW is opgenomen als baten- en lastendienst van SZW alsmede de Inspectie Werk en Inkomen; Voor VWS worden het agentschap College ter Beoordeling van Geneesmiddelen (aCBG), het Centraal Informatiepunt Beroepen Gezondheidszorg (CIBG), het Rijksinstituut voor Volksgezondheid en Milieu (RIVM) en het Nederlands Vaccin Instituut (NVI) genoemd.

#### 4.2.6 Conclusie paragraaf 4.2

In deze paragraaf is aandacht besteed aan het al dan niet beschikken over eigen rechtspersoonlijkheid van de overtredende entiteit. Onderscheiden is tussen publiekrechtelijke rechtspersonen, privaatrechtelijke rechtspersonen en diensten die tot de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat behoren.

Wat entiteiten met eigen rechtspersoonlijkheid betreft, kan onderscheid worden gemaakt tussen entiteiten die bekleed zijn met openbaar gezag en entiteiten die dat niet zijn maar bijvoorbeeld wel zijn belast met een wettelijke taak zoals zogenoemde rwt's en/of die nutsbedrijf of concessiehouder zijn. De eerste groep zal 'overheid' zijn. De tweede kan geacht worden te vallen onder de omschrijving 'andere personen of entiteiten die wat betreft bepaalde verdragsverplichtingen aan een overheid gelijk worden gesteld.' Eén van die verdragsverplichtingen is bijvoorbeeld de aanbestedingsplicht.

Een tweede factor die van belang is bij de vraag naar onderling verhaal is in welke mate de entiteit waarop wordt verhaald over eigen middelen beschikt. Die factor wordt aangeduid als de financiële verhouding of de wijze van bekostiging van de entiteit.

### 4.3 VERHAAL EN DE WIJZE VAN BEKOSTIGING (FINANCIËLE VERHOUDING)

#### 4.3.1 Inleiding

Een tweede factor die van belang is voor verhaal op entiteiten is de draagkracht naar eigen vermogen. In deze paragraaf wordt om die reden aandacht besteed aan de financierings- of wijze van bekostiging van enkele entiteiten. Daaruit blijkt in de regel of en zo ja, welke financiële verhouding bestaat tussen het Rijk en de betreffende entiteit. In deze paragraaf wordt achtereenvolgens een korte toelichting gegeven op provincies en gemeenten (paragraaf 4.3.2), waterschappen (4.3.3) en op zbo's en rwt's waaronder enkele aan een overheid gelieerde entiteiten zoals nutsbedrijven (4.3.4). In paragraaf 4.3.5 formuleer ik enkele conclusies met betrekking tot deze paragraaf.

#### 4.3.2 Provincies en gemeenten

De financiële verhouding tussen gemeenten (aantal: 441) respectievelijk provincies (aantal: 12) en het Rijk is een zeer oude en kent verschillende financiële stromen.<sup>52</sup>

---

52 Advies Rfv 26 maart 2009, 'Naar een herijking van de financiële verhouding tussen Rijk en provincies,' p. 17.

Uiteraard beschikken provincies en gemeenten over eigen middelen. De inkomsten die via uitkeringen van het Rijk ter beschikking worden gesteld, vormen echter veruit de grootste inkomstencomponent. De eigen middelen maken ongeveer 30% (provincie) c.q. 20% (gemeente) uit van de totaal te besteden middelen.<sup>53</sup> Sommige auteurs spreken in dit verband wel van de 'zilveren leiband' waaraan lokale overheden lopen.<sup>54</sup> Hierna worden beide inkomstenbronnen nader besproken. Daarbij zij opgemerkt dat gemeenten tevens aanspraak kunnen maken op subsidies van rijkswege of op financiële middelen van provincies.<sup>55</sup> Provincies kunnen eveneens aanspraak maken op subsidies. Op deze inkomsten zal worden ingegaan ná de bespreking van de eigen middelen en de uitkeringen afkomstig van het Rijk.

Onder de 'algemene middelen' die een provincie c.q. gemeente ter beschikking staan, vallen ten eerste de eigen inkomsten. Provincies genereren eigen inkomsten via de opcenten op de motorrijtuigenbelasting en via dividenden en rentes.<sup>56</sup> Onder de eigen inkomsten van een gemeente vallen onder meer inkomsten uit belastingen die gemeenten mogen innen,<sup>57</sup> uit dividenden uit aandelen in nutsbedrijven, uit erfpacht en verhuur alsmede inkomsten uit heffingen en retributies. Het tweede onderdeel van de algemene middelen wordt gevormd door het Gemeente- respectievelijk Provinciefonds.<sup>58</sup> Dit zijn bijdragen die gemeenten of provincies van het Rijk ontvangen. Deze uitkeringen moeten worden onderscheiden van andere uitkeringen van het Rijk die worden aangeduid als specifieke uitkeringen (i.e. uitkeringen afkomstig van vakministeries). Het grote verschil tussen deze beide uitkeringen is dat provincies en gemeenten specifieke uitkeringen moeten besteden zoals door het Rijk (de betreffende vakminister) voorgeschreven. Middelen uit het Gemeente- of Provinciefonds mogen met inachtneming van wet- en regelgeving vrij worden besteed: die behoren

---

53 Om precies te zijn 29%: zie Advies Rfv van 23 april 2009, 'Naar een herijking van de financiële verhouding tussen Rijk en provincies,' p. 21 (tabel 2.1) en Van der Pot 2006, p. 875.

54 Stevens in De Groot & Poppelaars 1993 (p. 22).

55 Zo ontvangen provincies bijvoorbeeld specifieke uitkeringen in het kader van de ISV (Investeringsprogramma Stedelijke Vernieuwing) die weer verdeeld worden onder gemeenten. De steden die behoren tot de 31 grote steden van Nederland ontvangen de ISV-gelden rechtstreeks van het Rijk: zo bijvoorbeeld worden de Vogelaarwijken aldus (mede) gefinancierd.

56 Advies Rfv 23 april 2009, 'Naar een herijking van de financiële verhouding tussen Rijk en provincies,' p. 21.

57 Artikel 132 lid 6 Grondwet bepaalt dat de wet bepaalt welke belastingen door de besturen van provincies en gemeenten mogen worden geheven. Met de wet worden bijzondere wetten en de Provincie- c.q. Gemeentewet bedoeld. Voor wat betreft de provincie bepalen artikelen 221 t/m 223 Provinciewet welke belastingen mogen worden geheven. Artikelen 220 t/m 229 Gemeentewet bepalen welke belastingen gemeenten mogen heffen.

58 Bonnema et al. 2001, p. 229. Naast de algemene uitkering, worden ook integratie-uitkeringen en decentralisatie-uitkeringen tot het Gemeentefonds gerekend.

immers tot de algemene middelen van een gemeente of provincie.<sup>59</sup> Deze kaders van de financiële verhouding tussen het Rijk en de provincie<sup>60</sup> c.q. de gemeente (met andere woorden: de geldstromen van het rijk naar gemeenten c.q. provincies)<sup>61</sup> zijn geregeld in de Financiële-verhoudingswet (Fvw).<sup>62</sup> De voorschriften in de Fvw gelden overigens ook voor openbare lichamen in de zin van artikel 8, eerste lid, van de Wgr.<sup>63</sup> De ministers van BZK en Financiën zijn verantwoordelijk voor dit 'systeem van de financiële verhouding' ('systeemverantwoordelijk').<sup>64</sup> Uitgangspunt van de bekostiging is neergelegd in artikel 2 Fvw: het geld volgt de taak. De omvang van het Gemeente- of Provinciefonds kan dus wijzigen ten gevolge van beleidswijzigingen die tot taakwijziging leiden.<sup>65</sup> *Bonnema et al.* wijzen er op dat de stelling dat autonome taken worden bekostigd vanuit het Gemeente- c.q. Provinciefonds een misvatting is. Dat dit vaak wel het geval is, is juist maar het is geen stelregel. Welke taken in meer of mindere mate autonoom zijn en welke in medebewind worden uitgevoerd, wordt bepaald door de relevante wet- en

- 
- 59 Dit is niet helemaal juist: in het Fonds zijn ook de zogenoemde decentralisatie-uitkeringen opgenomen. Hoewel die dus tot de algemene middelen behoren, zijn zij vergelijkbaar met specifieke uitkeringen. Net als specifieke uitkeringen zijn zij afkomstig van de vakministers en worden zij verstrekt voor een bepaald doel. Vanwege administratieve lastenvermindering zijn deze uitkeringen echter overgeheveld naar het Gemeentefonds en behoren ze tot de algemene middelen. In het Advies Rfv 23 april 2009, 'Naar een herijking van de financiële verhouding tussen Rijk en provincies,' p. 18 worden de decentralisatie-uitkeringen omschreven als een 'tussenvorm'. Decentralisatie-uitkeringen zijn in het leven geroepen bij de Financiële-verhoudingswet en enkele andere wetten in verband met het stellen van enkele nadere regels over uitkeringen uit de algemene fondsen en specifieke uitkeringen (*Stb.* 2008, 312). Zie artikelen 5 en 13 Fvw.
- 60 Overigens heeft de regering de Rfv om advies gevraagd over de financiële verhouding tussen Rijk en provincies. Dit, mede naar aanleiding van een eerder advies van de Rfv 'Tien jaar financiële verhoudingen', *Kamerstukken II*, 2008/09, 31 700C, nr. 8. Op 26 maart 2009 heeft de Rfv zijn advies uitgebracht.
- 61 *Bonnema et al.* 2001, p. 205.
- 62 Wet van 21 oktober 1996 houdende regels inzake de financiële verhouding tussen het rijk en de gemeenten, *Stb.* 1996, 576 en gewijzigd bij Wet van 6 november 1997, *Stb.* 1997, 526.
- 63 Zie MvT bij Wijziging van de Financiële-verhoudingswet en enkele andere wetten in verband met het stellen van enkele nadere regels over uitkeringen uit de algemene fondsen en specifieke uitkeringen (*Stb.* 2008, 312), *Kamerstukken II* 2007/08, 31 327, nr. 3, p. 1: 'Het voorliggende voorstel van wet voorziet in een wijziging van de Financiële-verhoudingswet en enkele andere wetten in verband met uitkeringen aan gemeenten en provincies. Voor uitkeringen aan openbare lichamen, die op grond van artikel 8, eerste lid van de Wgr, zijn ingesteld (gemeenschappelijke regelingen) gelden deze voorschriften via de regelingen op basis waarvan die uitkeringen zijn ingesteld.'
- 64 *Bonnema et al.* 2001, p. 210. Daarbij geldt dat de minister van BZK de eerstverantwoordelijke is. Alvorens specifieke uitkeringen kunnen worden verstrekt of gewijzigd, dient de vakminister die het aangaat daarom met beide ministers te overleggen. De vakminister is verantwoordelijk voor de 'omvang, verdeling en behaalde resultaten' van de specifieke uitkeringen. Zie *Bonnema et al.* 2001, p. 210. De minister van BZK en Financiën zijn dus ook systeemverantwoordelijk voor deze uitkeringen.
- 65 Zie *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 hoofdstuk C, nr. 2, p. 4. Zo bleek uit de Provinciefondsbegroting voor het jaar 2009 bijvoorbeeld dat enkele rijkstaken (bijvoorbeeld: faunabeheer) worden overgenomen door de provincies.

regelgeving en niet door de opname van de betreffende middelen in het Gemeente- of Provinciefonds. Zo wordt de uitvoering van de WMO of de GBA, beide medebewindstaken, toch via het Gemeentefonds bekostigd.

Hierna wordt een nadere toelichting gegeven op het Gemeente- en/of Provinciefonds alsmede op het begrip specifieke uitkering.

Het Gemeente- of Provinciefonds is een zogenoemd begrotingsfonds (artikel 3 Fvw). De fondsbegroting maakt deel uit van de Rijksbegroting maar heeft een ander karakter: de ministers van BZK en Financiën zijn niet verantwoordelijk voor het resultaat dat met de inzet van de middelen wordt behaald. Zij zijn 'slechts' systeemverantwoordelijk.<sup>66</sup> De middelen uit het Gemeentefonds mogen (als algemene middelen) binnen de kaders van wet- en regelgeving<sup>67</sup> vrij worden besteed.<sup>68</sup> Het voornaamste onderdeel van deze middelen bestaat uit de zogenoemde algemene uitkering. Naast de algemene uitkering bestaan nog de zogenoemde integratie-uitkeringen<sup>69</sup> en de decentralisatie-uitkeringen. De betalingen uit de algemene fondsen worden ex artikel 15 lid 1 Fvw voorafgaand aan de vaststelling van de uitkering gedaan aan de provincies en gemeenten. Op grond van artikel 15 lid 2 Fvw kan hetgeen te veel of te weinig is betaald, worden teruggevorderd of alsnog uitbetaald. Doorgaans komt dit niet voor.

Een specifieke uitkering is een zogenaamde 'doeluitkering': een specifieke uitkering die aan bepaalde activiteiten moet worden uitgegeven.<sup>70</sup> Gemiddeld vormen de specifieke uitkeringen ongeveer 50% van de totale inkomsten van een provincie.<sup>71</sup> Bij gemeenten kan dit per gemeente enorm verschillen: 20% voor de grote(re) gemeenten en aanzienlijk minder bij kleine gemeenten. Doorgaans dient een specifieke uitkering ter uitvoering van een medebewindstaak en uitgangspunt is dan ook dat deze kostendekkend zijn.<sup>72</sup> Zowel voorafgaand aan het verkrijgen ervan als achteraf moet de ontvangende gemeente of provincie aan de betrokken vakminister verantwoording afleggen over de besteding ervan. Zoals gezegd, is de vakminister immers verantwoordelijk voor de specifieke uitkeringen: deze staan ook op de begroting van de vakminister. Tot het doen van specifieke uitkeringen dient alleen te worden overgegaan indien 'deze wijze van bekostiging (...) bijzonder aangewezen moet worden geacht.', aldus artikel 16 lid 2 Fvw.

66 *Kamerstukken II 2008/09, 31 700 hoofdstuk C, nr. 2, p. 3.*

67 Daarmee wordt bijvoorbeeld bedoeld op de bestaande kaders met betrekking tot personeelsaangelegenheden, aanleg van wegen e.d.

68 Zie de opmerking hiervoor met betrekking tot de decentralisatie-uitkeringen.

69 Een voorbeeld van een integratie-uitkering zijn de WMO-middelen die gemeentes ontvangen van het Rijk.

70 De Fvw onderscheidt twee soorten: de reguliere specifieke uitkering (artikel 15a lid 1) en de bijzondere specifieke uitkering, de zogenoemde verzameluitkering (artikel 15 lid 3). Beide uitkeringen staan op de begroting van de desbetreffende vakministers.

71 Advies Rfv 23 april 2009, 'Naar een herijking van de financiële verhouding tussen Rijk en provincies', p. 21.

72 Zie Advies Rfv 23 april 2009, 'Naar een herijking van de financiële verhouding tussen Rijk en provincies', p. 18.

Dit betekent in de eerste plaats dat eerst en vooral dient te worden onderzocht of taken niet gefinancierd kunnen worden uit de eigen middelen van de gemeente. Wanneer dat niet kan, heeft financiering via de algemene uitkering de voorkeur. Pas in laatste instantie kan gebruik gemaakt worden van specifieke uitkeringen.<sup>73</sup> In de regel heeft de specifieke uitkering dan ook een tijdelijk karakter. Het kabinetsbeleid is erop gericht het aantal specifieke uitkeringen te verminderen.<sup>74</sup> Voor het verstrekken van een specifieke uitkering is ex artikel 17 Fvw in de regel<sup>75</sup> een wettelijke basis vereist.<sup>76</sup> Inherent aan het karakter van een specifieke uitkering kan deze dus niet worden opgeschort vanwege een andere reden dan verband houdend met het doel waarvoor de uitkering wordt verstrekt. Een specifieke uitkering moet overigens worden onderscheiden van een subsidie, zo blijkt uit artikel 15a Fvw en artikel 4:21 Awb. Specifieke uitkeringen worden exclusief verstrekt aan lagere overheden (lid 1) in hun hoedanigheid van overheid, te weten: behartiger van het openbaar belang (c.q. uitvoerder van een wettelijke taak<sup>77</sup>). Lid 2 van artikel 15a Fvw bepaalt immers dat bijdragen die – onder gelijke condities verstrekt worden aan natuurlijke personen of rechtspersonen – aan provincies of gemeenten worden verstrekt die optreden als marktpartij, werkgever, eigenaar of huurder niet aangemerkt worden als specifieke uitkeringen. Dan

73 Zie ook: *Kamerstukken II* 2007/08, 31 327, nr. 3, p. 2: 'Bij de verhouding tussen Rijk, provincies en gemeenten past een financieel arrangement dat rekening houdt met de voorkeursvolgorde voor de bekostiging van provinciale en gemeentelijke taken: eigen inkomstenbronnen, de algemene uitkering uit het provincie- en gemeentefonds en ten slotte de specifieke uitkering.'

74 Het terugdringen van specifieke uitkeringen met 50% door opname ervan in de algemene uitkering was een van de doelen uit het Coalitieakkoord van februari 2007 (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 891, nr. 4). Hieraan is uitvoering gegeven met de Wijziging van de Financiële-verhoudingswet en enkele andere wetten in verband met het stellen van enkele nadere regels over uitkeringen uit de algemene fondsen en specifieke uitkeringen (*Stb.* 2008, 312), Kamerstuknummer 31 327. Dat is o.m. bewerkstelligd door (meer) decentralisatie-uitkeringen op te nemen.

75 Zo bepaalt het vijfde lid van artikel 17 Fvw dat een eenmalige specifieke uitkering op grond van een ministeriële regeling kan worden verstrekt: voorbeelden hiervan zijn de Tijdelijke regeling eenmalige uitkering bestrijding regionale wateroverlast (regeling van de Staatssecretaris van Verkeer en Waterstaat van 19 februari 2004, *Stcrt.* 2004, 40, p. 21) en de Regeling eenmalige uitkering baggerwerkzaamheden bebouwd gebied (regeling van 14 maart 2003 van de Minister van Verkeer en Waterstaat, *Stcrt.* 2003, 55, p. 12). Zie tot slot ook: de 'Regeling verbreding onderwijskansenbeleid', ingetrokken (per 1 augustus 2008) bij Regeling van de minister van OCW van 10 juli 2008 (nr. WJZ/34454 (2661)). Een regeling die overigens niet terug te vinden is in de Staatscourant. Ook bepaalt artikel 17, derde lid, van de Fvw dat een wettelijke basis niet is vereist in de gevallen genoemd in artikel 4:23, derde lid, van de Awb. Daaronder vallen (sub c) de EU-subsidieprogramma's.

76 Zo bijvoorbeeld artikel 168 van de Wet op het primair onderwijs: een uitkering uit 's Rijks kas ter bestrijding van onderwijsachterstanden. Dat is anders wanneer deze is bekostigd met Europese middelen. Zo bepaalt artikel 17, derde lid, van de Fvw dat een wettelijke basis niet is vereist in de gevallen genoemd in artikel 4:23, derde lid, van de Awb. Daaronder vallen (sub c) de EU-subsidieprogramma's.

77 *Kamerstukken II*, 2007/08, 31 327, nr. 3, p. 4.



zal sprake zijn van een subsidie. Ook subsidies kunnen op grond van de Awb slechts in limitatief genoemde gevallen worden opgeschort of teruggevorderd. Aan gemeenten of provincies verstrekte subsidies zullen de minister dan ook geen ruimte geven om een boete uit Luxemburg te verhalen.

Ten eerste bepaalt artikel 108, derde lid, van de Gemeentewet<sup>78</sup> dat het Rijk de kosten vergoedt van de uitvoering van een taak indien het de gemeente in medebewind roept. Niet alle kosten worden vergoed. Het is een verplichting tot vergoeding van kosten die anders voor rekening blijven van de in medebewind geroepen gemeente.<sup>79</sup> Dat zijn kosten die niet kunnen worden gecompenseerd via leges, heffingen etc. Hoe hoog de vergoeding dient te zijn, is niet wettelijk vastgelegd. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat de hoogte ervan in onderling overleg wordt vastgesteld.<sup>80</sup> Naast het algemene artikel 108, derde lid, van de Gemeentewet bevatten enkele bijzondere medebewindsvorderende wetten vergelijkbare regelingen.<sup>81</sup>

Ten tweede kunnen gemeenten onder uitzonderlijke omstandigheden recht hebben op aanvullende uitkeringen wanneer men wordt geconfronteerd met een budgettekort. Dit kan in het algemeen op grond van artikel 12 Fvw dan wel op grond van een bijzondere wet of regeling, bijvoorbeeld in het kader van de Wet Werk en Bijstand (WWB).

Op grond van artikel 12 Fvw kan onder zeer bijzondere omstandigheden op aanvraag van een provincie of gemeente een aanvullende uitkering worden verstrekt wanneer de desbetreffende gemeente of provincie niet meer aan zijn lopende verplichtingen kan voldoen. Het tweede lid van artikel 12 Fvw bepaalt dat een overheid slechts voor een aanvullende uitkering in aanmerking komt 'indien de algemene middelen van de gemeente aanmerkelijk en structureel tekort zullen schieten om in de noodzakelijke behoeften te voorzien, terwijl de eigen inkomsten van de gemeente zich op een redelijk peil bevinden'. Kernbegrippen zijn daarmee 'aanmerkelijk en structureel tekort', 'noodzakelijke behoeften' en 'redelijk peil'. Deze begrippen zijn nader uitgewerkt en geven een redelijk precies beeld van de situa-

---

78 Voor provincies, zie artikel 146, tweede lid, Provinciewet.

79 *Kamerstukken II 1992/93*, 22 893, nr. 3, p. 9 en *Kamerstukken II 1985/86*, 19 836, nr. 3, p. 16-17.

80 Een andere specifieke compensatieverplichting die in de Gemeentewet is opgenomen, is die van artikel 119 Gemeentewet. Artikel 119 Gemeentewet bevat een regeling voor de systematische verstrekking van informatie op verzoek van andere overheden zoals het Rijk. Op grond van het vierde lid moet in de wet of het Amvb waarbij die informatieverplichting wordt opgelegd, ook worden aangegeven hoe de gevolgen van de verplichting voor de gemeente financieel zullen worden gecompenseerd.

81 Gewezen kan bijvoorbeeld worden op artikel 6.8 Wro op grond waarvan colleges van B&W (indien zij ten behoeve de behartiging van de belangen van andere overheidslichamen (het Rijk, de provincie, intergemeentelijke samenwerkingsverbanden of het waterschap bijvoorbeeld) bepalingen heeft opgenomen in een bestemmingsplan of inpassingsplan of daaraan voorafgaand een projectbesluit heeft genomen) bij GS een verzoek kunnen indienen tot toekenning van een vergoeding van de door de gemeente in dat kader gemaakte 'hogere kosten'. Zie hierover o.m. Van Buuren et al. p. 344 e.v.

ties waarin gronden bestaan voor het honoreren van een aanvraag voor een aanvullende uitkering.<sup>82</sup> Tegen een dergelijk besluit staat bezwaar en beroep open.<sup>83</sup> Toepassing van artikel 12 Fvw is alleen aangewezen in geval structurele financiële problemen waardoor de gemeente niet bij machte is vanuit de haar ter beschikking staande financiële middelen de noodzakelijke gemeentelijke uitgaven te financieren. Een tekort dat is ontstaan vanwege het uitkeren van schade vanwege onrechtmatig handelen, zal in de regel worden gekwalificeerd als 'beleidsafhankelijke verstoring'. Dat is een omstandigheid die niet voor een aanvullende uitkering in aanmerking komt vanwege het feit dat deze binnen de invloedssfeer ligt van de gemeente. Dergelijke tekorten moeten worden opgevangen via eigen inkomsten en de algemene middelen. Een belangenafweging tussen het individuele belang van de noodlijdende gemeente en dat van de overige gemeenten maakt onderdeel uit van de beslissing om artikel 12 Fvw toe te passen: de artikel 12-uitkering wordt verstrekt uit het Gemeentefonds met als gevolg dat voor de overige gemeenten ook minder middelen beschikbaar zijn. De Raad voor de financiële verhoudingen (Rfv) adviseert de regering in dergelijke kwesties.<sup>84</sup> Extra uitkeringen uit hoofde van artikel 12 Fvw komen echter met enige regelmaat voor. Dit is ongeveer eenmaal per jaar (periode 2004 tot en met 2011).<sup>85</sup> Ten onrechte te veel betaalde uitkering kan worden teruggevorderd uit hoofde van artikel 12, vierde lid, Fvw.<sup>86</sup> De gronden hiervoor zijn een verbeterde financiële positie van de gemeente of het handelen in strijd met een wettelijk voorschrift dat betrekking heeft op de uitkering of met een voorschrift dat is opgenomen in het besluit ten aanzien van de aanvullende uitkering.

Zoals gezegd, kan een aanvullende uitkering ook worden verstrekt wanneer een bijzondere wet daartoe gronden verschaft. Dit is bijvoorbeeld gebeurd in de WWB. Voor de uitvoering van de WWB ontvangen gemeenten ex artikel 69 WWB een specifieke uitkering voor de dekking van verschillende soorten kosten: de kosten voor de uitbetaling van uitkeringen (inkomensdeel) en de kosten voor re-integratie-activiteiten (werkdeel). De berekening van de hoogte van die uitkering is nader geregeld in het Besluit WWB 2007.<sup>87</sup> Indien de desbetreffende gemeente een budgettekort oploopt van minimaal 10%, zal het – nadat het getracht heeft zelf in te staan voor het

82 Zie uitgebreid Broeksteeg 2009. Genoemd worden het Besluit financiële verhoudingen 2001, Regeling aanvullende uitkering gemeentefonds en de Handleiding artikel 12 Fvw.

83 ABRvS 8 maart 2006, *Gst.* 2006, 119 m.nt. J.W.M. Engels.

84 Advies met kenmerk Rfv 2006-0000262604, te downloaden via: <www.rfv.nl>.

85 Zie <www.rfv.nl>.

86 Zie voor een voorbeeld hiervan het Advies inzake Geldermalsen, te downloaden via <www.rfv.nl>. Zie voor het beroep: Rb. Arnhem 6 juli 2005, *LJN* AU6309 en voor het hoger beroep: ABRvS 3 mei 2006, *LJN* AW7309.

87 Besluit van 16 augustus 2006, houdende regels ter uitvoering van de Wet werk en bijstand (*Besluit Wwb 2007*). Laatstelijk gewijzigd bij *Stb.* 2009, 115 waardoor ook een meerjarige aanvullende uitkering kan worden verstrekt (artikel 10a Besluit WWB 2007).

tekort<sup>88</sup> – een verzoek kunnen doen aan een in artikel 73 WWB geïntroduceerde toetsingscommissie teneinde een incidentele aanvullende uitkering (IAU) te ontvangen.<sup>89</sup> Ook bestaat de mogelijkheid om een meerjarige aanvullende uitkering (MAU) aan te vragen (artikel 69 WWB). De minister beslist omtrent een dergelijk verzoek na advies te hebben ingewonnen bij de toetsingscommissie. Tegen het besluit van de minister omtrent de aanvullende uitkering staat bezwaar en beroep open. Eén van de criteria – naast bijvoorbeeld de vraag of er sprake is van uitzonderlijke omstandigheden – die bij het toekennen van de aanvullende uitkering geldt, is de vraag in hoeverre de gemeente verwijtbaar heeft gehandeld: dit zowel met betrekking tot de rechtmatigheid als de doelmatigheid van de verstrekte uitkeringen. Uit de beschikbare jaarverslagen van de toetsingscommissie blijkt dat deze verzoeken in de regel worden gehonoreerd door het Rijk.<sup>90</sup>

Concluderend kan worden vastgesteld dat gemeenten en provincies via het Gemeente- of Provinciefonds in grote mate gelden van het Rijk ontvangen. In het kader van een verhaalsactie komen alleen de eigen middelen of de algemene uitkering die onderdeel uitmaakt van het Provincie- c.q. Gemeentefonds in aanmerking. Als nagedacht wordt over verhaal op provincies c.q. gemeenten is in dat kader artikel 12 Fvw van belang. Op grond van dat artikel kan een provincie of gemeente een aanvullende uitkering krijgen van het Rijk indien sprake is van structurele financiële problemen waardoor de gemeente niet bij machte is vanuit de haar ter beschikking staande financiële middelen de noodzakelijke gemeentelijke uitgaven te financieren. Aanvullende uitkeringen uit hoofde van artikel 12 Fvw komen in ieder geval met enige regelmaat voor, gemiddeld ongeveer eenmaal per jaar. Het verhalen van een boete opgelegd door het HvJEU zal zeker bij een aantal gemeenten leiden tot een aanzienlijke financiële nood waardoor zij andere verplichtingen niet meer na zouden kunnen komen en een artikel 12 Fvw-situatie zou kunnen ontstaan.

#### 4.3.3 Waterschappen

In tegenstelling tot gemeenten en provincies ontvangen waterschappen nauwelijks gelden van het Rijk. Dat is de reden waarom waterschappen in deze paragraaf worden beschreven. Waterschappen zijn voorbeelden van entitei-

---

88 M.a.w. door e.e.a. op te vangen met de algemene middelen. Zie in kritische zin hierover, Rfv 2011, p. 44: “Volgens de definitie is de Wet werk en bijstand een specifieke uitkering. In praktische zin is de uitkering echter in hoge mate vergelijkbaar met de algemene uitkering; overschotten zijn vrij besteedbaar, tekorten moeten (in eerste aanleg) uit de algemene middelen worden gedekt. Dit leidt er toe dat de inadequate verdeling van de middelen voor de bijstand de verdeling van de algemene uitkering dreigt te beïnvloeden. De algemene uitkering is er echter niet voor om verdeelstoornissen van andere specifieke uitkeringen op te vangen en de algemene uitkering is daar ook niet op ingericht.”

89 Artikelen 73 en 74 WWB, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 870, nr. 3, p. 18 e.v.

90 Zie: <<http://www.toetsingscommissiewwb.nl/index.php/home>>.

ten die ten opzichte van het Rijk over draagkracht naar eigen vermogen beschikken.

Zoals uit artikel 98 Waterschapswet blijkt,<sup>91</sup> dragen waterschappen in de regel zelf de kosten voor de uitvoering van hun taak:

‘Het waterschap draagt de kosten die zijn verbonden aan de behartiging van de taken die het waterschap in het reglement zijn opgedragen. Evenwel worden, voorzover de behartiging van die taken redelijkerwijs moet worden geacht het belang van het gebied van het waterschap te boven te gaan op grond dat deze tevens in belangrijke mate is de behartiging van een nationaal of provinciaal belang, aan het waterschap bijdragen verleend ten laste van de kas van het Rijk onderscheidenlijk die van de desbetreffende provincie of provincies.’

De overige inkomsten zijn wel afkomstig van bijdragen van andere overheden, waaronder bijvoorbeeld het Rijk<sup>92</sup> of de provincies<sup>93</sup>, maar er is geen sprake van zoiets als een Waterschapsfonds.<sup>94</sup> Zoals uit het citaat blijkt, kan het Rijk of kunnen de provincies financieel bijdragen indien sprake is van ‘bovenwaterschappelijke’ belangen. Dit kan territoriaal zijn: de belangen overstijgen het betrokken gebied. *Havekes* noemt hierbij het voorbeeld van de hoofdwaterkeringen. Maar ook functioneel gezien, kan sprake zijn van bovenwaterschappelijke belangen. *Havekes* wijst dan op het (vaar)wegenbeheer.

Het waterschap genereert zijn inkomsten dus voor ongeveer 90%<sup>95</sup> zelf en wel via belastingheffingen.<sup>96</sup> Dit waterschapsbelastingstelsel bestaat uit een watersysteemheffing, een zuiveringsheffing (beide opgenomen in de Waterschapswet<sup>97</sup>) en een heffing voor directe lozingen in het oppervlakte-

---

91 Zie over de achtergrond en totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel: *Havekes*, p.334-339.

92 In bepaalde gevallen kan bijvoorbeeld aanspraak worden gemaakt op specifieke uitkeringen (zie bijvoorbeeld: ABRvS 11 oktober 2006, *LJN AY9918*)

93 Zo kan een waterschap bij provinciale verordening in medebewind worden geroepen (artikel 146 van de Provinciewet). Het tweede lid van deze bepaling beschrijft de kostenverdeling tussen waterschap en provincie.

94 Zie Van den Bos-Boomsma en Castelijns in: Verburg, p. 183 e.v.

95 Van der Pot 2006, p. 938.

96 Zie hierover uitgebreid: *Havekes*, hoofdstuk 8.

97 Artikel 113 Waterschapswet noemt de belastingen en rechten die door het waterschap mogen worden geheven: de precariobelasting (artikel 114), de rechten ex artikel 115 (in verband met bijvoorbeeld door het waterschap verstrekte diensten of te verstrekken vergunningen of ontheffingen) en de heffingen ex artikel 117, 122a en 122d Waterschapswet: De watersysteemheffing (artt. 116-122 Waterschapswet en artt. 6.1-6.11 Waterschapsbesluit) dekt de kosten van de zorg voor de waterkering, waterkwantiteit en de (passieve) waterkwaliteit. Artikel 122a van de Waterschapswet noemt vervolgens de wegenheffing (Hoewel de wet deze heffing afzonderlijk noemt, wordt hij geïntegreerd in de watersysteemheffing, althans de wet geeft daartoe de mogelijkheid, zie artikel 122b, lid 3, Waterschapswet en *Havekes*, p. 240). Artikel 122d van de Waterschapswet bevat tot slot de zuiveringsheffing (artt. 122c – 122l Waterschapswet). Deze heffing dekt de kosten van de zuivering van afvalwater.

water (opgenomen in de Wet verontreiniging oppervlaktewateren<sup>98</sup>). Met deze heffingen beschikt een waterschap over een eigen belastinggebied waarmee de uitvoering van haar taken kan worden gegarandeerd. In 2007 was sprake van ruim 2 miljard euro.<sup>99</sup>

Concluderend kan dus worden vastgesteld dat er bij verhaal niet veel gelden zijn waarmee verrekend zou kunnen worden (nog daargelaten of verrekening is toegestaan). Aantrekkelijk is wel dat een waterschap in zeer aanzienlijke mate over eigen middelen beschikt. De financiële controle op waterschappen ligt overigens bij het provinciebestuur. Zo worden eenmaal vastgestelde jaarrekeningen en verslagen, vergezeld van andere relevante documenten, op grond van artikel 107 Waterschapswet aan gedeputeerde staten gestuurd. Zo ook verordeningen waarin de uitgangspunten voor het financieel beheer zijn neergelegd en voor de controle daarop (artikel 109b Waterschapswet). Uit hoofde van artikel 109c Waterschapswet kunnen gedeputeerde staten – net als bij gemeenten – ‘te allen tijde’ een onderzoek instellen naar het financieel beheer en naar de inrichting van de financiële organisatie van het waterschap.

#### 4.3.4 Kaderwet zbo's en rwf's

Een laatste groep te bespreken entiteiten zijn publieke of private entiteiten die overheidstaken uitvoeren en aanbestedingsplichtig (kunnen) zijn.

Zoals in paragraaf 4.2 is beschreven, kan een overheid gebruik maken van private entiteiten om taken uit te voeren. In dat verband wordt een onderscheid gemaakt tussen zbo's die zuiver en alleen openbaar gezag-taken uitvoeren (fulltime zbo's)<sup>100</sup> enerzijds en tussen zbo's die naast hun openbaar gezag-taken nog andere activiteiten verrichten (parttime zbo's).<sup>101</sup> Voorbeelden van de eerste zijn: De Nederlandse Bank, het CBR, de Stichting Waarborgfonds Eigen Woning en het Waarborgfonds Motorverkeer.<sup>102</sup> Parttime zbo's zijn onder meer de ANWB, het NMI, de NPO (voorheen: NOS) en APK-erkenninghouders.<sup>103</sup>

De privaatrechtelijke rechtspersoon waartoe het full-time zbo behoort, is in de regel een staatsdeelneming. Een voorbeeld daarvan is DNB. Wat de parttime zbo's betreft, geldt dat deze volgens de *Commissie Dijkstal*<sup>104</sup> bestaan uit twee categorieën: de commerciële en de niet-commerciële. Tot de eerste categorie behoren de zbo's die keuringen uitvoeren en die een certificeringsbevoegdheid hebben ten aanzien van verschillende producten of diensten

98 Uit deze heffing wordt het watersysteembeheer gefinancierd. In de toekomst zal deze een plaats krijgen in de nieuwe Waterwet. Zie Havekes, hoofdstuk 8.

99 Havekes, hoofdstuk 8.

100 Commissie Dijkstal 2006, p. 6.

101 Commissie Dijkstal 2006, p. 6.

102 Zie voor een volledige opsomming bijlage 1 bij Commissie Dijkstal 2006.

103 Zie voor een volledige opsomming bijlage 1 bij Commissie Dijkstal 2006.

104 Commissie Dijkstal 2006.

maar voor het overige commerciële marktdeelnemers zijn die hun financiële middelen daaruit genereren. Voorbeelden daarvan zijn de N.V. KEMA en de APK-garagehouder e.d. Deze organen zijn alleen 'bestuursorgaan' voor zover zij keuren en certificeren. Verhaal op deze entiteiten is in ieder geval interessant omdat de entiteit voornamelijk wordt gefinancierd met eigen gegenereerde middelen. In de tweede plaats kunnen zbo's die deel uitmaken van privaatrechtelijke rechtspersonen ook een niet-commerciële organisatievorm hebben. Deze entiteiten worden voor het overgrote gedeelte bekostigd (in de vorm van subsidiëring) door de overheid – vaak door de Staat. De Commissie Dijkstal noemt de NPO in dit verband. Verhaal wordt ook hier eerder vestzak-broekzak.

Ten tweede kunnen ook niet-zbo's volledig worden bekostigd door het Rijk. Zo komen verschillende rwt's voor op de begroting van een ministerie. Genoemd kunnen worden: de vereniging Slachtofferhulp Nederland die op de begroting van het ministerie van Justitie&Veiligheid komt. Ook particuliere TBS-instellingen zijn daarop te vinden. Een ander voorbeeld zijn de ROC's die voorkomen op de begroting van OCW. Tot kan ter illustratie worden gewezen op de Stichting Waarborgfonds Motorverkeer die voorkomt op de begroting van het ministerie van Financiën.

Ten derde is het goed de financiële verhouding tussen het Rijk en de nutsbedrijven nader te bestuderen. Zo is het beheer van netwerken en het transport van elektriciteit en gas een publieke taak (ex Gaswet 2000 en Elektriciteitswet 1998) die wordt uitgevoerd door bedrijven (rwt's). De productie van, handel in en de levering van elektriciteit zijn inmiddels commerciële diensten. De beheerder van het landelijk hoogspanningsnet is bijvoorbeeld TenneT TSO B.V. De aandelen van deze B.V. worden gehouden door TenneT Holding B.V. waarvan de Staat praktisch 100% aandeelhouder is. Eenzelfde constructie geldt voor de beheerder van het gastransport, Gasunie Transport Services (aandeelhouder daarvan is N.V. Nederlandse Gasunie waar de Staat weer aandeelhouder van is). Ook de openbare drinkwatervoorziening is uit hoofde van de Waterleidingwet een dienst van algemeen belang. De waterleidingbedrijven die voor de drinkwatervoorziening zorg dragen, zijn in handen van provincies en gemeenten. Wat financiering betreft, geldt dat deze dekkend is via de tarieven die voor drinkwater aan gebruikers in rekening worden gebracht. Dit betekent dat de waterleidingbedrijven dus niet worden gefinancierd met publieke middelen. Een andere publieke taak is het openbaar vervoer. In deze van oudsher publieke sector is geleidelijk marktwerking toegestaan. Dat laat onverlet dat de Staat nog steeds enig aandeelhouder is van de NS. Als enig aandeelhouder komt de Staat alsdan de bevoegdheid toe om toezicht uit te oefenen op het financieel beheer van de vennootschap. Ook van Railinfratrust B.V. is de Nederlandse Staat 100% aandeelhouder welk bedrijf op zijn beurt aandeelhouder is van ProRail B.V. (beheerder van het spoorwegennet). Wat de havenbedrijven betreft, geldt dat er zowel gemeentelijke havens bestaan als verzelfstandigde. Een voorbeeld van de eerste zijn de havens van Amsterdam. Verzelfstandigde havens waarvan overheden (mede) aandeelhouder zijn, zijn het Havenbedrijf Rot-

terdam N.V. (aandelen in handen van de Staat en de gemeente Rotterdam) en het Zeehaven IJmuiden B.V. (aandelen van de gemeente Velsen en private partijen). Tot slot kan gewezen worden op bijvoorbeeld N.V. Luchthaven Schiphol. Dit is sinds 19 juli 2006 geen rwt meer omdat sinds dat moment de tarieven die de luchthaven in rekening kon brengen, vanwege een wijziging van de Wet Luchtvaart geen toestemming meer behoefde van de Kroon (de NMa houdt sindsdien toezicht op de tarieven).

De hiervoor beschreven vennootschappen worden ook wel 'staatsdeelnemingen' genoemd. In de nota *Deelnemingenbeleid Rijksoverheid*<sup>105</sup> is een overzicht opgenomen van de staatsdeelnemingen met daarin een 28-tal staatsdeelnemingen. In acht van deze gevallen bezit de Staat een minderheidsaandeel (bijvoorbeeld 5,9% in KLM N.V. of 33,33% in Connexion Holding N.V. of 17,2% in de Nederlandse Waterschapsbank N.V.). In de overige gevallen bezit de Staat een meerderheidsaandeel dat kan oplopen tot 100%. Zo is de Staat 100% eigenaar van Covra N.V. (radioactief afval), van NS N.V., van N.V. de Nederlandse Gasunie en De Nederlandse Bank N.V. Aanzienlijke meerderheidsaandelen heeft de Staat bijvoorbeeld in N.V. Luchthaven Schiphol (75,8%) en in de N.V. Brabantse Ontwikkelingsmaatschappij (67,4%). In de Nota wordt overwogen dat 'de achterliggende doelstelling van het staatsaandeelhouderschap (...) altijd een publieke' is. De Staat wenst dan ook via die weg de publiekrechtelijke belangen te borgen. De vennootschappen waarin de Staat deelneemt, vallen uiteen in vier categorieën die ik kort zal bespreken. Ten eerste de deelnemingen die een natuurlijk c.q. gereguleerd monopolie hebben. Voorbeelden daarvan zijn Gasunie, TenneT en Schiphol. De hier aan de orde zijnde monopolies hebben als kenmerk dat ze gepaard gaan met hoge investeringskosten voor de infrastructuur waardoor private partijen die investeringen niet snel op zich zullen nemen. Vanwege het feit dat het hier monopolies betreft, is het voorts niet wenselijk dat deze in zuiver private handen zijn. Ten tweede kan tot deelneming worden overgegaan omdat het vennootschappen betreft die 'in hoofdzaak de overheid zelf bedienen'. Voorbeelden daarvan zijn de Bank Nederlandse Gemeenten en de Waterschapsbank. In het verlengde hiervan ligt de deelneming in vennootschappen omdat deze specifieke overheidstaken uitvoeren zoals De Nederlandse Bank N.V. In de derde plaats participeert de Staat volgens de Nota in enkele regionale ontwikkelingsmaatschappijen. De reden hiervoor (p. 9) is de volgende:

'Ze participeren daartoe in ondernemingen met een specifiek risicoprofiel dat de markt niet oppakt. De gedachte is dat de regionale ontwikkeling een overstijgend belang betreft, dat niet voldoende door de markt wordt gewaardeerd. Elementen als regionale werkgelegenheid spelen hierbij een rol.'

---

105 *Kamerstukken II 2007/08, 28 165, nr. 69, p. 10.*

Ook grote infrastructurele projecten zoals de N.V. Westerscheldetunnel vallen in deze categorie. Tot slot zijn er deelnemingen in vennootschappen waarvan de activiteiten reeds zijn verkocht maar waarvan de Staat nog aandeelhouder is vanwege een aantal af te wikkelen claims of verkoop van vaste activa. Het is de bedoeling dat deze vennootschappen worden verkocht dan wel worden geliquideerd. Het is bij deze staatsdeelnemingen de vraag in hoeverre verhaal aangewezen is. Hoewel genoemde bedrijven hun eigen inkomsten genereren, is de Staat wel (enig) aandeelhouder.

Andere entiteiten die aanbestedingsplichtig kunnen zijn en volledig draaien op eigen inkomsten, zijn de woningbouwcorporaties.<sup>106</sup> Deze entiteiten hebben de publieke taak om zorg te dragen voor voldoende en betaalbare woonruimte voor de lagere inkomens of mensen die vanwege andere omstandigheden financiële problemen ondervinden bij het vinden van huisvesting. Ook zijn zij verantwoordelijk gemaakt voor de (bevordering van de) leefbaarheid in de wijk. Het betreft stichtingen en verenigingen met volledige rechtsbevoegdheid die ex artikel 70 Woningwet bij koninklijk besluit een toelating hebben gekregen. Terwijl deze entiteiten in het verleden door middel van subsidiëring werden gefinancierd, moeten zij sinds de jaren negentig volledig hun eigen uitgaven zien te financieren. Daartoe werd het ondernemerschap van de corporaties gestimuleerd en ontplooiden de corporaties ook overige economische activiteiten (in concurrentie met commerciële partijen). Het betreft dus private organisaties die in het kader van het huisvestingsstelsel van de Woningwet onder publiek toezicht staan (van de minister). Verrekening van een door Luxemburg opgelegde boete zal hier dus tot niets leiden. Verhaal is daarentegen interessant nu de corporaties volledig eigen inkomsten genereren.

Dit is anders bij de laatst (heel kort) te signaleren categorie entiteiten: de onderwijsinstellingen. Het basisonderwijs is volledig bekostigd door de overheid (lumpsum). Ten aanzien van het voortgezet en hoger onderwijs onderscheidt men doorgaans de 'bekostigde' en de 'aangewezen' instellingen. Beide zijn rwt's. De bekostigde onderwijsinstellingen worden volledig door de overheid gefinancierd<sup>107</sup> en worden onderverdeeld in twee categorieën: openbare (rechtspersoonlijkheid op grond van de wet) en de bijzondere (privaatrechtelijke rechtspersonen). De 'aangewezen' instellingen<sup>108</sup> worden niet van overheidswege bekostigd.

---

106 Daargelaten of woningbouwcorporaties *sui generis* aanbestedingsplichtig zijn, zullen zij dit voor het bouwen wel zijn. Zie hierover *Kamerstukken II 2010/11*, 32 769, nr. 3, p. 20-21.

107 Voor wat het hoger onderwijs betreft: artikel 9.1 Wet op het Hoger Onderwijs en Wetenschappelijk onderzoek en het Bekostigingsbesluit WHW. Wat de bekostiging van het voortgezet onderwijs betreft, geldt dat de financiële middelen afkomstig zijn van de centrale overheid (personeel en materiaal) en van de gemeentelijke overheid (huisvesting).

108 Voor het hoger onderwijs: artikel 6.9 WHW.



#### 4.3.5 Conclusie paragraaf 4.3

Tot zover een kort overzicht van de relevantie van enkele in het oog springende financiële verhoudingen tussen de entiteit waarop wordt verhaald en de minister c.q. de Staat. Er kan wat draagkracht naar eigen vermogen betreft een onderscheid worden gemaakt naar drie categoriën. Ten eerste zijn er entiteiten die volledig op eigen inkomsten draaien. Voorbeelden hiervan zijn waterschappen, woningbouwcorporaties en privaatrechtelijke rwt's die worden bekostigd op grond van bij de wet opgelegde heffingen. Ook nutsbedrijven en uitvoerders van openbaar vervoer-diensten vallen in deze categorie. Een aantal daarvan zijn staatsdeelnemingen waarin de Staat een meer- of minderheidsaandeel heeft zoals Gasunie, NS of Schiphol. Ten tweede kunnen worden onderscheiden de entiteiten die deels geld ontvangen van de Staat en deels eigen inkomsten genereren. Die eigen inkomsten kunnen niet-commercieel worden gegenereerd maar ook commercieel of via een combinatie van beide. Gemeenten zijn hier een goed voorbeeld van. Enerzijds worden zij gefinancierd door het Rijk en anderzijds genereren zij een deel van hun inkomsten uit publiekrechtelijke heffingen (belastingen) en privaatrechtelijke (commerciële) inkomsten, zoals uit het grondbedrijf. Ten derde wordt een groot deel volledig bekostigd door de Staat. Dit kan op verschillende manieren: rechtstreeks, via subsidies etc. Voorbeelden hiervan zijn onderwijsinstellingen zoals het basis onderwijs. Een ander voorbeeld van een entiteit uit deze categorie die via subsidies van het Rijk wordt bekostigd, is de Nederlandse Publieke Omroep (NPO).

Het al dan niet beschikken over toezichtsmechanismen is een derde en laatste factor die van belang zal zijn bij de vraag naar verhaal. Deze factor wordt hierna nader toegelicht.

### 4.4 VERHAAL EN TOEZICHTINSTRUMENTARIUM

#### 4.4.1 Inleiding

Met de term 'toezicht' kunnen drie begrippen worden onderscheiden: interbestuurlijk toezicht, bestuurlijk toezicht en uitvoeringstoezicht.

(Inter)bestuurlijk toezicht is geen begrip dat in wetgeving is terug te vinden. Interbestuurlijk toezicht kan worden onderscheiden van het bestuurlijk toezicht. De bestuurlijke *werkgroep Alders* – die was ingesteld om het interbestuurlijke toezicht nader te onderzoeken – definieert het interbestuurlijk toezicht als volgt:<sup>109</sup>

---

109 Bestuurlijke Werkgroep Alders, *Interbestuurlijk toezicht herijkt, Toe aan nieuw zicht op overheden*, Den Haag: 7 december 2005 dat uitgebracht is in opdracht van het ministerie van BZK. Het rapport is aangeboden aan de Tweede Kamer bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 VII, nr. 50.

‘Het geheel van processen dat plaatsvindt in het kader van die rechtsbetrekkingen tussen het Rijk, de provincies, de gemeenten, de Wgr-regio’s en de waterschappen die gaan over de beoordeling van de taakbehartiging van de lagere door de hogere overheden.’

Interbestuurlijk toezicht is enerzijds wat ondertoezichtgestelden betreft beperkter dan bestuurlijk toezicht nu de eerste zich enkel richt op de hiervoor genoemde overheden.

Bestuurlijk toezicht kan zich tevens richten op zbo’s of rwt’s etc. Bestuurlijk toezicht houdt volgens de *werkgroep Alders* het volgende in:

‘Het toezicht op bestuursorganen (zie ook titel 10.2 van de Algemene wet bestuursrecht) en richt zich op het handelen van bestuursorganen. Het kan gaan om toezicht op organen van de decentrale overheid, maar ook om toezicht op zelfstandige bestuursorganen (zbo’s) of rechtspersonen met een wettelijke taak (rwt’s).’

Met rwt’s zullen die entiteiten zijn bedoeld die eveneens zbo zijn. Bestuurlijk toezicht heeft immers betrekking op bestuursorganen hetgeen rwt’s niet in alle gevallen zijn. Anderzijds lijkt de definitie van interbestuurlijk toezicht echter ruimer: dit omvat meer toezichtinstrumenten dan die zijn neergelegd in titel 10.2 Awb en de Grondwet. Zo valt bijvoorbeeld het geven van aanwijzingen wèl onder de definitie van interbestuurlijk toezicht maar niet onder de Awb. Bij de derde tranche Awb is er uitdrukkelijk voor gekozen de aanwijzingsbevoegdheid niet op te nemen. Het kabinetsbeleid op het interbestuurlijk toezicht is neergelegd in het kabinetsstandpunt *Interbestuurlijk toezicht*.<sup>110</sup>

Het uitvoeringstoezicht is het ‘toezicht op de uitvoering van publieke taken door zelfstandige organisaties’ zoals zbo’s en rwt’s. Het kabinetsbeleid op dat uitvoeringstoezicht is neergelegd in de *Kaderstellende visie op Toezicht*.<sup>111</sup>

Tot slot moet het zogenoemde handhavingstoezicht worden vermeld dat is neergelegd in hoofdstuk 5 van de Awb. Dit is het toezicht door bestuursorganen op de naleving van wettelijke voorschriften en is in dit constitutioneel overzicht niet aan de orde.

Deze paragraaf is als volgt opgebouwd. Ten eerste wordt het toezicht besproken dat bestaat op gemeenten en provincies (paragraaf 4.4.2). Ten tweede komt het toezicht aan bod op Kaderwet zbo’s en rwt’s (paragraaf 4.4.3). Afsloten wordt met een conclusie in paragraaf 4.4.4. Alvorens dit alles te beschrijven, merk ik op dat naast deze formele toezichtinstrumenten het Rijk - afhankelijk van de rechtsverhouding waarin het tot de publieke entiteit staat, beschikt over andere c.q. informele sturingsinstrumenten. Wat de ‘andere’ middelen betreft, doel ik bijvoorbeeld op de mogelijkheden om

110 *Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VII, nr. 65 en verder uitgewerkt naar aanleiding van het rapport van de Commissie Oosting in Kamerstukken II 2007/08, 31 200 VII, nr. 61 en in Kamerstukken II 2008/09, 31 700, VII, nr. 15.*

111 ‘Minder last, meer effect’ *Kamerstukken II 2005/06, 27 831, nr. 15.*

zoals in paragraaf 4.3.4 beschreven, via de macht van aandeelhouderschap sturing te kunnen geven. Wat de informele instrumenten betreft, wijs ik op de mogelijkheden tot overleg en bijvoorbeeld bemiddeling.

#### 4.4.2 *Provincies en gemeenten*

##### 4.4.2.1 Inleiding

De Grondwet bevat de uitgangspunten<sup>112</sup> van het interbestuurlijk toezicht op provincie- en gemeentebesturen. Het voorziet in voorafgaand toezicht, repressief toezicht en in een taakverwaarlozingsregeling.

Hoewel de Grondwetgever de formele wetgever in artikel 132 lid 2 Gw een blanco-volmacht geeft om regels te maken met betrekking tot het toezicht op gemeente- en provinciebesturen (delegatie is toegestaan), scheidt de Grondwetgever in de leden 3 (voor wat betreft voorafgaand toezicht), 4 (voor wat betreft spontane vernietiging) en 5 (voor wat betreft de taakverwaarlozingsregeling) van artikel 132 Gw enige grenzen aan die regelende taak.

Ten eerste volgt uit artikel 132 lid 3 Gw dat de besluiten van provincie- en gemeentebesturen slechts aan 'voorafgaand toezicht' kunnen worden onderworpen in de bij of krachtens de wet te bepalen gevallen. Daarmee is tot uitdrukking gebracht dat preventief toezicht uitzondering en geen regel dient te zijn.<sup>113</sup> Welke vorm van preventief toezicht geoorloofd is (bijvoorbeeld verklaring van geen bezwaar, goedkeuring, toestemming, machtiging of onthefing) en wie het bevoegde orgaan daartoe is, schrijft de Grondwet dus niet voor maar laat de grondwetgever over aan de formele of lagere wetgever.

Ten tweede bepaalt artikel 132 lid 4 Gw dat voor zover het repressief toezicht betreft (spontane vernietiging van besluiten) wie daartoe bevoegd is (de Kroon) en in welke gevallen de bevoegdheid bestaat (bij besluiten genomen in strijd met het recht of met het algemeen belang).

Tot slot blijkt uit artikel 132 lid 5 Gw dat in geval van verwaarlozing van autonome taken een ander regime geldt dan voor dat van medebewindstaken.

---

112 Dit is ook vereist uit hoofde van het Europees Handvest inzake lokale autonomie van de Raad van Europa. Zo bepaalt artikel 8 van het Handvest dat administratief toezicht op lokale autoriteiten alleen kan worden uitgeoefend indien daarin (grond)wettelijk is voorzien. Wanneer toezicht wordt uitgeoefend, dient er evenredigheid te bestaan tussen het toezicht en de belangen die daarmee gediend worden. De Nederlandse regering gaat er vanuit dat de Nederlandse situatie in overeenstemming is met dit Handvest: 'De inhoud van het Handvest sluit grotendeels zeer wel aan bij het in Nederland bestaande, in de Grondwet verankerde stelsel van de gedecentraliseerde eenheidsstaat.' (Zie *Kamerstukken II 1987/88*, 20 568, nr. 1, p. 2 en *1988/89*, 20 568, nr. 9, p. 3.)

114 Akkermans & Koekkoek, p. 1142.

De formele wetgever heeft met het opnemen van bepalingen omtrent 'toezicht' in de Provincie- en Gemeentewet<sup>114</sup> uitvoering gegeven aan zijn opdracht ex artikel 132 lid 2 Gw. Hierna wordt ingegaan op het preventieve toezicht (paragraaf 4.4.2.2), het repressieve toezicht (schorsing en vernietiging) (paragraaf 4.4.2.3) en de taakverwaarlozingsregeling (paragraaf 4.4.2.4).

#### 4.4.2.2 Preventief toezicht

Het door de Grondwet toegestane 'voorafgaand toezicht' is in de Gemeente- en Provinciewet beperkt tot een goedkeuringsrecht van besluiten in de zin van artikel 1:3 Awb en van andere beslissingen.<sup>115</sup> Algemene regels met betrekking tot goedkeuring zijn opgenomen in afdeling 10.2.1 van de Awb.<sup>116</sup> Andere vormen van preventief toezicht (bijvoorbeeld de verklaring van geen bezwaar of ontheffing) zijn mogelijk op grond van andere wetten dan de Gemeente- of Provinciewet (specifiek preventief toezicht).<sup>117</sup> Slechts enkele besluiten zijn op grond van de Provincie- respectievelijk Gemeentewet aan preventief toezicht in de vorm van goedkeuring onderworpen. Zo is een besluit tot deelneming aan privaatrechtelijke rechtsvormen aan goedkeuring van GS onderhevig (artikel 160 lid 3 Gemeentewet) respectievelijk aan goedkeuring van onze minister (artikel 158 lid 3 Provinciewet). Overigens is in beide gevallen bepaald dat goedkeuring slechts kan worden onthouden vanwege strijd met het recht of het algemeen belang. Besluiten tot het al dan niet aanbesteden van diensten of tot het aangaan van privaatrechtelijke overeenkomsten zijn niet aan goedkeuring van een hoger bestuursorgaan onderworpen.

#### 4.4.2.3 Schorsing en vernietiging

Met betrekking tot het repressieve toezicht is spontane vernietiging van besluiten door de Kroon alleen toegestaan vanwege strijd met de wet of het algemeen belang (artikel 132 lid 4 Gw respectievelijk artikel 134 lid 3 Gw). Zowel rechtmatigheidsgronden als doelmatigheidsgronden kunnen dus aanleiding zijn tot vernietiging. Het recht van spontane vernietiging is uitgewerkt in artikel 261 Provinciewet c.q. artikel 268 Gemeentewet. Hoewel de

---

115 Soms is dat stringenter gebeurd dan de Grondwet voorschrijft: uit hoofde van de Grondwet was preventief toezicht toegestaan in de *bij of krachtens* de wet genoemde gevallen. De Gemeentewetgever heeft dit beperkter geformuleerd: het toezicht dient *bij* de wet te worden geformuleerd c.q. *krachtens de wet bij provinciale verordening* (dus niet bij Amvb of ministeriële regeling). De Provinciewet spreekt alleen van *bij* de wet.

116 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 547, nr. 3, p. 5. Artikel 253 en artikel 259 Provinciewet respectievelijk artikel 259 en artikel 266 Gemeentewet.

117 Zie artikel 259 lid 2 van de Gemeentewet: dat deze Afdeling van overeenkomstige toepassing verklaart op de goedkeuring waarin de Gemeentewet (c.q. Provinciewet) voorziet.

118 Ook op deze vormen kan afdeling 10.2.1 van de Awb van toepassing zijn, zo blijkt uit artikel 10:32 van de Awb.

Grondwet daar niet van spreekt, kan op grond van deze bepalingen ook een niet-schriftelijke beslissing gericht op enig rechtsgevolg voor vernietiging in aanmerking komen.

De spontane vernietiging is een discretionaire bevoegdheid en leidt ertoe dat de rechtskracht wordt ontnomen aan een rechtsgeldig besluit, ook als dat bijvoorbeeld al in werking is getreden (*ex tunc*). De vernietiging treft daarbij ook de rechtsgevolgen van dat besluit. De Awb bevat de mogelijkheid voor het toezichthoudende bestuursorgaan om de rechtsgevolgen geheel of gedeeltelijk in stand te laten (artikel 10:42 Awb). Ook afdeling 10.2.2 van de Awb geldt voor de vernietiging van besluiten en wordt door artikel 268 lid 2 Gemeentewet van overeenkomstige toepassing verklaard op de vernietiging van niet-schriftelijke beslissingen. De rechtmatig- en doelmatigheidsgrond voor vernietiging die in de Grondwet en de Provinciewet c.q. de Gemeentewet worden genoemd, komen terug in artikel 10:35 Awb.

In het *Beleidskader Spontane vernietiging*<sup>118</sup> heeft de regering geëxpliciteerd dat van strijd met het recht sprake is in geval van strijd met de wet en de algemene rechtsbeginselen. Onder strijd met de wet valt eveneens een schending van de Grondwet alsmede van alle regels die krachtens de Grondwet van 'hogere' orde zijn, zoals een ieder verbindende verdragsbepalingen, strijd met wetten in formele en materiële zin en strijd met EU-recht. Maar – zo stelt het *Beleidskader* uitdrukkelijk – niet *elke* schending van het recht leidt tot vernietiging: alleen voor zover het te vernietigen besluit inbreuk maakt op de constitutionele verhoudingen.<sup>119</sup> Dit ligt inmiddels genuanceerder.<sup>120</sup> Volgens de ABRvS moet het begrip constitutionele verhoudingen ruim worden uitgelegd. Daaronder valt niet alleen de constitutionele bevoegdheidsverdeling maar ook de bevoegdheidsverdeling zoals die door de formele wetgever is bepaald. Dus ook of een bestuursorgaan een aan hem door de formele wetgever toebedeelde of overgelaten bevoegdheid *correct* heeft toegepast. Daarmee, zo concludeert *Broeksteeg* in zijn annotatie bij deze uitspraak, is de strijd met het recht 'opgerekt' in die zin dat strijd met een formele wet daar eenvoudigweg onder valt. Volgens mij is dit niet geheel juist. Niet *elke* strijd met een formele wet zal reden zijn voor toepassing van het vernietigingsrecht. Het moet nog steeds gaan om de correcte toepassing van de *bevoegdheidsverdeling* zoals die door de formele wetgever is gemaakt. Uit de uitspraak van de ABRvS valt niet af te leiden dat het vernietigingsrecht van de Kroon verworpen is tot een vorm van algemene rechtmatigheidscontrole. De ruimte die de ABRvS laat, is voldoende om de bevoegdheid tot spontane vernietiging te zien als een instrument om 'de bestuurlijke verhoudingen en de daarmee samenhangende belangen te beschermen'.<sup>121</sup>

119 Zie *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 VII, nr. 75.

120 Zie *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 8.

121 ABRvS 2 maart 2011, *JB* 2011/99 m.nt. J.L.W. Broeksteeg en *AB* 2011/101 m.nt. E. Steyger (Winkeltijdenverordening Westland).

122 Zie *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 7.

Zoals gezegd, valt onder strijd met de wet ook strijd met EU-recht en een ieder verbindende verdragsbepalingen. Voor strijd met de laatste geldt in ieder geval dat de regering (zo blijkt uit het *Beleidskader*) vanwege schending van het recht tot vernietiging kan overgaan.<sup>122</sup> Maar ook hier is de enkele strijd met verdragsrecht niet bepalend. Ter onderbouwing van de vernietigingen door de Kroon wordt telkens verwezen naar de Grondwet (naar de daarin vastgelegde beperkingssystematiek (competentievoorschrift)). Ten aanzien van EU-recht is een dergelijke casus nog niet bekend. Ik kan mij voorstellen dat wanneer een gemeenteraad voor zijn grondgebied bepaalt niet gebonden te zijn aan de luchtkwaliteitseisen die raad inbreuk maakt op de bevoegdheidsverdeling zoals die door de formele wetgever in Titel 5.2 van de Wet milieubeheer is gemaakt. Wanneer geen sprake is van een dergelijke situatie zal volgens mij de enkele strijdigheid met EU-recht geen aanleiding mogen zijn om tot spontane vernietiging over te gaan.

Ook bij vernietiging vanwege strijd met het algemeen belang is een nadere invulling gemaakt. Doorgaans roept dit meer vragen op dan de vernietiging vanwege strijd met het recht. Volgens de regering is vernietiging vanwege strijd met het algemeen belang in de volgende gevallen aangewezen:<sup>123</sup>

‘Voor vernietiging (mede) wegens strijd met het algemeen belang is plaats in die gevallen waarin het duidelijk is dat de Kroon door zich afzijdig te houden zou berusten in de krenking van belangen die ver uitgaan boven die, welke een provinciaal of gemeentelijk bestuursorgaan met zijn besluit beoogt te dienen.’

Vastgesteld kan worden dat de spanning tussen decentralisatie en eenheidsstaat het brede toetsingskader vormt voor spontane vernietiging. De regering onderscheidt vervolgens vier subcategorieën. Ten eerste het geval waarin het decentrale bestuursorgaan een politieke bevoegdheid claimt die het niet toekomt. Er hoeft dan niet tevens sprake te zijn van strijd met een constitutionele bevoegdheidsverdeling. Vanzelfsprekend kan wel van beide tegelijkertijd sprake zijn. Een voorbeeld van deze categorie zijn de KB's inzake besluiten van de gemeenteraad die het landelijke anti-apartheidsbeleid jegens Zuid-Afrika ondermijnden.<sup>124</sup> Het is medeoverheden wat dat betreft niet toegestaan een beleid te voeren dat is tegengesteld aan het rijksbeleid. Een tweede subcategorie waarin sprake is van strijd met het algemeen belang is de situatie waarin een belang wordt doorkruist dat aan een hoger bestuursorgaan is toevertrouwd. De medeoverheid gebruikt een haar toeko-

---

1 In de gemeente Bunschoten was besloten voortaan Gods woord als richtlijn te gebruiken: KB 30 maart 1985, *Stb.* 1985, nr. 245 (Welzijn in Bunschoten) en met betrekking tot door verschillende gemeenten afgekondigde vloekverboden (KB's 5 juni 1986, *Stb.* 1986, nrs. 337–342 (Vloekverboden).

2 Zie *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 9.

3 KB 28 december 1990, *Stb.* 1991, nr. 25 (gemeente Rhenen) en KB 22 december 1988, *Stb.* 1988, nr. 675 (gemeente Hilversum).

mende bevoegdheid dan op zodanige wijze dat de behartiging van een belang dat aan een hoger orgaan is toevertrouwd wordt doorkruist.<sup>125</sup> Ten derde wijst het kabinet op de problemen die ontstaan wanneer belangen van burgers worden geschaad door handelingen van het gemeentebestuur. Dit zal in de tegenwoordige tijd (met de codificatie van de grondrechten in de Grondwet) eerder schending met het recht opleveren dan schending van het algemeen belang. Tot slot kan worden vernietigd bij strijd met het algemeen belang in onbepaalde gevallen. Deze restcategorie is uitdrukkelijk bedoeld om de Kroon beoordelingsruimte te laten ten aanzien van de vraag of vernietiging gewenst is.

Bij uitspraak van 22 april 2009 vernietigde de ABRvS het besluit van minister Bos tot spontane vernietiging vanwege strijd met het algemeen belang van een aantal procesbesluiten van provincies, gemeenten en Wgr-regio's.<sup>126</sup> Het betrof besluiten om het door de medeoverheden gelegde conservatoire beslag op tegoeden van Landsbanki te gaan executeren. Hoewel een dergelijk besluit met grote terughoudendheid moet worden getoetst, overwoog de ABRvS uitdrukkelijk dat zij haar toetsing wel inhoud moet geven. De ABRvS constateert vervolgens dat het bestreden besluit niet voldoet aan de motiverings- en zorgvuldigheidseisen die daaraan mogen worden gesteld.

Spontane vernietiging is naar huidig recht een *ultimum remedium*.<sup>127</sup> Dit *ultimum remedium*-karakter van de spontane vernietiging<sup>128</sup> zal met inwerkingtreding per 1 oktober 2012 van de Wet *Revitalisering generiek toezicht* integraal wijzigen.<sup>129</sup> Spontane vernietiging is geen *ultimum remedium* meer, in die zin dat er slechts terughoudend gebruik van mag worden gemaakt, maar veeleer een toepassingskader met een 'preventief en proactief karakter'.

In het nieuwe beleidskader is het vereiste van 'inbreuk op de constitutionele bevoegdheidsverdeling' bij strijd met het recht komen te vervallen.<sup>130</sup> Wel beaamt de regering dat niet elke strijd met het recht aanleiding zal zijn om een besluit te vernietigen.<sup>131</sup>

'De inbreuk op de eigen verantwoordelijkheid van gemeenten en provincies moet proportioneel zijn ten opzichte van het belang dat met vernietiging wordt gediend. (...). Vernietiging komt eerder in beeld indien het besluit niet louter de lokale belangen betreft.'

125 Bijvoorbeeld de impasse die ontstond tussen de minister van Justitie en het college van B&W van de gemeente Haarlemmermeer bij het sluiten van het Schiphol-cellencomplex: KB 7 december 2005, *Stb.* 2005, 634.

126 ABRvS 22 april 2009, *LJN* BI1842, *JG* 2009, m.nt. T. Barkhuysen & C. de Kruif, *JB* 2009, 144 m.nt. J.L.W. Broeksteeg en *NJB* 2009, 890.

127 Zie Brief van de minister van BZK van 21 augustus 2006 inhoudende het beleidskader spontane vernietiging: *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75.

128 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 300 VII, nr. 75, p. 4.

129 *Kamerstuknummer* 32 389. Bekendmaking: *Stb.* 2012, 233. Inwerkingtreding: *Stb.* 2012, 276.

130 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 389, nr. 5, p. 1.

131 Bijlage bij *Kamerstukken II* 2009/10, 32 389, nr. 5.

Strijd met de Grondwet zal in ieder geval een bovenlokaal belang opleveren. Voorop staat dat de gronden waarop vernietigd mag worden, niet wijzigen. Ook het ambt dat tot vernietiging bevoegd is, blijft de Kroon (artikel 268 Gemeentewet). De voordracht tot vernietiging gebeurt door de minister van BZK al dan niet tezamen met de verantwoordelijke vakminister (artikel 278 Gemeentewet). Dat het bestuursorgaan van wie het vernietigde besluit afkomstig is, verplicht is een nieuw besluit te nemen (artikel 281 Gemeentewet) wijzigt niet, maar daarop worden met dit wetsvoorstel enkele aanvullingen voorgesteld. Ten eerste krijgt de Kroon wanneer van de bevoegdheid tot vernietiging gebruik wordt gemaakt en indien er geen beleidsvrijheid is bij het betrokken decentrale bestuursorgaan, de bevoegdheid om zelf in de zaak te voorzien (artikel 278a, tweede lid, Gemeentewet). Tevens kan de Kroon een voorlopige voorziening treffen die in de plaats treedt van het geschorste of vernietigde besluit (artikelen 275 en 278a, eerste lid, Gemeentewet (nieuw)). Voorts kan de Kroon in het schorsings- of vernietigingsbesluit een aanwijzing geven (artikel 278a, derde lid, Gemeentewet). Wanneer de aanwijzing niet wordt opgevolgd, treedt de taakverwaarlozingsregeling (inclusief indeplaatsstelling) in werking. Ook kan de Kroon in het vernietigingsbesluit een termijn opnemen waarbinnen het gemeentebestuur een nieuw besluit moet nemen. Wanneer het niet binnen die termijn daartoe overgaat, gaat eveneens de indeplaatsstellingsregeling in (artikel 281, tweede lid, Gemeentewet). In de literatuur is al opgemerkt dat deze indeplaatsstellingsregeling wel eens in strijd kan zijn met de Grondwet.<sup>132</sup> Bij vernietiging speelt immers het onderscheid tussen autonome en medebewindsbevoegdheden niet terwijl dat wel van onderscheidend belang is bij taakverwaarlozing.

Tot slot kan de Kroon op grond van de voorgestelde regeling in geval van vernietiging van een algemeen verbindend voorschrift (of een ander besluit van algemene strekking) bepalen dat de vernietiging ook betrekking heeft op besluiten die gebaseerd zijn op het algemeen verbindende voorschrift c.q. het andere besluit van algemene strekking (artikel 278a, vijfde lid, Gemeentewet). Als voorbeeld wordt in de Memorie van Toelichting (p. 53) een gemeentelijke subsidieverordening en de daarop gebaseerde subsidiebesluiten gegeven. Normaliter zal vernietiging van de verordening immers niet leiden tot vernietiging van de op grond daarvan genomen subsidiebesluiten. Dat kan met deze bepaling dus wel. Ook kan dan in het vernietigingsbesluit de aanwijzing worden opgenomen om de betreffende subsidiegelden terug te vorderen van de eindontvangers.

#### 4.4.2.4 Taakverwaarlozing

Zoals hiervoor al aangegeven, staan de uitgangspunten voor taakverwaarlozing in artikel 132, vijfde lid, van de Grondwet. Daarbij geldt een onder-

---

132 De Kruif 2011 en Zijlstra tijdens Staatsrechtconferentie 2011.



scheid tussen de verwaarlozing van autonome taken en die van medebewindstaken.

In geval van verwaarlozing van autonome taken kan slechts worden ingegrepen bij 'grove' taakverwaarlozing. In dat geval kunnen hiervoor 'bij de wet' voorzieningen worden getroffen. Dit houdt in dat alleen de formele wetgever middels een ad hoc-wet bevoegd is tot ingrijpen.<sup>133</sup>

Voor ingrijpen bij verwaarlozing van medebewindstaken geldt een tweeledig regime afhankelijk van de mate van verwaarlozing. Bij grove taakverwaarlozing kan alleen 'bij wet' worden ingegrepen. Het nader regelen van de voorzieningen die bij overige gevallen van verwaarlozing van medebewindstaken moeten worden genomen, draagt de Grondwet op aan de formele wetgever, i.e. de Provincie- c.q. de Gemeentewet. Zo bepaalt artikel 123 Gemeentewet dat B&W voorzien in de taken die de gemeenteraad verwaarloost (horizontaal niveau). Artikel 124 Gemeentewet bevat een nadere taakverwaarlozingsregeling voor B&W of de burgemeester. Voor B&W voorziet GS alsnog in de taak. Voor de burgemeester de Commissaris van de Koningin. In beide gevallen spreken we van het verticale niveau. Voor PS voorzien GS (artikel 120 Pw). Voor GS en de Commissaris van de Koning voorziet de minister van BZK (artikel 121 Pw). Ook deze taakverwaarlozingsregeling gaat met het wetsvoorstel *Revitalisering generiek toezicht op de schop*.

Ten eerste zal de provincie als naast-hoger-gelegen bestuur een prominentere rol gaan vervullen. De indeplaatstreding op horizontaal niveau wordt vervangen door een voorziening in de verticale verhouding (GS).

Ten tweede zal ingrijpen geoorloofd zijn indien de taakverwaarlozing 'objectief vast te stellen is.' Aangenomen wordt dat dit niet het geval zal zijn wanneer sprake is van 'een verschil van inzicht over de wijze waarop' de gemeenteraad zijn beleidsvrijheid heeft gebruikt.<sup>134</sup> Bij beslissingen waarbij het betrokken bestuursorgaan beleidsvrijheid geniet, zal dus niet snel sprake zijn van indeplaatstreding vanwege taakverwaarlozing omdat niet getoetst kan worden of sprake is van een 'niet naar behoren' uitgevoerde wettelijke taak. Wanneer het betreffende orgaan niet overgaat tot het nemen van een wettelijk gevorderd besluit dan kan indeplaatsstelling weer wel (ongeacht of bij het te nemen besluit beleidsvrijheid resteert) omdat in dat geval objectief vastgesteld kan worden dat een bestuursorgaan niet het bij wet gevorderde besluit heeft genomen.<sup>135</sup> Daarbij geldt dat het indeplaatstredende bestuursorgaan alleen voor zover noodzakelijk in de taak voorziet. Ook wordt het niet presterende bestuursorgaan voordat in de verwaarloosde taak wordt voorzien in de gelegenheid gesteld alsnog de benodigde besluiten te nemen. De indeplaatstreding is dan veeleer een sanctie op het niet uitvoeren van de gevorderde taak. In dat verband kan ook het voorstel worden begrepen

133 *Kamerstukken II 1976/77*, 13 900, nr. 6, p. 28.

134 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 389, nr. 3, p. 37.

135 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 389, nr. 3, p. 37.

op grond waarvan een voornemen tot indeplaatstreden wordt gepubliceerd en de gemeenteraad respectievelijk GS actief over dit voornemen worden geïnformeerd. Een besluit tot indeplaatstreding bevat de omschrijving van de wettelijke taak die is verwaarloosd, van het te bereiken resultaat, een verantwoording over het bestuurlijke traject dat voorafgaand aan het indeplaatstredingsbesluit is gevolgd, de termijn waarbinnen alsnog kan worden gepresteerd alsmede een omschrijving van de te nemen handelingen en de kosten die de indeplaatstreding met zich mee brengt.<sup>136</sup>

Ten derde is het nieuw in te voegen artikel 124a van de Gemeentewet van belang. Op grond daarvan kan de minister van BZK respectievelijk de betreffende vakminister GS c.q. de commissaris van de koningin verzoeken om toepassing te geven aan de taakverwaarlozingsregeling. Wanneer het betreffende bestuursorgaan niet binnen de gewenste tijdsspanne actie onderneemt, gaat de bevoegdheid tot indeplaatstreding met inbegrip van de daarmee samenhangende bevoegdheden over op de betreffende minister (artikel 124a, tweede lid, Gemeentewet).

Ten vierde wordt ook de reikwijdte van de taakverwaarlozingsregeling uitgebreid. Was tot op heden sprake van verwaarlozing van in medebewind gevorderde *beslissingen*, met inwerkingtreding van het gerevitaliseerde generieke toezicht zijn alle in medebewind te vorderen rechtshandelingen (beschikkingen maar ook plannen e.d.) alsmede alle daartoe benodigde feitelijke handelingen onder de reikwijdte van de taakverwaarlozingsregeling gebracht.

#### 4.4.3 Kaderwet zbo's en rwf's

Een Kaderwet zbo is niet hiërarchisch ondergeschikt aan een minister. Tussen beide bestaat geen ambtelijke ondergeschiktheidsrelatie.<sup>137</sup> Het toezicht dat in het kader van de Kaderwet wordt uitgeoefend, valt in de eerste plaats onder de noemer 'bestuurlijk toezicht'.<sup>138</sup>

Ten aanzien van Kaderwet zbo's met eigen publiekrechtelijke dan wel privaatrechtelijke rechtspersoonlijkheid bevat Hoofdstuk 3 van de Kaderwet enkele sturings- en toezichtbepalingen. De inlichtingenplichten die op een zbo rusten, staan beschreven in artikel 20 Kaderwet. Artikel 21 Kaderwet

136 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 389, nr. 3, p. 40.

137 Zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 426, nr. 3, p. 9. De bevoegdheid om bijzondere aanwijzingen te geven, bestaat derhalve niet: zie ook Aanwijzingen voor de Regelgeving, aanwijzing 124g 'Aan een minister wordt niet de bevoegdheid toegekend om bijzondere aanwijzingen te geven'. De toelichting hierbij vermeldt: 'Indien de minister bevoegd is bijzondere aanwijzingen ofwel aanwijzingen voor een concreet geval te geven, kan niet meer van 'zelfstandigheid' gesproken worden en resteert er materieel niets anders dan een aan de minister ondergeschikt orgaan met bij de wet geattribueerde bevoegdheid.'

138 Bestuurlijke Werkgroep Alders, *Interbestuurlijk toezicht herijkt, Toe aan nieuw zicht op overheden*, Den Haag: 7 december 2005 dat uitgebracht is in opdracht van het ministerie van BZK. Het rapport is aangeboden aan de Tweede Kamer bij *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 VII, nr. 50.

verschafft de minister voorts de bevoegdheid tot het geven van algemene aanwijzingen (beleidsregels). Ook beschikt de desbetreffende minister uit hoofde van artikel 22 Kaderwet over de bevoegdheid besluiten van een zbo te vernietigen vanwege strijd met het recht of het algemeen belang. Uit de Memorie van Toelichting (p. 16) hierbij blijkt dat 'deze instrumenten met name aangewezen kunnen zijn voor het toezicht en de sturing met betrekking tot de uitvoering van EU-regelgeving door zelfstandige bestuursorganen.' Tot slot is de desbetreffende minister bevoegd om in geval van ernstige taakverwaarlozing maatregelen te treffen (artikel 23 Kaderwet).

Dit zijn dus de instrumenten die in de Kaderwet zijn neergelegd. Bij bijzondere wet kunnen enkele van deze instrumenten niet van toepassing worden verklaard: met andere woorden afwijken van het toezichtinstrumentarium zal telkens uitdrukkelijk moeten gebeuren.<sup>139</sup> Daarmee is gewaarborgd dat op Kaderwet zbo's een uniforme regeling van toepassing blijft die voldoende waarborgen biedt zodat de minister zijn ministeriële verantwoordelijkheid kan waarmaken. De noodzaak voor afwijking van de Kaderwet zbo's bij bijzondere wet kan aanwezig zijn: zo kan het niet wenselijk zijn dat de minister de bevoegdheid tot vernietiging van een besluit heeft wanneer dat besluit afkomstig is van een onafhankelijke toezichthouder.<sup>140</sup> Het Commissariaat voor de Media is als publiekrechtelijke rechtspersoon in het leven geroepen op grond van artikel 7.1 van de Mediawet 2008. Op grond van artikel 7.2 van de Mediawet 2008 is de Kaderwet zbo van toepassing op het Commissariaat. In afwijking van de Kaderwet zbo's bevat de Mediawet 2008 in artikel 7.8 Mediawet 2008 een schorsings- en vernietigingsbevoegdheid voor de minister. Het betreft de bevoegdheid om besluiten van het Commissariaat binnen acht weken na ontvangst te schorsen of vernietigen.

Tot slot een korte toelichting op rwt's niet-zbo's. Dit zijn rechtspersonen belast met een taak van algemeen belang en die een publiek- of privaatrechtelijke rechtspersoon zijn maar niet beschikken over openbaar gezag. Voorbeelden zijn bijvoorbeeld de academische ziekenhuizen of de nutsbedrijven. Ten aanzien van rwt's niet-Kaderwet zbo's zijn in de regel de bevoegdheden van de minister beperkt. Zij zijn nader ingevuld via de bijzondere wet waarin de taken en verantwoordelijkheden van de rwt zijn omschreven. Als illustratie kan worden gewezen op het toezicht dat op academische ziekenhuizen bestaat uit hoofde van de Whw. De minister heeft uit hoofde van de Whw verschillende bevoegdheden maar geen bevoegdheden in het kader van vernietiging of schorsing van besluiten van het college van bestuur van een academisch ziekenhuis. Evenmin beschikt de minister over bevoegdheden in het kader van taakverwaarlozing. Wel benoemt, schorst en ontslaat de minister de leden van de Raad van Toezicht (9.7 Whw), die op hun beurt de leden van het college van bestuur van het ziekenhuis benoemen. Leden van de Raad van Toezicht kunnen niet tevens werkzaam zijn voor een minis-

---

139 *Kamerstukken II 2000/01, 27 426, nr. 3, p. 4.*

140 *Kamerstukken II 2000/01, 27 426, nr. 3, p. 6.*

terie (9.7 Whw). De leden van de Raad van Toezicht zijn verantwoording schuldig aan de minister (artikel 9.9 lid 1 Whw). Uit hoofde van lid 2 van hetzelfde artikel zijn de leden inlichtingen verschuldigd aan de minister.

#### 4.4.4 Conclusie paragraaf 4.4

In deze paragraaf is op hoofdlijnen inzichtelijk gemaakt welke toezichtsbevoegdheden het Rijk (de Kroon of minister) heeft ten aanzien van overheden en aan overheden gelieerde entiteiten. In het bijzonder is aandacht besteed aan het interbestuurlijk toezicht dat tussen het Rijk en de provincies respectievelijk de gemeenten bestaat. Naast het huidige recht is ook aandacht besteed aan de gevolgen van het wetsvoorstel Revitalisering generiek toezicht. Het toezicht op zbo's is in algemene zin geregeld in de Kaderwet zbo's. In de bijzondere wet waarbij het zbo is ingesteld of waarin de taken en bevoegdheden van het zbo zijn omschreven kan van de Kaderwet worden afgeweken. Een algemene wet bestaat niet voor rwt's. Het toezicht op deze groep entiteiten zal ingevuld zijn bij bijzondere wet waarbij de rwt is ingesteld of waarin de taken en bevoegdheden ervan zijn omschreven.

### 4.5 CONCLUSIE HOOFDSTUK 4

In dit Hoofdstuk is een drietal factoren beschreven die relevant kunnen zijn voor de vraag of een verhaalsactie succesvol zal zijn.

Vaststaat dat voor verhaal in civielrechtelijke zin is vereist dat de entiteit waarop wordt verhaald over rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht beschikt. Dit geldt eveneens voor de aansprakelijkheid van de entiteit. Een eerste factor die bepalend zal zijn voor verhaal en aansprakelijkheid zal daarom het beschikken over rechtspersoonlijkheid naar privaatrecht zijn. Privaatrechtelijke en publiekrechtelijke entiteiten die nader genoemd zijn in artikel 2:1 BW beschikken daarover. Beide rechtspersonen zijn in deze paragraaf behandeld. Tot slot is kort aandacht besteed aan entiteiten die niet over 'eigen' rechtspersoonlijkheid beschikken maar behoren tot de publiekrechtelijke rechtspersoon de Staat. Verhaal binnen één rechtspersoon is immers mogelijk.

Van belang is voorts in hoeverre een entiteit over eigen middelen beschikt. Dit is de tweede factor die is onderzocht. Verhaal beoogt immers primair te compenseren. Het zou geen sigaar uit eigen doos moeten zijn. De draagkracht naar eigen vermogen blijkt uit de wijze van bekostiging van de entiteit. Dit geeft een beeld van de financiële verhoudingen die tussen de Rijksoverheid en de overheden respectievelijk de aan overheden gelieerde entiteiten. Op deze manier zijn entiteiten onderscheiden die volledig via eigen middelen worden bekostigd (bijvoorbeeld waterschappen en product-schappen), dan wel deels via eigen middelen en deels in meer of mindere mate dankzij rijksbijdragen functioneren (bijvoorbeeld gemeenten en provincies) en tot slot entiteiten die volledig worden gefinancierd door het Rijk (bijvoorbeeld het Commissariaat voor de Media en Prorail).

Tot slot is onderzocht welke toezichtsbevoegdheden een minister heeft ten aanzien van overheden en andere personen of entiteiten die wat betreft een bepaalde verdragsverplichting aan een overheid gelijk worden gesteld. Daarbij is ook aandacht besteed aan het wetsvoorstel Revitalisering generiek toezicht. Geconstateerd is dat het bestaande bestuurlijk toezicht in veel gevallen niet voldoet om schendingen van EU-recht te voorkomen of te beëindigen.

In het volgende twee hoofdstukken (5 en 6) wordt de nationale c.q. de Europese dimensie van verhaal onderzocht. Geïnterviewd en beproefd worden de verhaalsmogelijkheden (in ruime zin, dus ook bijvoorbeeld terugvorderingsbevoegdheden) die overheden onderling kunnen aanwenden om door hen gedane uitgaven te compenseren.

## INLEIDING TOT DEEL II

Zoals in het vorige hoofdstuk is beschreven, staan overheden zoals het Rijk en een gemeente in verschillende rechtsverhoudingen jegens elkaar. Eén daarvan is een financiële. In die rechtsverhouding kunnen geschillen ontstaan ('bekostigingsgeschillen'). Deze bekostigingsgeschillen komen in (zeer) zeldzame gevallen tot een procedure bij de rechter.<sup>1</sup>

Dergelijke geschillen zijn geen verhaalsacties in de zuivere zin van het woord. Net zo min als terugvorderingsacties in subsidiezaken waarbij de ene overheid subsidie terugvordert van de andere.<sup>2</sup> Weliswaar worden gelden die ten onrechte zijn uitgekeerd, gerecupereerd, maar die bedragen heeft het Rijk niet eerst aan een andere entiteit of persoon moeten betalen vanwege handelen of nalaten in strijd met het recht van die betreffende medeoverheid.

In de door mij in hoofdstuk 3 beschreven gevallen, is dat wel de situatie. De aansprakelijkheid van het Rijk jegens de EU respectievelijk jegens de klager bij het EHRM leidt immers tot het voldoen van geldbedragen door het Rijk aan de EU respectievelijk aan de klager. Het zijn deze uitgaven die het Rijk vergoed wil zien door een medeoverheid. De medeoverheid is in deze situatie in ieder geval *medeschuldenaar*, met dien verstande dat bij verhaalsacties in de zin van dit onderzoek altijd sprake zal moeten zijn van ten minste twee schuldenaren (het Rijk en een medeoverheid).

Hoe de op deze manier door het Rijk voldane geldbedragen kunnen worden verhaald op een medeoverheid en *vice versa*, is het onderwerp van dit tweede deel dat uiteenvalt in twee hoofdstukken.

---

1 Een voorbeeld van een geschil over een verlaging van de Gemeentefondsuitkering is Pres. Rb. Den Haag 8 september 1981, *AB* 1981, 532 m.nt. J.R. Stellinga en *NJ* 1982, 129. Voorbeelden van geschillen over specifieke uitkeringen: ABRvS 2 maart 2011, *LJN* BP 6311 en ABRvS 8 maart 2006, *LJN* AV3851. Ook over aanvullende uitkeringen ex artikel 12 Fvw wordt wel eens geprocedeerd: Rb. Arnhem 6 juli 2005 (*LJN* AU6309) (beroep) en ABRvS 3 mei 2006 (*LJN* AW7309) (hoger beroep).

2 Bijvoorbeeld: CRvB 21 oktober 2004, *LJN* AR4862.

In de eerste plaats is de 'nationale' dimensie van verhaal in kaart gebracht (hoofdstuk 5). Daaronder versta ik de verhaalsmogelijkheden van een overheid op een andere vanwege schade die door de eerste overheid is betaald maar die is veroorzaakt door schending van een zuiver *nationale* norm.

In de tweede plaats zijn de verhaalsmogelijkheden in kaart gebracht die een overheid heeft wanneer de geschonden norm die de primaire schade veroorzaakte een *Europese* is (hoofdstuk 6). Die situaties worden beschreven onder de noemer 'Europese' dimensie van verhaal. In beide delen maak ik onderscheid tussen publiekrechtelijke verhaalsmogelijkheden (paragraaf 5.2 respectievelijk paragraaf 6.2) en privaatrechtelijke instrumenten voor verhaal (paragraaf 5.3 respectievelijk 6.3).

## 5 De nationale dimensie van verhaal tussen overheden

### 5.1 INLEIDING<sup>1</sup>

Een overheid kan naar Nederlands recht schade veroorzaken door onrechtmatige appellabele besluiten, feitelijke handelingen (bijvoorbeeld handelen of nalaten van toezichthouders), wetgeving en rechtspraak.<sup>2</sup> Buiten de typische hoedanigheid van overheid kan eveneens aansprakelijkheid ontstaan. Zo is de overheid aansprakelijk jegens derden als bijvoorbeeld (water)wegbeheerder, werkgever en contractspartij. Ook in die positie kan de overheid het EVRM of EU-recht schenden. Het voert te ver dit onderwerp in zijn totaliteit te behandelen. Volstaan kan worden met de vaststelling dat naar Nederlands recht de overheid op al deze gronden aansprakelijk kan zijn jegens een benadeelde. Dit geldt ook als de benadeelde zelf een overheid is.

Om haar schade op de aansprakelijke overheid te verhalen, maakt een benadeelde overheid in de regel gebruik van een actie op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of één van de species-bepalingen zoals artikel 6:170 en 6:174 BW. Zo gebeurde dit bijvoorbeeld in de zaak van de *Wilnisser Dijkdoorbraak*.<sup>3</sup> De gemeente Ronde Veenen hield het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht aansprakelijk op grond van artikel 6:174 BW (opstalaansprakelijkheid) voor de waterschade die aan woonwijk Veenzijde 1 was ontstaan vanwege de kadeverschuiving. Door die kadeverschuiving was 230.000 m<sup>3</sup> water de polder en de woonwijk ingestroomd. De gemeente verzocht om veroordeling van het waterschap voor de door haar geleden schade, nader op te maken bij staat.

---

1 Zie voor een eerdere (deel)bewerking van dit hoofdstuk: De Kruif 2011.

2 Zie over overheidsaansprakelijkheid in algemene zin onder meer: Di Bella, Faure & De Mot, Huijgen, Hennekens 2001, Jansen (C.H.M.), Lankhorst, Polak 2012, Polak et al., Schlössels, Schueler, Ten Berge et al. 1995, Van Maanen & De Lange, Van Ravels 2011 en Van Roosmalen. Zie over overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving onder meer: Schutgens en over overheidsaansprakelijkheid vanwege onrechtmatige rechtspraak onder meer: Meijer. Voor aansprakelijkheid van de overheid vanwege gebrekkig toezicht: zie onder meer Barkhuysen & Diepenhorst. Verder komen de verschillende vormen van overheidsaansprakelijkheid aan bod in de gebruikelijke bestuursrechtelijke handboeken.

3 Bijvoorbeeld: HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 m.nt. T. Hartlief en *JB* 2011, 93 m.nt. R.J.B. Schutgens. Zie hierover uitgebreid Hartlief. De gemeente Ronde Veenen hield het Hoogheemraadschap Amstel, Gooi en Vecht aansprakelijk op grond van artikel 6:174 BW (opstalaansprakelijkheid) voor de waterschade die aan woonwijk Veenzijde 1 was ontstaan vanwege de kadeverschuiving.



Dit soort verhaalsacties tussen overheden komen overigens niet veel voor, althans niet in gepubliceerde jurisprudentie. Nog minder veelvuldig c.q. niet aanwezig is gepubliceerde jurisprudentie over een overheid die een medeoverheid aanspreekt uit hoofde van regres (artikel 6:10 BW) of deze in een lopende artikel 6:162 BW-procedure in vrijwaring oproept (artikel 210 Rv<sup>4</sup>).

In het kader van politie-optreden zijn wel enkele zaken aan te wijzen die ik in dit hoofdstuk zal bespreken. Ter illustratie alvast een voorproefje. Een man wordt door de Rotterdamse politie aangehouden vanwege een vermeend strafbaar feit. Bij de aanhouding worden ernstige fouten gemaakt waardoor de man in een psychose raakt. Na afloop vordert de man schadevergoeding van de Staat (het OM behoort tot rechtspersoon de Staat). De Staat roept de gemeente Rotterdam daarop in vrijwaring op.<sup>5</sup> Een andere relatief recente ontwikkeling waarin overheden tegenover elkaar komen te staan, zijn bestuursrechtelijke zaken waarin sprake is van schending van de redelijke termijn die toerekenbaar is aan het bestuur en de rechter. Wanneer de redelijke termijn is overschreden in zaken waarin meerdere malen een besluit is vernietigd en terugverwezen naar het bestuursorgaan speelt de vraag aan wie (de uitvoerende overheid of de rechtsprekende overheid) de schending moet worden toegerekend. Ook op deze manier lijken overheden dus tegenover elkaar te kunnen staan.

In dit hoofdstuk staat het verhalen van schade door een benadeelde overheid op een onrechtmatig handelende overheid centraal waarbij de geschonden norm een zuiver nationale is. Het verhalen van schade vanwege een schending van EU-recht c.q. een EVRM-bepaling vormt het onderwerp van Hoofdstuk 6. Op mogelijkheden om nadeelcompensatie<sup>6</sup> te verkrijgen, zal ik niet ingaan. Die vorm van schadevergoeding valt buiten het bestek van dit onderzoek. Een overheid die in strijd handelt met het EVRM of met EU-bepalingen pleegt immers een onrechtmatige daad jegens de benadeelde.<sup>7</sup>

Alvorens nader in te gaan op de opbouw van dit hoofdstuk wil ik kort nog een opmerking plaatsen over de vraag of overheden elkaar (zouden) moeten treffen voor de rechter.

Geschillen waarbij alleen overheden tegenover elkaar kunnen staan, noemt men 'zuivere' bestuursgeschillen.<sup>8</sup> Dit in tegenstelling tot de 'onzuivere' geschillen van bestuur waaronder de geschillen tussen burger en over-

---

4 Preciezer: eenvoudige of persoonlijke vrijwaring ex artikel 214 Rv (in tegenstelling tot zakelijke vrijwaring ex artikel 212-213 Rv).

5 HR 13 mei 1988, *AB* 1988, 468, m.nt. F.H. van der Burg en *NJ* 1989, 896, m.nt. W. Konijnenbelt.

6 Zie hiervoor uitgebreid: Tjepkema. Uiteraard bestaan er verschillende mechanismen tussen overheden op grond waarvan over en weer kosten worden gecompenseerd, zoals bijvoorbeeld artikel 6.8 Wro. Zie daarover onder meer: Van Buuren, p. 344 e.v.

7 Zie ook: Polak 2012, p. 139.

8 o.a. Van der Vlies et al., p. 17-18.

heid worden verstaan. Voor de beslechting van deze zuivere bestuursgeschillen gaf de uitspraak *Benthem*<sup>9</sup> indertijd in het licht van artikel 6 EVRM geen dwingende oplossing met als gevolg dat voor die geschillen de vraag bleef bestaan waar *Loeffen Struycken* al over streden: bestuur of rechter?

Het systeem van beslechting van zuivere bestuursgeschillen dat naar huidig recht bestaat, is op hoofdlijnen het volgende. Artikel 136 Gw bepaalt dat geschillen tussen openbare lichamen bij KB worden beslist tenzij de beslechting ervan bij wet aan anderen is opgedragen c.q. de rechterlijke macht hieromtrent bevoegd is. Voor die geschillen die derhalve niet onder de 'tenzij-formule' vallen, is het antwoord in ieder geval 'het bestuur'. De 'tenzij-formule' omvat naar huidig recht nagenoeg alle geschillen. Ten eerste staat voor overheden (bestuursorganen) tegen besluiten in de zin van de Awb beroep open op de bestuursrechter (artikel 8:1 Awb). Artikel 1:2 lid 2 Awb bepaalt in dat verband dat voor bestuursorganen de hun toevertrouwde belangen als hun eigen belangen hebben te gelden. Alleen voor van beroep uitgezonderde besluiten c.q. voor handelingen die geen besluit in de zin van de Awb opleveren, is de bestuursrechter niet bevoegd maar is de burgerlijke rechter de bevoegde restrechter. In dat kader bepaalt artikel 3:305b BW dat publiekrechtelijke rechtspersonen bevoegd zijn om rechtsvorderingen in te stellen ter bescherming van de belangen van andere personen voor zover hun de behartiging daarvan is toevertrouwd. Het pleit is met andere woorden beslecht ten voordele van de rechter.

Wat de mogelijke procedures betreft die in dit onderzoek centraal staan – verhaalsacties tussen overheden onderling – zal doorgaans sprake zijn van zuivere bestuursgeschillen. Deze kunnen verticaal (hogere – lagere overheid) dan wel horizontaal (bijvoorbeeld gemeente - gemeente) zijn. In theorie echter kunnen daar ook particulieren bij zijn betrokken: bijvoorbeeld in geval van terugvordering van staatssteun of subsidies (benadeelde projectuitvoerders). In ieder geval zal dan sprake zijn van pseudo-zuivere bestuursgeschillen c.q. onzuivere bestuursgeschillen. Met betrekking tot de zuivere bestuursgeschillen in dit verband kort het volgende.

De laatste tijd lijkt de kwestie van bestuursgeschillen opnieuw in de aandacht te staan: met name met betrekking tot de vraag of overheden dezelfde rechtsbeschermingsmogelijkheden als burgers zouden moeten hebben. Zo is in artikel 1.4 van de Crisis- en herstelwet (Chw) het beroepsrecht voor mede-overheden beperkt:

'Artikel 1.4

In afwijking van artikel 8:1, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht kan een niet tot de centrale overheid behorende rechtspersoon die krachtens publiekrecht is ingesteld of een niet tot de centrale overheid behorend bestuursorgaan geen beroep instellen tegen een besluit, indien dat besluit niet is gericht tot die rechtspersoon of tot een orgaan van die rechtspersoon, onderscheidenlijk tot dat bestuursorgaan of tot de rechtspersoon waartoe dat bestuursorgaan behoort.'

---

9 EHRM 23 oktober 1985, *Benthem t. Nederland*, AB 1986, 1 m.nt. E.M.H. Hirsch Ballin

In de MvT hierbij<sup>10</sup> wordt gesteld dat 'in de onderlinge verhoudingen tussen overheden' 'de gang naar de rechter' minder goed zou passen. Met name niet wanneer het gaat om 'urgente projecten'. Aangesloten wordt bij het rapport van de Commissie Elverding uit 2008 'Sneller en beter' die dit reeds propageerde ten aanzien van tracébesluiten. Overheden zouden hun geschillen in goed bestuurlijk overleg moeten oplossen en niet ten overstaan van de rechter. Artikel 1.4 Chw is echter om twee redenen niet effectief. Ten eerste behouden die overheden die geadresseerde zijn van besluiten hun beroepsrecht bij de bestuursrechter. Ten tweede laat artikel 1.4 Chw de aanvullende rechtsbescherming door de burgerlijke rechter onverlet. Juist met betrekking tot geschillen tussen overheden en het Rijk heeft de Hoge Raad deze restbevoegdheid van de burgerlijke rechter meermaals bevestigd.<sup>11</sup>

In het Kabinetsstandpunt *Juridisering in het openbaar bestuur*<sup>12</sup> is overwogen dat 'de schroom om onderlinge bestuurlijke conflicten naar buiten te brengen door het aanspannen van een procedure bij de rechter' bijna geheel is verdwenen. In dit kabinetsstandpunt is indertijd aangekondigd te onderzoeken of zuivere bestuursgeschillen ook op een alternatieve wijze kunnen worden beslecht. Dit heeft toen geleid tot de notitie *Alternatieve afdoening van bestuursgeschillen*.<sup>13</sup> De consequentie hiervan was dat het kabinet heeft uitgesproken dat geschillen die neerkomen op een geschil over beleidsopvattingen 'bij voorkeur' door het bestuur zelf moeten worden opgelost (en dus niet door de rechter). Echter, omdat uit onderzoek bleek dat slechts enkele van die geschillen voor de rechter werden gebracht, zag het kabinet geen aanleiding om wijzigingen aan te brengen in het rechtsbeschermingsstelsel. Dit ook omdat een aantal geschillen geen zuivere bestuursgeschillen zijn maar geschillen waar ook burgers in principe (pseudo-zuiver bestuursgeschil) c.q. daadwerkelijk (onzuiver bestuursgeschil) bij betrokken (kunnen) zijn. Aldus is indertijd niet besloten tot een wijziging van ons rechtsbeschermingsstelsel. In dit verband kan worden gewezen op enkele normatieve eisen waar de beslechting van bestuursgeschillen aan zou moeten voldoen.<sup>14</sup> Genoemd zijn: rechtszekerheid en rechtseenheid, transparantie, onpartijdigheid, deskundigheid, het vereiste van hoor- en wederhoor, verantwoording en snelheid.<sup>15</sup> Deze vereisten zouden ook (kunnen) gelden voor financiële zuivere bestuursgeschillen. Daarover meer in Hoofdstuk 7 van dit onderzoek.

Wat de financiële bestuursgeschillen betreft, blijkt dat in de Wet NERpe er voor is gekozen om rechtsbescherming open te stellen tegen het verhaalsrecht. Uitgangspunt is dat, net als bij de aanwijzingsbesluiten en de besluiten tot indeplaatstreding die in de Wet NERpe zijn opgenomen, een verhaals-

10 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 127, nr. 3, p. 11 en 44.

11 o.a. HR 5 februari 1993, *RvdW* 1993, 49 en *NJ* 1995, 716 m.nt. M. Scheltema, r.o. 4.2.

12 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 28.

13 *Kamerstukken II* 1999/00, 27 286, nr. 1.

14 Van der Vlies et al., p. 26-39.

15 Van der Vlies et al, p. 27 e.v.

besluit niet 'rauwelijks' mag worden genomen: slechts na overleg tussen de betrokken entiteiten (voor aanwijzingen: artikel 4, eerste lid Wet NERpe en voor verhaalsbesluiten: artikel 7, tweede lid Wet NERpe). Zowel tegen de besluiten tot het geven van aanwijzingen en indeplaatstreden als tegen verhaalsbesluiten staat beroep open bij de bestuursrechter. Voor de aanwijzing en de indeplaatstreding staat rechtstreeks beroep open op de ABRvS (geen bezwaarprocedure) ex artikel 6, eerste lid Wet NERpe. Wat verhaalsbesluiten betreft, geldt de normale Awb-rechtsgang van bezwaar, beroep en hoger beroep. Voor het verhalen van schade door medeoverheden verwijst de MvT naar de onrechtmatige daadsactie ex artikel 6:162 BW. Vooralnog is voldoende vast te stellen dat financiële conflicten tussen overheden – ook in geval van zuivere bestuursgeschillen – ook wat de wetgever betreft, voorgelegd kunnen worden aan de rechter. Geconcludeerd kan worden dat geen van de in dit hoofdstuk nader te beschrijven verhaalsacties uitgesloten zal zijn voor overheden. Hoewel de voorkeur uitgaat naar een minnelijke oplossing van bestuursgeschillen geldt dat ook overheden hun onderlinge geschillen uiteindelijk aan een rechter moeten kunnen voorleggen.

Met dit in het achterhoofd heeft Hoofdstuk 5 de volgende opbouw. Zoals gezegd, is de benadeelde overheid voor verhaal in de regel aangewezen op acties op grond van het BW. Die mogelijkheden en jurisprudentie worden besproken in paragraaf 5.3 van dit hoofdstuk. Schadevergoeding en verhaal van kosten is echter eveneens mogelijk op grond van de Awb. Deze publiekrechtelijke mogelijkheden bespreek ik in paragraaf 5.2. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 5.4).

## 5.2 PUBLIEKRECHTELIJKE VERHAALSINSTRUMENTEN

### 5.2.1 Inleiding

In deze paragraaf worden de algemene procedurele mogelijkheden in kaart gebracht die een bestuursorgaan ten dienste staan om met behulp van het publiekrecht schade of andere kosten te verhalen. Daarbij zijn bijzondere verhaalsregelingen zoals bijvoorbeeld artikel 75 van de Wet Bodembescherming buiten beschouwing gelaten.<sup>16</sup> Voor dit onderzoek hebben deze bijzondere verhaalsregelingen geen meerwaarde. Zoals in Hoofdstuk 6 zal worden besproken, is er namelijk een aantal bijzondere publiekrechtelijke verhaalsregelingen waarmee bedragen kunnen worden verhaald die vanwege schending van EU-recht c.q. EVRM aan een derde-partij zijn betaald. Voor zover deze regelingen niet gelden, zal aangesloten moeten worden bij de algemene publiekrechtelijke verhaalsmogelijkheden in de Awb. In dit hoofdstuk is om die reden geïnventariseerd welke algemene instrumenten de Awb bevat voor overheden om schade of kosten op elkaar te verhalen.

---

16 Zie hierover onder meer Bierbooms.

Een eerste vaststelling is dat de Awb geen algemene verhaalsregeling kent die specifiek aan overheden de mogelijkheid verschaft om geleden schade of gedane uitgaven te verhalen. Enerzijds biedt de Awb in artikel 8:73 wel de mogelijkheid om bij gegrondverklaring van het beroep de bestuursrechter te verzoeken het bestuursorgaan te veroordelen tot vergoeding van de geleden schade. Dit verzoek kan alleen worden ingediend hangende het beroep bij de bestuursrechter. Het biedt geen zelfstandige ingang om over schade te procederen bij de bestuursrechter. Daarin brengt het wetsvoorstel voor de Wet nadeelcompensatie en onrechtmatige besluiten<sup>17</sup> in de toekomst verandering. Anderzijds bevat de Awb sinds de vierde tranche een regeling voor de invordering van bestuursrechtelijke geldschulden (artikelen 4:85-4:125 Awb). Deze regeling is ook van toepassing op geldschulden tussen bestuursorganen. Het zijn deze twee publiekrechtelijke manieren om aan derden gedane uitgaven te verhalen, die in paragraaf 5.2 zullen worden besproken (paragrafen 5.2.2-5.2.3).

Een vreemde eend in dit verband is de terugvorderingsbevoegdheid van een bestuursorgaan uit hoofde van de subsidietitel van de Awb. Hoewel deze door mij niet strikt als 'verhaalsmogelijkheid' wordt beschouwd, moet hierover wel een opmerking worden gemaakt. In de regel wordt deze bevoegdheid immers niet gebruikt om gelden die men aan een derde heeft moeten betalen, te recupereren. In het kader van ESF, ELGF, ELFPO en EFRO-subsidies echter kan deze bevoegdheid wel worden aangewend om gelden te verhalen die men eerder aan de Unie of het Rijk heeft moeten terugbetalen. In dat geval wordt de terugvorderingsbevoegdheid uit de Awb gebruikt voor de 'Europese' dimensie van verhaal. Zoals hiervoor al opgemerkt, staat in dit hoofdstuk de 'nationale' dimensie van verhaal centraal. Om die reden is ervoor gekozen de Awb-terugvorderingsbevoegdheid niet in dit hoofdstuk te behandelen maar in Hoofdstuk 6.

### 5.2.2 Schadevergoeding in de Awb

Zoals bekend, kunnen bestuursorganen belanghebbende zijn bij een appellabel besluit van een ander bestuursorgaan (artikel 1:2 lid 2 Awb). Een willekeurig voorbeeld ter illustratie:

*De Minister van Verkeer en Waterstaat en de Staat verzetten zich tegen het besluit van het college van B&W van Hengelo waarbij aan de Staat (de Minister van Verkeer en Waterstaat) als wegbeheerder een last onder dwangsom wordt opgelegd om "zodanige maatregelen aan en langs de A1 te Hengelo te treffen, dat alsnog wordt voldaan aan artikel 3 van de bij het bestemmingsplan "Rijksweg 1, gedeelte Buren-Hengelo Oost" behorende voorschriften." Omdat in rechte blijkt dat voor dit besluit geen grond bestond, herroept de Afdeling dit besluit.<sup>18</sup>*

17 *Kamerstukken I 2011/12, 32 621, A.*

18 *ABRvS 19 december 2001, JB 2002, 49 m.nt. H. Peters.*

Als blijkt dat het bestreden besluit onrechtmatig is, bestaat in beginsel grond voor schadevergoeding (artikel 8:73 Awb) en/of een proceskostenveroordeling (artikel 8:75 Awb). Soms kan dit leiden tot een vreemde situatie zoals het volgende voorbeeld illustreert:

*De gemeente Heerlen tekent samen met enkele andere appellanten beroep aan tegen de door het college van B&W van de gemeente Heerlen verstrekte milieuvergunning voor een tippelzone. Het beroep van de gemeente is gegrond. Volgens de Afdeling bestaat er geen aanleiding tot een proceskostenveroordeling 'nu verweerders een orgaan van deze appellante vormen en een dergelijke vergoeding dus ten laste van appellante sub 1 zelf zou komen'.<sup>19</sup>*

Als de bestuursrechter voornemens is het bestreden besluit te vernietigen, kan het schadelijgende bestuursorgaan een verzoek tot schadevergoeding indienen bij de bestuursrechter via artikel 8:73 Awb of bij het bestuursorgaan dat het vernietigde besluit nam.<sup>20</sup> De rechtspersoon waartoe het schadelijgende bestuursorgaan behoort (artikel 1:1 lid 4 Awb) kan ook besluiten een actie ex artikel 6:162 BW in te stellen bij de burgerlijke rechter.<sup>21</sup> Dat kan zowel rechtstreeks – althans nadat de onrechtmatigheid van het bestreden besluit is vastgesteld – als via een zelfstandig schadebesluit.<sup>22</sup> Bij schade veroorzaakt door ander handelen van bestuursorganen is in de regel de burgerlijke rechter bevoegd.<sup>23</sup> Bekend voorbeeld daarvan is de in de Inleiding op dit hoofdstuk genoemde zaak van de *Wilnisser Dijkdoorbraak*.

De bevoegdheidsverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter is op basis van jurisprudentie tot stand gekomen. Het wetsvoorstel voor de Wet Nadeelcompensatie en onrechtmatige besluiten (wetsvoorstel nadeelcompensatie en onrechtmatige besluiten) dat door de Tweede Kamer

---

19 ABRvS 3 november 2000, *JB* 2000, 348 en *AB* 2001, 75. Ook kan gewezen worden op een eerdere zaak tussen de gemeente Heerlen en het college van B&W van de gemeente Heerlen in verband met de door de laatste verleende kapvergunning ten behoeve van de tippelzone: Pres. rb. Maastricht 30 september 1999, *LJN* AA4892.

20 Het antwoord van het bestuursorgaan op dit verzoek is een zogenoemd zelfstandig schadebesluit: ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 m.nt. P.J.J. van Buuren (Van Vlodrop).

21 De burgerlijke rechter is bevoegd zodra de eiser stelt dat onrechtmatig jegens hem is gehandeld: HR 15 december 1915, *NJ* 1916, p. 407 (Guldemonde/Noordwijkerhout) en HR 17 december 1999, *AB* 2000, 89, m.nt. P.J.J. van Buuren (Groningen/Raatgever). Dan is immers sprake van een schuldvordering in de zin van artikel 112 Grondwet. Zie specifiek in het kader van bevoegdheidsvereenkomsten: HR 8 juli 2011, (Etam/Zoetermeer), *AB* 2011, 298 m.nt. F.J. van Ommeren & G.A. van der Veen, *JB* 2011, 186 en *NJ* 2011, 463.

22 HR 17 december 1999, *AB* 2000, 89, m.nt. P.J.J. van Buuren (Groningen/Raatgever) en HR 15 november 2002, *AB* 2003, 95 m.nt. P.J.J. van Buuren.

23 Uitzonderingen daargelaten zoals feitelijke handelingen jegens ambtenaren (artikel 8:1 lid 2 Awb).

is aangenomen, brengt hierin aanzienlijke wijzigingen.<sup>24</sup> Ten aanzien van het *onrechtmatig* handelen wordt voorzien in een Awb-titel 8.4 'Schadevergoeding wegens onrechtmatige besluiten' (artikelen 8:88-8:95 Awb). Deze titel heeft tot gevolg dat de huidige bestuursrechtelijke mogelijkheden om schadevergoeding te verkrijgen, worden geschrapt (inclusief artikel 8:73 Awb). Artikel 8:88 Awb bepaalt dat de bestuursrechter bevoegd is kennis te nemen van een verzoekschrift van een belanghebbende om vergoeding van de door het bestuursorgaan veroorzaakte schade. Het bestuursorgaan dient hierop een verweerschrift in (artikel 8:94, eerste lid, Awb jo artikel 8:75a Awb). De bestuursrechter beoordeelt zelfstandig het verzoek om schadevergoeding en bepaalt de hoogte daarvan. Indien hij het verzoek geheel of gedeeltelijk toewijst, wordt het bestuursorgaan veroordeeld tot schadevergoeding (artikel 8:95 Awb). Een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding levert een executoriale titel op die met behulp van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering ten uitvoer wordt gelegd (artikel 8:76 Awb).

Voorafgaand aan het verzoek om schadevergoeding aan de bestuursrechter moet de benadeelde in beginsel het bestuursorgaan om schadevergoeding vragen (artikel 8:90, tweede lid, Awb). Dit laat onverlet dat ook hangende het (hoger) beroep tegen het schadeveroorzakend handelen een verzoekschrift kan worden ingediend (artikel 8:91 Awb). In dat geval beslist de bestuursrechter. De bestuursrechter wordt exclusief bevoegd te oordelen over schadeverzoeken op het terrein waarop de CRvB en de belastingkamers bevoegd zijn (artikel 8:89, eerste lid, Awb). Dit geldt dan voor schade veroorzaakt door onrechtmatige besluiten of door andere onrechtmatige handelingen ter voorbereiding op besluiten voor zover het besluit onrechtmatig is (artikel 8:88, eerste lid, onder a en b, Awb). Met betrekking tot schade geleden op terreinen waarop de ABRvS en het CBb bevoegd zijn, wordt de burgerlijke rechter exclusief bevoegd. Hierop geldt een uitzondering voor de zogenoemde 'kleinere' schadezaken. Betreft het een schadeverzoek van minder dan EUR 25.000,- dan is de ABRvS respectievelijk het CBb bevoegd (artikel 8:89, tweede lid, Awb). In dat geval heeft de belanghebbende namelijk de keuze: ofwel voorleggen aan de bestuursrechter ofwel aan de burgerlijke rechter. Het wetsvoorstel bevat eveneens een regeling om gelijktijdige procedures over dezelfde schade te voorkomen (artikel 8:89, derde en vierde lid, Awb).

Concluderend kan worden opgemerkt dat het wetsvoorstel de competentieverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter grondig wijzigt. Het wetsvoorstel bevat geen materiële bepalingen over schadevergoeding maar alleen procedurele. Op deze materiële criteria wordt ingegaan in paragraaf 5.3 en in Hoofdstuk 6.

---

24 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 621 nrs.1-6. Op 27 maart 2012 is het wetsvoorstel door de Tweede Kamer aangenomen en naar de Eerste Kamer gezonden, zie *Kamerstukken I* 2011/12, 32 621, nr. A. Over het wetsvoorstel is zeer veel geschreven: zie voor een overzicht daarvan Polak et al., voetnoot 24. Zie onder meer: Alders, Scheltema 2011, Van Ettekoven, Van Ravels & Tjepkema, Van Ravels 2011(I) en (II).

### 5.2.3 Bestuursrechtelijke geldschulden in de Awb

Sinds de inwerkingtreding van de vierde tranche van de Awb per 1 juli 2009<sup>25</sup> beschikt men over een uniforme algemene bestuursrechtelijke regeling voor het verhalen van bestuursrechtelijke geldschulden. Hoewel de Awb hierover geen specifieke bepalingen bevat (op artikel 4:109 Awb na), geldt deze regeling ook voor de situaties waarin overheden elkaars crediteur en debiteur zijn ten aanzien van een bestuursrechtelijke geldschuld.<sup>26</sup> Een zogenoemde bestuurlijke geldschuld in de zin van artikel 4:85 Awb, is een geldschuld die voortvloeit uit<sup>27</sup>

- 'a. een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt; of
- b. een besluit dat vatbaar is voor bezwaar of beroep.'

In de regel bepaalt het wettelijk voorschrift genoemd onder a dat de betalingsverplichting bij beschikking moet worden vastgesteld.<sup>28</sup> Onder omstandigheden zijn er ook beschikkingen die niet gebaseerd zijn op een wettelijke grondslag. Dat zijn de geldschulden die voortvloeien uit een besluit onder b. Een voorbeeld daarvan zijn zuivere en onzuivere schadebesluiten.<sup>29</sup> Naast beschikkingen kunnen bijvoorbeeld beleidsregels de grondslag zijn voor schadevergoeding. Een beleidsregel is echter op grond van artikel 8:2 Awb niet vatbaar voor bezwaar en beroep en de daaruit voortvloeiende schadeverplichting is geen bestuurlijke geldschuld in de zin van artikel 4:85 Awb. Uiteraard kan het daarbij gaan om vergoeding van schade vanwege rechtmatige en onrechtmatige daad. De invordering van bestuursrechtelijke geldschulden wordt hier besproken voor zover relevant voor het verhalen van schade of uitgaven in geval van een onrechtmatig handelend bestuursorgaan.

Verplichtingen tot betaling van leges en griffierechten zijn uitdrukkelijk uitgezonderd van de definitie van bestuursrechtelijke geldschuld (artikel 4:85 leden 2 en 3 Awb). De betalingsverplichting die voortvloeit uit een opgelegde bestuurlijke boete is niet uitgezonderd en wordt op grond van

25 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nrs. 1 t/m 13 en *Kamerstukken I* 2006/07, 29 702, nrs. A t/m F en *Stb.* 2009, 264 (bekendmaking) en *Stb.* 2009, 265 (inwerkingtreding).

26 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 47 waarin artikel 4:99 BW nader wordt toegelicht. Krachtens die bepaling stelt het bestuursorgaan de verschuldigde wettelijke rente per beschikking vast. In de MvT wordt overwogen dat een bestuursorgaan ten voordele van de burger kan afzien van het in rekening brengen van wettelijke rente. Wanneer crediteur en debiteur beide bestuursorgaan zijn, kan het bestuursorgaan-crediteur hier volgens de MvT eveneens van afzien.

27 In titel 4.4 Awb 'Bestuursrechtelijke geldschulden' is hiervoor een algemene regeling opgenomen.

28 Kortmann (C.N.J.) 2011.

29 Kortmann (C.N.J.) 2011. Zie Scheltema 2011 over de gevolgen van het wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten voor de toepasselijkheid van de regeling met betrekking tot de invordering van bestuurlijke geldschulden op zuivere en onzuivere schadebesluiten.



een wettelijk voorschrift vastgesteld bij beschikking. De boete is daarmee een bestuursrechtelijke geldschuld. Ook overheden leggen elkaar onderling bestuurlijke boetes op die met behulp van de vierde tranche kunnen worden ingevorderd. Als een minister een boete oplegt aan een ander ministerie doet zich een enigszins wonderlijke situatie voor. De boete moet in civielrechtelijke zin immers betaald en ontvangen worden door één en dezelfde rechtspersoon: de Staat. Ter illustratie wijs ik op een voorbeeld uit de praktijk:

*De Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid legt het ministerie van Verkeer en Waterstaat (Rijkswaterstaat Bouwdienst, directie Verkeersinfrastructuur) een bestuurlijke boete op van € 8.000,00 wegens overtreding van artikel 2, eerste lid, van de Wet arbeid vreemdelingen (WAV). Zowel de Staat als het ministerie vechten het boetebesluit van de minister aan. Zonder resultaat.<sup>30</sup>*

Met betrekking tot het onderwerp van bestuurlijke geldschulden was het aanvankelijk alleen de bedoeling om een uniforme regeling voor de *invordering* daarvan bij dwangbevel te ontwerpen.<sup>31</sup> Hiervan is afgezien omdat het noodzakelijk werd geacht om ook bijkomende zaken zoals de verschuldigdheid van wettelijke rente, verzuim e.d. nader te regelen. Voor de invordering bij dwangbevel en voor deze bijkomende zaken werd voorheen aangesloten bij het privaatrecht. Na verloop van tijd bevatten verschillende bijzondere wetten aparte bepalingen.<sup>32</sup> In het kader van de gewenste uniformiteit is daarom gekozen voor een algemene bestuursrechtelijke regeling voor het verhalen van bestuursrechtelijke geldschulden. Hierna wordt deze algemene regeling kort toegelicht omdat overheden zich met behulp van deze regeling onderling op elkaar kunnen verhalen.

De regeling omtrent invordering van bestuursrechtelijke geldschulden is in het bijzonder relevant voor dit onderzoek. De verhaalsbevoegdheid die is opgenomen in de in paragraaf 6.2.4 te bespreken Wet NERpe creëert een bestuursrechtelijke geldschuld. Op het invorderen van deze geldschuld is de vierde tranche Awb van toepassing verklaard.

Zoals hiervoor al uiteengezet, wordt de verplichting tot betaling van de bestuursrechtelijke geldschuld vastgesteld bij beschikking (artikel 4:86 Awb).<sup>33</sup> Deze beschikking moet vatbaar zijn voor bezwaar en beroep (artikel 4:125, eerste lid Awb). Artikel 4:93 Awb bevat de mogelijkheid dat in plaats van betaling gekozen wordt voor verrekening maar alleen als dat bij bijzondere wet is mogelijk gemaakt. Voorts bevat artikel 4:95 lid 4, Awb de mogelijkheid om ook onverschuldigd betaalde voorschotten terug te vorderen.

30 ABRvS 12 mei 2010 (200901893/1/V6 (LJN BM4166)), JB 2010, 213 en JV 2010, 301. Zie voor vergelijkbare zaken: ABRvS 12 mei 2010 (200901894/1/V6 (LJN BM4167) en 200901898/1/V6 (LJN BM4168 en AB 2010, 185 en NJB 2010, 1118)).

31 Zie: *Kamerstukken II* 1993/94, 23 700, A, p. 63.

32 Zie bijlage 1 bij de Memorie van Toelichting, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3.

33 Zie *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 36 -37 voor uitzonderingen hierop.

Op grond van het vijfde lid kan het voorschot worden teruggevorderd bij dwangbevel indien dit ook is toegestaan voor de hoofdsom.

Afdeling 4.4.2 Awb bevat voorts een regeling met betrekking tot de wettelijke rente (vgl. artikel 6:119 BW). Deze is verschuldigd vanaf het moment dat de schuldenaar in verzuim is (artikel 4:98 lid 1 Awb). Verzuim treedt in met ommekomst van de niet gebruikte betalingstermijn (artikel 4:97 Awb). Die termijn begint te lopen vanaf het bekendmaken van de beschikking. Hoofregel is een betalingstermijn van zes weken. Daarvan kan bij bijzondere wet worden afgeweken. Ook het bedrag aan verschuldigde rente wordt per beschikking vastgesteld (artikel 4:99 Awb). Artikel 4:102 Awb regelt de verschuldigdheid van wettelijke rente in geval van gehonoreerde bezwaar of beroepsgronden die tot herziening leiden van het besluit waarbij de bestuurlijke geldschuld is vastgesteld of in geval het bestuursorgaan ambtshalve dit besluit wijzigt of intrekt. Over de verschuldigdheid van wettelijke rente in die gevallen is, zeker in het sociale zekerheidsrecht, wel geprocedureerd. Een algemene bestuursrechtelijke regeling zoals de vierde tranche biedt, kon dus geen kwaad.<sup>34</sup>

Overigens blijkt uit de Memorie van Toelichting (MvT) dat voor andere schade de vierde tranche geen regeling geeft. De vergoeding van die schade wordt vooralsnog (althans materieel) beheerst door het burgerlijk recht.<sup>35</sup> Ter illustratie noem ik twee schadeposten. Ten eerste wijkt de regeling van de vierde tranche met betrekking tot de verschuldigdheid van wettelijke rente af van de vigerende jurisprudentie zodat burgers of medeoverheden met een gedeelte van hun schade zouden kunnen blijven zitten.<sup>36</sup> Volgens de MvT is dat niet het geval omdat de jurisprudentie op dat punt blijft gelden:<sup>37</sup>

‘Wanneer een onjuiste beschikking na bezwaar of beroep wordt vervangen door een nieuwe beschikking, dient het bestuursorgaan over een eventuele nabetaling wettelijke rente te vergoeden vanaf het moment waarop beslis- en betalingstermijn tezamen zijn verstreken. In reacties op het voorontwerp is de vraag gesteld of dit niet een breuk betekent met de huidige jurisprudentie, waarin terzake van onrechtmatige besluiten de wettelijke rente wordt berekend vanaf de datum van het onjuist gebleken besluit. Voorzover het onderliggende besluit een schadeveroorzakend besluit is, zij er aan herinnerd dat de hier voorgestelde regeling de vaststelling van de omvang van de schade, met inbegrip van de eventueel daarover te betalen rente, onverlet laat. Van de jurisprudentie wordt hier dus geen afstand genomen.’

34 Bijvoorbeeld: CRvB 8 oktober 2009, *JB* 2009, 276 m.nt. R.J.N.Schlössels. Het is overigens de vraag of artikel 4:102 Awb een goede regeling bevat voor het in die zaak aan de orde zijnde geval. De SvB had immers haar besluit inzake kinderbijslag *aangehouden*. Er is immers in artikel 4:100 Awb een regeling opgenomen voor het verschuldigd zijn van wettelijke rente wanneer een bestuursorgaan te laat een besluit neemt omtrent de bestuurlijke geldschuld. In het geval van de SvB zal waarschijnlijk aangesloten worden bij de regeling omtrent ambtshalve herzien van het besluit.

35 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 50.

36 Althans voor wat betreft het moment van verschuldigdheid. Daarvoor werd aangesloten bij het burgerlijk recht. Zie CRvB 30 maart 1995, *AB* 1995, 334, m.nt. R.M. van Male en *JB* 1995, 99 m.nt. F.A.M. Stroink en ABRvS 21 april 1995, *AB* 1995, 422, m.nt. H.M.T. Holtmaat en *JB* 1995, 146 m.nt. F.A.M. Stroink.

37 *Kamerstukken II*, 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 50.

Vergoeding van deze schade zal dus apart beoordeeld moeten worden, bijvoorbeeld via artikel 8:73 Awb, een zelfstandig schadebesluit of een actie uit onrechtmatige daad. Een tweede voorbeeld van de 'andere' schade is de schade die vanwege de nabetaling is ontstaan bijvoorbeeld misgelopen huursubsidie of een niet-ontvangen studietoelage. Uit jurisprudentie van de CRvB volgt dat over schade die is veroorzaakt door het vernietigde besluit apart moet worden geoordeeld 'indien en voorzover de vergoeding ervan niet onder de reeds vergoede wettelijke rente geacht moet worden te zijn begrepen'.<sup>38</sup>

Tot slot bevat Afdeling 4.4.4 een regeling met betrekking tot aanmaning en invordering bij dwangbevel. Tot inwerkingtreding van de vierde tranche verkreeg men alleen via de burgerlijke rechter een executoriale titel. Sinds de vierde tranche is dit niet meer nodig: artikel 4:115 Awb bevat een regeling ten aanzien van de invordering bij dwangbevel. Daarvan kan gebruik worden gemaakt indien men op grond van een bijzondere wet bevoegd is om bij dwangbevel in te vorderen. Het betreft hier een zeer ingrijpende bevoegdheid. De formele wetgever dient zich dan ook telkens af te vragen of het toekennen van de dwangbevelsbevoegdheid echt noodzakelijk is.<sup>39</sup> Opgemerkt zij dat in de Wet NERpe invordering bij dwangbevel mogelijk is gemaakt (artikel 7 lid 3 Wet NERpe). Indien de bijzondere wet de dwangbevelsbevoegdheid in het leven heeft geroepen, kan op Afdeling 4.4.4 Awb teruggegrepen worden voor een aantal algemene regels.

#### 5.2.4 Conclusie paragraaf 5.2

Uit het voorgaande blijkt dat het bestuursrecht (Awb) geen algemene regeling kent voor het leerstuk van onderling verhaal tussen overheden vanwege onrechtmatige daad. Op aspecten is regeling in de Awb wel op handen.

Zo is in de eerste plaats in de Awb een regeling ingevoerd voor het verhalen van bestuursrechtelijke geldschulden. Hoewel die regeling in beginsel geschreven is ten behoeve van de rechtsverhouding tussen overheid en burger, is zij ook toepasbaar wanneer crediteur en debiteur beide bestuursorganen zijn. Voor het invorderen van een bestuursrechtelijke geldschuld die bij beschikking is vastgesteld en de daarover verschuldigde wettelijke rente is dus inmiddels voorzien in een algemene bestuursrechtelijke regeling. Deze regeling is echter niet uitputtend bedoeld voor andere soorten schade die het gevolg kunnen zijn van een onrechtmatig besluit.

In de tweede plaats is een wetsvoorstel aanhangig dat een nadere regeling bevat voor de bevoegdheidsverdeling tussen burgerlijke en bestuursrechter in zaken waarin de overheid aansprakelijk is voor (on)rechtmatig handelen. Het wetsvoorstel bevat geen materiële bepalingen omtrent de

38 CRvB 3 november 1998, RSV 1999, 20. Aangesloten wordt bij de jurisprudentie van de Hoge Raad m.b.t. belastingschade: HR 8 december 1995, NJ 1997, 163; idem CRvB 28 juni 2002, AB 2003, 9 en JB 2002, 232.

39 Scheltema 2005, p. 118-119. Ibidem: voetnoot 40.

vaststelling van aansprakelijkheid. Daarvoor gelden nog steeds de uitgangspunten van artikel 6:162 BW waarover meer in paragraaf 5.3. Dit wetsvoorstel wijzigt de mogelijkheden naar huidig Nederlands recht om schadevergoeding van een overheid te verkrijgen. Zo vervalt onder meer artikel 8:73 Awb. Tot zover een korte beschrijving van de bestaande algemene bestuursrechtelijke regelingen voor het verhalen van schade op een andere overheid.

### 5.3 VERHAAL OP GROND VAN HET BURGERLIJK RECHT

#### 5.3.1 Inleiding

Ook het BW kent geen algemene regeling van onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor (on)rechtmatige daad. Dat is niet verwonderlijk. Het leerstuk van overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatig handelen, ontbeert eveneens een bijzondere regeling: de rechtsgrondslag is 'gewoon' onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW).<sup>40</sup>

Als rechtspersoon zijn overheden uit hoofde van artikel 6:162 BW aansprakelijk voor de handelingen van hun organen c.q. voor die handelingen die in het maatschappelijk verkeer te gelden hebben als handelingen van de rechtspersoon.<sup>41</sup> Aanvankelijk was dit anders.<sup>42</sup> Maar sinds de bekende uitspraak *Knabbel en Babbel*<sup>43</sup> is volgens de Hoge Raad bij de vraag of een gemeente aansprakelijk is voor uitlatingen van een wethouder niet beslissend of de wethouder als orgaan van de gemeente is erkend maar alleen of de wethouder in functie handelt. In dat geval moet de gedraging *in het maatschappelijk verkeer als gedraging van de gemeente* gelden.<sup>44</sup> Bij deze toerekening is wel relevant dat de uitlatingen *bevoegdlijk* worden gedaan.<sup>45</sup> Voor onrechtmatig handelen van bestuursorganen bevat de Awb inmiddels de regel dat de vermogensrechtelijke gevolgen van een handeling van een bestuursorgaan de rechtspersoon

---

40 Zie over het overheidsaansprakelijkheidsrecht in het algemeen: Van Roosmalen. Zie over de historische ontwikkeling ervan: Di Bella 2012 (I). Zie over het karakter van overheidsaansprakelijkheid: Polak 2012. Zie over causaliteit en relativiteit in het overheidsaansprakelijkheidsrecht: Di Bella 2012 (II), Kortmann & Van der Grinten.

41 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner, *AB* 1979, 356 m.nt. J.R. Stellinga en *RvdW* 1979, nr. 59, (Knabbel en Babbel).

42 Men hing de orgaantheorie aan op grond waarvan de rechtspersoon werd vereenzelvigd met zijn organen. Dat de Staat aldus onrechtmatige daden kon plegen, werd aangenomen in het Ostermann-arrest: HR 20 november 1924, *NJ* 1925, p. 89-91. Zie ook: Timmerman in: Ten Berge et al, 2000, p. 115 t/m 118.

43 HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner, *AB* 1979, 356 m.nt. J.R. Stellinga en *RvdW* 1979, nr. 59 (Knabbel en Babbel).

44 Timmerman in: Ten Berge et al. 2000, p. 120. Zie ook bijvoorbeeld: *NJ* 2010/371 en *JB* 2010/173.

45 Bijvoorbeeld bij onbevoegd gedane toezeggingen: HR 1 mei 1987, *AB* 1987, 370, m.nt. F.H. van der Burg tevens in: *NJ* 1988, 949 m.nt. MS n *Gst.* 1988/6852, p. 133 m.nt. L.J.A. Damen.

treffen waartoe dat bestuursorgaan behoort (artikel 1:1 lid 4 Awb).<sup>46</sup> Sinds de uitspraak inzake *Hoffman-La Roche*<sup>47</sup> staat bovendien vast dat met de vernietiging van een besluit door de bestuursrechter vanwege strijd met het recht of de algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet alleen de onrechtmatigheid is gegeven maar ook de schuld (toerekening). Dit betekent dat ook als 'echte' schuld ontbreekt, de overheid toch aansprakelijk kan zijn.<sup>48</sup>

Naast aansprakelijkheid ex artikel 6:162 BW kan de overheid onder andere ook uit hoofde van werkgeverschap aansprakelijk zijn jegens derden voor fouten van ondergeschikten (artikel 6:170 BW). Werkgeversaansprakelijkheid wordt doorgaans niet aangenomen wanneer de werkgever geen enkele zeggenschap heeft over de gedragingen van deze ondergeschikten. Dat geldt ook voor de overheid als werkgever. Ook andere wetten bevatten in dit verband relevante bepalingen.<sup>49</sup> Zo bepaalt artikel 16 van de Kaderwet zbo's dat personeel van een zbo dat behoort tot een publiekrechtelijke rechtspersoon onder gezag staat van de betreffende zbo en alleen aan de zbo verantwoordelijk is. Dit heeft tot gevolg dat de achterliggende rechtspersoon – de Staat of de eigen publiekrechtelijke rechtspersoonlijkheid – in de civielrechtelijke procedure gedaagde zal zijn in geval van werkgeversaansprakelijkheid.

Tot zover de algemene uitgangspunten die gelden bij de toerekening van onrechtmatig handelen of nalaten aan overheden. Kernvraag in deze paragraaf is hoe overheden zich onderling op elkaar verhalen via het BW (paragraaf 5.3.3). Alvorens daaraan toe te komen, eerst een kort woord over de vraag of overheden voor verhaal van schade wel gebruik mogen maken van het BW (paragraaf 5.3.2).

### 5.3.2 *Complicaties bij gebruik van het burgerlijk recht*

Sinds het *Windmill*-arrest<sup>50</sup> mag de overheid kosten die zijn gemaakt bij de uitoefening van haar publiekrechtelijke taak niet zonder meer verhalen met

46 Het kan lastig zijn om uit te maken waartoe een bepaald orgaan behoort. Ten aanzien van de 'Plaatselijke commissie' heeft dit bijvoorbeeld tot meerdere uitspraken geleid (HR 10 februari 1984, *NJ* 1985/102, m.nt. M. Scheltema en *RvdW* 1984, 46. r.o. 4.2. en HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 660 m.nt. R.A. Morzer Bruyns waarin werd vastgesteld dat de Plaatselijke Commissie te gelden had als een orgaan van de Staat).

47 HR 26 september 1986 (*Hoffman-La Roche*), *NJ* 1987, 253 m.nt. M. Scheltema. Zie ook HR 31 mei 1991 (*Van Gog/Nederweert*), *NJ* 1993, 112, m.nt. C.J.H. Brunner.

48 Timmerman in: Ten Berge et al. 2000, p. 122-123. Timmerman is echter in het algemeen geen voorstander van een risico-aansprakelijkheid zoals bij werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 6:170 BW geldt. Zie ook: HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165, m.nt. C.J.H. Brunner en *RvdW* 1991, nr. 218. Zie ook Polak 2012, p. 140-141. Zie voor een nuancering ook Polak 2012, p. 146.

49 Vgl. artikel 42 lid 1 en 2 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren (*Wrra*). Zie hierover ook Barkhuysen, Van Emmerik & Van der Hulle, p. 235-236 en de daar genoemde literatuur.

50 HR 26 januari 1990, *NJ* 1991, 393 (*Staat/Windmill*), HR 22 oktober 1993, *NJ* 1995, 717 (*Staat/Magnus*) en HR 7 oktober 1994, *NJ* 1995, 719 (*Zomerhuisjes*).

gebruikmaking van het BW (leer van de onaanvaardbare doorkruising).<sup>51</sup> In dat geval geldt het volgende:<sup>52</sup>

‘Wanneer de publiekrechtelijke regeling niet in beantwoording van de vraag voorziet, is beslissend of kostenverhaal via het privaatrecht die regeling op onaanvaardbare wijze doorkruist. Daarbij moet onder meer worden gelet op de inhoud en strekking van de regeling (die ook kan blijken uit haar geschiedenis), zulks mede in verband met de aard van de taak en de aard van de kosten. Van belang hierbij is dat, wanneer verhaal van kosten langs publiekrechtelijke weg is uitgesloten, zulks een belangrijke aanwijzing is dat verhaal van kosten langs privaatrechtelijke weg ook is uitgesloten.’

Bepaalde kosten, zoals kosten gemaakt in het kader van het bestrijden van brand, zijn niet verhaalbaar.<sup>53</sup> Uiteraard is de keuze van de wetgever voor het verhalen van kosten in het kader van een publieke taak een rechtspolitieke. Bij het vormgeven van een bepaalde publieke taak kan worden gekozen voor het bekostigen van de taak via leges, specifieke belastingen of de algemene middelen. Zo worden bodemsaneringskosten vanwege de keuze voor het uitgangspunt ‘de vervuiler betaalt’ op grond van artikel 75 Wet bodembescherming op de vervuiler verhaald. Daargelaten in hoeverre sprake is van kostenverhaal in de situaties die in dit onderzoek centraal staan, dient men zich wel af te vragen of er ruimte is om over te gaan tot verhaal via een privaatrechtelijke weg.

Wie uiteindelijk datgene dat hij heeft moeten betalen aan een derde wil verhalen op een medeoverheid heeft bij de burgerlijke rechter verschillende mogelijkheden. In de eerste plaats de mogelijkheid van regres (artikel 6:10 BW). Een tweede mogelijkheid van verhaal is een aparte onrechtmatige daadsactie op grond van artikel 6:162 BW. Deze mogelijkheden worden achtereenvolgens behandeld (paragraaf 5.3.3). Processueel kan dit zijn beslag krijgen in een vrijwaringsincident<sup>54</sup> (artikel 210 Rv)<sup>55</sup> waarna – indien toegestaan – naast de hoofdzaak een vrijwaringsprocedure gaat lopen of in een (latere) separate procedure bij de burgerlijke rechter.<sup>56</sup> Deze processuele

51 De doorkruisingsleer geldt ook in geschillen tussen overheden. Zie voor een voorbeeld: HR 19 mei 2000, NJ 2000, 639 m.nt. A.R. Bloembergen, JB 2000, 175 m.nt. G.E. Van Maanen en *Gst.* 7125, 3, p. 422 (m. naschr. H. Heemskerk).

52 HR 11 december 1992, NJ 1994, 639, (Vlissingen/Rize), r.o. 3.5. Bevestigd in HR 15 januari 1999, NJ 1999, 306 (Van der Endt/Staat).

53 HR 11 december 1992, NJ 1994, 639 en AB 1993, 301.

54 Vrijwaring is een processueel middel. Het materiële recht bepaalt of een oproeping in vrijwaring slaagt. Anders gezegd: zodra het materiële recht mogelijk maakt dat een partij ‘verplicht is de nadelige gevolgen van een veroordeling van de gewaarborgde in de hoofdzaak te dragen’ zal een oproeping in vrijwaring mogelijk zijn. Zie: Snijders in *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvoering*, Artikel 210 Rv aantekening 10 en HR 10 april 1992, J 1992, 446, r.o. 3.2.

55 Opgemerkt zij dat men ook een oproeping tot vrijwaring kan instellen zonder vrijwaringsincident. Zie daarover: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvoering*, artikel 210 Rv, aantekening 9.

56 *Groene Serie Schadevergoeding*, artikel 6:102 BW, aantekening 26.

mogelijkheden worden, voor zover relevant, behandeld in paragraaf 5.3.4. Paragraaf 5.3.3 wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 5.3.5).

### 5.3.3 *Verhaal tussen overheden: regres en verhaal*

Zoals in de Inleiding op dit hoofdstuk al beschreven, lijken overheden zich slechts incidenteel op elkaar te verhalen. De oproeping in vrijwaring door de Staat van de gemeente Rotterdam is in de Inleiding gememoreerd. Ook in andere zaken kwamen deze overheden tegenover elkaar te staan. Zeer bekend is de zaak van het gouden horloge.

*De Staat dagvaardt de gemeente Rotterdam op grond van artikel 6:162 BW. De gemeente zou aansprakelijk zijn voor fouten gemaakt door één van haar politie-ambtenaren bij de confiscering van een gestolen gouden horloge. De politie-ambtenaar heeft dit horloge aan een juwelier afgestaan die claimde dat het van hem was verevend. In de strafrechtelijke procedure tegen de dief gelastte de rechter de teruggave van het horloge hetgeen niet meer mogelijk was. De Staat moest de waarde van het horloge vergoeden (Hfl. 9.500,-). Het is deze schade die de Staat op de gemeente Rotterdam wenst te verhalen.<sup>57</sup>*

Dit is een zaak over een zuivere verhaalsactie. Nadat de aansprakelijkheid van een overheid jegens een benadeelde burger vaststaat (externe aansprakelijkheid) wordt de aan een benadeelde burger betaalde schade verhaald op de schadeveroorzakende overheid. Als beide overheden hoofdelijk verbonden zijn voor deze schuld, dan is sprake van 'regres' in de zin van artikel 6:10 BW. Hoofdelijkheid betekent dat elk van de betrokken overheden zelfstandig onrechtmatig heeft gehandeld jegens de benadeelde. Wanneer er geen hoofdelijkheid bestaat, is een regresvordering ex 6:10 BW niet mogelijk. Dit is bijvoorbeeld de situatie waarin een schuldenaar aan een derde betaalt vanwege een verplichting die alleen op hem rust terwijl hij uit hoofde van een geheel andere rechtsverhouding verhaal heeft op een ander. Deze verhaalsactie wordt niet aangeduid als 'regres' maar als 'verhaal'. Om in deze situatie hetgeen is of moet worden betaald, te verhalen, bedient men zich bijvoorbeeld van een oproeping in vrijwaring of een aparte onrechtmatige daadsactie. Zoals hierna zal blijken, kan ook een overheid – als rechtspersoon – één van de aangesproken actoren zijn die zich op grond van artikel 6:10 BW verhaalt op een andere overheid. Tot kennisneming van zo'n vordering tot verhaal van een overheid zal, ingekleed als een schuldvordering, uit hoofde van artikel 112 Grondwet de burgerlijke rechter bevoegd zijn.<sup>58</sup>

57 HR 25 september 1992, AB 1993, 131 m.nt. B.M.J. van der Meulen, NJ 1994, 767 en Gst. (1992)69553, p. 620 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Staat/Rotterdam).

58 Zie bijvoorbeeld voor geschillen tussen gemeenten en de Staat: Hof 's-Gravenhage 8 maart 2001, Gst.7145, 4 (Weerselo) en Hof 's-Gravenhage 18 april 2007, Gst.2007, 151 (VNG/Staat).

Zowel het regres (paragrafen 5.3.3.1-5.3.3.2) als het algemenere verhaal (paragrafen 5.3.3.3-5.3.3.4) worden hierna besproken.

### 5.3.3.1 Regres

Het algemene regresrecht dat is neergelegd in artikel 6:10 BW, is een zelfstandige bron van verbintenis: het betreft een vordering die rechtstreeks uit de wet vloeit.<sup>59</sup> Artikel 6:10 BW luidt als volgt:

1. Hoofdelijke schuldenaren zijn, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht overeenkomstig de volgende leden in de schuld en in de kosten bij te dragen.
2. De verplichting tot bijdragen in de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, komt op iedere medeschuldenaar te rusten voor het bedrag van dit meerdere, telkens tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat.
3. In door een hoofdelijke schuldenaar in redelijkheid gemaakte kosten moet iedere medeschuldenaar bijdragen naar evenredigheid van het gedeelte van de schuld dat hem aangaat, tenzij de kosten slechts de schuldenaar persoonlijk betreffen.'

Artikel 6:10 BW stelt enkele voorwaarden aan regres. Ten eerste moet sprake zijn van hoofdelijke verbondenheid van debiteuren (lid 1). Het regresrecht geldt alleen tussen schuldenaren onderling en bepaalt de *interne* verdeling van aansprakelijkheid, namelijk die tussen de betrokken schuldenaren. Ten tweede is voor regres op grond van artikel 6:10 BW pas plaats als de volledige schuld door de regresgerechtigde aan de schuldeiser is voldaan (lid 2).<sup>60</sup> Ook geldt voor regres dat het in beginsel een volledig zelfstandige vordering is ten opzichte van de vordering van de derde. Zo heeft het een eigen verjaringstermijn (20 jaar, artikel 3:306 BW)<sup>61</sup> en beïnvloeden afspraken tussen derde en één van de debiteuren niet de regrespositie van de andere debiteuren. Zoals gezegd, impliceert hoofdelijkheid dat de derde elk van de debiteuren voor de volledige hoofdsom aanspreken. In de regresverhouding vervalt deze hoofdelijkheid: een schuldenaar kan slechts worden aangesproken voor zijn bijdrage 'in de schuld'. Artikel 6:10 BW formuleert alleen deze algemene regel en bevat geen specifieke regels omtrent de wijze waarop dit aandeel moet worden bepaald.<sup>62</sup> Hierover handelt de volgende subparagraaf.

---

59 Van Boom, p. 97. Van Boom vraagt zich af of nog wel behoefte bestaat aan een zelfstandige bron voor regres nu regres ook op andere gronden mogelijk lijkt te zijn zoals ongerechtvaardigde verrijking of onrechtmatige daad. Vaststaat in ieder geval dat de wetgever 6:10 BW als zelfstandige grondslag heeft bedoeld.

60 In een enkel geval is een 'voorwaardelijk regresrecht' erkend. Zie: Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 1987, *NJ* 1988, 461.

61 Van Boom, p. 98. Zie voor een nadere nuancering: Van Boom, p. 102.

62 Van Boom spreekt in dit verband op p. 106 van een 'blanco regresmaatstaf'.



### 5.3.3.2 Regres: bepaling van de interne draagplicht

In de literatuur is aangenomen dat schuldenaren ex artikel 6:10 BW voor gelijke delen draagplichtig zijn indien uit de onderlinge rechtsverhouding waarin partijen tot elkaar staan geen andere verdelingsmaatstaf voortvloeit.<sup>63</sup> De draagplicht is dus telkens afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Zo kan uit de wet<sup>64</sup> voor een bepaalde rechtsverhouding een vaste verdeelsleutel volgen. Ook kan in jurisprudentie een vaste verdeelsleutel zijn ontwikkeld. Voor ons onderwerp van onderling regres tussen overheden lijkt dit laatste op onderdelen te zijn gebeurd. Zo heeft de Hoge Raad in enkele zaken uitgemaakt dat een politieregio<sup>65</sup> en een gemeente hoofdelijk aansprakelijk zijn voor schade die in het kader van de uitoefening van de politietaak ontstaat. In de bekende *Oosterparkrellen*-zaak bepaalde de burgerlijke rechter dat de gemeente Groningen en de politieregio hoofdelijk aansprakelijk waren voor het niet beschermen van een gezin in de Oosterparkbuurt tegen reischoppers die het gezin thuis bedreigden.<sup>66</sup> De politieregio was als rechtspersoon aansprakelijk voor het optreden van haar ambtenaren (werkgever). De gemeente Groningen was aansprakelijk omdat de burgemeester belast is met de handhaving van de openbare orde en verantwoordelijk is voor de politie (gezag). De stelling van de gemeente dat de gemeente Groningen jegens het gezin niet aansprakelijk was *naast* de politieregio verwierp de rechtbank onder verwijzing naar de jurisprudentie van de Hoge Raad.<sup>67</sup> Die heeft immers bepaald dat de onduidelijkheid over de draagplicht van overheidsorganen (omdat ten aanzien van de politie het beheer en gezag bij verschillende organen rusten) niet in het nadeel mag uitvallen van de burger. Voor zover het de aansprakelijkheid jegens de burger betreft, is doorslaggevend dat de burgemeester als gemeentelijk orgaan aanwijzingen had kunnen geven aan de politie. Voor de verhouding tot de benadeelde burger is niet relevant of dit ook is gebeurd of niet. Dat wordt pas van belang in de onderlinge verhouding tussen gemeente en politieregio, namelijk bij een vordering tot regres van de gemeente op de politie. In de zaak over de *Oosterparkrellen* wordt dit als volgt verwoord:<sup>68</sup>

[dat, toevoeging CdK] de draagplicht in een geval waarin de burgemeester geen onjuiste aanwijzingen heeft gegeven, in beginsel bij de politieregio zal liggen.'

63 Van Boom, p. 107-108.

64 Bijvoorbeeld in de verhouding ondergeschikte – werkgever geeft artikel 6:170 BW een vaste verdeelsleutel.

65 Als entiteit met eigen rechtspersoonlijkheid onder de Politiewet 1993. Per 1 januari 2013 vervalt deze wet en gaat de Politiewet 2012 gelden (*Stb.* 2012, 315 t/m 317). In dat kader zijn de politieregio's met eigen rechtspersoonlijkheid afgeschaft. Zie uitgebreider over de nieuwe Politiewet onder meer Hennekens 2011 (a), Koopman 2012 (a) en Koopman 2012 (b).

66 Rb. Groningen, 22 januari 2003, *NJ* 2003, 169 en *Gst.* 2004, 5. Bevestigd door HR 9 juli 2004, *AB* 2005, 23 m.nt. G.A. van der Veen.

67 HR 13 mei 1988, *NJ* 1989, 896, m.nt. W. Konijnenbelt, *AB* 1988, 468, m.nt. F.H. van der Burg.

68 r.o. 3.7 in fine HR 9 juli 2004, *AB* 2005, 23 m.nt. G.A. van der Veen.

In onderhavige zaak had de burgemeester geen onjuiste aanwijzing gegeven met als gevolg dat in de verhouding gemeente versus politieregio de laatste in beginsel draagplichtig is. Voor de volle 100%. Dat is niet nieuw. In een arrest van 1988 legde de Hoge Raad deze vaste verdeelsleutel voor politie-optreden al aan.<sup>69</sup> Ook hier was de werkgever (bij gebreke van politieregio's was dat toen nog de gemeente) de draagplichtige en niet de Staat vanwege het gezag van de Officier van Justitie. Volgens de Hoge Raad verzet 'het belang van hanteerbaarheid' van de regresregels zich tegen verdergaande uitzonderingen. Meer smaken zijn er dus niet. De vaste verdeelsleutel (ofwel de gemeente voor 100% ofwel de Staat voor 100%) werd ook hier gerechtvaardigd door het uitgangspunt dat de regresregels hanteerbaar moeten zijn. Naar huidig recht zijn de Staat en de politieregio dus hoofdelijk aansprakelijk voor politie-optreden in het kader van de opsporing van strafbare feiten. De gemeente en de politieregio zijn dit voor wat betreft de politie-inzet ter handhaving van de openbare orde. In beide gevallen is de politieregio in de onderlinge verhouding de draagplichtige. Dit wordt anders als er op grond van een onjuiste aanwijzing van de burgemeester of de Officier van Justitie is gehandeld.<sup>70</sup> Door deze vaste verdeelsleutel is er geen ruimte voor draagplicht naar gelijke delen. Bij de bespreking van vaste verdeelsleutels in zijn dissertatie betwijfelt Van Boom of deze 'zwart-wit'-benadering van de Hoge Raad een goede keuze is:<sup>71</sup>

'Gevalen waarin schade ontstaat door samenlopende fouten van politie en justitie zijn niet moeilijk te bedenken. Spreekt het werkelijk aan om in die gevallen geen verdeling tussen gemeente en Staat te maken, maar om integendeel de gemeente omwille van hanteerbaarheid van regresregels de gehele schade te laten dragen? Ik herhaal: elke vaste verdeelsleutel stuit vroeg of laat op een situatie die tot minder aansprekende uitkomsten leidt. Dat pleit ook hier tegen vaste verdeelsleutels.'

In het verlengde van deze kritiek, waarop in Hoofdstuk 7 nader wordt ingegaan, kan ook gewezen worden op verdeelsleutels die worden ingegeven door de gedachte 'draagplicht naar draagkracht'. Zo zijn werkgevers in de regel in hun verhouding tot een werknemer volledig draagplichtig wanneer een derde schade heeft geleden door een fout van de werknemer (6:170 lid 3 BW).<sup>72</sup> Het BW maakt het mogelijk om contractueel van deze hoofdregel af te wijken wanneer de werknemer verzekerd is tegen aansprakelijkheid (artikel 7:661 lid 2 BW). In dat geval is er immers geen sprake van een draagkrachtprobleem bij de werknemer. In ons geval moge duidelijk zijn dat de draagkracht van een gemiddelde gemeente vele malen minder is dan die

69 r.o. 3.3 HR 13 mei 1988, *NJ* 1989, 896, m.nt. W. Konijnenbelt, *AB* 1988, 468, m.nt. F.H. van der Burg.

70 HR 25 september 1992, *AB* 1993, 131 m.nt. B.M.J. van der Meulen, *NJ* 1994, 767 en *Gst.* (1992)69553, p. 620 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens (Staat/Rotterdam). Dit is de hiervoor gememoreerde zaak van het gouden horloge.

71 Van Boom, p. 111.

72 Zie Van Boom, p. 135.

van de Staat. Dit geldt eveneens voor de situatie onder de Politiewet 1993 waarin het de politieregio is die volgens de Hoge Raad volledig draagplichtig is. Ook diens draagkracht is in vergelijking met die van de Staat naventant.<sup>73</sup> Op dit punt wordt nader ingegaan in Hoofdstuk 7.

Wanneer er geen vaste verdeelsleutel uit de wet of jurisprudentie voortvloeit, kan de interne verhouding nader worden ingevuld. Bijvoorbeeld door de contractuele relatie waarin partijen tot elkaar staan of artikel 6:102 BW (medeschuld in de zin van causaliteit) een andere verdeelsleutel ingeven dan draagkracht naar gelijke delen.<sup>74</sup> Aangetekend kan worden dat de interne verhouding tussen de schuldenaren eveneens wordt beheerst door artikel 6:2 BW (redelijkheid en billijkheid) zodat een rechter ook een nadere nuancering door middel van billijkheidscorrecties kan aanbrengen. Onderstaand wordt de (mogelijke) invloed van de contractuele relatie en van artikel 6:102 BW besproken.

In de eerste plaats kan de contractuele relatie waarin partijen tot elkaar staan dus een andere verdeling vergen. In een contract kan immers een nadere verdelingsmaatstaf worden afgesproken maar ook kan uit de aard van het contract of de specifieke kenmerken van een contract een bepaalde verdeelsleutel volgen. In zijn dissertatie wijst *Van Boom* in dit verband onder meer op het volgende voorbeeld dat als gedachte-experiment wellicht nuttig kan zijn voor dit onderzoek.<sup>75</sup> In het kader van koopovereenkomsten kent ons recht de zogenoemde conformiteitseis (artikel 7:17 BW). Zo moet bijvoorbeeld een verkocht product beantwoorden aan de overeenkomst. Schade die ontstaat door non-conformiteit moet door de producent worden vergoed (tenzij sprake is van overmacht of eigen schuld bij de derde e.d.). Productaansprakelijkheid – waar het hier om gaat – is een risico-aansprakelijkheid. Indien een producent slechts een halffabrikaat verkoopt en levert aan een andere producent die het op zijn beurt verwerkt tot een eindproduct en dit eindproduct brengt schade toe aan een derde, dan zijn beide producenten jegens de derde hoofdelijk aansprakelijk. De eis van conformiteit van het halffabrikaat kan dan een nadere invulling afdwingen van de draagplicht als blijkt dat het gebrek in het eindproduct is veroorzaakt door het gebrek in het halffabrikaat. In die zin zou de halffabrikatenproducent volledig draagplichtig kunnen zijn. *Van Boom* signaleert dat in deze casus ook een andere verdeling gerechtvaardigd kan zijn, indien op de eindproducent een plicht rust om de halffabrikaten op

---

73 Per 1 januari 2013 vervalt deze wet en ontstaat de nationale politie. Politieregio's als entiteiten met eigen rechtspersoonlijkheid bestaan onder de nieuwe wet niet meer. Er komt één nationale politie met eigen rechtspersoonlijkheid (artikel 26 Politiewet 2012) die geleid wordt door de korpschef die wordt benoemd door de minister van Veiligheid en Justitie (artikel 28 lid 1 Politiewet 2012). De korpschef voert het beheer over de politie (artikel 27 lid 1 Politiewet 2012). De minister is bevoegd tot het geven van algemene en bijzondere aanwijzingen (artikel 31 Politiewet 2012). Zie uitgebreider over de Politiewet 2012: Hennekens 2011 (I), Koopman 2012 (I) en Koopman 2012 (II).

74 Zie voor een volledig overzicht Van Boom, paragraaf 4.5.4.2 – 4.5.4.8.

75 Van Boom, p. 115-116.

betrouwbaarheid te controleren. In dat geval kan immers bij de eindproduct sprake zijn van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW. Wat de casus betreft die in dit onderzoek centraal staan, kan hieruit inspiratie worden geput voor de invulling van de draagplicht tussen regelgevende en uitvoerende overheden. Van de regelgevende overheid mag een bepaalde mate van conformiteit worden verwacht met betrekking tot het uitgevaardigde regelgevingsproduct. Wanneer genoemde regels in strijd komen met EU-recht of EVRM dan geldt naar huidig recht reeds dat sprake is van een pseudo-risicoaansprakelijkheid jegens een benadeelde derde. De vraag die zich opwerpt, is natuurlijk in hoeverre van de uitvoerende overheid mag worden verwacht dat hij – om in civielrechtelijke termen te blijven – het product controleert op betrouwbaarheid. Dit zou het geval kunnen zijn. Controle op EU-conformiteit zou kunnen voortvloeien uit de *Costanzo*-verplichting die op een uitvoerende overheid rust en de verplichting om te controleren of de nationale regel in overeenstemming is met het EVRM kan geconstrueerd worden via artikel 94 Gw. De (mogelijke) werking van de *Costanzo*-verplichting c.q. de verplichting ex artikel 94 Gw in zaken van regres tussen overheden wordt uitgebreider behandeld in paragraaf 5.3.3.4 en in Hoofdstuk 7. Voor nu is slechts relevant te signaleren dat beide verplichtingen opgevat kunnen worden als verschijningsvormen van eigen schuld of medeschuld. De gevolgen van de aanwezigheid van eigen schuld of medeschuld voor de verdeling van de draagplicht worden hierna (ten tweede) besproken.

Naast de contractuele relatie wordt de draagplicht dus in de tweede plaats ingevuld door artikel 6:102, tweede lid, BW jo artikel 6:101, eerste lid, BW: de schade wordt naar evenredigheid met de mate waarin de actoren aan de schade hebben bijgedragen onderling verdeeld.<sup>76</sup> Dit betekent niet dat de schade naar evenredigheid van de *verwijtbaarheid* wordt verdeeld.<sup>77</sup> Er wordt gekeken in welke mate de daders in *causale zin* aan de schade hebben bijgedragen. Hier betreden wij een zeer ingewikkeld juridisch leerstuk waarover niet veel duidelijkheid bestaat. Ook de Hoge Raad verschaft hier nauwelijks inzicht in.<sup>78</sup> Ik wil hier daarom volstaan met het memoreren van de (theoretische) hoofdlijnen. De verdeling van schuld wordt in deze situatie ingevuld naar evenredigheid met de mate 'waarin de gebeurtenissen waarvoor aansprakelijkheid bestaat, het gevaar op het ontstaan van de schade in het leven hebben geroepen'.<sup>79</sup> Gekeken wordt naar het 'gevaarverhogingsgehalte' van de betreffende gedragingen; daarbij kan worden onderscheiden naar onmiddellijke en middellijke veroorzaking van de schade. De draagplicht lijkt in dat geval wel eens volledig te berusten bij de onmiddellijke veroorzaker.<sup>80</sup> Volgens *Van Boom* is een dermate verdeling onzuiver: als dit onderscheid een wijziging in de draagplicht tot gevolg heeft dan is volgens hem eerder sprake

76 Sinninghe Damsté, p. 31.

77 Van Boom, p. 118.

78 Zie Van Boom, p. 121 voetnoot 144 en p. 239.

79 Van Boom, p. 120.

80 Bijvoorbeeld: HR 18 december 2009, VR 2010, 34.

van een billijkheidscorrectie. Een middellijke veroorzaker moet immers in causale zin meer dan *niets* hebben bijgedragen aan de schade. Uitgangspunt is immers dat de veroorzakers ten minste iets in causale zin hebben bijgedragen. Een andere correctie uit hoofde van billijkheid op de hoofdregel van 6:102 BW jo 6:101 BW kan de mate van draagkracht zijn, waarover ik in deze subparagraaf reeds enkele opmerkingen heb gemaakt.<sup>81</sup>

Tot zover de bespreking van het regresrecht en de wijze waarop de interne draagplicht nader wordt ingevuld. Hierna wordt ingegaan op verhaal bij gebreke van hoofdelijke aansprakelijkheid.

### 5.3.3.3 Verhaal

In de hiervoor besproken zaken was regres mogelijk omdat de burgerlijke rechter hoofdelijkheid van beide overheden aannam. De reden voor het aannemen daarvan is dat de burger niet de dupe mag worden van de onduidelijke bevoegdheidsverdeling tussen de beide overheden. Wanneer van dat laatste geen sprake is, ligt hoofdelijkheid niet zonder meer in de rede. Zo wordt bijvoorbeeld in medebewindssituaties nimmer hoofdelijkheid aangenomen. Dit is al het geval sinds het arrest *Haarlemmermeerse woonruimtevoordering*.<sup>82</sup> Het gaat om zaken waarin een orgaan van de gemeente, dat door het Rijk in medebewind is geroepen, schade berokkent aan een burger. De vordering van de burger op grond van 6:162 BW jegens de Staat wordt niet-ontvankelijk verklaard. Alleen de gemeente is aansprakelijk jegens de burger. Dat de Staat niet aansprakelijk is voor fouten uitgevoerd in medebewind, is niet altijd zo geweest.

Bij de totstandkoming van de Grondwet van 1848 en de Gemeentewet onder Thorbecke beschouwde men provincies (en gemeenten) namelijk als 'uitvoerders van landswetten "als het ware, een ministerie van binnenlandse zaken, gevestigd in iedere provincie"' met andere woorden: teneinde te voorkomen dat provincies zich zouden ontwikkelen tot 'staatjes binnen de Staat' – zoals dat eerder in onze geschiedenis wel het geval was geweest – wilde de wetgever duidelijk maken dat het decentrale bestuur slechts de "werktuigen" of "agenten" van de Regering' waren. In deze geest beoordeelde de Hoge Raad dan ook de aansprakelijkheid in – wat wij nu noemen – medebewindsgevallen: het was de Staat die in dergelijke situaties aansprakelijk was. In feite was de constructie als volgt: elke daad van gezagsuitoefening die niet op autonomie van gemeente of provincie berustte, was een daad van de Staat. Toen de wetgever tijdens de herziening van de Gemeentewet in 1931 voor de keuze stond om in de Gemeentewet op te nemen wie bij de uitvoering van medebewindstaken aansprakelijk was, stelde de wetgever zich op het standpunt dat een wettelijke verankering van de aansprakelijkheid van de

81 Van Boom, p. 136.

82 HR 16 juni 1950, NJ 1951, 653 m.nt. D.J. Veegens en Arb, p. 910 (*Haarlemmermeerse woonruimtevoordering*).

Staat in dergelijke gevallen – bij de toenmalige stand van de jurisprudentie – niet nodig was. Desalniettemin was de opvatting in de literatuur inmiddels verdeeld. Sommigen huldigden het standpunt van de Hoge Raad, anderen meenden nu juist dat soms de medebewindsvorderende maar soms zeer wel de in medebewind geroepen overheid aansprakelijk kon zijn.

De Hoge Raad is in drie arresten geweest tussen 1924 en 1950 geleidelijk omgegaan.<sup>83</sup> De annotator bij het arrest uit 1950 (*Haarlemmermeerse woonruimtevoordering*) formuleerde de achtergrond hiervan als volgt:<sup>84</sup>

‘Vermoedelijk heeft zich hierbij nog een andere factor doen gelden. De voortdurende uitbreiding en toenemende ingewikkeldheid van de overheidsbemoeiing hebben de theoretische grens tussen autonomie en zelfbestuur vervaagd en binnen het zelfbestuur tal van gradaties gevormd. Zodoende is een schaal ontstaan, lopende van algehele plaatselijke vrijheid naar straffe centrale leiding. Sommige schrijvers spreken van tussenvormen, waarvan andere het bestaan ontkennen. Van Vollenhoven, later bijgevallen door v.d. Pot, heeft een nieuwe terminologie “vrij bewind”, “medebewind” en “dwangbewind”, voorgesteld.’

Het feitenkader in de Haarlemmermeerse woonruimtevoordering was als volgt. Het college van B&W en de burgemeester waren op grond van de Woonruimtetwet 1947 in medebewind geroepen om middels woonruimtevoorderingen de woningnood aan te pakken. Zo ook de organen van de gemeente Haarlemmermeer: het college vorderde de woonruimte van de weduwe Van der Bor-Tak welke vordering door de burgemeester werd uitgevoerd. Weduwe Van der Bor-Tak was het met de vordering niet eens en spande een kort geding aan tegen de Staat, de gemeente Haarlemmermeer en de burgemeester teneinde te bewerkstelligen dat men zich zou onthouden van iedere maatregel die tot uitvoering van de vordering strekte. Eén van de vragen die voorlag, was of de vordering van Weduwe Van der Bor-Tak tegen de Staat ontvankelijk was. De Hoge Raad overweegt dat het college en de burgemeester bij het uitvoeren van hun taak niet de Staat vertegenwoordigen. Het medebewind is een opdracht aan de gemeente zelf: het college en de burgemeester voeren de taak dus uit als vertegenwoordigers van die entiteit. In zijn conclusie bij deze zaak beargumenteert A-G Langemeijer<sup>85</sup> dat de Staat in deze zaak niet aansprakelijk was omdat het hier een ‘zo goed als discretionaire bevoegdheid’ betrof en omdat de behartiging van het gemeentebelang de normale taak is van het college. Daarbij tekende de A-G aan dat op zich ruimte zou bestaan voor *gedeelde* aansprakelijkheid. In het geval van de Woonruimtetwet 1947 achtte hij dit echter niet opportuun omdat daarbij ‘de rol van de staat een zo uiterst bescheidene is’.

---

83 HR 20 maart 1924, *NJ* 1924, 511 (*Distributiewet*), HR 24 mei 1935, *NJ* 1935, 1497 m.nt. E.M.Meijers (*Hulpkeurmeester Gemeente Cuyk*) en HR 16 juni 1950, *NJ* 1951, 653 m.nt. D.J. Veegens en *Arb*, p. 910 (*Haarlemmermeerse woonruimtevoordering*). Althans dat de Hoge Raad op die wijze is omgegaan, wordt gesteld door de annotator bij het arrest Haarlemmermeerse woonruimtevoordering.

84 p. 1272.

85 p. 1270.

Het uitgangspunt dat de in medebewind geroepen organen aansprakelijk zijn en niet het medebewindsvorderende orgaan, is in latere jurisprudentie door de Hoge Raad bevestigd.<sup>86</sup>

#### 5.3.3.4 Verhaal en doorbraak van aansprakelijkheid

Bij de beschrijving van de interne draagplicht bij regres in paragraaf 5.3.3.2 is reeds gebleken dat de draagplicht bij aansprakelijkheid van de politieregio volledig bij de gemeente of de Staat zou kunnen komen te liggen als de onrechtmatigheid terug te voeren is op een onjuiste aanwijzing van de burgemeester c.q. de Officier van Justitie. In paragraaf 5.3.3.3 is beschreven dat bij verhaalsacties in het kader van in medebewind veroorzaakte schade de mate van beslissingsruimte die het in medebewind geroepen orgaan gelaten is, een rol lijkt te spelen bij de nadere bepaling van de aansprakelijkheid zodat onder omstandigheden de Staat (mede)aansprakelijk is jegens de burger. Dit laatste fenomeen waarbij de aansprakelijkheid van de gemeente doorslaat richting de Staat noem ik 'doorbraak van aansprakelijkheid'. Wat de interne draagplicht betreft bij medeaansprakelijkheid, kan dan bij zuiver gebonden medebewind gedacht worden aan 100% draagplicht van de Staat. Een dergelijke doorbraak naar (mede)aansprakelijkheid is echter nimmer door de Hoge Raad uitgesproken, maar is naar aanleiding van de conclusie van A-G Langemeijer in de literatuur gesuggereerd.

In deze subparagraaf wordt nader onderzocht of onder omstandigheden sprake zou moeten zijn van 'doorbraak van aansprakelijkheid'. Welke situaties zijn denkbaar waarin niet de medeoverheid maar bijvoorbeeld de Staat aansprakelijk is of waarin de casus leidt tot aanname van hoofdelijke aan-

---

86 In 1952 (HR 28 november 1952, *NJ* 1953, 800 m.nt. D.J. Veegens) doet zich een zaak voor waarbij de gemeente Sprang-Capelle hier een beroep op lijkt te doen, hetgeen echter faalt. Ook in die wat dramatische zaak is de gemeente aansprakelijk. De bellewagens die eigendom is van de Staat maar gebruikt wordt door gemeentefunctionarissen (brandweerlieden) om brand te blussen kwam in aanrijding met een man die tengevolge daarvan overleed. De weduwe vordert schadevergoeding en dagvaardde zowel de Staat als de gemeente Sprang-Capelle (hoofdelijke aansprakelijkheid). De Staat roept de gemeente vervolgens in vrijwaring op: de bellewagens werd door de gemeente gebruikt en de bestuurder ervan was een gemeentefunctionaris met als gevolg dat de gemeente de Staat moest vrijwaren. De vrijwaring werd toegewezen en leidde tot cassatie. Daarbij voerde de gemeente o.m. aan dat de burgemeester uit hoofde van het Tijdelijke Brandweerbesluit het personeel benoemde voor de brandweer en dat hij daarbij (mede) de Staat vertegenwoordigde. Ten tweede zou de aansprakelijkheidsverdeling tussen de Staat en de gemeente mede afhankelijk zijn van enkele andere factoren m.n. de publiekrechtelijke verhouding tussen de Staat en de gemeente. Tot slot bestond in het Tijdelijke Brandweerkostenbesluit geen onderlinge verrekeningsbevoegdheid met als gevolg dat volgens de gemeente evenmin een verhaalsbevoegdheid kon worden aangenomen. Alle middelen van de gemeente Sprang-Capelle faalden echter. De Hoge Raad bevestigde daarmee andermaal dat de burgemeester in het kader van medebewind optrad als orgaan van de gemeente. I.c. was dus geen sprake van hoofdelijkheid. Ook kan worden gewezen op HR 28 maart 1997, *NJ* 1998, 418 m.nt. J.B.J.M. ten Berge.

sprakelijkheid? Bijvoorbeeld bij het uitoefenen van bevoegdheden uit hoofde van interbestuurlijk toezicht? Dit is voor de beantwoording van de centrale onderzoeksvraag in dit onderzoek zeker interessant. In het kader van de correcte nakoming van EU-bepalingen heeft de wetgever in de in Hoofdstuk 6 te beschrijven Wet NERpe immers een aanwijzingsbevoegdheid en indeplaatsstredingsregeling in het leven geroepen. Wellicht kan het in dat geval aantrekkelijk zijn om de minister om een aanwijzing te vragen?<sup>87</sup> Het is dus interessant om kort stil te staan bij de mogelijke gevolgen van het uitoefenen van bestuurlijke toezichtsbevoegdheden op aansprakelijkheid.

Uiteraard zal naar de huidige stand van de jurisprudentie van de Hoge Raad het enkele *bestaan* van een toezichtregime of een aanwijzingsbevoegdheid op grond van het voorgaande in ieder geval onvoldoende te zijn om de aansprakelijkheidsbalans door te doen slaan richting de entiteit die het toezicht uitoefent. Dit zou anders kunnen liggen indien uitdrukkelijk wel of niet van het toezichtregime *gebruik* is gemaakt. In dat geval zou een schadeveroorzakende handeling van bijvoorbeeld een decentraal orgaan immers terug te voeren zijn op een opdracht of op toestemming (of aanwijzing) van een orgaan van de centrale overheid. In de literatuur is hier alweer enige tijd geleden over nagedacht.

Zo hebben *Ten Berge et al.*<sup>88</sup> betoogd dat het uitoefenen van een spontane vernietigingsbevoegdheid als onrechtmatig jegens een gemeente kan worden geoordeeld met als gevolg dat daardoor geleden schade zal moeten worden vergoed (artikelen 6:162 en 6:98 BW). Ook hebben *Ten Berge et al.*<sup>89</sup> de vraag opgeworpen of niet voor rechtspersonen *sui generis* zoals provincies en gemeenten een doorbreking van aansprakelijkheid ruimer mogelijk zou moeten zijn. Men vraagt zich af of:

‘er niet meer structureel een doorbreking van aansprakelijkheid zou kunnen en wellicht ook wel moeten plaatsvinden indien een orgaan van een publiekrechtelijke rechtspersoon een zekere mate van overwegende invloed op een andere rechtspersoon heeft.’

*Ten Berge et al.* hebben deze doorbraak van aansprakelijkheid met name beoogd voor de publiekrechtelijke rechtspersonen onderling. In hoeverre zou

‘een stelsel van toezichtsbevoegdheden zodanig omvangrijk en ingrijpend zijn dat het enkele bestaan ervan de civielrechtelijke aansprakelijkheid ervan doorbreekt?’

Het toezichtstelsel dat is ingevoerd met de Wet Revitalisering generiek toezicht zou naar mijn mening zeer wel een omvangrijk en ingrijpend toezicht-

87 Vgl. H.Ph.J.A.M. Hennekens in zijn noot bij het arrest Staat/Rotterdam, p. 620.

88 Ten Berge et al. 2000, p. 50 en 99.

89 Gewezen wordt op J.M.M. Maeijer, *Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 22 en J.A.F. Peters, *Piercing the private veil*, WPNR 1989 nr. 6074.



stelsel zijn. Niet alleen biedt de vernietigingsbevoegdheid de Kroon de mogelijkheid tot het geven van bindende aanwijzingen maar ook kan een taakverwaarlozingsregeling in werking treden in het geval de aanwijzing niet wordt opgevolgd. Bovendien is men afgestapt van het idee dat vernietiging een *ultimum remedium*-instrument is. *Ten Berge et al.* poneren de vraag in hoeverre de publiekrechtelijke rechtspersoon 'waarvan een orgaan beleidsregels stelt die inhoudelijk onrechtmatig zijn' aansprakelijk kan zijn wanneer een orgaan dat tot een andere rechtspersoon behoort deze beleidsregels toepast. Zoals uit het voorgaande blijkt, zal dit in beide gevallen naar huidig recht waarschijnlijk niet het geval zijn.

Wat het uitoefenen van toezicht betreft, doet zich eveneens de vraag voor welk besluit onrechtmatig is en de schade veroorzaakt wanneer het goedkeuringsbesluit wordt vernietigd: het primaire besluit of het goedkeuringsbesluit. In dit verband kan worden gewezen op de zaak *Eijsden/Caelen*.<sup>90</sup> De gemeenteraad van Eijsden stelt een bestemmingsplan vast waarbij een deel van Caelens grond waarop de bestemming 'tuin' rustte in het nieuwe plan de bestemming 'woningbouw' krijgt. Caelen is het daar niet mee eens en dient bij GS van Limburg (die het plan nog moet goedkeuren) een bezwaarschrift in. De bezwaren worden slechts deels gegrond verklaard en het bestemmingsplan wordt dus voor het overige goedgekeurd. Caelen gaat vervolgens in beroep bij de Kroon die het besluit van GS vernietigt voor zover het Caelen betreft en alsnog goedkeuring aan het plan onthoudt voor wat betreft de tuin van Caelen. Caelen meent vervolgens dat de gemeente onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en stelt een vordering ex artikel 6:162 BW in. Hij vordert de vergoeding van zijn kosten voor rechtsbijstand gemaakt ten behoeve van de procedure bij GS en de Kroon. Volgens de gemeente kunnen de kosten niet worden gevorderd nu het besluit van GS door de Kroon is vernietigd en niet het hare. Met dit verweer maakt de Hoge Raad korte metten:

'In de vernietiging van het besluit van GS ligt naar de aard van de beslissing tevens een oordeel omtrent de onrechtmatigheid van het besluit van de gemeenteraad jegens Caelen besloten.'

Dit standpunt laat ruimte voor de vraag of beide overheden aansprakelijk zijn jegens Caelen; ieder voor het deel van de schade waartoe zij hebben bijgedragen.

Een ander interessant punt in dit kader is de vraag of de hoofdregel dat de medeoverheid aansprakelijk is in medebewind ook opgaat voor mandaatsverhoudingen. Dit is tot op heden nog niet beantwoord door de Hoge Raad. Enerzijds kan worden beargumenteerd dat juist bij mandaat een bevoegdheid niet overgaat maar gehandeld wordt namens de mandaatgever en dat de aard van mandaat uitsluit dat de rechtspersoon van de man-

---

90 HR 19 januari 1996, *NJ* 1997, 201 m.nt. J.B.J.M. ten Berge en *Gst.* 1996-7035, 4.

dataris aansprakelijk is. Dit zou dan in lijn zijn met de hiervoor in paragraaf 5.3.3.3 gememoreerde vroege jurisprudentie van de Hoge Raad omtrent medebewind. In die opvatting zou de entiteit waartoe de mandaatgever behoort aansprakelijk c.q. draagplichtig moeten zijn.<sup>91</sup> Anderzijds geldt dat ook bij mandaat doorgaans beleidsruimte is gelaten voor de mandataris. Dat zou ervoor pleiten dat de entiteit waartoe de mandataris behoort aansprakelijk c.q. draagplichtig is.<sup>92</sup> Redenerend vanuit het werkgeversbegrip zal men inderdaad uitkomen bij aansprakelijkheid van de rechtspersoon waartoe de mandataris behoort. Maar dan is er wellicht wel sprake van hoofdelijkheid jegens de benadeelde burger: wanneer de mandaatgever tot een andere rechtspersoon behoort dan de mandataris kan (zeker bij de burger) onduidelijkheid bestaan wat de precieze bevoegdheidsverdeling is. In het licht van de redenering van de Hoge Raad bij politie-optreden zou mijn stelling zijn dat beide rechtspersonen in ieder geval jegens de burger hoofdelijk aansprakelijk zijn.

*De Kluiver* heeft tot slot onder meer aan de hand van het rechtspersonenrecht (dus niet de doorbraak op grond van onrechtmatige daad) onderzocht in hoeverre tussen een overheidslichaam en een privaatrechtelijke rechtspersoon (Stichting) een doorbraak van aansprakelijkheid kan ontstaan.<sup>93</sup> Uitgegaan werd van een stichting (niet-bestuursorgaan) waarop overwegende overheidsinvloed bestond. *De Kluiver* ziet twee mogelijkheden voor doorbraak van aansprakelijkheid. In de eerste plaats kan het zijn dat in de statuten een *instructiebevoegdheid* voor een overheidslichaam is opgenomen aan het bestuur van de stichting. Dan kan een concrete instructie van het overheidslichaam aansprakelijkheid tot gevolg hebben.<sup>94</sup> Voorwaarde is wel dat de overheid op die manier een zelfstandige onrechtmatige daad pleegt.<sup>95</sup> Dit noemt *De Kluiver* *oneigenlijke* doorbraak. *De Kluiver* heeft voorts de situatie beschreven waarin de overheid wordt aangesproken door derden zonder dat eerstgenoemde een zelfstandige onrechtmatige daad had begaan. Dit noemt *De Kluiver* *directe* doorbraak. Daarvan is dus sprake als onrechtmatig handelen

---

91 Verdedigd doot A-G Mok in zijn conclusie bij HR 28 maart 1997, *NJ* 1998, 418. Ook F.H. van der Burg lijkt dit te concluderen in zijn noot bij *AB* 1988, 468.

92 Verdedigd door J.B.J.M ten Berge in zijn noot bij HR 28 maart 1997, *NJ* 1998, 418. Ook F.H. van der Burg lijkt dit te concluderen in zijn noot bij *AB* 1988, 468.

93 *De Kluiver* in: Kortmann et al., p. 90 e.v.

94 *De Kluiver* in: Kortmann et al, p. 92.

95 In HR 9 mei 1986, *NJ* 1986, 792 (Keulen BV/Bouwfonds Limburgse Gemeenten), m.nt. W.C.L. van der Grinten werd de stelling geponeerd dat de publiekrechtelijke rechtspersoon – BLG – jegens Keulen onrechtmatig had gehandeld. BLG had een Stichting opgericht en daarin kapitaal gestoken. Vanwege omstandigheden werd het gehele bedrag aan BLG in een keer terugbetaald, terwijl een klein jaar c.q. half jaar later bleek dat de Stichting niet in staat was andere schuldeisers – waaronder Keulen – volledig te voldoen. Door een vordering jegens BLG ex artikel 6:162 BW in te stellen, hoopte Keulen alsnog volledige schadeloosstelling te verkrijgen. De Hoge Raad volgde de redenering van Keulen niet omdat op het moment van betaling aan BLG geen concrete aanwijzingen bestonden dat de Stichting niet in staat zou zijn de andere vorderingen te voldoen.

van een stichting waarop overwegende overheidsinvloed bestaat, wordt toegerekend aan het overheidslichaam dan wel wanneer beide met elkaar worden vereenzelvigd. Wanneer de handelende persoon 'in hoge mate onderdeel is van de overheid'. In dat geval heeft de onrechtmatige daad in het maatschappelijk verkeer te gelden als de onrechtmatige daad van de overheid. Zo was dit het geval bij *Kleuterschool Babel*. Ook kan het zijn dat de overheid in de woorden van *De Kluis* 'misbruik' maakt van privaatrechtelijke rechtspersonen om 'voor haar bindende regels te omzeilen'. In dat verband wijst *De Kluis* op de zaak *Stichting Kwaliteitsgarantie Vleeskalversector*.<sup>96</sup>

Als we het gedachtenexperiment verder doorvoeren, is de vraag of er situaties denkbaar zijn waarin er – ondanks een aanwijzing of een zuiver gebonden medebewindstaak – toch een eigen verantwoordelijkheid resteert voor de medeoverheid met als gevolg dat geen sprake zal zijn van doorbraak van aansprakelijkheid. Dit is in het licht van dit onderzoek relevant omdat medeoverheden nogal eens wordt verweten niet voldaan te hebben aan hun eigen *Costanzo*-verplichting (of zouden kunnen worden verweten geen uitvoering te hebben gegeven aan hun bevoegdheid op grond van artikel 94 Gw).

Hoewel de Hoge Raad daar bij politie-optreden in het kader van de hanteerbaarheid van regresregels niet aan lijkt te willen, is het bestaan van de eigen verantwoordelijkheid wel een relevante factor. De eigen verantwoordelijkheid speelt een rol bij het aannemen van rechtvaardigingsgronden zoals onrechtmatig handelen op basis van bevoegd gegeven ambtelijk bevel<sup>97</sup> of wettelijk voorschrift.<sup>98</sup> Hoe ver reikt een dergelijke eigen verantwoordelijkheid? In deze subparagraaf worden beide rechtvaardigingsgronden besproken (zie onder (a) respectievelijk (b)). Voortbouwend op het handelen op grond van een wettelijk voorschrift wordt onder (c) specifiek ingegaan op mogelijke causaliteitsproblemen die bij het aannemen van aansprakelijkheid jegens een burger kunnen spelen.

(a) *Bevoegd gegeven ambtelijk bevel*

Wat betreft de rechtvaardigingsgrond van het bevoegd gegeven ambtelijk bevel (aanwijzing) geldt in de eerste plaats dat het ambtelijk bevel gegeven moet zijn door een daartoe *bevoegde* ambtenaar. Voorts dient het om een *bevel* te gaan: een 'verplichting tot gehoorzaamheid'. Dit kan het geval zijn in ambtelijke ondergeschiktheidsituaties maar ook in de publiekrechtelijke rechtsverhouding die tussen betrokkenen bestaat. Tot slot ook dient de inhoud van het bevel duidelijk te zijn. In zoverre is een bevoegd gegeven ambtelijk bevel vergelijkbaar met de bijzondere aanwijzing uit het wetsvoorstel voor de Wet NErpe dat in Hoofdstuk 6 wordt besproken. De NErpe-

96 HR 28 februari 1997, *RvdW* 1997, 66 en *JB* 1997, 82 m.nt. H.J. Simon.

97 Zie R. de Lange in zijn noot bij Rechtbank Amsterdam 11 september 1996, *Rawb* 1997, nr. 23 en *JB* 1996, 237 (zie ook artikel M.L.H.K. Claes *JB* 1996, 226).

98 Zie R. de Lange in zijn noot bij *Acciardi*: Rechtbank Amsterdam 11 september 1996, *Rawb* 1997, nr. 23.

aanwijzing verplicht de medeoverheid tot het uitvoeren van de aanwijzing (bij gebreke waarvan de minister in de plaats kan treden) en de aanwijzing moet een behoorlijke mate van concreetheid hebben. Ook de vernietigingsbevoegdheid met aanwijzingsbevoegdheid die geïntroduceerd zijn met de Wet revitalisering generiek toezicht is verstrekkend nu het ook de mogelijkheid biedt zoals beschreven in Hoofdstuk 4 om de bestaande beleidsruimte in te perken.<sup>99</sup> Uit de jurisprudentie volgt echter dat een bevoegd gegeven ambtelijk bevel degene die op grond daarvan handelt niet ontslaat van de eigen verantwoordelijkheid. Het betreft hier met andere woorden geen *absolute* rechtvaardigingsgrond. Een dwingend en concreet bevel zou niet mogen worden opgevolgd indien dat onrechtmatig zou zijn. De mate waarin van eigen verantwoordelijkheid sprake is, hangt af van de omstandigheden van het geval.<sup>100</sup> Het commentaar bij artikel 6:162 BW<sup>101</sup> noemt de volgende: de mate van ondergeschiktheid, de eigen deskundigheid, in hoeverre de bevelgever zich 'kennelijk sterk' maakt voor de rechtmatigheid van de opdracht, in hoeverre de bevelgever zich met de uitvoering bemoeit c.q. daarbij aanwezig is etc.

De jurisprudentie laat zien dat zelfs bij een concreet en dwingend bevel ruimte bestaat voor de eigen verantwoordelijkheid van de uitvoerder om het bevel op rechtmatigheid te toetsen (veel voorbeelden van aanwijzingen van politieagenten, sluiswachters etc.). Die eigen verantwoordelijkheid om een bevel te toetsen op rechtmatigheid neemt toe naarmate sprake is van minder concrete en dwingende bevelen (met andere woorden bij bevelen die meer vrijheid laten aan de uitvoerder). Een gerechtvaardigd beroep op deze rechtvaardigingsgrond kan ertoe leiden dat de bevelgever jegens de derde aansprakelijk is. Daarmee is nog niet de vraag naar de interne (onderlinge) aansprakelijkheid opgelost.

Een uitspraak van de rechtbank Arnhem die in hoger beroep en cassatie in stand is gebleven, in het kader van de verhouding opdrachtgever – opdrachtnemer, kan hiervoor wellicht enige richting geven.<sup>102</sup> Daarin overweegt de rechtbank namelijk:

---

99 Aangetekend kan worden dat ook bij een gegeven onrechtmatige aanwijzing waardoor bepaalde schade ontstaat, bij de benadeelde sprake kan zijn van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW. Dit heeft dan tot gevolg dat de omvang van de schadevergoedingsplicht navenant verkleint. Zie voor een zaak waarin ondanks een door DNB en AFM gegeven onrechtmatige aanwijzing sprake was van eigen schuld van de benadeelden: HR 23 december 2011, *NJB* 2012/187.

100 Bekend is Hof te Amsterdam 30 juni 1961, *NJ* 1962, 468 waarin DNB op last van het departement de bereidverklaring tot afgifte van een vergunning intrekt. De DNB heeft volgens het Hof te Amsterdam alle redenen om de last op te volgen nu de bank 'uit betrouwbare bron was gebleken dat de bescheiden die de belanghebbende (eiseres) ter ondersteuning van haar aanvraag had ingediend, gefingeerd dan wel vervalst waren.'

101 Aantekening 149 van het artikelsgewijs commentaar bij artikel 6:162 lid 2 BW (*Groene Serie Privaatrecht* – Kluwer Plaza).

102 Rechtbank te Arnhem 1 april 1999, *NJKort* 1999, 49, r.o. 4.9 en HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 577 m.nt. T. Koopmans.

‘Van de Bunt voert als verweer ook aan dat hij het onderzoek heeft verricht in opdracht en onder verantwoordelijkheid van de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden en dat dit meebrengt dat hij niet aansprakelijk is voor zijn bijdrage aan de betreffende deelrapporten. De rechtbank verwerpt dit verweer. Een dergelijke afspraak raakt weliswaar de verhouding Van de Bunt-enquêtecommissie en kan eventueel meebrengen dat de opdrachtgever Van de Bunt moet vrijwaren, maar zo’n afspraak kan in beginsel niet tegen derden — i.c. Salomonson — worden tegengeworpen. Er zijn geen feiten of omstandigheden gesteld noch gebleken waaruit zou kunnen voortvloeien dat in casu van dit beginsel moet worden afgeweken.’

De eigen verantwoordelijkheid lijkt hier dus wel zeker een rol te spelen. Jegens de derde is de opdrachtnemer zonder meer aansprakelijk. De mate van eigen verantwoordelijkheid c.q. vrijheid is daarentegen een factor die meegewogen wordt in de interne verhouding tussen opdrachtgever en opdrachtnemer. Hoewel van belang bij de verdeling van de interne draagplicht staat de eigen verantwoordelijkheid in de weg aan de doorbraak van aansprakelijkheid.

*(b) Handelen op grond van wettelijk voorschrift*

De tweede rechtvaardigingsgrond die ik hier kort wil memoreren, is het ‘wettelijk voorschrift’. In dat geval is niet het bevel maar het wettelijk voorschrift de directe grondslag voor de handeling. Het betreffende wettelijk voorschrift dient wel rechtsgeldig c.q. verbindend te zijn. Een handelen van een medeoverheid op grond van een onverbindend geworden wettelijk voorschrift zal onrechtmatig zijn en komt voor risico van die overheid.<sup>103</sup> Bij een verbindend wettelijk voorschrift zal voorts een beoordeling nodig zijn van het handelen afgezet tegen de voorwaarden die het wettelijk voorschrift voor het handelen formuleert. Afhankelijk daarvan is het optreden ‘gedekt’ of niet. Gewezen wordt onder meer op het volgende voorbeeld. Op grond van de Woningwet (oud) had het college van B&W van de gemeente IJtteren een bestuursdwangaanschrijving uit doen gaan tot het afbreken van een schuur die vanwege de staat waarin hij verkeerde, gevaar opleverde voor personen en zaken op de openbare weg.<sup>104</sup> Daarbij had het college geen alternatief voor het slopen in de last opgenomen. De eiser heeft de last niet opgevolgd met als gevolg dat het college van B&W uitvoering gaf aan de last en de schuur afbrak. Eiser vorderde in de daaropvolgende procedure schadevergoeding van de gemeente en voerde onder meer aan dat de gemeente op grond van de Woningwet de keuze had slopen dan wel het treffen van voorzieningen te gelasten. Onder verwijzing naar de tekst van de betrokken bepalingen uit de Woningwet en de wetsgeschiedenis ervan honoreerde de rechtbank dit betoog van eiser. Concluderend kan worden vastgesteld dat ook bij wetsuitvoering de uitvoerder een bepaalde mate van eigen verant-

103 Het niet-intrekken van deze onverbindend geworden regelgeving kan een onrechtmatige daad opleveren: *vgl.* Schutgens, p. 42-43: Rb. Amsterdam 13 juli 2004, NJ 2004, 564 (Absint).

104 Rb. Maastricht 27 mei 1971, NJ 1971, 497.

woordelijkheid behoudt. Uit jurisprudentie blijkt dit met name te gaan om de plicht de wettelijke bevoegdheid aan te wenden voor het doel waarvoor deze geschreven is.

De vraag dringt zich op of in het kader van de eigen verantwoordelijkheid van de uitvoerende overheid kan worden verwacht dat deze een eigen rechtmatigheidsoordeel geeft over datgene wat zij moet uitvoeren. In dit verband vraag ik aandacht voor de *Chipsol*-zaak<sup>105</sup> waarin een vingerwijzing is opgenomen die wellicht ook hier van belang is. In deze zaak heeft de Hoge Raad zich uitgesproken over de mate van afwegingsvrijheid die een medeoverheid (i.c. provincie) heeft in geval van medebewind en de in dat kader gegeven aanwijzingen. De Hoge Raad overweegt als volgt:

'3.3.2. (...) De klachten berusten naar de kern op de opvatting dat de Provincie geen enkele vrijheid had ten aanzien van de implementatie van de PKB-Schiphol in haar ruimtelijke plannen. Die opvatting is onjuist. Zoals het hof in zijn overweging terecht tot uitdrukking heeft gebracht, kan niet reeds in het algemeen gelden dat in het stelsel van de WRO een PKB voor de gemeente en de provincie zodanig rechtstreeks bindende normen bevat, dat de gemeente en de provincie gehouden zijn de door de Minister van VROM op grond van art. 6 en art. 37 WRO gegeven aanwijzingen in hun ruimtelijke plannen onverkort in acht te nemen, zonder zelf enige beleidsvrijheid of afwegingsvrijheid terzake te hebben. De omstandigheid dat bij de bestuursrechter beroep kan worden ingesteld tegen door de Staat gegeven aanwijzingen onderstrept dit, nu zulks inhoudt dat een gemeente of een provincie in rechte aan de orde kan stellen of zij, door in haar ruimtelijke plannen deze aanwijzingen niet onverkort in acht te nemen, een juist gebruik heeft gemaakt van haar beleidsvrijheid.'

Hoewel niet duidelijk is of deze overweging ook opgeld doet bij de vraag naar aansprakelijkheid, lijkt dit niet onaannemelijk. Blijkbaar is het ontbreken van een ondergeschiktheidsrelatie die wel bestaat bij aanwijzingen in het kader van de opsporing van strafbare feiten of de handhaving van de openbare orde voor politie-ambtenaren een belangrijk verschil waardoor een enkele aanwijzing van een minister aan een medeoverheid niet zonder meer tot doorbraak van aansprakelijkheid zal leiden. In hoeverre dit ook geldt in geval van taakverwaarlozing en indeplaatsstelling is nog niet beantwoord. Dit zijn immers ook besluiten waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming open staat.

#### 5.3.4 *Knelpunten bij regres en verhaal*

Om datgene wat een overheid aan een derde heeft betaald, te verhalen op een andere overheid beschikt die overheid over verschillende acties. Uit hoofde van regres ex artikel 6:10 BW of een onrechtmatige daadsactie kan worden geprocedeerd bij de burgerlijke rechter. Processueel zal dit neerkomen op een vrijwaringsincident (artikel 210 Rv) of een separate dagvaardingsprocedure. Wanneer de burgerlijke rechter de incidentele vrijwaringsvordering

---

105 HR 24 juni 2011, *RvdW* 2011, 802.

toestaat, ontspint zich parallel aan de hoofdzaak een vrijwaringsprocedure.<sup>106</sup> In deze paragraaf worden hierbij enkele knelpunten gesignaleerd die voor het vervolg van dit onderzoek van belang zijn.

Ten eerste doet zich bij een actie uit onrechtmatige daad in geval van samenloop van onrechtmatige wetgeving en de uitvoering daarvan een tweetal problemen voor: een causaliteitsprobleem en een relativiteitsprobleem.

In de eerste plaats behandel ik het causaliteitsprobleem. Als achteraf komt vast te staan dat een wettelijk voorschrift waarop een handeling van de medeoverheid is gebaseerd, onrechtmatig is (vanwege strijd met hoger recht), dan kan er wat betreft schade onderscheiden worden naar verschillende modaliteiten. In het kader van de causaliteit beschrijft *Schutgens*<sup>107</sup> de volgende drie: (1) de schade is rechtstreeks veroorzaakt door een onverbindende regeling, (2) de schade is deels veroorzaakt door een onverbindende regeling en deels door een uitvoeringsbesluit en tot slot, (3) het uitvoeringsbesluit is de oorzaak van de schade.

In het eerste geval is er sprake van een regeling die rechtstreeks een verplichting oplegt aan burgers. Klassiek voorbeeld hiervan is de zaak *Leenders/Ubbergen*.<sup>108</sup> De APV van de gemeente Ubbergen verbiedt het venten zonder vergunning. Leenders meent dat de bepaling in strijd is met de Vestigingswet en dus onverbindend. Om toch te kunnen venten, vraagt Leenders onder protest een vergunning aan. Daarop krijgt hij slechts vergunning om te venten voor één dag per week in één woonkern. Leenders gaat in bezwaar maar de beslissing op bezwaar blijft uit. Hij komt daar verder niet meer tegen op. Op een gegeven moment wordt Leenders beboet vanwege ventverkoop buiten zijn vergunning. Leenders staakt daarop zijn ventverkoop in de gemeente Ubbergen. De strafrechter oordeelt uiteindelijk dat de bepaling uit de APV buiten toepassing moet blijven vanwege strijd met de Vestigingswet. Leenders vraagt bij de civiele rechter om een verklaring voor recht dat de gemeente door haar onrechtmatig gedrag jegens hem (het uitvaardigen van een onverbindende regeling) aansprakelijk is voor de daardoor ontstane schade en verzoekt de rechter om de gemeente te veroordelen tot betaling van deze schade. De gemeente werpt Leenders het beginsel van formele rechtskracht tegen omdat niet is opgekomen tegen het niet-nemen van een beslissing op Leenders bezwaarschrift. De overtuiging dat de formele rechtskracht Leenders kan worden tegengeworpen, casseert de Hoge Raad uiteindelijk. Een onverbindend geachte regeling die een burger onder een strafrechtelijke dan wel bestuursrechtelijke sanctie een verbod oplegt, kan bij de burgerlijke rechter worden aangevochten. In het licht van effectieve rechts-

---

106 Groene Serie Schadevergoeding, artikel 6:102 BW, aantekening 26.

107 Schutgens, p. 60.

108 HR 11 oktober 1996, *NJ* 1997, 165, m.nt. M. Scheltema, *AB* 1997, 1 m.nt. ThGD en *JB* 1996, 241 m.nt. EVDL. Inmiddels lijkt dit genuanceerder te liggen: zie HR 9 juli 2010 (Leges Turkse immigranten), *AB* 2011, 11 m.nt. G.A. van der Veen en *JB* 2010/174, m.nt. R.J.B. Schutgens.

bescherming hoeft dan niet eerst strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving te worden uitgelokt.

Het niet verder opkomen tegen een toch aangevraagde vergunning kan Leenders dus niet worden tegengeworpen. Bij indirect werkende regelingen creëert de uitvoeringsbeschikking echter pas het rechtsgevolg dat de burger rechtstreeks raakt. Om die reden moet het uitvoeringsbesluit worden afge wacht om eventueel via exceptieve toetsing de regeling aan de kaak te stellen. Jegens de burger zal in ieder geval de uitvoerende overheid aansprakelijk zijn.<sup>109</sup>

*Vulhop/Amsterdam*<sup>110</sup> is een bekende uitspraak waarin een indirect werkende regeling uiteindelijk onverbindend blijkt te zijn en waarbij de schade naar redelijkheid moet worden toegerekend aan het uitvoeringsbesluit (artikel 6:98 BW).<sup>111</sup> De gemeente Amsterdam stelt de Verordening Watertoeristenbelasting 1978 vast. Op grond daarvan wordt op aangifte belasting geheven. Vulhop betaalt aldus enige tijd op deze grond watertoeristenbelasting. Tegen enkele van de betalingen maakt hij bezwaar en stelt hij beroep in. De belastingrechter stelt vervolgens vast dat de belastingverordening onverbindend is vanwege strijd met de Gemeentewet. Vulhop vordert daarop schadevergoeding over alle jaren dat hij ten onrechte watertoeristenbelasting heeft betaald. De rechtbank en het Hof wijzen de schade – voor zover het de niet aangevochten betalingen betreft – af. Hoewel de onverbindende regeling wel onrechtmatig is jegens Vulhop, vindt het Hof dat de schade niet naar redelijkheid daaraan is toe te rekenen. Wel is de schade toe te rekenen aan het niet instellen van rechtsmiddelen tegen de op basis van de onverbindende regeling gedane betalingen. Door daar geen rechtsmiddelen tegen aan te wenden, hebben deze formele rechtskracht gekregen en worden ze geacht rechtmatig te zijn volgens het Hof. De Hoge Raad volstaat met de vaststelling dat aan Vulhop inderdaad de formele rechtskracht kan worden tegengeworpen. Jammer genoeg, besteedt de Hoge Raad geen aandacht aan de redenering van het Hof omtrent de toerekening naar redelijkheid. Systematische aandacht voor de criteria van 6:162 BW en het aflopen daarvan, zou geen kwaad kunnen. Het vereiste van causaal verband is dus de factor die bepalend is voor de vraag of de regelgevende overheid dan wel de uitvoerende overheid jegens een derde aansprakelijk is. Zoals hiervoor al beschreven, valt het vereiste van causaal verband uiteen in twee criteria: enerzijds het feitelijke *conditio sine qua non*-vereiste (kan de schade ook ontstaan wanneer de onverbindende regeling wordt weg gedacht?) en anderzijds de normatieve leer van de redelijke toerekening (artikel 6:98 BW). De onverbindende regeling is uiteraard wel *conditio sine qua non* voor het intreden van de schade maar de schade valt daaraan niet in redelijkheid toe te

---

109 Schutgens, p. 119.

110 HR 16 oktober 1992, NJ 1993, 638 m.nt. M. Scheltema en AB 1993, 40 m.nt. F.H. van der Burg.

111 Schutgens, p. 128.



rekenen omdat de betalingsplicht van Vulhop (en dus diens schade) pas op het moment van de uitvoeringsbeschikking rechtstreeks ontstaat. De formele rechtskracht beperkt in dit licht dus de aansprakelijkheid van de uitvoerende overheid.<sup>112</sup>

In de tweede plaats doet zich bij een onrechtmatige daadsactie tussen overheden vanwege aan een derde uitbetaalde schade in geval van samenloop van onrechtmatige wetgeving en de uitvoering daarvan een probleem voor in het kader van het relativiteitsvereiste (6:163 BW). Vereist zal immers zijn dat de ene overheid jegens de andere onrechtmatig heeft gehandeld. Daarbij is van belang dat een beroep op het ontbreken van relativiteit naar huidig recht meer kans van slagen heeft dan voorheen. Tot een aantal jaar geleden ging de rechter ruimhartig om met het relativiteitsvereiste: relativiteit werd geacht aanwezig te zijn. Dit is veranderd in 2004 toen de Hoge Raad het arrest *Duwbak Linda* wees.<sup>113</sup> In die zaak werd een relativiteitsverweer gevoerd ter beperking van de aansprakelijkheid van de door een burger aangesproken overheid. De Hoge Raad moest dan ook ingaan op dit verweer. Getoetst moest worden of in het licht van het doel en de strekking van de geschonden norm voldaan was aan het relativiteitsvereiste. Geconcludeerd werd dat relativiteit ontbrak. De uitspraak *Duwbak Linda* is in de literatuur kritisch ontvangen.<sup>114</sup> Gesteld werd dat de relativiteit om rechtspolitieke overwegingen door de Hoge Raad werd gehanteerd teneinde de uitdijende overheidsaansprakelijkheid te voorkomen. Deze kritische houding tegen het honoreren van het relativiteitsverweer vindt steun in de wetgeschiedenis van artikel 6:163 BW. Daarin komt naar voren dat de wetgever van mening was dat het enkele ontbreken van relativiteit niet in de weg kon staan aan de vergoeding van door de gelaedeerde geleden schade.<sup>115</sup> In de Parlementaire Geschiedenis is het volgende overwogen:<sup>116</sup>

‘Om die reden zou een regel volgens welke aan een benadeelde bij een wetsovertreding alleen een aanspraak op schadevergoeding toekomt indien positief zou blijken dat zulks de strekking van het overtreden wetsvoorschrift was, in de rechtspraak grote bezwaren opleveren. Vandaar dat het ontwerp bepaalt dat in het algemeen de benadeelde die voorzienbare schade heeft geleden ten gevolge ener overtreding van een wettelijke plicht, aan die overtreding een aanspraak op vergoeding van zijn schade ontleent, tenzij, negatief, blijkt dat het overtreden wetsvoorschrift niet die strekking heeft.’

112 Schutgens, p. 128-129.

113 HR 7 mei 2004, *AB* 2005, 127 m.nt. F.J. van Ommeren en *NJ* 2006, 281 m. nt. J. Hijma. Daarna bijvoorbeeld de *Vie d’Or*-uitspraak (HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 en 529 m.nt. C.C. van Dam tevens in: *RvdW* 2006, 943 en het Iraanse asielzoeksters-arrest (HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576 m.nt. J.B.M. Vranken). De ABRvS heeft wel relativiteit aangenomen in de ruimtelijke orderingszaak: ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009, 42, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, *USZ* 2009, 75, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, (benzinstation Ameland).

114 o.a.T. Barkhuysen & L. di Bella in hun noot bij ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 65.

115 Zie hierover: T. Barkhuysen & L. di Bella in hun noot bij ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 65. Lankhorst spreekt van een ‘bewijsrechtelijk vermoeden’, p. 43-46.

116 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 632 en bevestigd bij MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 638.

In beginsel is op grond van deze overweging aan het relativiteitsvereiste voldaan, tenzij de gedaagde *uitdrukkelijk* stelt dat dit niet het geval is.<sup>117</sup> Bij twijfel zou in het voordeel van de benadeelde moeten worden beslist. Dat is in de jurisprudentie echter niet zo opgevat.<sup>118</sup> Zoals gezegd, is een bijkomend probleem dat op het ontbreken van relativiteit (met name ook door de landsadvocaat)<sup>119</sup> steeds vaker een beroep wordt gedaan. De vraag of is voldaan aan relativiteit wordt dan getoetst. Hierop kan kritiek worden gegeven: in de literatuur is betoogd dat het bij het aannemen van relativiteit gaat om een 'compromis tussen twee uitersten'. De leer van de absolute onrechtmatigheid waardoor een ieder wordt beschermd, verabsolueert de geschonden norm en is al jaren verlaten. De leer van de 'relativistische' onrechtmatigheid op grond waarvan altijd concreet en specifiek aan de relativiteit moet zijn voldaan, reduceert de geschonden norm te veel.<sup>120</sup> Extra problematisch is voorts dat de wetgever doorgaans geen overwegingen wijdt aan de vraag of de norm strekt tot vergoeding van schade en al helemaal niet aan de vraag wiens schade en welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Men zou de specifieke zorgvuldigheidsnorm ook in het bredere kader van – bijvoorbeeld – de Gemeentewet kunnen zoeken. Gewezen kan namelijk worden op artikel 108, derde lid, Gemeentewet.<sup>121</sup> Op grond van dit artikel vergoedt het Rijk de kosten van de uitvoering van een taak indien het de gemeente in medebewind roept. Niet alle kosten worden vergoed. Het betreft hier een verplichting tot vergoeding van kosten die anders voor rekening blijven van de in medebewind geroepen gemeente.<sup>122</sup> Het betreft met andere woorden kosten die niet gecompenseerd kunnen worden via leges, heffingen etc. Hoe hoog de vergoeding dient te zijn, is niet wettelijk vastgelegd. Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat dit in onderling goed overleg wordt vastgesteld. De vraag dringt zich op of hier ook schade onder valt die een gemeente moet betalen indien die schade (mede) is veroorzaakt door onrechtmatige medebewindswetgeving. Het antwoord op deze vraag is niet eenvoudig te geven. De literatuur bevat hierover geen gegevens. Evenmin staat vast op welke processuele wijze een dergelijke aanspraak te gelde kan c.q. moet worden gemaakt. Deze bepaling zou zowel een aanknopingspunt zijn voor de draagplicht en zorgplicht van de Staat als een zelfstandige grond om compensatie te verkrijgen. In Hoofdstuk 7 zal ik hierop terugkomen.

---

117 Zie hierover: T. Barkhuysen & L. di Bella in hun noot bij ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 65.

118 Lankhorst spreekt van een 'bewijsrechtelijk vermoeden', p. 43-46.

119 Zie ook Marseille & Harryvan over de verweermiddelen die overheden gebruiken teneinde aan aansprakelijkheid te ontkomen.

120 Lankhorst, p. 46.

121 Voor provincies, zie artikel 146, tweede lid, Provinciewet.

122 *Kamerstukken II* 1992/93, 22 893, nr. 3, p. 9 en *Kamerstukken II* 1985/86, 19 836, nr. 3, p. 16-17.

In geval van onderling verhaal tussen overheden doet zich hierbij nog een extra probleem voor. De jegens de derde geschonden norm (bijvoorbeeld een bepaalde wetsbepaling die in strijd is met hoger recht) zal niet dezelfde zijn als de norm die jegens de verhalende overheid is geschonden. De relativiteit zal moeten worden gezocht in de rechtsverhouding tussen de regelgevende en de uitvoerende overheid: het is onrechtmatig jegens een uitvoerende overheid om onverbindende regelgeving vast te stellen. Dat is onzorgvuldig te noemen. Het is dan deze zorgvuldigheidsnorm die is geschonden. Hierop wordt uitgebreider ingegaan in Hoofdstuk 6 (paragraaf 6.4.3.3) en Hoofdstuk 7 (paragrafen 7.4.4.3 en 7.5). Overigens doet zich een dergelijk probleem ook voor in het normale aansprakelijkheidsrecht. Handelt een veroorzaker van schade aan een derde ook onrechtmatig jegens de schadeverzekeraar die daardoor moet uitkeren aan de derde?<sup>123</sup> In de regel zal geen rechtstreekse aansprakelijkheid worden aangenomen vanwege het ontbreken van relativiteit. Ons recht gaat niet zo ver dat een schadeveroorzaker zich daarvan moet onthouden vanwege de belangen van de verzekeraar tenzij de schade juist met het oog daarop is toegebracht.<sup>124</sup> Opgemerkt kan worden dat de wetgever het relativiteitsprobleem kan oplossen door de relativiteit aan te nemen. Dit is gebeurd in artikel 75 Wet Bodembescherming. De (mogelijke) rol van de wetgever in het kader van het relativiteitsprobleem wordt uitgebreider behandeld in Hoofdstuk 6 (paragraaf 6.4.3.3) en Hoofdstuk 7 (paragrafen 7.4.4.3 en 7.5).

Ten tweede is in de literatuur gewezen op enkele bezwaren tegen de actie uit vrijwaring. De vrijwaring is geregeld in artikel 210 Rv en is een processueel middel.<sup>125</sup> Het materiële recht bepaalt of een oproeping in vrijwaring slaagt. Anders gezegd: zodra het materiële recht mogelijk maakt dat een partij 'verplicht is de nadelige gevolgen van een veroordeling van de gewaarborgde in de hoofdzaak te dragen' zal een oproeping in vrijwaring mogelijk zijn.<sup>126</sup> Regres ex artikel 6:10 BW of een onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW zijn dergelijke materiële gronden. In zijn dissertatie over hoofdelijke verbintenissen tekent *Van Boom* aan dat een actie uit vrijwaring onder meer het nadeel met zich meebrengt dat het initiatief daartoe bij partijen ligt en niet bij de rechter.<sup>127</sup> De partij die dagvaardt (in ons geval een schadelijgende burger bijvoorbeeld) bepaalt in de eerste plaats hoeveel partijen (overheden) hij in de procedure betreft. De gedaagde overheid bepaalt vervolgens of zij een andere overheid in vrijwaring oproept. Ook de algemene oproeping van

---

123 Van Boom, p. 105.

124 Van Boom, p. 105 waar hij wijst op HR 24 januari 1930, NJ 1930, 299 m.nt. E.M. Meijers (Vonk/de Overijsselsche Onderlinge).

125 In de regel geschiedt dit door middel van een incident. Ook zonder incident kan een oproeping tot vrijwaring worden ingesteld. Zie daarover: *Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering*, artikel 210 Rv, aantekening 9.

126 Zie: Snijders in *Groene Serie Burgerlijk Procesrecht* Artikel 210 Rv aantekening 10 en HR 10 april 1992, NJ 1992, 446, r.o. 3.2.

127 Van Boom, p. 221.

derden in het civiele geding (artikel 118 Rv) geschiedt op verzoek van partijen zoals de eiser. De rechter heeft zelf dus niet de mogelijkheid om een tweepartijengeschil uit te breiden naar een drie- of meerpartijengeschil waardoor binnen één procedure zowel de externe als de interne aansprakelijkheid kan worden afgekaart. *Van Boom* signaleert dat het openen van deze mogelijkheid ook nadelen met zich meebrengt zoals een complexere procedure (meer stellingen, meer comparities etc.) en een langere proceduur. Evenmin is gewaarborgd dat het kunnen oproepen van mogelijke andere overheden ook daadwerkelijk leidt tot een volledig plaatje. *Van Boom* meent niettemin dat er ruimte moet zijn voor de rechter om derden te kunnen oproepen. Dat is naar huidig burgerlijk procesrecht niet mogelijk. Dat zou de rechter dan in staat stellen om alle betrokken rechtsverhoudingen te kunnen vaststellen in één procedure. Een ander argument hiervoor is volgens *Van Boom* ook dat de vrijwaringsprocedure niet tot een meerpartijenprocedure leidt. Het maakt enkel mogelijk dat er parallel aan de hoofdzaak tussen de burger en een overheid een procedure wordt gevoerd tussen twee of meerdere overheden omtrent de vraag wie elkaar voor welk percentage moet vrijwaren van hetgeen in de hoofdzaak aan de burger moet worden uitgekeerd. De bevoegdheid van een rechter om één of meer derden in het geding te betrekken (oproepingsbevoegdheid) heeft in dit kader de meerwaarde dat er wel een meerpartijengeschil ontstaat met alle voordelen van dien (bijvoorbeeld in verband met gezag van gewijsde, tegenstrijdige oordelen e.d.). Hier wordt aangetekend dat ons bestuursprocesrecht de oproeping in vrijwaring zoals die in het burgerlijk procesrecht bestaat, niet kent. Wel kent het bestuursprocesrecht de mogelijkheid om een derde (artikel 8:26 Awb) in de procedure te betrekken.<sup>128</sup> Dit kan de bestuursrechter zowel ambtshalve doen als op verzoek van partijen of op verzoek van de belanghebbende. Het betreft hier de mogelijkheid om belanghebbenden in de zin van artikel 1:2 Awb tot het geding toe te laten. Daartoe dient voor de sluiting van het onderzoek ter zitting te worden besloten. Recent heeft dit artikel in bestuursrechtelijke zaken waarin sprake is van schending van de redelijke termijn die toerekenbaar is aan het bestuur en de rechter tot interessante jurisprudentie geleid. Het veroordelen van het bestuursorgaan vanwege schending van de redelijke termijn (artikel 6 EVRM) levert in de regel in bestuursrechtelijke zaken geen problemen op omdat het bestuursorgaan partij is bij de bestuursrechtelijke procedure. Wanneer er vervolgens wordt gesteld dat de bestuursrechter (rechtbank) de redelijke termijn heeft geschonden, ontstaat een probleem. De Staat is de rechtspersoon die in dat geval de schadevergoeding zal moeten betalen. De Minister van Veiligheid en Justitie is in dat kader degene die ten behoeve van de rechtbanken, het CBB en de CRvB respectievelijk de

---

128 Dit is niet gelijk aan het instellen van beroep. Wel zal hetgeen door de partij te berde is gebracht volgens mij als overgelegd stuk mee moeten worden genomen bij de uitspraak (8:69 Awb). Zie hierover bijvoorbeeld ABRvS 14 januari 2004, AB 2004, 239 m.nt. TN.

Minister van BZK (voor de ABRvS)<sup>129</sup> verweer voert. Het probleem is dat noch de minister noch de Staat in de regel partij is in een bestuursrechtelijke procedure waarbij het besluit van een medeoverheid wordt aangevochten. Bij uitspraak van 4 juni 2008 (en de Centrale Raad bij uitspraak van 11 juli 2008)<sup>130</sup> heeft de ABRvS op dit punt een opzienbarende uitspraak gewezen. Via verdragsconforme toepassing van artikel 8:73 Awb opende de ABRvS een schadestaatprocedure waarbij zowel de vraag of sprake is van een termijnoverschrijding als de vraag over de hoogte van de schade aan bod konden komen. Daartoe werd de Staat (in de persoon van de Minister van VenJ) als partij in het geding geroepen (artikel 8:26 Awb). In 2009 heeft de Minister van VenJ een regeling bekend gemaakt waarmee de Raad voor de Rechtspraak gemachtigd wordt om namens de Minister van VenJ in deze zaken te beslissen, op te treden en verweer te voeren tegen dergelijke schadeverzoeken.<sup>131</sup> In 2012 is dit gebeurd voor alle schadeverzoeken wegens onrechtmatige rechtspraak, waaronder de overschrijding van de redelijke termijn.<sup>132</sup> De Raad kan op zijn beurt weer ondermandaat en machtiging verlenen aan een ambtenaar van de Raad (artikel 4). In Hoofdstuk 6 (paragraaf 6.2.2) en in Hoofdstuk 7 zal hier nader op worden ingegaan.

### 5.3.5 Conclusie paragraaf 5.3

In deze paragraaf 5.3 zijn de mogelijkheden voor overheden onderzocht om op grond van het BW schade of andere kosten te verhalen op een andere overheid. Indien geoorloofd in het licht van *Windmill* (paragraaf 5.3.1), biedt het BW hiervoor het instrument regres (artikel 6:10 BW) of een verhaalsactie, bijvoorbeeld op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) of diens species (zoals artikel 6:170 of 6:174 BW). Deze mogelijkheden zijn kort beschreven in paragraaf 5.3.2. Twee situaties moeten in dit verband worden onderscheiden.

129 Artikel 21 Comptabiliteitswet.

130 ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008, 229 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2008, 146, m.nt. A.M.L. Jansen en *USZ* 2008, 211, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008, 241 m.nt. Widdershoven, *JB* 2008, 172 m.nt. A.M.L. Jansen, *USZ* 2008, 238 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en CRvB 3 januari 2008, *LJN* BC1705, *AB* 2008, 211 m.nt. A.M.L. Jansen. Zie hierover ook uitgebreid Barkhuysen & Van Emmerik 2008.

131 Regeling van de Staatssecretaris van Justitie van 29 april 2009 nr 5599506/09, houdende verlening van mandaat en machtiging aan de Raad voor de rechtspraak inzake verzoeken tot schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn (*Stcrt.* 2009, 81).

132 Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 26 januari 2012, nr. 5723477/12, houdende verlening van mandaat, volmacht en machtiging aan de Raad voor de rechtspraak inzake verzoeken tot schadevergoeding verband houdend met de rechtspraak waarvoor de Staat aansprakelijk kan worden gehouden (*Stcrt.* 2012, 1933) waarbij de regeling uit 2009 is ingetrokken.

Ten eerste het geval waarin de ene overheid een onrechtmatige daad pleegt jegens de andere overheid zonder dat er derden in het spel zijn waaraan eveneens geld is uitgekeerd. Een louter twee-partijengeschil. Het 'verhaal' van de schade door een overheid is veelal niet anders dan het verhaal van dergelijke schade door een burger.

Interessant voor de beantwoording van de centrale vraag van dit onderzoek is het geval waarin een overheid een geldsom of schadebedrag voldoet aan een benadeelde burger waarvoor ook een andere overheid aansprakelijk is: ofwel rechtstreeks jegens de burger ofwel alleen jegens de overheid die tot betaling is overgegaan. Dit is de tweede situatie. In dat geval kan het zijn dat beide overheden hoofdelijk tot de schuld verbonden zijn. Beide overheden zijn dan aansprakelijk jegens de derde. Na voldoening van de schuld door één van beide overheden, heeft die overheid regres op de andere. Maar ook bij niet-hoofdelijkheid kan de aansprakelijk gestelde overheid verhaal hebben op de andere overheid. Over deze regres- c.q. verhaalsacties handelt paragraaf 5.3.2.

Uit de weinige jurisprudentie die op dit onderwerp beschikbaar is, kan het volgende worden afgeleid. Soms neemt de Hoge Raad hoofdelijkheid aan (paragrafen 5.3.2.1-5.3.2.2). Dat is het geval bij schade ontstaan ten gevolge van politie-optreden in het kader van de openbare orde of het vervolgen van strafbare feiten. De reden hiervoor is dat de burger niet de dupe mag worden van de onduidelijke bevoegdheidsverdeling bij politie-optreden. De hoofdelijk verbonden schuldenaren zijn de politieregio (werkgeverschap) en de gemeente (gezag in het kader van de openbare orde) respectievelijk de Staat (vervolgning strafbare feiten). Intern is de werkgever de draagplichtige tenzij gehandeld is op basis van een onjuiste aanwijzing van de burgemeester respectievelijk de Officier van Justitie. Volgens de Hoge Raad verzet de hanteerbaarheid van de regresregels zich tegen nadere uitzonderingen. In deze paragraaf is dit standpunt in de algemene context geplaatst van het regresleerstuk en de verdeling van de interne draagplicht.

Als het argument van onduidelijke bevoegdheidsverdeling niet wordt opgevoerd, is het animo om hoofdelijke verbondenheid aan te nemen veel minder. Zo wordt bij fouten gemaakt in het kader van medebewind sinds lange tijd alleen de entiteit aansprakelijk gehouden waartoe het medebewindsuitvoerende orgaan behoort (paragraaf 5.3.2.3). Een vordering tegen de medebewindsvorderende entiteit wordt niet-ontvankelijk geacht. De reden dat hier geen hoofdelijkheid wordt aangenomen (waarna beide overheden het onderling maar moeten uitvechten) is volgens mij gelegen in de ontwikkeling van het medebewindsleerstuk. Eerst was namelijk de Staat altijd aansprakelijk. De medeoverheid was de 'agent' van de Staat op lokaal niveau. Pas later is dit losgekoppeld en werden medeoverheden als zelfstandig handelende entiteiten gezien.

In paragraaf 5.3.2.4 is onderzocht in welke situaties de externe aansprakelijkheid wordt doorbroken met dien verstande dat niet de ene overheid maar de andere aansprakelijk is jegens de derde. Gedacht kan daarbij worden aan onjuist gegeven aanwijzingen, het bestaan van een bijzonder stelsel

van toezichtsbevoegdheden e.d. Hoewel hierover nauwelijks tot geen jurisprudentie beschikbaar is, lijkt er ook in die gevallen een bepaalde mate van eigen verantwoordelijkheid te bestaan bij de uitvoerende overheid zodat het niet zonder meer leidt tot doorbraak van aansprakelijkheid. In hoeverre deze factoren ook spelen voor aansprakelijkheid en doorbraak ervan bij schending van EVRM en EU-recht komt in Hoofdstuk 6 aan bod.

Tot slot is in paragraaf 5.3.4 ingegaan op enkele knelpunten. Ten eerste in het kader van een onrechtmatige daadsacties. Ten tweede in het kader van een oproeping in vrijwaring. In geval van samenloop van onrechtmatige wetgeving en de uitvoering daarvan kunnen twee problemen ontstaan voor een eventuele onrechtmatige daadsactie tussen de uitvoerende en de regelgevende overheid. Ten eerste kan de causaliteitsvraag complicaties opwerpen bij de vaststelling van de externe aansprakelijkheid. De schade kan rechtstreeks zijn veroorzaakt door een onverbindende regeling, de schade kan deels veroorzaakt zijn door die regeling en deels door het uitvoeringsbesluit en tot slot kan de schade van de burger alleen veroorzaakt zijn door het uitvoeringsbesluit. Ook in het laatste geval kan er sprake zijn van een verhaalsactie van de uitvoerende overheid op de regelgevende overheid. Dan doet zich echter een tweede probleem voor. De constructie van de relativiteit. De norm die jegens de burger was geschonden, is immers niet dezelfde als die jegens de uitvoerende overheid is geschonden. Aangesloten zou kunnen worden bij een zorgvuldigheidsnorm op grond waarvan het onzorgvuldig is van de regelgevende overheid om de onverbindende regelgeving uit te vaardigen. Op deze beide onderwerpen wordt uitgebreid ingegaan in Hoofdstuk 7. Het tweede knelpunt dat in paragraaf 5.3.4 is besproken, is het volgende. In de literatuur is aangegeven dat de rechter zelf geen middelen heeft om een tweepartijengeschil (bijvoorbeeld overheid/burger) uit te breiden tot een drie- of meerp partijengeschil (burger versus alle mogelijk betrokken overheden (regelgevende en uitvoerende)). Dat heeft de burger uiteraard wel: die maakt de keuze welke overheid wel of niet te dagvaarden. Dat heeft de gedaagde overheid eveneens: die kan een andere overheid in vrijwaring oproepen. De burgerlijke rechter heeft niet de bevoegdheid om ambtshalve een partij in het geding te roepen. Dat maakt dat de rechter niet binnen één procedure de gehele kwestie kan afhandelen. Ons bestuursprocesrecht kent weliswaar het vrijwaringsincident niet maar op grond van artikel 8:26 Awb heeft de rechter wel de bevoegdheid om – ook ambtshalve – een partij toe te laten tot het geding. In Hoofdstuk 7 zal zowel voor het vrijwaringsincident als voor de rechterlijke oproepingsmogelijkheid aandacht zijn.

#### 5.4 CONCLUSIE HOOFDSTUK 5

Vanwege schendingen van EVRM of EU-recht kan een overheid worden geconfronteerd met door haar te betalen schadevergoeding die feitelijk (deels) voor rekening van een andere overheid moet komen. Hoe deze mid-

delen te verhalen en welke problemen daarbij spelen, vormen de onderwerpen van Hoofdstuk 6. In dit hoofdstuk is onderzocht op welke manieren overheden zich voor 'nationale schade' op elkaar kunnen verhalen. Met andere woorden: wanneer de geschonden norm een zuiver nationale is en niet een Europese. Ik heb dit de *nationale* dimensie van verhaal genoemd. De in dit hoofdstuk geconstateerde gezichtspunten zullen van groot belang zijn voor de vragen over het verhalen van schade ten gevolge van de schending van Europese normen. Hoofdstuk 5 is daarmee de opmaat naar Hoofdstuk 6.

Ten eerste vindt over het algemeen weinig tot zeer weinig verhaal plaats tussen overheden dat ook <[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)> of de juridische tijdschriften haalt.

Of dit een oorzaak dan wel gevolg is van het feit dat er ten tweede geen algemene regeling van onderlinge overheidsaansprakelijkheid bestaat, is mij niet duidelijk. Noch het BW noch de Awb bevat een dergelijk leerstuk (paragraaf 5.1). Wel is de laatste tijd moeite gedaan om enkele algemene regelingen tot stand te brengen. Zo is er een regeling voor bestuursrechtelijke geldschulden opgenomen in Titel 4.4 Awb en is er een wetsvoorstel aanhangig in het parlement dat procedurele bepalingen bevat in geval van een verzoek tot schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad en nadeelcompensatie. Hoewel deze regelingen in beide gevallen ook toepasselijk zijn op relaties tussen overheden onderling, is het initiatief tot de regelingen niet ingegeven vanuit de behoefte om de onderlinge rechten en plichten van overheden in dit soort situaties te verduidelijken.

Ten derde is uitvoerig stil gestaan bij de resterende mogelijkheden om op grond van het BW schade te verhalen op een andere overheid (paragraaf 5.3). Zoals hiervoor al is opgemerkt, heeft de wetgever geen bijzondere regeling opgenomen in het BW omtrent regres tussen overheden. Daarom moet men terugvallen op de algemene regels die voor een ieder gelden. Er is schaarse jurisprudentie over zaken waarin twee overheden ofwel via artikel 210 Rv (oproeping in vrijwaring) ofwel op grond van 6:162 BW of 6:170 BW tegenover elkaar staan. Omdat deze uitgangspunten met name van belang zullen zijn voor Hoofdstuk 6 wordt hierop hierna uitvoerig teruggeblikt.

In paragraaf 5.3 is in de eerste plaats geconstateerd dat de Hoge Raad bij de vraag naar aansprakelijkheid jegens burgers (externe aansprakelijkheid) waarbij meerdere overheden (kunnen) zijn betrokken een onderscheid maakt tussen gevallen waarin twee overheden hoofdelijk aansprakelijk zijn (bij politie-optreden) en waarin de rechter uitdrukkelijk niet gekozen heeft voor hoofdelijkheid maar de aansprakelijkheid legt bij de in medebewind geroepen overheid (in geval van medebewind). De ratio achter het aannemen van hoofdelijkheid is voor de Hoge Raad dat de onduidelijkheid omtrent de vraag wie verantwoordelijk is voor politie-optreden niet ten nadele van de burger mag uitvallen. Vroeger (toen men de burgemeester nog beschouwde als de vertegenwoordiger van het Rijk ter plaatse) was de Staat aansprakelijk jegens burgers voor in medebewind door een gemeente gemaakte fouten. De veranderde visie op medeoverheden heeft gevolgen gehad voor de aansprakelijkheid. Indien bij de uitvoering van medebewind



fouten worden begaan, is de medeoverheid zelf aansprakelijk. Daarbij speelt misschien een rol dat een medeoverheid bij de uitoefening van medebewindstaken in de regel een eigen mate van beleidsvrijheid heeft.

In de tweede plaats is gekeken naar de onderlinge verhouding tussen de Staat en een medeoverheid: de interne aansprakelijkheid. Bij het beoordelen van de onderlinge draagplicht (interne aansprakelijkheid) komt de Hoge Raad bij hoofdelijkheid (politie-optreden) uit op een 100% draagplicht voor één van beide overheden. In zoverre hanteert de Hoge Raad dus een vaste verdeelsleutel op grond waarvan alle schade voor rekening van één van beide overheden komt. Dit is bewust gedaan: de hanteerbaarheid van de regresregels laat geen andere verdeelsleutel toe volgens de Hoge Raad.

Wel houdt de Hoge Raad hierbij een slag om de arm: er is ruimte voor een andere verdeelsleutel in geval een orgaan van een andere overheid aan de politie-ambtenaren een foute aanwijzing heeft gegeven waardoor de schade is ontstaan. Bij politie-optreden in het kader van de opsporing en vervolging van strafbare feiten zal dit het Rijk zijn (een aanwijzing van de Officier van Justitie) en bij politie-optreden in het kader van de handhaving van de openbare orde de gemeente (een aanwijzing van de burgemeester).

In de derde plaats is de vraag onderzocht die in het kader van Hoofdstuk 6 (de Europese dimensie van verhaal) van belang zal zijn, namelijk of de in medebewind geroepen overheid zich onder omstandigheden kan verhalen op de overheid die in medebewind roept. Dit kan in het algemeen zijn (in het licht van artikel 108, derde lid, Gemeentewet) of specifiek zijn (in geval van een door een minister gegeven aanwijzing). In de literatuur is immers wel aangevoerd dat een stelsel van toezichtsbevoegdheden zodanig kan zijn dat doorbraak van externe aansprakelijkheid op zijn plaats is. Ook hier is echter de vraag of er zelfs dan niet een bepaalde mate van eigen verantwoordelijkheid resteert bij de medeoverheid die deze doorbraak van aansprakelijkheid in de weg kan staan. Omdat de Hoge Raad zich over dergelijke situaties niet heeft uitgesproken, maar de eigen verantwoordelijkheid wel een rol speelt bij beroep op de rechtvaardigingsgronden 'bevoegd gegeven ambtelijk bevel' en 'handelen op grond van wettelijk voorschrift', is ook de jurisprudentie op dit vlak onderzocht.

Uit die jurisprudentie lijkt een soort vergewisplicht te volgen voor degene die zich op deze rechtvaardigingsgrond beroept. Een eigen afwegingskader lijkt ook bij medebewind en zelfs bij gegeven aanwijzingen te bestaan. In de *Chipsol*-zaak in 2011 heeft de Hoge Raad uitgesproken dat een aanwijzing van de minister aan het bestaan van een afwegingsvrijheid of beleidsvrijheid bij de medeoverheid niet in de weg staat. De Hoge Raad onderbouwt deze juridische ruimte met een beroep op de mogelijkheid om rechtsmiddelen in te stellen tegen een dergelijke aanwijzing. Dit betekent uiteraard niet dat deze vaststelling zonder meer kan worden toegepast in het aansprakelijkheidsrecht.

Toch is de vraag relevant of een medeoverheid verplicht kan zijn – bijvoorbeeld in het kader van haar schadebeperkingsplicht – om rechtsmiddelen aan te wenden tegen een aanwijzing. Op die manier kan de overheid

haar aansprakelijkheid jegens een derde die door de aanwijzing wordt benadeeld, beperken. Dit onderzoek heeft geen jurisprudentie opgeleverd waarin een derde een medeoverheid dagvaardt op grond van artikel 6:162 BW vanwege door haar geleden schade en de medeoverheid op haar beurt de Staat in vrijwaring oproept vanwege een gegeven aanwijzing. In ieder geval brengt een onjuiste aanwijzing van de minister in het kader van medebewind blijkbaar niet eenzelfde mate van draagplicht teweeg als in geval van een onjuiste aanwijzing bij politie-optreden. Wellicht is een verklaring hiervoor de ondergeschiktheidsrelatie waarin politie-ambtenaren tot het aanwijzende bestuursorgaan staan. Een medebewindsrelatie kan men nu juist niet karakteriseren als een hiërarchische.

Typend aan een medebewindsrelatie is vaak dat een medeoverheid uitvoering moet geven aan van hogerhand opgestelde regelgeving. Het gevolg daarvan is dat zich in het kader van onrechtmatige daad enkele knelpunten kunnen worden gesignaleerd. Het betreft de criteria causaliteit en relativiteit. In het kader van causaliteit zijn in dit hoofdstuk de problemen onderzocht met betrekking tot indirecte en directe wetgeving. In het laatste geval veroorzaakt de wetgeving zelf de schade. In het eerste geval kan het mede-oorzaak zijn of is alleen het uitvoeringsbesluit de oorzaak van de schade. Daar waar regelgevende en uitvoerende overheden tot verschillende rechtspersonen behoren, wordt dit relevant. Ook de relativiteit veroorzaakt problemen. De norm die jegens de burger is geschonden en de onrechtmatige daad oplevert, zal een andere zijn dan de norm die de relatie beheerst tussen beide overheden. Beide factoren zullen terugkomen in Hoofdstuk 6 en nadere bespreking behoeven in Hoofdstuk 7.

Concluderend kan worden opgemerkt dat hetgeen in deze paragraaf is geconstateerd van groot belang is voor vragen omtrent onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht waarover Hoofdstuk 6 gaat. In dat verband spelen enkele complicerende factoren een rol. In de eerste plaats zijn bij schendingen van EU-recht of EVRM vaak meerdere overheden betrokken (voor EU-recht bijvoorbeeld een implementerende centrale overheid en een uitvoerende medeoverheid en voor EVRM doorgaans een uitvoerende overheid en een rechtsprekende). In de tweede plaats rust op medeoverheden een verplichting op grond van artikel 94 Gw om nationaal recht buiten toepassing te laten of conform te interpreteren indien dat nationale recht in strijd komt met een ieder verbindende bepalingen van het EVRM. Een gelijkaardige verplichting bestaat in het EU-recht: de *Costanzo*-verplichting. Daartegenover staat dat de minister uit hoofde van de Wet NERpe de bevoegdheid heeft om aanwijzingen te geven en desnoods in de plaats te treden. Tijd dus voor een beschouwing over de *Europese* dimensie van verhaal.



6.1 INLEIDING<sup>1</sup>

Uit Hoofdstuk 5 is gebleken dat geen algemene bestuursrechtelijke of civielrechtelijke regeling bestaat van het leerstuk van onderlinge overheidsaansprakelijkheid. In feite wordt enkel gebruik gemaakt van verhaalsacties uit het BW om schade te verhalen die men heeft moeten betalen vanwege de overtreding van een *nationale* norm.

In dit Hoofdstuk staat de Europese dimensie van verhaal centraal. Daarmee wordt bedoeld het verhalen van schade die is veroorzaakt door een schending van een *Europese* norm. Zoals uit Hoofdstukken 2 en 3 van dit onderzoek blijkt, compliceert deze Europeesrechtelijke component de onderlinge verhouding tussen overheden. Dit heeft ook consequenties voor onderling verhaal.

In de eerste plaats kan het *Rijk* schade willen verhalen op een medeoverheid. Het betreft dan schade die het Rijk lijdt doordat hij ofwel op EVRM- of EU-niveau tot het betalen van een vergoeding wordt aangesproken en hij die schuld voldoet aan de EU (in geval van een boete of dwangsom of in geval van een vermindering van reeds uitbetaalde EU-subsidiegelden), dan wel voldoet aan een derde (in geval van een EVRM-schending een financiële compensatie in een minnelijke regeling of eenzijdige verklaring dan wel een veroordeling tot billijke genoegdoening). Het verhaalsrecht van het Rijk is dan geen 'regresrecht' in strikte zin, omdat de medeoverheid geen medeschuldenaar is jegens de EU of jegens de klagende derde. Op grond van het verdragsrecht is alleen het Rijk schuldenaar. De eigen rechtsverhouding tussen Rijk en medeoverheid maakt dat het Rijk recht heeft op verhaal op de medeoverheid. Een verhaalsrecht van het Rijk dat in enkele van deze situaties kan worden gebruikt, is neergelegd in de Wet NERpe, waarover later meer.

In de tweede plaats kan de *medeoverheid* schade willen verhalen op het Rijk ('omgekeerd verhaal'). Het betreft dan schade die de medeoverheid heeft voldaan uit hoofde van de zogenoemde *Francoovich*-aansprakelijkheid. De vaststelling van de aansprakelijkheid en de veroordeling tot schadevergoeding vinden plaats door de nationale rechter. Hoewel dit in de praktijk minder speelt, kan een pendant van de *Francoovich*-aansprakelijkheid ook voor EVRM-schendingen bestaan. Lidstaten hebben immers de plicht om klagers onder omstandigheden recht te geven op een effectief rechtsmiddel dat kan

---

1 Zie voor een eerdere (deel)bewerking van dit hoofdstuk: De Kruif 2011.

bestaan uit schadevergoeding. Voor schendingen van het EVRM is dit leerstuk echter in mindere mate uitgewerkt dan het beginsel van lidstaataansprakelijkheid onder EU-recht. Wel worden overheden op nationaal niveau rechtstreeks door derden aansprakelijk gehouden voor schendingen van het EVRM. Voor zover in deze gevallen sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid tussen Rijk en gemeente zal men 'regres' in strikte zin kunnen nemen. De interne draagplicht van beide partijen zal dan nader moeten worden bepaald. Voor zover geen sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid kan het Rijk uit eigen hoofde jegens de medeoverheid aansprakelijk zijn. De medeoverheid heeft dan vanwege de eigen rechtsverhouding tussen het Rijk en de medeoverheid recht op verhaal. In deze situatie ('omgekeerd verhaal') voorziet de Wet NERpe niet. Overigens bevat de Wet NERpe evenmin een regeling voor het geval het Rijk op grond van *Francovich* aansprakelijk is jegens een benadeelde burger en het Rijk zich op een medeoverheid wil verhalen.

Dit hoofdstuk heeft de volgende opbouw. In paragraaf 6.2 zijn de bijzondere regelingen of praktijken beschreven die bestaan voor verhaal van schade die het Rijk c.q. de medeoverheid lijdt ten gevolge van een schending van een bepaling uit het EVRM of EU-recht. Wanneer deze bijzondere regelingen of verhaalspraktijk niet kunnen worden aangewend, is men aangewezen op de algemene verhaalsmodaliteiten op grond van de Awb of het BW (paragraaf 6.3 en paragraaf 6.4). In dit kader zijn de bevindingen van Hoofdstuk 5 zeer relevant. In paragraaf 6.5 wordt vervolgens ter illustratie ingegaan op verhaalsregelingen die in Spanje, Frankrijk, België en Duitsland bestaan. De keuze voor juist deze landen wordt in paragraaf 6.5 toegelicht. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 6.6).

## 6.2 BIJZONDERE VERHAALSREGELINGEN VOOR SCHENDINGEN VAN EVRM EN EU-RECHT

In het kader van het verhalen van 'EVRM-, of EU-schulden' bestaat een aantal bijzondere regelingen en praktijken. Een groot deel daarvan is van betrekkelijk recente datum.

Voor het EVRM betreft het de vaste verhaalspraktijk bij het ministerie van BuZa (paragraaf 6.2.1). Conform die praktijk wordt naar tevredenheid tussen ministeries afgerekend. Ook wordt gewezen op de wijze waarop schendingen van de redelijke termijn worden toegerekend en financieel afgewikkeld ten overstaan van de bestuursrechter en burgerlijke rechter (paragraaf 6.2.2).

Voor het EU-recht bestaat een verscheidenheid aan bijzondere regelingen. Ten eerste kent de Regeling Medebewind GLB een verhaalsregeling. Die wordt behandeld in paragraaf 6.2.3. Vervolgens komt de bijzondere verhaalsbevoegdheid van de Wet TES aan bod (paragraaf 6.2.4). Ten derde wordt de verhaalsbevoegdheid van diens opvolger (de Wet NERpe) besproken in paragraaf 6.2.5. Naast deze verhaalsbevoegdheid bestaan diverse uitvoeringsconvenanten met daarin afspraken omtrent verhaal. Hoewel in de

convenanten geen zelfstandig verhaalsrecht is neergelegd, heb ik ervoor gekozen om die convenanten wel afzonderlijk (als vierde bijzondere regeling) te bespreken in paragraaf 6.2.6. Vervolgens bevat het wetsvoorstel voor terugvordering van onrechtmatige staatssteun een verhaalsbevoegdheid. Dit is de vijfde regeling die zal worden besproken en wel in paragraaf 6.2.7. Tot slot zal in paragraaf 6.2.8 worden ingegaan op de verhaalsbevoegdheid op grond van de Wet Fido.

Deze paragraaf wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 6.2.9).

#### 6.2.1 De uitvoeringspraktijk van het ministerie van BuZa bij het verhalen van 'EVRM-claims'

De bijzondere uitvoeringspraktijk die bij het ministerie van BuZa bestaat voor het verhalen van bedragen die aan klagers bij het EHRM zijn uitgekeerd, is naar voren gekomen in interviews met betrokken ambtenaren bij het ministerie. Zoals in Hoofdstuk 3 beschreven, worden de uitbetaalde bedragen door het verantwoordelijke ministerie aan het ministerie van BuZa vergoed. Dit gebeurt zowel bij relatief grote als bij kleine bedragen.

Een eerste voorbeeld is de zaak *Ramsahai*. Vanwege optreden van de politie was Nederland veroordeeld op grond van schending van artikel 2 EVRM en veroordeeld tot betaling van een bedrag van EUR 20.000,- (gezaamenlijk) en EUR 7.299,- vanwege kosten. Deze bedragen zijn door BZK aan BuZa vergoed. Een tweede voorbeeld van een relatief hoog bedrag is de zaak *Venema*. Nederland was veroordeeld vanwege schending van artikel 8 EVRM (uithuisplaatsing kind waarbij de Raad voor de Kinderbescherming was betrokken) en tot betaling van EUR 15.000,- vanwege immateriële schadevergoeding en voor een bedrag van EUR 22.475,- aan gemaakte kosten. Het ministerie van VenJ heeft deze bedragen terugbetaald aan BuZa. Ook relatief kleine bedragen worden terugbetaald. Een voorbeeld hiervan is de zaak *Veraart*. Het EHRM constateerde een schending van artikel 10 EVRM en veroordeelde Nederland tot betaling van een bedrag van EUR 2.583,- aan gemaakte kosten. Ook deze kosten zijn door VenJ aan BuZa betaald.

Wanneer meerdere ministeries verantwoordelijk zijn, gebeurt terugbetaling in evenredige delen. Zo is het schikkingsbedrag dat in de zaak *Hutten t. Nederland*<sup>2</sup> is betaald in gelijke delen gedragen door de ministeries van BZK, VROM en VenJ.

Ten opzichte van medeoverheden vindt geen verhaal plaats. Zo is het schikkingsbedrag van meer dan EUR 6.000,- in de zaak *Van Nus t. Nederland* door BuZa betaald en niet verhaald op de betrokken provincie. Tot zover een korte beschrijving van deze informele uitvoeringspraktijk. Uit de interviews met betrokkenen komt naar voren dat deze uitvoeringspraktijk soepel werkt en naar tevredenheid.

---

2 EHRM 26 oktober 2004, *Hutten t. Nederland*.

6.2.2 *Financiële afwikkeling van schendingen van de redelijke termijn door verschillende overheidsorganen bij de bestuursrechter*

In het bestuursrecht kan een schending van de redelijke termijn zijn begaan door een bestuursorgaan en/of de bestuursrechter.<sup>3</sup> Naast vergoeding van materiële schade zoals vergoeding van wettelijke rente is onder omstandigheden vergoeding van immateriële schade geboden. Per fase (bezwaar, beroep en hoger beroep) wordt de overschrijding van de redelijke termijn nader bepaald en door middel van schadevergoeding 'gerepareerd'.<sup>4</sup> Overschrijding van de redelijke termijn door de één wordt dus niet toegerekend aan een ander orgaan van de Staat. Hoewel in deze zaken overheden in de regel niet echt tegenover elkaar komen te staan, signaleer ik de ontstane praktijk omdat het een voorbeeld is van de situatie waarin individuele overheden in beginsel specifiek en concreet financieel opdraaien voor de eigen schending. Bovendien heeft de bestuursrechter deze schadevergoedingspraktijk – waarover voorheen de burgerlijke rechter via een actie uit artikel 6:162 BW oordeelde – op een bijzondere manier aan zich getrokken. Dit is de reden dat ik deze jurisprudentie kwalificeer als een 'bijzondere' verhaalsregeling die wordt behandeld in deze paragraaf.

Recht op vergoeding van immateriële schade (spanning en frustratie) bij schending van de redelijke termijn geldt bij zaken die '*criminal charges*' (bestuurlijke boetes) dan wel '*civil rights and obligations*' betreffen op grond van artikel 6 en artikel 13 EVRM.<sup>5</sup> Schending van de redelijke termijn in zaken met betrekking tot bestuurlijke boetes leidt in de regel tot boetevermindering.<sup>6</sup> In het kader van '*civil rights and obligations*' wordt een basisbedrag van EUR 500,- per overschrijding van 6 maanden toegekend. Deze schadevergoeding wordt als volgt toegekend.

Wanneer het bestuursorgaan in het kader van bijvoorbeeld '*civil rights and obligations*' tijdens de bestuurlijke fase de redelijke termijn heeft geschonden en de burger daarover klaagt in een beroepsprocedure tegen dat besluit, verklaart de bestuursrechter het beroep gegrond, kent hij schadevergoeding toe ex artikel 8:73 Awb en laat hij de rechtsgevolgen van het bestreden besluit in stand.<sup>7</sup> De redelijke termijn voor de bestuurlijke fase wisselt per rechtscollege en per rechtsgebied. Dit geldt ook voor de rechterlijke fase. Zo bedraagt de redelijke termijn van de bestuurlijke procedure voor zaken die

3 Zie hierover uitgebreid met uitvoerige verwijzing naar jurisprudentie: Schreuder-Vlasblom 2011, p. 84.96.

4 EHRM 26 oktober 2000, Kudla, AB 2001, 275 m.nt. L.F.M. Verhey en NJCM-Bulletin 2001, p. 71.

5 Over de band van het rechtszekerheidsbeginsel geldt de vergoeding van immateriële schade ook in het kader van belastinggeschillen, vreemdelingen e.d. Zie hiervoor onder meer: ABRvS 3 december 2008, AB 2009, 70 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en JB 2009, 13 en HR 10 juni 2011, AB 2011, 184 m. nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

6 Zie bijvoorbeeld: ABRvS 19 november 2003, AB 2004, 27 m.nt. A.M.L. Jansen.

7 ABRvS 13 juni 2007, AB 2007, 261 m.nt. A.M.L. Jansen. Zie ook: CRvB 15 december 2010, JB 2011, 70.

zijn onderworpen aan de CRvB 6 maanden,<sup>8</sup> voor zaken waarin de ABRvS is bevoegd 1 jaar<sup>9</sup> en voor het zaken waarover het CBB oordeelt 1 jaar voor de besluitvormingsfase en 1 jaar voor de bezwaarfase.<sup>10</sup> Omstandigheden zoals ingewikkeldheid van de zaak, het procesgedrag van partijen (belanghebbenden), de aard van de maatregel en het getroffen belang zijn hierbij van belang.<sup>11</sup> De bestuurlijke fase begint met de indiening van een aanvraag of een bezwaarschrift.<sup>12</sup> Na beroep kan een nieuwe bestuurlijke fase ingaan, wanneer het besluit is vernietigd door de bestuursrechter en is terugverwezen. De duur van deze nieuwe bestuurlijke fase wordt in de regel opgeteld bij die van de eerste ('pingpong'-jurisprudentie). Het kan zeer wel voorkomen dat na deze nieuwe bestuurlijke fase opnieuw een rechterlijke fase tegen het besluit wordt gestart. Wanneer dit gebeurt en dit leidt tot een overschrijding van de redelijke termijn voor wat betreft de totale duur van de procedure, is de vraag aan wie de overschrijding moet worden toegerekend: aan de Staat (voor de rechterlijke fase) of aan het bestuursorgaan (voor wat betreft de bestuurlijke fase). In de jurisprudentie is aangenomen dat de schending van de redelijke termijn dan volledig moet worden toegerekend aan het bestuursorgaan. Dit is anders wanneer de rechterlijke fase zelf dermate lang duurt dat de redelijke termijn is overschreden. In dat geval komt de overschrijding voor wat betreft de rechterlijke fase voor rekening van de Staat en wordt die in mindering gebracht op de bestuurlijke fase.<sup>13</sup> In een uitspraak van 21 april 2010 van de CRvB<sup>14</sup> bedroeg de totale duur van de procedure 8 jaar en 11 maanden terwijl een duur van 4,5 jaar redelijk was. Het bestreden besluit was driemaal voorwerp geweest van terugverwijzing door de bestuursrechter. Daarbij had de bestuursrechter tweemaal de termijn overschreden en eenmaal had hij ruim binnen de termijn beslist. Volgens de Staat was de redelijke termijn niet geschonden door de bestuursrechter. De overschrijdingen door de rechter werden volgens de Staat gecompenseerd door de keer dat de rechter de zaak zeer voortvarend had behandeld en ruim binnen de termijn had beslist. Dit zou tot gevolg hebben dat overschrijding van de totale duur volledig moet worden toegerekend aan het bestuursorgaan. De CRvB gaat hier niet in mee. Compensatie is in deze situatie niet toegestaan maar kan alleen worden aanvaard binnen één

8 CRvB 26 januari 2009, *JB* 2009, 66 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

9 ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009, 42 m.nt. C.L.G.F.H. Albers en *USZ* 2009, 75 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.

10 CBB 3 maart 2009, *LJN* BH 6281. Zie ook Tekst & Commentaar Awb voor specifiekere informatie over de termijnen.

11 Zie onder meer: EHRM 29 maart 2006, *Scordino t. Italië*, *AB* 2006, 294 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *EHRC* 2006, 61 m.nt. J. van der Velde.

12 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 84.

13 Zie ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009, 42 m.nt. C.L.G.F.H. Albers en *USZ* 2009, 75 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en CRvB 25 maart 2009, *LJN* BH 9991, *NJB* 2009, 775, p. 1046.

14 CRvB 21 april 2010, *JB* 2010, 164. Zie noot T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik bij CRvB 28 april 2010, *JB* 2010, 168.



(volledige) fase, te weten: de procedure vanaf bezwaar tot aan terugverwijzing door de bestuursrechter. In dat geval kan bijvoorbeeld een te trage behandeling in de beroepsfase worden gecompenseerd met een voortvarende rechterlijke behandeling tijdens hoger beroep.<sup>15</sup> Met de terugverwijzing naar het bestuur start echter een tweede fase. Compensatie tussen de eerste en tweede fase is dus niet toegestaan. Overigens is compensatie ook mogelijk tussen de bezwaarfase en de beroepsfase. Een overschrijding van de redelijke termijn in de bezwaarfase kan dus worden gecompenseerd met een snelle afhandeling in beroep.<sup>16</sup>

Wanneer de schending van de redelijke termijn plaatsvindt tijdens de beroepsprocedure (rechterlijke schending), was het tot slot tot medio 2008 niet mogelijk om daarvoor in de hoger beroepsprocedure vergoeding van de immateriële schade te verkrijgen omdat de schender (de Minister van VenJ als vertegenwoordiger van de rechtbanken c.q. de Minister van BZK als vertegenwoordiger van de ABRvS<sup>17</sup>) geen partij was in het geschil. Schadevergoeding diende men dus via de burgerlijke rechter te verkrijgen en dat was geen gelopen race.<sup>18</sup> Bij uitspraak van 4 juni 2008 (en de Centrale Raad bij uitspraak van 11 juli 2008)<sup>19</sup> heeft de ABRvS (vanwege het onbreken van een wettelijke regeling) de mogelijkheid geopend om de schending te beoordelen en schadevergoeding te verkrijgen bij de bestuursrechter. De ABRvS bevestigt daartoe de bestreden uitspraak<sup>20</sup> en heropent vervolgens via verdragsconforme toepassing van artikel 8:73 Awb<sup>21</sup> de ABRvS het onderzoek (een schadestaatprocedure (artikel 8:73 lid 2 Awb)) waarbij zowel de vraag of sprake is van een termijnoverschrijding als de vraag naar de hoogte van de schade aan bod kan komen. Daartoe wordt de Staat (in de persoon van de minister) als partij in het geding geroepen (via artikel 8:26 Awb). Na de uit-

15 Barkhuysen & Van Ettehoven, p. 133 wijzen onder andere op HR 2 april 2005, *AB* 2006, 11 (m.nt. A.M.L. Jansen) en ABRvS 4 maart 2009, *LJN* BH 4667 en CRvB 26 januari 2009, *JB* 2009, 66 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik,

16 Althans: ABRvS 24 december 2008, *LJN* BG 8294 en ABRvS 4 maart 2009, *LJN* BH 4667. Zie voor een kritische beschouwing op de grenzen aan compensatie: Schreuder-Vlasblom 2011, p. 89.

17 De Raad van State is een hoog college van Staat. Zie artikel 21, vijfde lid, Comptabiliteitswet.

18 Barkhuysen & Van Emmerik 2008, p. 1580.

19 ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008, 229 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2008, 146, m.nt. A.M.L. Jansen en *USZ* 2008, 211, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008, 241 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2008, 172 m. nt. A.M.L. Jansen, *USZ* 2008, 238 m. nt. Barkhuysen & M.L. van Emmerik en CRvB 3 januari 2008, *LJN* BC1705, *AB* 2008, 211 m. nt. A.M.L. Jansen. Zie hierover ook uitgebreid Barkhuysen & Van Emmerik 2008.

20 Er is dus eigenlijk geen sprake van een gegrond hoger beroep terwijl 8:73 Awb dat wel vereist. Zie ook Widdershoven in zijn noot bij deze uitspraak. Zie Schreuder-Vlasblom 2011, p. 93.

21 Dit is enigszins gewrongen: een verzoek ex artikel 8:73 Awb kan immers alleen worden gehonoreerd bij gegrondverklaring van het (hoger) beroep. Barkhuysen & Van Emmerik 2008, p. 1581-1582.

spraak is een regeling bekend gemaakt<sup>22</sup> door de Staatssecretaris van Justitie waarmee de Raad voor de Rechtspraak is gemachtigd om namens de Minister van VenJ in deze zaken te beslissen, op te treden en verweer te voeren tegen dergelijke schadeverzoeken. Inmiddels is deze mandatering uitgebreid tot alle zaken waarin de Staat aansprakelijk is voor onrechtmatige rechtspraak.<sup>23</sup> Voor schendingen door de rechtbank heeft men nu dus – althans met *Groningen/Raatgever* in gedachten – vóór de uitspraak van de bestuursrechter nog de keuze tussen de burgerlijke of de bestuursrechter.

Hierin komt wellicht verandering. Sinds medio 2010 circuleert een wetsvoorstel voor een wettelijke regeling met betrekking tot de vergoeding van immateriële schade vanwege overschrijding van de redelijke termijn in bestuursrechtelijke zaken (artikel 8:69a t/m 8:69g (nieuw) Awb).<sup>24</sup> Voorzien zou worden in een verzoekschriftprocedure bij de exclusief bevoegde bestuursrechter. Materiële schade zal moeten worden vergoed via de burgerlijke rechter. Net als in de hiervoor genoemde regeling van de Minister van VenJ is de minister het orgaan dat verweer voert en tot schadevergoeding kan worden veroordeeld. De minister kan overigens eveneens besluiten geen verweer te voeren. Met een beroep op de machtenscheiding acht de Raad dit niet wenselijk:

‘Het oordeel van de minister over het optreden van een rechter kan op gespannen voet komen te staan met het uitgangspunt dat de rechter zijn werk in onafhankelijkheid moet kunnen doen.’

Uit het advies dat de Raad voor de Rechtspraak op verzoek van de Minister van VenJ heeft gegeven,<sup>25</sup> blijkt wel dat de Raad ‘in de meeste gevallen de zaken zal afhandelen’. Echter, dit zal zijn ‘namens’ de minister. In zijn advies geeft de Raad daarom aan dat hij er de voorkeur aan geeft om de verzoeken om schadevergoeding af te handelen en te beschouwen als ‘een eigen bedrijfsvoeringsaangelegenheid’. Hieruit lijkt te worden afgeleid dat de vergoeding die de Minister van VenJ ten laste van de Staat aan derden moet uitkeren, in feite voor rekening komt van de Raad. Of de specifieke ‘schen-

22 *Stcrt.* 2009, 81.

23 Regeling van de Minister van Veiligheid en Justitie van 26 januari 2012, nr. 5723477/12, houdende verlening van mandaat, volmacht en machtiging aan de Raad voor de rechtspraak inzake verzoeken tot schadevergoeding verband houdend met de rechtspraak waarvoor de Staat aansprakelijk kan worden gehouden (*Stcrt.* 2012, 1933) waarbij is ingetrokken de regeling van de Staatssecretaris van Justitie van 29 april 2009 nr. 5599506/09, houdende verlening van mandaat en machtiging aan de Raad voor de rechtspraak inzake verzoeken tot schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke termijn (*Stcrt.* 2009, 81).

24 Zie onder meer: <<http://www.rijksoverheid.nl/nieuws/2010/04/13/schade-door-te-lange-rechtsgang-woordt-vergoed.html>>.

25 De Raad voor de Rechtspraak heeft op verzoek van de Minister van VenJ advies uitgebracht over het wetsvoorstel. Zie daarvoor: <<http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Wetgevingsadvisering/Documents/Advies-wetsvoorstel-schadevergoeding-bij-overschrijding-redelijke-termijn-13-08-2010.pdf>>.

dende' rechtbanken in hun bekostiging vervolgens ook afgerekend worden, is mij niet duidelijk. Ook uit de Raad zijn twijfels gerezen bij de ruimte die het wetsvoorstel biedt voor samenloop met de Wet dwangsom en beroep bij niet tijdig beslissen. Concluderend moet worden opgemerkt dat het vooralsnog onduidelijk is wanneer dit voorstel of een gewijzigde versie daarvan bij het parlement zal worden ingediend. De verdere ontwikkelingen zullen dus moeten worden afgewacht.

### 6.2.3 *Verhaalsmogelijkheid in de Regeling Medebewind Gemeenschappelijk Landbouwbeleid*

Ter uitvoering van het Gemeenschappelijk Landbouwbeleid (GLB) in Nederland kan het Rijk op grond van artikel 23 Landbouwwet de productschappen in medebewind roepen. Bij Regeling Medebewind Gemeenschappelijk Landbouwbeleid<sup>26</sup> is dit gebeurd.<sup>27</sup> De Regeling bevat zowel een bijzondere verhaalsbevoegdheid voor het Rijk als een recht van productschappen om aan derden uitgekeerde schadevergoeding als medebewindskosten op te voeren.

Ter dekking van de kosten van hun medebewindswerkzaamheden (medebewindskosten) ontvangen productschappen een financiële bijdrage van het Rijk. Aan derden uitgekeerde schadeloosstellingen vallen hier ook onder. Dit blijkt uit artikel 10 van de Regeling:

'Als kosten [i.e. medebewindskosten, toev. CdK] worden mede aangemerkt schadeloosstellingen die aan derden zijn betaald wegens door het productschap bij de uitvoering van de werkzaamheden toegebrachte schade, tenzij ter zake aan het productschap ernstige nalatigheid in de uitoefening van zijn taak is te verwijten.'

Aan derden uitgekeerde schadevergoedingen worden kortom als medebewindskosten aangemerkt en door het Rijk vergoed.

Een bijzondere verhaalsregeling voor het Rijk is vervat in artikel 19 van de Regeling. Het betreft een vorm van verrekening met de financiële bijdrage die productschappen van het Rijk ontvangen ten behoeve van het uitoefenen van hun medebewindstaken. Artikel 19 van de Regeling luidt aldus:

---

26 Regeling van de Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit van 28 september 2006, nr. TRCJZ/2006/1769, houdende vaststelling van de Regeling medebewind Gemeenschappelijk Landbouwbeleid. De Regeling vervangt de Overdrachtsregeling bevoegdheden Landbouwwet 1966 Algemeen en de Medebewindskostenbeschikking 1980.

27 Genoemd worden in artikel 1 lid 1 onder b van de Regeling: het Hoofdproductschap Akkerbouw, Productschap Tuinbouw, Productschap Pluimvee en Eieren, Productschap Vee en Vlees, Productschap Vis en Productschap Zuivel (al naar het geval, afzonderlijk of gezamenlijk). Zo heeft het Productschap Vis op deze grondslag twee verordeningen vastgesteld: Verordening handelsnormen visserijproducten 2006 en Verordening handelsnormen garnalen 2006.

- ‘Op het totaal van de financiële bijdrage worden in mindering gebracht de in het betrokken dienstjaar of de vijf daaraan voorafgaande dienstjaren ten onrechte:
- betaalde of betaalbaar gestelde uitvoerrestituties, productierestituties of andere toeslagen en
  - niet opgelegde of niet ingevorderde heffingen en niet verbeurdverklarde waarborgsommen
  - betaalde achterstandsrente ontstaan door niet tijdige afdracht van eigen middelen; een en ander indien en voorzover terzake aan het productschap ernstige nalatigheid in de uitoefening van zijn taak te verwijten is en de gelden die deswege verloren zijn gegaan of niet zijn ontvangen nog niet aan de minister zijn vergoed.’

Op basis van het voorgaande kan het volgende worden geconcludeerd. Ten eerste financiert het Rijk ten onrechte uitgekeerde restituties of andere toeslagen tenzij blijkt dat het productschap bij de verstrekking van de restituties of toeslagen ernstig nalatig is geweest en de gelden nog niet zijn vergoed aan de minister. In dat geval moet het productschap dus zelf op de blaren zitten of gaan terugvorderen bij de eindbegunstigde. Ten tweede vergoedt het Rijk de door het productschap uitgekeerde schadeloosstellingen tenzij de schade die is ontstaan, te wijten is aan ernstige nalatigheid van het productschap. Dit kan wellicht een vingerwijzing zijn voor de vraag of aan derden uitgekeerde schadeloosstellingen ‘medebewindskosten’ zijn in de zin van het in Hoofdstuk 5 genoemde artikel 108, derde lid, Gemeentewet.

De betekenis van het begrip ‘ernstige nalatigheid’ is daarmee bijzonder relevant. Hierover is nauwelijks gepubliceerde jurisprudentie.<sup>28</sup> Er is één uitspraak van de ABRvS die hierover gaat.<sup>29</sup> Daaruit blijkt dat het bestaan van ‘ernstige nalatigheid’ vrij snel wordt aangenomen.<sup>30</sup> De zaak ging om het volgende. Het Hoofdproductschap Akkerbouw maakt bij de berekening van restituties in strijd met EU-recht gebruik van een bepaalde berekeningwijze waardoor te veel aan restituties wordt uitgekeerd. Deze al uitgekeerde gelden krijgt Nederland niet vergoed van de Commissie. De minister maakt daarom gebruik van zijn bevoegdheid op grond van de voorloper van de Regeling Medebewind om het Hoofdproductschap voor (de helft van) die niet-vergoede kosten aansprakelijk te houden. Het Hoofdproductschap komt hiertegen in beroep. Volgens het Hoofdproductschap is inderdaad wel sprake van een fout maar niet van een ‘ernstige nalatigheid’. Bovendien hebben de medewerkers van de accountantsdienst van het ministerie de fout ook over het hoofd gezien. Om die reden is volgens het Hoofdproductschap

---

28 Over de Regeling op zichzelf is al zeer weinig gepubliceerde jurisprudentie. Zie Vz. CBB 22 juni 2010, *LJN* BN 0348.

29 Althans die uitspraak wordt doorgaans in de literatuur genoemd, bijvoorbeeld: Van de Gronden, p. 418. De uitspraak gaat over de voorganger van de Regeling Medebewind, namelijk de Beschikking inzake vergoeding voor de kosten van medebewind van de productschappen van 30 oktober 1980 (‘Medebewindskostenbeschikking 1980’). Via <[www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl)> en <[www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)> is er geen jurisprudentie beschikbaar.

30 ABRvS 23 januari 1995, Hoofdproductschap voor Akkerbouwproducten tegen de Minister van Landbouw, Natuurbeheer en Visserij (R01.92.2229). Niet gepubliceerd, een kopie kan worden opgevraagd via <[www.raadvanstate.nl](http://www.raadvanstate.nl)>.

sprake van een gedeelde fout maar geen ‘aanmerkelijke schuld of opzet’.<sup>31</sup> Nu de regeling medebewindskosten alleen in het laatste geval de aansprakelijkheid bij het Hoofdproductschap legt, is het verhaalsbesluit van de minister volgens het Hoofdproductschap niet op zijn plaats. De ABRvS gaat hier niet in mee.

Tot zover de korte toelichting op de mogelijkheden voor onderling verhaal voor ‘EU-claims’ op grond van de Regeling. Landbouw gelden lijken ook op een andere manier te kunnen verhaald. Het verhaalsrecht van de Wet NErpe strekt zich ook hierover uit. Het eenvoudigweg niet uitbetalen van de ten onrechte door een productschap uitgekeerde restituties of toeslagen, lijkt mij overigens een veel praktischer instrument om dergelijke posten te verhalen. In de Regeling is in ieder geval geen aandacht besteed aan het verhaalsrecht van de voorganger van de Wet NErpe, de Wet TES en de verhouding tussen beide regelgevingskaders. Een ander aandachtspunt hierbij is dat verhaal op grond van de Wet NErpe al mogelijk is indien het bestuursorgaan ‘in verzuim’ is terwijl de eis in de Regeling – althans naar de letter – strikter is. Ook hieraan is in de Regeling geen aandacht besteed. In de volgende paragraaf wordt zowel de Wet TES als de Wet NErpe besproken. Voor een goed begrip van het verhaalsrecht dat is neergelegd in de Wet NErpe is een nadere uiteenzetting van het verhaalsrecht in de Wet TES noodzakelijk. In paragraaf 6.2.4 wordt de Wet TES besproken. De Wet NErpe komt aan bod in paragraaf 6.2.5.

#### 6.2.4 De verhaalsbevoegdheid op grond van de Wet TES<sup>32</sup>

Een tweede bijzondere verhaalsregeling is enige jaren geleden neergelegd in de Wet Toezicht Europese subsidies (Wet TES). De ESF-affaires uit de jaren negentig en de maatschappelijke en politieke beroering die daardoor was ontstaan, maakten het zonder meer politiek noodzakelijk om over te gaan tot het ontwikkelen van een totaalpakket aan maatregelen om de naleving van EU-subsidieverplichtingen door medeoverheden en zelfstandige bestuursorganen te waarborgen. Deze context blijkt uit de openingspassage van de MvT bij de Wet TES:<sup>33</sup>

‘Tegelijkertijd met dit wetsvoorstel [voor de Wet TES, opm. CdK] heeft de regering bij de Tweede Kamer een wetsvoorstel ingediend tot achtste wijziging van de Comptabiliteitswet, waarmee uitbreiding van de onderzoeksbevoegdheden van de Algemene Rekenkamer wordt beoogd ten aanzien van de besteding van subsidies die ten laste komen van de begroting van de Europese Unie.

De Algemene Rekenkamer moet daarmee de mogelijkheid krijgen om zo nodig tot op het niveau van de uiteindelijke ontvanger zelfstandig de rechtmatigheid en doelmatigheid van de aanwending van EG-subsidies vast te stellen.’

31 p. 5 van de uitspraak.

32 *Stb.* 2002, 40. Geëvalueerd bij *Kamerstukken II* 2004/05, 29 832. Zie over de Wet TES o.m. Den Ouden 2003, De Kruif & Den Ouden en Van der Sluis.

33 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 572 nr. 3, p. 1.

Naast deze controlebevoegdheden van de Algemene Rekenkamer had de minister ook behoefte aan concrete eigen bevoegdheden om het risico op financiële nadelige gevolgen voor het Rijk vanwege de niet-naleving van EU-recht door medeoverheden en zelfstandige bestuursorganen te minimaliseren. In deze nood voorzag de Wet TES. Eén van deze bevoegdheden – het sluitstuk daarop – was het verhaalsrecht. In deze paragraaf wordt nader ingegaan op het verhaalsrecht. Bevoegdheden zoals de aanwijzingsbevoegdheid die de Wet TES ook introduceerde, zijn in Hoofdstuk 4 al besproken.

Het verhaalsrecht uit de Wet TES gold voor zogenoemde ‘Europese subsidies’. Volgens de MvT (p. 11) vallen hier in ieder geval drie geldstromen onder: de landbouwsubsidies, de structuurfondsen en de ‘bijstandsverlening op het gebied van transeuropese netwerken’.<sup>34</sup> Ook subsidies die rechtstreeks door de Commissie aan de eindontvanger worden uitgekeerd, konden onder de Wet TES vallen.<sup>35</sup>

De Wet TES introduceerde in het kader van deze Europese subsidies en bovenop de terugvorderingsbevoegdheid uit de Awb-subsidietitel<sup>36</sup> in artikel 4 van de wet een *publiekrechtelijk* verhaalsrecht van de Staat (minister) op ‘betrokken bestuursorganen’. Onder ‘betrokken bestuursorganen’ vielen niet alleen medeoverheden maar<sup>37</sup>

‘elk niet tot de Staat behorend bestuursorgaan dat een EG-subsidie ontvangt dan wel belast is met aan de lidstaat bij of krachtens de oprichtingsverdragen van de Europese Gemeenschappen opgelegde verplichtingen aangaande beheer, controle of toezicht ten aanzien van EG-subsidies.’

Dat wil dus zeggen: organen van provincies, gemeenten, productschappen, waterschappen, gemeenschappelijke regelingen alsmede zbo’s met eigen rechtspersoonlijkheid.<sup>38</sup> Zbo’s die onderdeel uitmaakten van de Staat dus niet. Hierin ligt wellicht een aanwijzing dat de wetgever ‘verhaal’ op tot haar

---

34 Zie Den Ouden 2003, p. 34-36 waaruit blijkt dat het EG-subsidiebegrip niet overeenkomt met het Awb-subsidiebegrip. Waarschijnlijk is sprake van een misverstand. Zie ook Den Ouden 2011.

35 Zie hierover o.m. Hessel 2004.

36 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 572 nr. 3, p. 4-5.

37 Artikel 1 onder c Wet TES.

38 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 16. De Arbeidsvoorzieningsorganisatie die ex artikel 2 Arbeidsvoorzieningswet een openbaar lichaam met eigen rechtspersoonlijkheid was, was gedurende de eerste ESF-affaire (1994-1996) belast met het toezicht op de ESF-subsidies die aan andere decentrale overheden werden verstrekt. Ook deze rechtspersoon valt onder de Wet TES. De terugvordering over genoemde periode bedroeg meer dan EUR 157 000 000. Indien het verhaalsrecht van de Wet TES indertijd al had bestaan, is de vraag hoe de Arbeidsvoorzieningsorganisatie een dergelijk bedrag had opgehoest.

eigen rechtspersonen behorende 'organen' niet wenselijk acht.<sup>39</sup> Daarbij is blijkens het voorgaande niet relevant of het betrokken bestuursorgaan zelf eindbegunstigde was van de subsidie dan wel dat het betrokken bestuursorgaan de gelden als subsidie verstrekke aan een ander bestuursorgaan of ontvanger dan wel dat het betrokken bestuursorgaan alleen het beheer, de controle of het toezicht over de verstrekte subsidie voerde. In deze drie situaties gold een bestuursorgaan als 'betrokken' en kon de minister die het aanging tot terugvordering overgaan.

De wetgever trachtte op deze manier de verschillende financiële risico's die waren gemoeid met de uitvoering van Europese subsidieregelingen beheersbaar te houden. De Wet TES onderscheidde in dat kader drie financiële risico's. Ten eerste de boetes en/of dwangsommen die het HvJEU aan Nederland kan opleggen vanwege schendingen van het EU-subsidierecht (artikel 260 VwEU). Daarnaast benoemde de Wet TES twee andere financiële risico's waarvoor het verhaalsrecht kon worden gebruikt:<sup>40</sup>

- a. het terugvorderen van bedragen van Nederland, omdat een gesubsidieerde de gestelde voorwaarden niet heeft nageleefd;
- b. de weigering voorschotten met Nederland te verrekenen, omdat een gesubsidieerde bedragen heeft uitgekeerd die hij/zij op de grond van de geldende communautaire regelgeving niet had mogen uitkeren;

Met het verhaalsrecht van de Wet TES kon de minister deze bedragen derhalve verhalen op bestuursorganen. Aldus is een discretionaire bevoegdheid gecreëerd voor de minister. Behalve de aanduiding dat verhaald kan worden 'voorzover de aansprakelijkheid van de Staat het gevolg is van het verzuim van dit bestuursorgaan' bevat artikel 4 van de Wet NERpe geen nadere voorwaarden. Ook het begrip 'verzuim' is in de Wet NERpe niet nader gedefinieerd. Desondanks en ondanks de politieke noodzaak voor de introductie van het verhaalsrecht is van dit instrument geen gebruik gemaakt. Voor het verhalen van door het HvJEU opgelegde boetes en dwangsommen was dit ook niet nodig. Zoals in Hoofdstuk 3 is aangetoond, is Nederland tot op heden nog niet veroordeeld tot dergelijke sancties. Evenmin is dit gebeurd voor het terugvorderen van met EU-subsidies gemoeide bedragen. Wel is gebruik gemaakt – althans voor de terugvordering van ESF-subsidiegelden – van de Awb-subsidietitel. Door de Europeanisering van de daarin neergelegde terugvorderingsbevoegdheid zoals beschreven in Hoofdstuk 3, is dit ook succesvol gebeurd. ELGF-, ELFPO- en EFRO-gelden konden niet met behulp van de Awb-subsidietitel teruggevorderd worden. Ook andere publiekrechtelijke bevoegdheden stonden het Rijk niet ter beschikking. In de

---

39 Voor de goede orde zij aangetekend dat men zich niet verhaalt op het bestuursorgaan maar de rechtspersoon waartoe het orgaan behoort. In zoverre is 'verhaal' in civielrechtelijke zin binnen een rechtspersoon ook niet mogelijk. Overigens is subsidieverlening binnen een rechtspersoon evenmin mogelijk. Vgl. Hennekens 1998.

40 *Kamerstukken II 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 7.*

MvT bij de Wet TES stelt de regering dat een actie uit onrechtmatige daad voor de Staat in theorie ook een mogelijkheid is om schade te verhalen op bestuursorganen.<sup>41</sup> Maar volgens de regering is deze procedure omslachtig en is het onzeker of een verzuim van een bestuursorgaan in het kader van zijn EU-verplichtingen op zichzelf kan worden aangemerkt als onrechtmatig handelen *jegens* de Staat. Met andere woorden: er zou zich een probleem voordoen met betrekking tot het relativiteitsvereiste. Zoals in Hoofdstuk 5 al is gesignaleerd, veroorzaakt het relativiteitsvereiste inderdaad problemen. Daarop kom ik terug in paragraaf 6.4 en in Hoofdstuk 7. Bij gebrek aan praktijkvoorbeelden worden hierna kort enkele onduidelijkheden besproken die de ruime verhaalsbevoegdheid van artikel 4 van de Wet TES tot gevolg heeft. Dit is in het bijzonder relevant omdat de verhaalsbevoegdheid van de Wet NERpe in grote mate gelijk is aan die van de Wet TES en deze onduidelijkheden evenmin tijdens de parlementaire behandeling van de Wet NERpe zijn opgehelderd.

Zoals uit de tekst van artikel 4 van de Wet TES blijkt, is de verhaalsbevoegdheid ten eerste beperkt tot de gevallen waarin de aansprakelijkheid van de Staat het gevolg is van een 'verzuim' van het betrokken bestuursorgaan.<sup>42</sup> In de MvT bij de Wet TES is overwogen dat dan 'onomstotelijk' dient vast te staan 'dat de Staat gehouden is tot betaling'. Daarvan is sprake indien het HvJEU uitspraak heeft gedaan dan wel indien een besluit van de Commissie tot terugvordering of verrekening van voorschotten onherroepelijk is geworden.<sup>43</sup> Hierop is op verschillende gronden kritiek mogelijk. Ten eerste regardeert het HvJEU het in de regel niet welk bestuursorgaan het verzuim veroorzaakt. Het HvJEU gaat in dit kader, zo is uit Hoofdstuk 2 en 3 gebleken, uit van de ondeelbaarheid van de Staat. Dit betekent dat zo het verzuim in rechte vast komt te staan ten overstaan van het HvJEU, dit nog niet betekent dat duidelijk is wie verantwoordelijk is voor het verzuim. Dit zal daarom naar nationaal recht moeten worden bepaald. In verband met de complexe bevoegdheidsverdeling die gepaard gaat met de uitvoering van EU-subsidies is dit geen eenvoudige zaak. Ook aan het onherroepelijk worden van een Commissiebeschikking kleven de nodige haken en ogen. Deze knelpunten hebben te maken met de positie van medeoverheden op EU-niveau en gelden eveneens voor een tweede beperking van de verhaalsbevoegdheid. Om die reden worden ze in dat kader besproken.

Deze tweede beperking is dat alleen verhaald mag worden 'voorzover de aansprakelijkheid van de Staat het gevolg is van het verzuim' van het bestuursorgaan. Deze zinsnede beoogt te voorkomen dat bedragen met een geëxtrapoleerd karakter op een bestuursorgaan worden verhaald.<sup>44</sup>

---

41 *Kamerstukken II 2000/01 27 572, nr. 3.*

42 Indien meerdere bestuursorganen in verzuim zijn, zal de Staat de schade verhalen 'naar rato van het verzuim van de betrokken bestuursorganen.' (MvT, p. 19) m.a.w. er is geen sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid.

43 *Kamerstukken II 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 20.*

44 *Kamerstukken II 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 7.*



'Dit doet zich voor bij bijvoorbeeld de toepassing door de Europese Commissie van financiële correcties op het terrein van de structuurfondsen. De desbetreffende regels bepalen namelijk dat de Commissie, wanneer een geconstateerd verzuim in de naleving van beheercontroleprocedures een systematisch karakter vertoont, de aan de lidstaat op te leggen korting groter kan zijn dan het bedrag dat rechtstreeks met de ontdekte individuele onregelmatigheid is gemoeid. De Commissie legt de lidstaat dan een forfaitaire korting op omdat aannemelijk is dat zich op grotere schaal onregelmatigheden zullen hebben voorgedaan (stelselmatige tekortkoming). [voetnoot weggelaten, CdK] Een regresactie zoals in dit wetsvoorstel bedoeld zal niet verder kunnen gaan dan de schade die in redelijkheid toegerekend kan worden aan nalatig handelen van het betrokken bestuursorgaan. (...).'

Zoals uit Hoofdstuk 3 is gebleken, kunnen bestuursorganen van medeoverheden geen beroep instellen tegen de terugvorderingsbeschikkingen of opgelegde kortingen van de Commissie. Evenmin zijn bestuursorganen van medeoverheden partij bij schikkingsonderhandelingen of kunnen zij zelfstandig verweer voeren in inbreukprocedures. Bij al deze handelingen is het de lidstaat die participeert. De Wet TES bood op dit cruciale punt geen waarborgen voor de medeoverheden. Daarom verbaast het ook dat van de zijde van IPO, VNG en de Unie van Waterschappen geen principiële bezwaren bestonden tegen deze introductie van het verhaalsrecht.<sup>45</sup> Van den Tweel vestigt de aandacht op een mogelijk verschil van mening tussen het Rijk en een medeoverheid wanneer het aankomt op het instellen van beroep tegen een beschikking van de Commissie:<sup>46</sup>

'Een andere 'keerzijde' van het wetsvoorstel [de Wet TES, toevoeging CdK] voor de rijksoverheid is dat zij in haar contacten met de Commissie meer dan voorheen de belangen van de decentrale overheden in het oog moet houden. Ik denk dan met name aan de beslissingen of tegen een beschikking van de Commissie beroep bij het Hof van Justitie moet worden ingesteld. De rijksoverheid kan deze beslissing niet meer – eenzijdig – buiten de betrokken overheid om – nemen. Dit beperkt de bewegingsruimte om van het instellen van beroep af te zien. De decentrale overheid zal weinig tot geen begrip kunnen opbrengen voor de afweging van andere dan financiële en juridische belangen bij de vraag of een beroep wel opportuun is. Zo zal de decentrale overheid in de regel weinig boodschap hebben aan mogelijk nadelige invloed van een beroep op andere gevoelige dossiers die bij de Commissie liggen.'

In de praktijk blijkt dat op dergelijke wijze wel met de Commissie gesproken wordt. In dat kader kunnen de belangen van de Nederlandse Staat en die van de betrokken medeoverheid sterk uiteenlopen. Bij gebruikmaking van het verhaalsrecht uit de Wet TES zou voor de bestuursrechter zeker de vraag aan de orde hebben kunnen komen waarom geen beroep is ingesteld en in welke mate een dergelijk beroep succesvol zou zijn geweest:<sup>47</sup>

45 Alleen de SER maakte hierbij een kanttekening m.n. indien verschil van mening bestaat over het al dan niet instellen van beroep tussen de medeoverheid en de centrale overheid: *Kamerstukken II 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 14.*

46 Van den Tweel 2001, p. 186.

47 Van den Tweel 2001, p. 186-187.

'Indien de rijksoverheid de decentrale overheid niet betreft bij de beslissing om al dan niet beroep in te stellen dan wel indien zij (zonder meer) voorbijgaat aan de opvatting van de decentrale overheid, loopt de rijksoverheid het risico dat achteraf de decentrale overheid zich in een beroep tegen het verhaalsbesluit bij de bestuursrechter verweert met de stelling dat wanneer wel (tijdig) beroep zou zijn ingesteld, de beschikking van de Commissie zou zijn vernietigd en geen of lagere bedragen hoefden te worden terugbetaald. De minister van Financien lijkt deze problematiek te miskennen wanneer hij opmerkt dat verhaal alleen aan de orde komt als onomstotelijk vaststaat dat de Staat is gehouden tot betaling, bijvoorbeeld wanneer de beschikking van de Commissie waartegen geen beroep is ingesteld, onherroepelijk is geworden. De opmerking van de minister dat 'Indien sprake is van verzuim van een bestuursorgaan [...] tegen een beschikking van de Commissie niet snel beroep (zal) worden ingesteld. [...] Indien duidelijk is dat geen sprake is van verzuim van een bestuursorgaan zal wel beroep worden ingesteld' houdt te weinig rekening met de werkelijkheid. Ook in het eerste geval zal het instellen van beroep aangewezen kunnen zijn. De juistheid van de beslissing van de Commissie kan namelijk van invloed zijn op de vraag 'of een decentrale overheid in verzuim is. Zo kan van invloed zijn welk oordeel het Hof van Justitie over, bijvoorbeeld, de interpretatie van een communautair voorschrift, zoals door de Commissie gehanteerd, uitspreekt.'

Het is misschien om deze reden dat de betrokken ministers tot op heden van dit verhaalsrecht voor subsidies geen gebruik hebben gemaakt en zich enkel bediend hebben van de mogelijkheden die de Awb-subsidietitel biedt.

Het HvJEU heeft overigens bepaald dat lidstaten op grond van het EU-recht geen verplichting hebben om ten behoeve van particulieren of medeoverheden een zaak in Luxemburg aanhangig te maken.<sup>48</sup> Een nationale bepaling die een dergelijke verplichting wel bevat of die aansprakelijkheid van de lidstaat construeert in een dergelijk geval, is niet in strijd met het EU-recht, zo lang de lidstaat een beoordelingsmarge wordt gelaten bij de beslissing om beroep aanhangig te maken. Dat ook de Commissie het mis kan hebben waardoor een tegen de beschikking ingesteld beroep kansrijk zou zijn, moge duidelijk zijn.<sup>49</sup>

De hier genoemde knelpunten hebben hun weerslag op het welslagen van de verhaalsbevoegdheid. Het verhaalsbesluit is een appellabel besluit in de zin van artikel 8:1 Awb. Het is om die reden de bestuursrechter die zich geconfronteerd ziet met de vraag in hoeverre sprake is van een verzuim dat afkomstig is van het bestuursorgaan. De nadere kwalificatie van 'verzuim' ligt eveneens op het bordje van de bestuursrechter. De ruime formulering van artikel 4 Wet TES bepaalt immers bijvoorbeeld niet in hoeverre 'verzuim' een bepaalde mate van verwijtbaarheid van de zijde van het bestuursorgaan impliceert. In zekere zin is dit logisch omdat dit wellicht nader wordt ingevuld door de geschonden EU-norm. Bij twijfel daarover zullen prejudiciële vragen aan het HvJEU moeten worden gesteld. Maar dit betekent niet dat de uitleg van het HvJEU over de schending zonder meer doorslaggevend is in de onderlinge verhouding Rijk/medeoverheid. Dat zal naar mijn mening

48 HvJEG zaak C-511/03, Ten Kate, AB 2005, 425 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

49 T-274/01, Valmont Nederland B.V. t. de Commissie, AB 2005/37, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vugt.

een vraag van nationaal recht zijn. Zoals hiervoor is opgemerkt, is de uitvoeringspraktijk van EU-subsidies in Nederland een complexe waarbij zowel organen van centrale als van decentrale overheden zijn betrokken en waarbij tot op zekere hoogte naar mijn mening een gezamenlijke verantwoordelijkheid bestaat voor de correcte uitvoering daarvan. Deze praktijk – hoe onduidelijk ook – reguleert de onderlinge verhouding en dus de mogelijkheden tot verhaal van het Rijk op een betrokken medeoverheid. Nadere criteria, behalve het 'voorzover'-criterium, die aan deze relatie richting geven, ontbreken in de Wet TES. Dit klemt in het bijzonder omdat de Wet TES ook een bindende aanwijzingsbevoegdheid voor de minister heeft geïntroduceerd. In de MvT bij de Wet TES wordt hierover het volgende opgemerkt:<sup>50</sup>

'Toepassing van deze bevoegdheid betekent dat wordt ingegrepen in de autonomie van decentrale overheden.

(...)

Het spreekt voor zich dat het betrokken bestuursorgaan verplicht is een aanwijzing als bedoeld in het eerste lid op te volgen. Het bestuursorgaan heeft dan ook niet de mogelijkheid zich aan deze aanwijzing te onttrekken en is verplicht te handelen overeenkomstig de gegeven aanwijzing.'

In het licht van Hoofdstuk 5 (paragraaf 5.3) en de daar gesignaleerde jurisprudentie zal het bestuursorgaan dat een aanwijzing opvolgt welke later onjuist blijkt te zijn, wellicht niet zonder meer volledig vrijuit gaan maar bij het opvolgen ervan een bepaalde mate van eigen verantwoordelijkheid (en dus aansprakelijkheid?) behouden. Of geldt deze regel niet waar het de uitvoering van EU-recht betreft? In paragraaf 6.2.5.4 en in Hoofdstuk 7 ga ik hier verder op in.

Concluderend kan worden geconstateerd dat het welslagen van een verhaalsactie via het publiekrechtelijk verhaalsrecht van de Wet TES wellicht net zo omslachtig en onzeker is als de onrechtmatige daadsactie die het moest vervangen. Vaststaat in ieder geval dat van de publiekrechtelijke verhaalsbevoegdheid uit hoofde van de Wet TES geen gebruik is gemaakt terwijl er – voor betreft de terugvordering van EU-subsidies – wel gebruik is gemaakt van de terugvorderingsbevoegdheden die de subsidietitel van de Awb ministers biedt.

Ter afsluiting nog een laatste procedurele opmerking over het verhaalsbesluit van de Wet TES. De Wet TES kende een 'eigen' regeling voor invordering. Als inningsinstrument is verrekening vanzelfsprekend het gemakkelijkst, althans voor de Staat. Om daartoe over te gaan, is wel instemming van het betrokken bestuursorgaan vereist. Volgens de MvT kan in de eerste plaats verrekend worden 'met andere geldstromen die de betrokken minister krachtens een wettelijke regeling aan het betrokken bestuursorgaan uitbetaalt.'<sup>51</sup> Daarbij werd het niet wenselijk geacht te verrekenen met mid-

50 *Kamerstukken II 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 17-18.*

51 *Kamerstukken II 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 20.*

delen die men van een andere minister verstrekt kreeg. Wel werd – in de tweede plaats – verrekening mogelijk geacht in het kader van de algemene uitkeringen uit het Provincie- of Gemeentefonds. Aangetekend moet worden dat dit niet kan in geval van waterschappen, PBO's of zbo's met eigen rechtspersoonlijkheid, nu dergelijke fondsen ontbreken. In dat geval staat alleen de eerste mogelijkheid van verrekening open. Voor wat betreft de PBO's zullen dan met name de geldstromen van de Minister van EL&I relevant zijn. Waterschappen ontvangen – zoals beschreven in Hoofdstuk 4 – nauwelijks middelen van het Rijk. Verrekening kan daar dus niet tot het gewenste resultaat leiden. Wanneer verrekening niet mogelijk is (er zijn geen geldstromen waarmee verrekend kan worden of die zijn niet toereikend of het betrokken bestuursorgaan stemt niet met verrekening in), zal – volgens de MvT<sup>52</sup> – bij de burgerlijke rechter een 'vordering tot verhaal van schade' worden ingediend. Bedoeld zal zijn dat bij de burgerlijke rechter een executoriale titel verkregen zal moeten worden (de Wet TES bevatte immers het verhaalsbesluit).<sup>53</sup>

Tot zover de toelichting op het verhaalsrecht zoals neergelegd in de Wet TES. Zoals gezegd, is het verhaalsrecht uit de Wet TES per 13 juni 2012 vervangen door dat van de Wet NERpe.

#### 6.2.5 De verhaalsbevoegdheid op grond van de Wet NERpe

Het publiekrechtelijk verhaalsrecht voor het Rijk dat is opgenomen in de Wet NERpe<sup>54</sup> is gericht op 'publieke entiteiten' en betreft door het HvJEU opgelegde boetes en/of dwangsommen vanwege een door deze entiteit begane schending van EU-recht.<sup>55</sup> Dit betekent dat met de Wet NERpe de verhaalsmogelijkheden van de Wet TES zijn uitgebreid. Ten eerste kunnen boetes en dwangsommen die zijn opgelegd vanwege schendingen van EU-recht worden verhaald in plaats van alleen EU-subsidierecht. Ten tweede geldt de verhaalsbevoegdheid ten aanzien van een veel grotere groep schenders, namelijk de 'publieke entiteiten'. Over de Wet NERpe kan ik het volgende opmerken.

52 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 21.

53 Zie ook *Kamerstukken II* 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 21 waar overwogen wordt dat bij inwerkingtreding van de vierde tranche betaling kan worden afgedwongen middels een dwangbevel.

54 *Stb.* 2012, 245 (Kamerstuknummer: 32 157).

55 Al aangekondigd in *Kamerstukken II* 2003/04, 21 109, nr. 138; *Kamerstukken II*, 2005/06, 30 300 VII, 65 en *Kamerstukken II* 2008/09 31 842, nrs. 1-2, p. 13.

### 6.2.5.1 Inleiding

Het verhaalsrecht vanwege schendingen van EU-recht kent een lange aanbevelings- en aankondigingsgeschiedenis. Zo merkt in 1996 de voorloper van de ICCW, de Interdepartementale Commissie voor de Harmonisatie van Wetgeving (ICHW) (die tot medio 1999 heeft bestaan) al op dat niet altijd helder is op welke wijze medeoverheden kunnen worden aangesproken op de gevolgen van de niet-naleving van EU-verplichtingen. Onder ‘gevolgen’ worden de financiële gevolgen voor het Rijk verstaan. In 1998 wordt het verhaalsrecht genoemd in het advies ‘Wijken of herijken. Nationaal bestuur en recht onder Europese invloed’ van de Raad voor openbaar bestuur (Rob). In het kabinetsstandpunt dat daarop volgt, wordt de aanbeveling van de Rob gememoreerd en overgenomen.<sup>56</sup> Centraal staat de eigen verantwoordelijkheid van medeoverheden voor het naleven van EU-verplichtingen:

‘Deze verantwoordelijkheid houdt tevens in dat de mogelijkheid van financiële gevolgen voor de lidstaat Nederland als gevolg van de niet-naleving van communautaire verplichtingen door decentrale overheden ten laste dienen te komen van die decentrale overheden.’

Kort daarna duikt het verhaalsrecht op in het advies van de ICCW in 1999 dat voorstelt om in titel 1.2 van de Awb een bepaling op te nemen op grond waarvan de minister die het aangaat eventuele aan Nederland opgelegde boetes en dwangsommen of overige schade kan verhalen:<sup>57</sup>

‘voorzover het opleggen van de boete of de dwangsom onderscheidenlijk de geleden schade het gevolg zijn van het verzuim van decentrale overheden om communautaire verplichtingen na te leven (intrabestuurlijkverhaal).’

Uiteindelijk komt het verhaalsrecht terecht in het Kabinetsstandpunt *De Europese dimensie van Toezicht* en wel in de door het kabinet te ondernemen actie (nr. 7.8):<sup>58</sup>

‘Het kabinet zal wetgeving voorbereiden die voorziet in het invoeren van een verhaals- en regresrecht teneinde een ex artikel 228 van het EG-verdrag opgelegde boete of dwangsom dan wel overige schade te verhalen op decentrale overheden, voor zover daarbij sprake is van verzuim van die decentrale overheden.’

De Wet NERpe heeft uitvoering gegeven aan dit actiepunt. Artikel 7 van de Wet NERpe bevat het verhaalsrecht. Uit de MvT (p. 9) blijkt, dat het kabinet de verhaalsbevoegdheid schaarde onder de repressieve toezichtinstrumenten. Hier zal ‘toezicht’ in de ruime – niet-grondwettelijke zin – zijn bedoeld. Wat de verhouding precies is tussen dit verhaalsrecht en de verhaalsmogelijk-

56 *Kamerstukken II*, 1999/00, 21 109, nr. 137, p. 8.

57 *Kamerstukken II*, 2003/04, 21 109, nr. 138, p. 26.

58 *Kamerstukken II*, 2003/04, 21 109, nr. 138, p. 23.

heden in het kader van de Regeling Medebewind of uitvoeringsconvenanten dan wel de terugvorderingsbevoegdheid op grond van de subsidietitel is in de Wet NErpe nooit echt geadresseerd. Wel staat vast dat de kern van het verhaalsrecht in grote lijnen overeen komt met het verhaalsrecht zoals neergelegd in artikel 4 Wet TES.

#### 6.2.5.2 Wet NErpe versus Wet TES

In deze paragraaf worden kort de overeenkomsten en de verschillen besproken die bestaan tussen het verhaalsrecht uit de Wet TES en dat van de Wet NErpe.

Wat zijn de overeenkomsten met het verhaalsrecht zoals neergelegd in de Wet TES? Ten eerste gaat het in beide gevallen om een discretionaire bevoegdheid tot verhaal.<sup>59</sup> Ten tweede treedt de bevoegdheid pas in wanneer sprake is van een 'verzuim' van degene op wie wordt verhaald.<sup>60</sup> Ook bij de Wet NErpe is dit begrip niet gedefinieerd. Ten derde kan alleen worden verhaald 'voor zover de aansprakelijkheid van de Staat het gevolg is van het verzuim'. Hoewel de MvT bij de Wet NErpe dit eenmaal vertaalt als voor zover een publieke entiteit 'hier een verwijt treft', hetgeen niet voorkwam in de Wet TES, lijkt er vanwege deze eenmalige opmerking geen verschil beoogd.<sup>61</sup> Dit wordt bevestigd doordat de MvT bij de Wet NErpe stelt dat alleen wordt verhaald 'naar rato van het verzuim' wanneer er meerdere 'veroorzakende' medeoverheden zijn. Ten vierde<sup>62</sup> ziet het verhaalsrecht ook op EU-subsidies.<sup>63</sup> Met andere woorden: het gaat om de gevallen waarin de Nederlandse Staat aansprakelijk wordt gesteld en verplicht wordt een reeds verstrekte Europese subsidie vermeerderd met rente terug te betalen aan de EU. Ten vijfde is ook in de Wet NErpe het besluit tot verhaal een besluit in de zin van de Awb zodat belanghebbenden daartegen in bezwaar en beroep kunnen komen.<sup>64</sup> Ten zesde bevat de Wet NErpe net als de Wet TES geen nadere waarborgen ter ondervanging van het feit dat medeoverheden op het Europese forum – met uitzondering van het staatssteunrecht – geen formele (proces)positie kunnen innemen en het dus telkens de Staat is die onderhandelt, schikt, beroep instelt en verweer voert. Ten zevende is ook de verplichting om voorafgaand aan het nemen van een verhaalsbesluit in overleg te treden, overgenomen in de Wet NErpe.<sup>65</sup>

59 Artikel 4 lid 1 Wet TES en artikel 7 lid 1 Wet NErpe: de minister 'kan' verhalen.

60 Artikel 4 lid 1 Wet TES en artikel 7 lid 1 Wet NErpe.

61 *Kamerstukken II 2009/10*, 32 157, nr. 3, p. 12.

62 Artikel 4 lid 1 onder a, b en c Wet TES en artikel 7 lid 1 onder a, b en c Wet NErpe.

63 Zie over de Wet TES op dit punt Den Ouden 2003, p. 34-36.

64 *Kamerstukken II 2000/01*, 27 572, nr. 3, p. 20 voor de Wet TES en *Kamerstukken II 2009/10*, 32 157, nr. 3, p. 13 voor de Wet NErpe.

65 Artikel 4 lid 2 Wet TES en artikel 7 lid 2 Wet NErpe.

Wat zijn de verschillen? Ten eerste heeft de Wet NERpe, zoals in de inleiding al opgemerkt, een ander bereik dan de Wet TES. De laatste betrof alleen de naleving van subsidieverplichtingen terwijl de Wet NERpe veel breder is en geldt (artikel 2 Wet NERpe) voor elke 'rechtsplicht die voortvloeit uit een bij of krachtens de Europese verdragen op Nederland rustende verplichting'. Aldus zijn ook de boetes of dwangsommen opgelegd vanwege niet-nakoming van om het even welke Europeesrechtelijke verplichtingen onder de reikwijdte van de wet gebracht.

Ten tweede – en logisch gevolg van het voorgaande – is de Wet NERpe ook wat adressaten betreft veel ruimer dan de Wet TES. De laatste was immers van toepassing op de bij EU-subsidies betrokken bestuursorganen waaronder zowel de medeoverheden vielen als de PBO's en de zbo's met eigen rechtspersoonlijkheid voor zover zij (kort gezegd) EU-subsidies ontvingen. Met de uitbreiding van schendingen van artikel 2 Wet NERpe moet ook het aantal adressaten worden uitgebreid zodat daaronder bijvoorbeeld ook de entiteiten vallen die aanbestedingsplichtig zijn. Daarom gaat de Wet NERpe uit van het begrip 'publieke entiteiten' waarmee aangesloten wordt bij de terminologie van het aanbestedingsrecht. Krachtens artikel 1 onder c, sub 1 van de Wet NERpe vallen daaronder ten eerste de a- en b-organen in de zin van de Awb voor zover zij geen minister zijn.<sup>66</sup> Dat wil dus zeggen: alle bestuursorganen van de centrale overheid (inclusief zbo's die tot de Staat behoren, maar ministers uitgezonderd<sup>67</sup>) alsmede alle bestuursorganen die tot andere rechtspersonen behoren, waaronder die van medeoverheden (provincies, gemeenten, waterschappen, Wgr-regio's, product- en bedrijfsschappen en beroepsorganisaties). Ten tweede vallen overige aanbestedende diensten<sup>68</sup> niet zijnde de staat alsmede instanties die een opdracht in de zin van artikel 8 van de Aanbestedingsrichtlijn plaatsen<sup>69</sup> onder het bereik van de wet. Ten derde ziet NERpe op overheidsbedrijven als bedoeld in artikel 2, eerste lid, onder b van de Nutsrichtlijn.<sup>70</sup> Een overheidsbedrijf is een bedrijf waarop een aanbestedende dienst rechtstreeks of middellijk een overheer-

---

66 De Memorie van Toelichting meent dat het niet aangaat dat ministers elkaar onderling aanwijzingen geven. Het geven van een bijzondere aanwijzing aan een onder een andere minister vallende zbo is dus wel mogelijk.

67 Ook uitgezonderd zijn zonder meer de organen genoemd in artikel 1:1 tweede lid Awb. Dit betekent bijvoorbeeld dat in theorie de regering als bestuursorgaan niet is uitgezonderd.

68 Ex artikel 1, negende lid, van Richtlijn 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 betreffende de coördinatie van de procedures voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor werken, leveringen en diensten, *PB L 134* van 30.4.2004, p. 114 en ex artikel 2, eerste lid, onderdeel a, Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *PB L 134* van 30.4.2004, p. 1.

69 Artikel 1 onder c sub (5) van de Wet NERpe.

70 Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *PB L 134* van 30.4.2004, p. 1.

sende invloed uitoefent (via eigendom, financiële deelneming of te stellen regels). Ten vierde is de Wet NERpe van toepassing op de zogenoemde ‘concessiehouders’,<sup>71</sup> dus op bedrijven en instellingen die voorzien in algemene nutsvoorzieningen zoals op het gebied van drinkwater (artikel 4), vervoersdiensten (artikel 5), postdiensten (artikel 6) en de winning en exploitatie van aardolie, gas, steenkool e.d. (artikel 7).<sup>72</sup> Het moge duidelijk zijn dat een verscheidenheid aan actoren onder de Wet NERpe vallen: van decentrale medeoverheden tot instellingen zoals de DNB en van de GVB tot de NUON en TNT.<sup>73</sup>

Ten aanzien van al deze actoren geldt een verhaalsrecht voor opgelegde boetes en dwangsommen dat door middel van een dwangbevelsbevoegdheid via de vierde tranche Awb kan worden geëffectueerd. Ook geldt ten aanzien van al deze entiteiten een bijzondere aanwijzingsbevoegdheid (artikel 2). Het toepassingsbereik van NERpe is daarmee dus enorm.

Een derde verschil is dat de Wet NERpe geen verrekeningsbevoegdheid bevat. In de Wet TES was dit uitdrukkelijk wel mogelijk (artikel 4, derde lid, Wet TES). In de Wet NERpe is dit niet gebeurd. Weliswaar is de vierde tranche Awb inmiddels in werking getreden, maar artikel 4:93 Awb bepaalt dat verrekening alleen mogelijk als dat bij bijzondere wet is bepaald. Verrekening uit hoofde van de Wet NERpe is dus niet mogelijk. In het licht van de vergaande dwangbevelsbevoegdheid – die niet was opgenomen in de Wet TES – is verrekening een veel minder vergaand middel dat zeker efficiënt zou kunnen zijn voor een deel van de medeoverheden. De dwangbevelsbevoegdheid brengt immers tevens extra kosten met zich mee.

### 6.2.5.3 Rechtsbescherming op grond van de Wet NERpe

In tegenstelling tot een op grond van deze wet gegeven bijzondere aanwijzing (ex artikel 2 of 3), staat tegen een uitgeoefende verhaalsbevoegdheid geen direct beroep op de ABRvS open. In de MvT bij het wetsvoorstel wordt in dat verband opgemerkt (p. 12) dat ‘in een geval als dit (...) er geen reden [is] bijzondere haast te maken.’ Nu bezwaar (c.q. beroep) geen schorsende

71 Bedrijven of instellingen waaraan een ‘bijzonder of uitsluitend’ recht is verleend ex artikel 2, tweede lid, onderdeel b Richtlijn 2004/17/EG van het Europees Parlement en de Raad van 31 maart 2004 houdende coördinatie van de procedures voor het plaatsen van opdrachten in de sectoren water- en energievoorziening, vervoer en postdiensten, *PB L* 134 van 30.4.2004, p. 1.

72 Ook de overige concessiehouders in de zin van artikel 63 van de Aanbestedingsrichtlijn vallen onder het begrip publieke entiteit: met andere woorden ook de concessiehouders voor openbare werken die zelf geen aanbestedende dienst zijn.

73 Zie voor een indicatie: Beschikking 2008/963/EG: Beschikking van de Commissie van 9 december 2008 tot wijziging van de lijsten van aanbestedende diensten in de Richtlijnen 2004/17/EG en 2004/18/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de procedures voor de plaatsing van overheidsopdrachten (Kennisgeving is geschied onder nummer C(2008) 7871) (Voor de EER relevante tekst) *PbEG* 2008 L 349.



werking heeft,<sup>74</sup> is het zaak om een voorlopige voorziening aan te vragen ex artikel 8:81 Awb.

Als de voorlopige voorziening niet wordt gevraagd c.q. wordt geweigerd en de publieke entiteit wordt geen uitstel van betaling verstrekt, verstrijkt bij het niet tijdig voldoen van de geldschuld door de publieke entiteit de betalingstermijn. Vanaf dat moment is de publieke entiteit in verzuim en is wettelijke rente verschuldigd (artikel 4:98 Awb). Het al dan niet verstrekken van uitstel van betaling gebeurt bij beschikking. Ook het vaststellen van het bedrag aan wettelijke rente dat is verschuldigd, is een beschikking. In verband met een mogelijk bezwaar of beroep dat is ingesteld tegen het verhaalsbesluit is de vraag relevant welke rechtsmiddelen aangewend kunnen worden tegen deze latere beschikkingen. Daarvoor bevat de Awb inmiddels een regeling in artikel 4:125 Awb gelijkend op de voorziening van artikelen 6:18 en 6:19 Awb: het bezwaar of beroep dat tegen de beschikking ter vaststelling van de bestuurlijke geldschuld ('hoofdbeschikking') is ingesteld, wordt geacht zich ook te richten tot een latere beschikking omtrent die geldschuld of omtrent de rente. De bepaling is ingegeven vanuit het oogpunt van proceseconomie: voorkomen wordt dat tegen elke beschikking die ten behoeve van de invordering wordt genomen en die van hetzelfde bestuursorgaan afkomstig is bezwaar en beroep wordt ingesteld.<sup>75</sup> Dit betekent niet dat artikelen 6:18 en 6:19 Awb hun waarde hebben verloren. Wijzigingen of intrekkingen van de beschikkingen waartegen reeds bezwaar of beroep aanhangig is, behouden hun werking waardoor van rechtswege het beroep of het bezwaar ook geacht wordt te zijn gericht tegen de gewijzigde beschikking (tenzij aan het bezwaar of het beroep geheel wordt tegemoet gekomen). *Scheltema* wijst erop dat met artikel 4:125 Awb een bijkomende beschikking niet rechtens onaantastbaar wordt zo lang bezwaar of beroep tegen de hoofdbeschikking loopt.<sup>76</sup>

Nadat de publieke entiteit in verzuim is geraakt, zal zij worden aangevaard tot betaling. De publieke entiteit zal binnen twee weken moeten betalen. Na ommekomst van die termijn kan worden ingevorderd bij dwangbevel. *Scheltema* heeft in dat verband enkele belangrijke zaken opgemerkt.<sup>77</sup> Het invorderen bij dwangbevel heeft doorgaans tot gevolg dat de betalingsverplichting sec en de hoogte ervan reeds vast zijn gesteld bij het verhaalsbesluit. Bij de keuze om al dan niet tot executie over te gaan, is dus van belang dat duidelijk is in hoeverre het verhaalsbesluit onherroepelijk is geworden. De executie kan immers dan niet meer achteraf onrechtmatig blijken met alle financiële gevolgen van dien.<sup>78</sup> Een eenmaal uitgevaardigd dwangbevel zal binnen twee dagen moeten worden voldaan. Rechtsbescherming tegen het dwangbevel (executiegeschil) staat open bij de burgerlijke rechter (artikel

74 Ook onder de vierde tranche niet (er treedt geen wijziging op in artikel 6:16 Awb).

75 *Scheltema* 2005, p. 141.

76 *Scheltema* 2005, p. 143.

77 *Scheltema* 2005, p. 139 e.v.

78 *Scheltema* 2005, p. 123.

4:116 jo 4:123 lid 2 Awb).<sup>79</sup> Het aantekenen van verzet ex artikel 5:26 lid 3 Awb is dus niet meer nodig. Men kan op grond van artikel 438 Rv met een dagvaarding het executiegeschil inleiden. Gedagvaard wordt dus de rechtspersoon waartoe het betreffende bestuursorgaan behoort (artikel 1:1 lid 4 Awb). Voor zbo's die niet tevens over eigen rechtspersoonlijkheid bezitten maar tot de Staat behoren, kan de Staat dus ook heel wel gedaagde zijn (in de Wet NErpe zijn enkel de ministers als bestuursorganen uitgezonderd). Op grond van genoemd artikel kan zowel een bodemprocedure als een kort geding aanhangig worden gemaakt bij de rechtbank.<sup>80</sup> In het laatste geval kan de voorzieningenrechter op grond van artikel 438 lid 2 Rv schorsing van de executie bevelen of bepalen dat alleen tegen zekerheidsstelling mag worden geëxecuteerd. Het enkele aanhangig maken van een executiegeschil schorst de executie dus niet. Er geldt daarentegen geen termijn waarbinnen een dergelijk geschil aanhangig moet worden gemaakt. Wanneer een dwangbevel niet voldaan is, kan overgegaan worden tot executie: maatregelen zoals beslag zijn mogelijk.

#### 6.2.5.4 Complicaties met betrekking tot de verhaalsbevoegdheid

In aanvulling op hetgeen al is gesignaleerd met betrekking tot de verhaalsbevoegdheid van de Wet TES (paragraaf 6.2.4), ga ik hier nog iets uitgebreider in op enkele knelpunten die de verhaalsbevoegdheid van de Wet NErpe in de praktijk met zich meebrengt. Een belangrijk punt dat aandacht behoeft, is de verhouding tussen de bindende preventieve aanwijzingsbevoegdheid en de verhaalsbevoegdheid. Zoals hiervoor is beschreven, staat tegen de aanwijzing direct beroep open op de ABRvS. Zoals in Hoofdstuk 5 aangegeven, is deze rechtsbeschermingsmogelijkheid volgens de Hoge Raad (*Chipsol-zaak*) een vingerwijzing dat een medeoverheid wel een bepaalde afwijgingsvrijheid c.q. beleidsvrijheid heeft om de aanwijzing niet op te volgen. Dit staat wel haaks op de zienswijze van het kabinet zoals die was geformuleerd bij de Wet TES:<sup>81</sup>

'Toepassing van deze bevoegdheid betekent dat wordt ingegrepen in de autonomie van decentrale overheden.

(...)

Het spreekt voor zich dat het betrokken bestuursorgaan verplicht is een aanwijzing als bedoeld in het eerste lid op te volgen. Het bestuursorgaan heeft dan ook niet de mogelijkheid zich aan deze aanwijzing te onttrekken en is verplicht te handelen overeenkomstig de gegeven aanwijzing.'

79 Het beroep op de bestuursrechter is uitgesloten in artikel 8:4 onder m Awb. Het dwangbevel is wel een besluit met als gevolg dat alle overige Awb-regels hierop van toepassing zijn (behalve artikelen 3:41-3:45 Awb en artikel 4:8 Awb). Zie Scheltema 2005, p. 121.

80 Relatief bevoegd is de rechtbank in wiens rechtsgebied de te executeren zaken zich geheel of grotendeels bevinden ex artikel 438a Rv (4:123 lid 2 Awb).

81 *Kamerstukken II 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 17-18.*

Betekent dit dat de uitvoering van EU-recht een andere verantwoordelijkheid van de medeoverheid tot gevolg heeft? Op deze vraag wordt in paragraaf 6.4 en paragraaf 7.5.2 uitgebreid ingegaan.

*Van Rijswick* en *De Kruif & Den Ouden* wezen al eerder op de spanning tussen de preventieve aanwijzingsbevoegdheid enerzijds en het regresrecht aan de andere kant. Zo meende *Van Rijswick* dat er – gezien de steeds verdergaande mogelijkheden van de centrale overheid om (o.m. in het omgevingsrecht) in het kader van bestuurlijk toezicht sturend op te treden – eerder ruimte zou zijn voor gedeelde aansprakelijkheid.<sup>82</sup> *De Kruif & Den Ouden* signaleerden ook een spanning tussen de preventieve aanwijzingsbevoegdheid en het verhaalsrecht. Indien onduidelijkheid bestaat over de juiste uitleg van EU-verplichtingen kan geen preventieve aanwijzing worden gegeven. Een dergelijke aanwijzing zou – zoals de Wet TES het verwoordde – immers een behoorlijke mate van concreetheid moeten hebben over de juiste uitvoering van het EU-recht. Zij hebben in dat kader gewezen op de jurisprudentie inzake de ESF-affaire waaruit is gebleken dat nu juist onduidelijkheid heerste over de precieze invulling van bepaalde Unierechtelijke verplichtingen. Deze onduidelijkheid heerste zowel bij de centrale overheid als bij de betrokken medeoverheden. In die situatie zal een preventieve aanwijzingsbevoegdheid geen oplossing bieden. Een gegeven aanwijzing zal eerder contra-productief kunnen werken voor een latere verhaalsactie door de centrale overheid. Bovendien is de vraag of een dergelijke onduidelijkheid een medeoverheid later – in het kader van een verhaalsactie van de Staat nadat het HvJEU de juiste interpretatie van een EU-bepaling heeft vastgesteld – aan de medeoverheid kan worden tegengeworpen.

Een ander aandachtspunt zijn de gevolgen van artikel 6, tweede lid, van de Wet NERpe. Op grond van deze bepaling is de weigering een aanwijzing te geven geen appellabel besluit voor de bestuursrechter (artikel 6:2 Awb<sup>83</sup> is niet van toepassing op grond van artikel 6, tweede lid, van de Wet NERpe). Dit zou betekenen dat alleen de burgerlijke rechter bevoegd is een dergelijk geschil te beslechten. In dat geval zou om een verklaring voor recht kunnen worden gevraagd dat de betrokken publieke entiteit niet in strijd met haar Europeesrechtelijke verplichtingen handelt wanneer het op een bepaalde wijze uitvoering geeft aan zijn verplichtingen. Daargelaten dat een dergelijke procedure lang duurt – zeker ook met het oog op eventuele prejudiciële vragen – is dit de enige manier om alsnog zekerheid te verkrijgen omtrent de juiste wijze van uitvoering van bepaalde verplichtingen. Ik merk hierbij op dat een bestuursorgaan ook om een aanwijzing kan vragen. In verband met het preventieve en bindende karakter ervan kan dit een mogelijkheid zijn voor een medeoverheid om haar risico op een geslaagde verhaalsactie te minimaliseren en om haar verantwoordelijkheid voor de correcte uitvoering

82 Van Rijswick 2005 (I), p. 193.

83 Idem: artikel 274a lid 2 Provinciewet, artikel 281a lid 2 Gemeentewet en artikel 121g lid 2 Provinciewet (nieuw) en artikel 124i lid 2 Gemeentewet (nieuw).

van EU-recht bij de desbetreffende minister te leggen. Ik vraag mij af of de weigering van een dergelijk verzoek niet neerkomt op de afwijzing van een aanvraag in de zin van artikel 1:3 lid 2 Awb dat wel een appellabel besluit zou kunnen zijn. Niet betwist kan worden dat de publieke entiteit in het licht van het mogelijke financiële verhaal op grond van de Wet NERpe geen belanghebbende zou zijn bij de aanwijzing. Dit is echter niet zoals de wetgever dit voor ogen heeft. Een andere vraag is of het niet geven van aanwijzingen terwijl daartoe wel de bevoegdheid en aanleiding bestond een geslaagde verhaalsactie in de weg kan staan. Kan het geven van aanwijzingen onder omstandigheden behoren tot de schadebeperkingsplicht van de betreffende minister? Dit zijn problemen die bij een repressieve aanwijzingsbevoegdheid niet spelen.

#### 6.2.5.5 Omgekeerd verhaalsrecht?

De Wet NERpe bevat evenals de Wet TES geen zogenoemd 'omgekeerd' verhaalsrecht. Daaronder wordt een verhaalsmogelijkheid verstaan van de medeoverheid op het Rijk.<sup>84</sup> In de literatuur is de introductie van een dergelijk verhaalsrecht bepleit. Gewezen kan worden op onder andere *Van de Gronden*, *Van Rijswick*, *Hessel* en *Widdershoven* die zich hierover in positieve zin hebben uitgesproken.

*Van Rijswick* beargumenteert de noodzaak tot een omgekeerd verhaalsrecht als volgt. In de eerste plaats stelt zij vast dat bij incorrecte of niet-tijdige implementatie van richtlijnen in het kader van het natte waterstaatsbeheer verhaal van de centrale overheid op een medeoverheid niet op zijn plaats zou zijn. In die gevallen dragen medeoverheden immers de lasten van de tekortkoming van het Rijk. *Van Rijswick* haalt verschillende voorbeelden aan van te laat of niet volledig omgezette richtlijnen.<sup>85</sup> Indien de medeoverheid niet in staat is om richtlijnconform te handelen, zou volgens *Van Rijswick* verhaal op het waterschap niet gerechtvaardigd zijn. In die gevallen zou gedacht kunnen worden aan een omgekeerd regresrecht.

Ook *Hessel* heeft gepleit voor een omgekeerd verhaals- of regresrecht.<sup>86</sup> Volgens hem zou dit in het bijzonder gewenst zijn wanneer medeoverheden in het kader van de *Francovich*-aansprakelijkheid schade moeten vergoeden die voor rekening dient te komen van de Staat. *Hessel* heeft in dat verband – net als *Van Rijswick* – gewezen op omzettingsgebreken en nationale wetgeving die in strijd met het Unierecht is vastgesteld. In het *kabinetsstandpunt*

84 Zie hierover ook al Ten Berge et al. 1995, p. 10 en 208.

85 Van Rijswick 2005 (I), p. 188-192: als 'dramatisch dieptepunt' noemt Van Rijswick de veroordeling door het HvJEU van Nederland vanwege onjuiste implementatie van de Nitraatrichtlijn: HvJEG 2 oktober 2003, zaak C-322/00, JM 2003, nr. 125. Ook hekelt ze het standpunt van de Tweede Kamer bij de implementatie van de Waterrichtlijn: de Kamer weigerde het wetsvoorstel – dat al twee jaar te laat was – te behandelen omdat 'men niet wist 'of Nederland deze richtlijn wel moet willen' (...)' (p. 192).

86 Hessel 2005 (II), p. 128.

*De Europese dimensie van toezicht* (p. 21) is ingegaan op de situatie waarin het de Staat is die in gebreke is en niet de medeoverheid:

‘Bij de wettelijke vormgeving zal ook specifiek aandacht worden besteed aan de gevolgen die voortvloeien uit de situatie waarin een decentrale overheid meent dat door decentrale overheden toe te passen nationaal recht niet in overeenstemming is met een bepaling uit een EG-richtlijn. Als het voor omzetting van de richtlijn verantwoordelijke ministerie hierover door het bestuursorgaan is geconsulteerd, zal het Rijk de schade die is veroorzaakt door het handelen overeenkomstig het advies van het ministerie niet moeten trachten te verhalen op het betreffende bestuursorgaan. Zo worden decentrale overheden, die vermoeden dat nationale implementatie-bepalingen onjuist of gebrekkig zijn, aangemoedigd om ook daadwerkelijk contact op te nemen met betrokken ministeries.’

Het is voor medeoverheden prettig vast te stellen dat het kabinet in een dergelijk geval niet zal verhalen maar dit standpunt biedt geen enkele oplossing wanneer de medeoverheid door de benadeelde burger wordt aangesproken op schadevergoeding (uit hoofde van *Francovich*). Die medeoverheid zal een actie in vrijwaring moeten opstarten – als de zaak bij de burgerlijke rechter dient – en daarin niet alleen de aansprakelijkheid van het Rijk aantonen, maar ook aantonen dat de medeoverheid contact op heeft genomen met het betrokken ministerie omdat er twijfel bestond omtrent de juiste implementatie. Duidelijk moge zijn dat vaak pas na een gang naar de rechter – al dan niet na het stellen van prejudiciële vragen – duidelijk is of sprake is van onjuiste implementatie. In Hoofdstuk 3 is aangetoond dat het vaak de uitvoerende overheid is die – vanwege het vereiste van causaal verband – als veroorzaker van de schade van een benadeelde burger zal gelden. Dat heeft tot gevolg dat de kans zeer aanzienlijk is dat de betrokken medeoverheid de mogelijk onjuiste implementatie *niet* van tevoren bij het ministerie heeft aangekaart. Terzijde wordt opgemerkt dat door het van tevoren melden van mogelijke onjuiste implementatie de betrokken medeoverheid in feite vraagt om een aanwijzing van de betrokken minister. Met voornoemde mededeling in het kabinetsstandpunt lijkt mij het onderlinge verband tussen een preventieve aanwijzing en een verhaalsrecht te zijn gegeven. Het lijkt mij overigens niet meer dan juist om – ook in het geval van niet-melden – de Staat jegens de medeoverheid (mede)aansprakelijk te achten in geval van onjuiste implementatie. Dit standpunt werk ik nader uit in paragraaf 7.5.2.

Ook kan in dit verband worden aangesloten bij *Widdershoven*. Ver vóór het kabinetsstandpunt heeft hij de vraag naar de verdeling van aansprakelijkheid in dergelijke situaties al behandeld.<sup>87</sup> Terecht stelt *Widdershoven* dat buiten kijf staat dat de medeoverheid op grond van *Costanzo* een eigen verantwoordelijkheid heeft tot het correct uitvoeren van het EU-recht. Onder verwijzing naar jurisprudentie – die in paragraaf 6.4 uitgebreider zal worden besproken – meent hij dat voor zover de schending is ‘afgedwongen’

---

87 Widdershoven 2000, p. 245.

door de Staat de medeoverheid deze schade op de Staat moet kunnen verhalen (omgekeerd verhaal).

In de MvT bij de Wet NERpe wordt met betrekking tot implementatieperikelen en mogelijke aansprakelijkheid van medeoverheden in reactie op de Unie van Waterschappen (UvW) het volgende opgemerkt:<sup>88</sup>

‘In reactie op de opmerking van de UvW dat in een situatie waarin implementatie van Europese regelgeving niet correct verloopt, geen sprake kan zijn van inzet van het in het wetsvoorstel aangereikte instrumentarium (in het bijzonder het verhaalsrecht van artikel 7), zij opgemerkt dat een niet correcte implementatie kan doorwerken in het al dan niet aannemen van het niet of niet naar behoren voldoen aan Europeesrechtelijke verplichtingen door de betreffende publieke entiteit (artikel 2) of in het al dan niet aannemen van verzuim bij de betreffende publieke entiteit (artikel 7).’

Vooralsnog laat ik deze ‘afgedwongen’ schendingen rusten. Zij komen aan de orde in paragraaf 6.4. Ook in Hoofdstuk 7 zal hier uitgebreid op in worden gegaan.

Wel is het goed om hier alvast op te merken dat het kabinet er vanuit gaat dat publieke entiteiten die menen op deze manier schade te ondervinden en die schade op de Staat willen verhalen, zich via een onrechtmatige daadsactie tot de burgerlijke rechter zullen moeten wenden. Het IPO en de VNG hebben – naar aanleiding van de consultatierondes over het voorontwerp van de Wet NERpe – om een omgekeerd verhaalsrecht verzocht. In de MvT is het antwoord hierop als volgt verwoord:<sup>89</sup>

‘Over het verhaalsrecht merken zij [IPO en VNG, not. CdK] allereerst op dat het in de rede ligt dat een boete verhaald kan worden bij de decentrale overheden als de boete inderdaad te wijten valt aan het onrechtmatig handelen van decentrale overheden. De VNG en het IPO vragen zich echter af hoe het zit in de omgekeerde situatie, de situatie dus waarin decentrale overheden de schadelijke gevolgen ondervinden van op rijksniveau gemaakte fouten bij de totstandkoming en implementatie van Europese richtlijnen. Dit zogenaamde «omgekeerde» verhaalsrecht is in dit wetsvoorstel niet opgenomen, omdat voor dergelijke schade de gang naar de civiele rechter open staat, welke rechtsgang ook bij uitstek geschikt is omdat in een dergelijk geval de omvang van de schade nog zal moeten worden vastgesteld.

Overigens gaat het hier niet om een spiegelbeeldige relatie ten opzichte van wat in artikel 7 van het wetsvoorstel wordt geregeld: het komt immers niet voor dat boetes of dwangsommen aan decentrale overheden worden opgelegd in situaties waarin het Rijk verzuimd zou hebben om bepaalde Europeesrechtelijke verplichtingen na te leven. Waar de VNG en het IPO op doelen is beter te omschrijven als gevolgschade, welk verhaal overigens in artikel 7 ook niet is geregeld voor gevolgschade die het Rijk zou kunnen oplopen als op decentraal niveau fouten worden gemaakt in de implementatie. Het gaat in dit verband enkel en alleen om het verhaal van Europese boetes en dwangsommen, welke alleen aan de rijks-overheid als vertegenwoordiger van de lidstaat Nederland worden opgelegd.’

88 *Kamerstukken II 2009/10, 32 157, nr. 3, p. 18.*

89 *Kamerstukken II 2009/10, 32 157, nr. 3, p. 17.*

Hier worden verschillende argumenten gegeven tegen het opnemen van een verhaalsrecht ten behoeve van medeoverheden en vóór de onrechtmatige daadsactie. Ten eerste zou 'in een dergelijk geval' de schade onvoldoende vaststaan. Ten tweede zou het gevolgschade betreffen. Dergelijke schade wordt volgens de regering evenmin door de Staat verhaald ex artikel 7 Wet NERpe. Deze redenering is in het minst onzuiver te noemen. Op deze argumenten wordt in Hoofdstuk 7 teruggekomen. Volstaan wordt hier met de signalering ervan en de vaststelling dat de Wet NERpe geen omgekeerd verhaalsrecht in het leven heeft geroepen maar voor publieke entiteiten een onrechtmatige daadsactie voorstaat.

#### 6.2.5.6 Conclusie paragraaf 6.2.5

In deze subparagraaf (6.2.5) zijn de uitgangspunten van de Wet NERpe nader beoordeeld. In vergelijking tot het verhaalsrecht van de Wet TES beslaat het verhaalsrecht uit de Wet NERpe een veel breder terrein en kan op een veel groter aantal entiteiten (alle 'publieke' entiteiten) worden verhaald. De Wet NERpe bevat geen 'omgekeerd' verhaalsrecht. Daarmee wordt een verhaalsmogelijkheid bedoeld voor de medeoverheid op het Rijk. Geconcludeerd kan worden dat aan het verhaalsrecht dat in de Wet NERpe is opgenomen de nodige haken en ogen kleven. Nu de Wet NERpe in werking is getreden per 13 juni 2012 zullen in Hoofdstuk 7 handvatten worden geformuleerd bij het gebruik van de verhaalsbevoegdheid en worden oplossingsrichtingen voor het omgekeerd verhaal verkend.

#### 6.2.6 *Verhaalsrechten in uitvoeringsconvenanten of andere nadere afspraken*

Naast verhaalsrechten in regelgeving komen afspraken over verhaal ook terug in zogenoemde uitvoeringsconvenanten c.q. nadere afspraken. In de regel zijn deze convenanten niet bindend.<sup>90</sup> Uitvoeringsconvenanten of nadere afspraken zijn gebruikelijk in het kader van de uitvoering van de Structuurfondsen in Nederland.<sup>91</sup> Zo is dit onder andere gebeurd voor het EFRO-programma 1997-1999 en voor dat van 2007-2013. Voor de duidelijkheid merk ik op dat deze uitvoeringsconvenanten zijn vastgelegd geen afzonderlijke verhaalsbevoegdheid bevatten. Als de minister naar aanleiding van de afspraken gemaakt in de uitvoeringsconvenanten tot verhaal

---

90 Zie over het rechtskarakter van een convenant o.m. Scheltema & Scheltema p. 200-201 en Van der Does & Sniijders p. 69.

104 Zie hierover bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2000/01*, 26 264, nr. 3, p. 9: 'In het verleden heeft EZ met betrekking tot de Structuurfondsen decentralisatie-afspraken gemaakt met de betrokken provincies. Dat wil zeggen dat de provincies verantwoordelijk zijn gesteld voor deugdelijk beheer van en controle op de programma's en dat de afspraak is gemaakt dat financiële correcties door de Europese Commissie verhaald kunnen worden door EZ op de provincies. EZ zal ook in de nieuwe periode van de Structuurfondsen (2000-2006) uitgaan van een gedecentraliseerde uitvoering van de programma's.'

besluit, zal hij voor het daadwerkelijk verhaal aangewezen zijn op zijn bevoegdheid op grond van de Wet NERpe (voorheen: Wet TES). Hierop kom ik terug op het einde van deze paragraaf.

In Hoofdstuk 3 is reeds de uitspraak van het Gerecht van 14 april 2011 inzake een beroep tot nietigverklaring van een beschikking van de Commissie inzake financiële correcties op EFRO-middelen 1997-1999<sup>92</sup> aan bod geweest. Het beroep tot nietigverklaring was zowel door de Provincie Groningen en de Provincie Drenthe<sup>93</sup> ingesteld als door Nederland.<sup>94</sup> De beide provincies werden niet-ontvankelijk verklaard en het beroep van Nederland is afgewezen. Dat betekent dat Nederland aan de EU een bedrag van ongeveer EUR 6 miljoen moet terugbetalen.

Beide provincies hebben zich indertijd op basis van nadere afspraken<sup>95</sup> met de Minister van EL&I akkoord verklaard met de overdracht van deze betalingsverplichting. Op grond van die afspraken is de uitvoering van het EFRO-programma voor Groningen en Drenthe gedecentraliseerd en is volgens de minister ook de nakoming van de verplichtingen ex artikel 23 Coördinatieverordening aan beide provincies (GS) gedelegeerd. Volgens de minister ligt het in de rede dat ook de aansprakelijkheid uit dien hoofde is gedelegeerd. Beide provincies moeten al datgene betalen wat de Staat aan de EU moet terugbetalen tenzij de provincies er in slagen het bewijs te leveren dat het misbruik of de nalatigheid hun niet kunnen worden aangerekend. De minister stelt voor dat als de provincies niet bereid zijn de financiële eindverantwoordelijkheid te nemen, hij 20% van de EFRO-middelen zal reserveren als risicodekking.

De provincies hebben zich akkoord verklaard met het dragen van de financiële eindverantwoordelijkheid onder de voorwaarde dat de minister c.q. het Rijk 'alle denkbare noodzakelijke inspanningen zal leveren om tot een voor ons (de provincie, toev. CdK) zo goed mogelijke oplossing te komen in geval zich onverhoopt problemen mochten voordoen in het financiële verkeer met de Europese Commissie'. Ook menen de provincies dat zij in ieder geval niet tot terugbetaling zijn gehouden 'indien en voor zover zij betrekking hebben op door u aanvaarde verantwoordingen van de beste-

---

105 Beschikking nr. C(2008)8355 van de Commissie van 11 december 2008 inzake de vermindering van de bijstand uit het Europees Fonds voor Regionale Ontwikkeling voor het enig programmeringsdocument voor de onder doelstelling 2 vallende regio Groningen-Drenthe, nr. 97.07.13.003, overeenkomstig Beschikking C(1997)1362 van de Commissie van 26 mei 1997.

106 Beroep ingesteld op 20 februari 2009 (zaak T-69/09), Provincie Groningen en Provincie Drenthe t. Commissie, *PB C 90* van 18 april 2009, p. 33.

107 Beroep ingesteld op 19 februari 2009 (zaak T-70/09), Nederland t. Commissie, *PB C 90* van 18 april 2009, p. 34.

108 Ik laat vooralsnog buiten beschouwing wat het karakter van deze afspraken is. Enerzijds lijkt de minister er van uit te gaan dat sprake is van een besluit (de brief sluit immers af met een bezwaarclausule) anderzijds vraagt de minister uitdrukkelijk om de aanvaarding van beide provincies om de financiële eindverantwoordelijkheid op zich te nemen door 'een voor akkoord getekend afschrift van deze brief' aan de minister terug te sturen.



ding van middelen conform de in overleg met uw accountantsdienst opgestelde controle- en beheersprotocollen zoals opgenomen in ons Handboek Administratieve Organisatie.' In dat geval zou, althans volgens de provincies, de financiële eindverantwoordelijkheid weer bij het Rijk komen te liggen.

Vaststaat dat geen van beide (noch de provincies noch de minister of de auditdiensten e.d.) had kunnen verwachten dat de Commissie bevoegd zou zijn om subsidiegelden in te trekken vanwege het niet-naleven van nationale bepalingen.<sup>96</sup> Op deze grond is een groot deel van de financiële correctie van de Commissie gebaseerd. Volgens de Commissie (daarin gevolgd door het Gerecht) was de correctie gerechtvaardigd omdat er door het niet-naleven van nationale bepalingen 'fundamentele gebreken' in het beheers- en controlesysteem zaten. De Nederlandse autoriteiten hadden aldus toegelaten dat eindbegunstigden hun verplichtingen niet nakwamen. Daarmee hadden de Nederlandse autoriteiten niet voldaan aan hun EU-verplichting.<sup>97</sup> Volgens het Gerecht was om die reden niet enkel sprake van de niet-naleving van nationale voorschriften maar ook van EU-voorschriften.

Het zou kunnen dat de Minister van EL&I in onderhavige zaak daadwerkelijk tot terugvordering overgaat. Indien de provincies hiertegen verweer voeren dan zal de rechter uiteindelijk voor de vraag komen te staan aan wie het 'misbruik' of de 'nalatigheid' op grond waarvan is teruggevorderd, kan worden 'aangerekend' en wie de geleden schade moet dragen. Waarschijnlijk wordt met de term 'aangerekend' bedoeld 'toegerekend' in de zin van verwijtbaarheid. Dit is echter niet nader omschreven. Evenmin is duidelijk of ruimte is voor eigen schuld in de zin van 6:101 BW van de zijde van de minister. In dat geval moet de 'schade' tot zowel het handelen of nalaten van de centrale overheid als tot het handelen of nalaten van de provincie in causaal verband staan. Eigen schuld kan leiden tot verdeling van de schade. Die verdeling is evenredig 'met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen'.<sup>98</sup> Naast eigen schuld kan een andere verdeling van de schade gerechtvaardigd zijn vanwege 'medeschuld' (artikel 6:102 BW). De schade is dan veroorzaakt door een samenloop van handelingen. Ook dan wordt gekeken naar 'de mate waarin de aan ieder der aansprakelijke personen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen'.<sup>99</sup> Opgemerkt wordt

---

109 Gerecht zaak T-70/09, AB 2011/367 en 368 m.nt. J.E. van den Brink & C. de Kruiif.

110 Te weten artikel 23 lid 1 van verordening (EEG) nr. 4253/88 van de Raad van 19 december 1988 tot vaststelling van toepassingsbepalingen van verordening nr. 2052/88 met betrekking tot de coördinatie van de bijstandsverlening uit de onderscheiden structuurfondsen enerzijds en van die bijstandsverlening met die van de Europese Investeringsbank en de andere bestaande financieringsinstrumenten anderzijds (PB L 374, p. 1), zoals gewijzigd bij verordeningen (EEG) nr. 2082/93 van de Raad van 20 juli 1993 (PB L 193, p. 20).

111 Sinninghe Damsté, p. 26.

112 Sinninghe Damsté, p. 31.

dat onduidelijk is in hoeverre deze factoren relevant (konden) zijn bij de uitoefening van de verhaalsbevoegdheid op grond van de Wet TES door de minister.

De huidige EFRO-periode loopt van 2007-2013. In dat verband zijn eveneens nadere afspraken gemaakt tussen het Rijk en de Managementautoriteiten, de Auditautoriteiten en de Certificeringsautoriteiten. Enkele medeoverheden zijn in dit kader aangewezen als Managementautoriteit.<sup>100</sup> Deze afspraken zijn in een niet bindend uitvoeringsconvenant neergelegd. Vier randstandprovincies en de vier grote steden hebben gezamenlijk het Operationeel Programma 'Kansen voor West' opgezet. Aan dat programma is een EFRO-bijdrage (Europees geld) toegezegd van EUR 310,6 miljoen. Als cofinancieringsbijdrage heeft het Rijk EUR 81,6 miljoen beschikbaar gesteld. Elk van de provincies en steden ontvangt voorts uit deze 'pot' financiële bijdragen waarmee projecten gefinancierd kunnen worden die beantwoorden aan de gestelde doelstellingen. Deze bijdragen kwalificeren niet als subsidie in de zin van de Awb-subsidietitel.

Artikel 14 van het Uitvoeringsconvenant bepaalt dat voor zover de niet-nakoming van opgelegde verplichtingen bij de rechtmatige en doelmatige besteding van EFRO-subsidies of het toezicht en de controle daarop op grond waarvan Nederland aansprakelijk wordt gesteld en een financiële correctie wordt opgelegd, toerekenbaar is aan de als managementautoriteiten aangewezen medeoverheden, deze gelden op de laatste kunnen worden verhaald.<sup>101</sup> Een nadere omschrijving van de wijze waarop wordt verhaald – bijvoorbeeld op grond van de Wet Nerpe – is niet opgenomen in het convenant. De vraag is natuurlijk wanneer de niet-nakoming van verplichtingen 'toerekenbaar' is aan de Managementautoriteit en wanneer die overgaat op bijvoorbeeld de Auditautoriteit. Overigens geldt artikel 14 ook voor verhaal op Audit- en Certificeringsdiensten wanneer de niet-nakoming aan één van hen te wijten is. De vraag is wel hoe dit uitpakt wanneer de minister en de dienst tot dezelfde rechtspersoon behoren (de Staat) of wanneer de dienst onder de minister ressorteert. Voor het overige wordt opgemerkt dat deze bedingen geldig zijn tenzij er sprake is van strijd met een dwingend wettelijke bepaling.

De financiële eindverantwoordelijkheid van de Managementautoriteit is vervolgens doorvertaald naar alle betrokken medeoverheden.<sup>102</sup> Zo dragen de 'Partijen' 'in goed onderling overleg naar rato van de regionale subsidieplafonds bij in de financiële risico's van onderbesteding en onregelmatigheden voor zover deze niet toerekenbaar zijn aan de MA [Managementautoriteit, toevoeging CdK] of de begunstigde.' Daarbij is interessant dat de

---

113 Zie artikel 5 van het Besluit EFRO Programmaperiode 2007-2013 (*Stb.* 2007, 387) waarbij alle managementautoriteiten worden aangewezen.

114 Zie artikel 5 van het Besluit EFRO Programmaperiode 2007-2013 (*Stb.* 2007, 387) waarbij alle managementautoriteiten worden aangewezen.

115 Zie bijvoorbeeld de Statenbrief van GS van de provincie Utrecht aan PS met kenmerk 2008MME178.

Provincie Utrecht deze verplichting heeft geaccepteerd, terwijl het geen formele rol speelt bij de toekenning van de EFRO-subsidie maar alleen een inspanningsverplichting heeft om de voor haar regio gereserveerde bedragen binnen de kaders en termijnen in projecten om te zetten.

Concluderend kan worden geconstateerd dat de in het Uitvoeringsconvenant genoemde verdeelsleutels en nadere bepalingen de verhaalsbevoegdheid van de Wet NErpe nader inkleuren. Dat betekent dat relevant wordt wanneer een tekortkoming toerekenbaar is aan de betreffende autoriteit. Zoals hiervoor al aangegeven, zal het HvJEU uiteindelijk vaststellen of sprake is van een schending van EU-recht. Of deze schending ook 'toerekenbaar' is aan de entiteit waarop wordt verhaald, is een vraag die niet voorligt bij het HvJEU maar naar nationaal recht moet worden beantwoord. Onduidelijk is overigens in hoeverre het verhaalsrecht van de Wet NErpe als 'uitputtend' is te beschouwen. Indien dat het geval is, is in het licht van de *Windmill*-jurisprudentie geen ruimte voor een actie op grond van het burgerlijk recht.

#### 6.2.7 *De verhaalsbevoegdheid op grond van het wetsvoorstel terugvordering staatssteun*<sup>103</sup>

Een vierde vorm van een bijzondere verhaalsregeling van 'Europese' gelden is terug te vinden in het wetsvoorstel terugvordering staatssteun.<sup>104</sup> Naar mijn mening is hierbij geen sprake van 'verhaal' in de zin van dit onderzoek. Er is immers geen geld betaald aan een derde partij vanwege een schending van EU-recht, welk bedrag vervolgens op een andere overheid wordt verhaald. Bij het verhalen van staatssteun zal telkens sprake zijn van twee partijen: de verstrekker en de ontvanger. Toch is er voor gekozen om de verschillende verhaalsregelingen die het wetsvoorstel creëert, kort te bespreken. De reden hiervoor is dat het wetsvoorstel zeer verknoopt is met de discussie omtrent de effectieve uitvoering van het EU-recht en de onmogelijkheden van het Nederlandse recht om dat te realiseren. Vanuit dat perspectief is het goed om dit wetsvoorstel kort te bespreken.

Het wetsvoorstel beoogt een wijziging van het BW, de Awb en de Awr. Staatssteun kan immers verschillende vormen aannemen zoals de verkoop van grond onder de marktwaarde, een verstrekte subsidie of enkele gunstige belastingmaatregelen.

In het BW ontstaat voor de terugvordering van staatssteun een nieuw artikel (artikel 6:212a BW). Daarin is het facultatieve recht neergelegd van een rechtspersoon of een lichaam om tot terugvordering of ongedaanmaking over te gaan van de door die rechtspersoon aan een begunstigde verleende steun. Dit, ter uitvoering van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie of van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak. Ook met

116 Zie hierover uitgebreid o.m. Adriaanse & Den Ouden.

117 *Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nrs. 1 t/m 5.*

betrekking tot de te vorderen wettelijke rente is de regeling uit het BW aangepast door een wijziging in artikel 6:119 BW. Tot slot verklaart het wetsvoorstel de verjaringstermijnen van artikelen 3:306 t/m 3:326 BW buiten toepassing.

Met betrekking tot de Awb wordt een nieuwe titel (Titel 4.2A) ingevoegd die twee artikelen bevat die gewijd zijn aan de terugvordering van staatssteun. Ten eerste introduceert Titel 4.2A een nieuw artikel 4:80a Awb dat voorschrijft van toepassing te zijn op steun die bij beschikking is verstrekt 'dan wel voortvloeit uit een wettelijk voorschrift dat een verplichting tot betaling uitsluitend aan of door een bestuursorgaan regelt.' Daaronder valt onder meer de plicht tot bijvoorbeeld het voldoen van omzetbelasting. In ieder geval vallen subsidiebeschikkingen onder artikel 4:80a Awb. In het geval de Commissie reeds formeel heeft geoordeeld dat de te verstrekken subsidie aangemerkt dient te worden als staatssteun bevat artikel 4:35 Awb een weigeringsgrond voor het betrokken bestuursorgaan om de subsidie te verstrekken.<sup>105</sup> Wat het subsidierecht betreft, onderscheiden *Adriaanse & Den Ouden* drie 'hoofdtypen' van casus waarin een verleende subsidie als staatssteun kan worden aangemerkt.<sup>106</sup> Ten eerste het geval waarin een concurrent van de subsidie-ontvanger zich verzet tegen de subsidiebeschikking met het argument dat de verstrekking neerkomt op de verstrekking van staatssteun.<sup>107</sup> Een andere casus is het geval waarin subsidie wordt geweigerd vanwege het staatssteunrecht.<sup>108</sup> Tot slot kan een subsidieontvanger zich verzetten tegen deze weigering of intrekking vanwege (vermeende) staatssteun. Voor de problemen die deze casus wat betreft terugvordering in de Nederlandse

---

118 Zie voor kritiek hierop *Adriaanse & Den Ouden*, p. 311. Opvallend is dat in de subsidie-Kaderwetten die hiervoor reeds zijn besproken een veel ruimere bevoegdheid tot weigering ligt: zo bepaalt bijvoorbeeld artikel 7 Kaderwet EZ-subsidies dat de subsidie geweigerd mag worden indien de verlening ervan in strijd komt met krachtens een verdrag op de staat rustende verplichtingen. Uitdrukkelijk is daarmee het verbod van staatssteun bedoeld. De andere Kaderwetten bevatten overeenkomstige bepalingen.

106 *Adriaanse & Den Ouden*, p. 306.

107 *Adriaanse & Den Ouden* noemen als voorbeeld de zaak *Martiniplaza*: ABRvS 17 december 2003, *AB* 2004, 262 m.nt. W. den Ouden en *JB* 2004/79. De verbouwing van de Martinihal te Groningen werd gefinancierd vanuit EFRO-gelden (en nationale co-financiering). De Stichting Prins Bernhardhoeve te Zuidlaren kwam hiertegen in het geweer. Uiteindelijk oordeelde de ABRvS dat niet zeker was dat de maatregelen geen staatssteun inhield. Om die reden vernietigde de ABRvS de uitspraak van de bestuursrechter en vernietigt het de beslissing op bezwaar ex artikel 3:2 Awb (motiveringsgebrek). De uitspraak leidde tot veel kritiek in de literatuur omdat de ABRvS daarmee niet zelf vaststelde of sprake was van staatssteun ex artikel 87 lid 1 EG en het primaire besluit intact bleef met als gevolg dat niet kon worden teruggevorderd. Zie *Adriaanse & Den Ouden* hierover uitgebreider op p. 306.

108 Als voorbeeld hiervan noemen *Adriaanse & Den Ouden* de DSM-zaak: CBB 14 december 2006, *AB* 2007, 136 m.nt. P.C. *Adriaanse & W. den Ouden* en CBB 10 juli 2007, *AB* 2008, 68, m.nt. P.C. *Adriaanse & W. den Ouden*.

rechtspraktijk veroorzaakten, beoogt dit wetsvoorstel een oplossing te bieden.<sup>109</sup>

In geval van bij beschikking verstrekte financiële middelen bevat artikel 4:80b Awb een terugvorderingsbevoegdheid. Dit is een discretionaire bevoegdheid om verstrekte steun terug te vorderen in geval van een terugvorderingsbeschikking van de Commissie of een onherroepelijk geworden rechterlijke uitspraak. Deze bevoegdheid strekt zich uit tot 'begunstigden': met andere woorden ook tot anderen dan de (oorspronkelijk) geadresseerde van de subsidiebeschikking. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de onderneming is verkocht aan een derde. In dat geval zal de steun terug moeten worden gevorderd 'van de ondernemingen die het uiteindelijke voordeel hebben genoten.'<sup>110</sup> In de MvT wordt hieromtrent het volgende opgemerkt:<sup>111</sup>

'Terugvordering kan plaatsvinden, overeenkomstig artikel 14, eerste lid, van de procedureverordening, bij de begunstigde van de steun. De begunstigde behoeft niet altijd de oorspronkelijke ontvanger van de steun te zijn. Hiervan was bijvoorbeeld sprake bij de subsidieverstreking aan de grenspomphouders op grond van de Tijdelijke regeling subsidie tankstations grensstreek Duitsland van de minister van Financiën. In de beschikking van de Commissie werden ook de oliemaatschappijen als begunstigten genoemd (Beschikking van 20 juli 1999, 1999/706, PbEG 1999, L 280). Voor zover de terugvordering zich niet richt tot de geadresseerde van de oorspronkelijke beslissing, maar tot een derde-begunstigde, zal toepassing van artikel 4:80b leiden tot een zelfstandig terugvorderingsbesluit.'

Daarmee is dus ondervangen dat jegens de niet-geadresseerden van de beschikking – de oliemaatschappijen want de pompstationhouders waren geadresseerden van de subsidiebeschikkingen – een zelfstandig terugvorderingsbesluit kan worden genomen, zodat de rechtsgrondslag van ongerechtvaardigde verrijking in dergelijke gevallen niet nodig is.

109 In dat verband wijzen Adriaanse & Den Ouden op twee zaken. De zaken inzake de terugvordering door de minister van Financiën van de eerder aan pomphouders in het grensgebied van Duitsland verstrekte subsidies. Omdat de subsidies ook terecht waren gekomen bij niet-geadresseerden van de subsidiebeschikkingen – te weten de oliemaatschappijen – moest ook daar terug worden gevorderd. Dit is gebeurd op grond van ongerechtvaardigde verrijking maar onduidelijk is gebleven in hoeverre deze ongeschreven bevoegdheidsgrondslag voldoende zou zijn geweest om de terugvordering tot besluit in de zin van artikel 1:3 Awb te kwalificeren omdat tussen de oliemaatschappijen en de Minister van Financiën geen publiekrechtelijke rechtsverhouding bestond. De tweede casus was die inzake de terugvordering van BPM-subsidies die de Minister van LNV verstrekt had aan mestverwerkende bedrijven. De meest bekende zaak is Fleuren Compost. De ABRvS oordeelde in deze zaken zeer streng: er bestond naar nationaal recht geen bevoegdheid tot terugvordering van de wettelijke rente met als gevolg dat de terugvordering Europeesrechtelijk gezien niet geheel succesvol was. De wettelijke rente diende in een nieuwe procedure voor de burgerlijke rechter te worden gevorderd.

110 *Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nr. 3, p. 17.*

111 *Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nr. 3, p. 11.*

Ten aanzien van de geadresseerde van een subsidiebeschikking geldt dat het bestuursorgaan bevoegd wordt deze eerdere beschikking lager vast te stellen dan wel deze ten nadele van de geadresseerde te wijzigen c.q. in te trekken (via wijziging van artikel 4:46, 4:48 en 4:49 Awb) zodat de steun of een gedeelte daarvan onverschuldigd is voldaan en kan worden teruggevorderd. Artikel 4:80b lid 2 Awb maakt voorts ook de terugvordering van rente mogelijk (vgl. de *BPM-zaken*). Krachtens lid 3 van genoemd artikel geschiedt de terugvordering bij dwangbevel. Enkele andere wijzigingen in de Awb laat ik vooralsnog voor wat ze zijn. *Adriaanse* plaatst enkele kanttekeningen bij dit wetsvoorstel. Ten eerste de discretionaire bevoegdheid tot terugvordering. Dit zou zich niet verhouden tot de dwingende terugvorderingsverplichting die direct een verplichting oplegt aan de lidstaten.<sup>112</sup> Ook het onherroepelijk zijn van de rechterlijke uitspraken staat volgens *Adriaanse* op gespannen voet met de effectieve tenuitvoerlegging van het terugvorderingsrecht. Vervolgens is ook de combinatie die wordt gemaakt tussen de terugvorderingsbeschikking en de terugvordering van de rente geen gelukkige: onder omstandigheden dient alleen de rente te worden teruggevorderd<sup>113</sup> hetgeen naar de letterlijke tekst van de bepaling niet mogelijk lijkt.

Aanwijzingsbevoegdheden zijn niet opgenomen in dit wetsvoorstel. Dat is in het licht van de aanwijzingsbevoegdheden van het wetsvoorstel voor de Wet NERpe ook niet nodig.

#### 6.2.8 De verhaalsbevoegdheid op grond van de Wet financiering decentrale overheden (Wet fido)

Een vijfde bijzonder verhaalsrecht is neergelegd in artikel 7, derde lid, van de Wet financiering decentrale overheden (Wet fido).<sup>114</sup> Het kent de Staat een verhaalsrecht toe jegens medeoverheden als Nederland wordt geconfronteerd met een boete vanwege overschrijding van de EMU-norm op grond van artikel 126, elfde lid, VwEU. De Wet fido ondersteunt medeoverheden bij het verkrijgen van een goede kredietwaardigheid. Door deze kredietwaardigheid zijn medeoverheden betrouwbare partners en kunnen zij tegen lage(re) tarieven leningen afsluiten. In EU-verband is afgesproken dat de staatsschuld van een lidstaat maximaal 60% van het BBP mag uitmaken.<sup>115</sup> Het financieringstekort van Rijk en medeoverheden tezamen mag niet hoger uitvallen dan 3% van het BBP. Zoals in Hoofdstuk 3 is beschreven, kan de

112 Ook de Raad van State had op dit punt kritiek: de regering heeft desalniettemin gemeend het punt niet op te volgen. Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 31 418, nr. 4, p. 2.

113 Bijvoorbeeld wanneer de steun is verstrekt zonder voorafgaande goedkeuring van de Commissie terwijl die steun later toch verenigbaar met de gemeenschappelijke markt wordt verklaard.

114 *Kamerstukken II 2007/08*, 31 360, *Stb.* 2008, 536 en 537.

115 Artikel 1 Protocol (nr. 20) (1992) bij het EG-verdrag betreffende de procedure bij buitensporige tekorten. De EMU-schuld overschrijdt dit percentage enigszins: 66% (Voorjaarsnota 2011: *Kamerstukken II 2010/2011*, 32 500, nr. 1, p. 14.

Raad bij overschrijding van de EMU-norm<sup>116</sup> boetes 'van een passende omvang' opleggen. De doorbelasting van de boete uit hoofde van het derde lid van artikel 7 Wet fido geschiedt naar rato van het aandeel van de medeoverheid in de overschrijding.

De oorzaken van een overschrijding van de EMU-norm kunnen uiteenlopen. Zo geldt dat bij een economische recessie de overheid minder inkomsten genereert. Ook het doen van grote investeringsuitgaven heeft invloed op de EMU-norm. Een overschrijding van de EMU-norm kan toegerekend worden aan de medeoverheden gezamenlijk of aan individuele decentrale overheden. Uitgangspunt is dat in het bestuurlijke voortraject een en ander wordt afgekaart. Indien dit niet lukt, heeft de Minister van Financiën als *ultimum remedium* een verhaalsbevoegdheid. Opgemerkt zij dat deze wijzigingen in de Wet fido een 'advies conform' hebben gekregen van de Raad van State.<sup>117</sup> Het verhaalsrecht is dus niet beschouwd als een zekere inbreuk op de autonomie van de medeoverheden. Hoe het verhaalsrecht in de praktijk zijn beslag zal krijgen, is niet geheel duidelijk. Er zal worden 'verrekend' met de algemene uitkering in het Gemeente- of Provinciefonds,<sup>118</sup> maar dit is niet mogelijk voor bijvoorbeeld de waterschappen. Zoals ook in Hoofdstuk is opgemerkt, circuleert een voorontwerp<sup>119</sup> voor een Wet Houdbaarheid Overheidsfinanciën (Wet HOF).<sup>120</sup> De Wet HOF dient ertoe het EMU-tekort terug te dringen en het begrotingstekort in de hand te houden. In de wet zou ook een boetemogelijkheid zijn opgenomen voor het Rijk jegens medeoverheden in geval van overschrijding van de EMU-norm. Op de Wet HOF is al de nodige kritiek geuit,<sup>121</sup> maar bij gebreke van de tekst van het voorstel is het nog te prematuur om hierover een standpunt in te nemen. Deze ontwikkelingen en de gevolgen daarvan voor de onderlinge verhouding tussen overheden zullen dus moeten worden afgewacht.

116 Artikel 1 Protocol (nr. 20) (1992) bij het EG-verdrag betreffende de procedure bij buitensporige tekorten. Uit de Voorjaarsnota 2011 blijkt dat – nu Nederland's EMU-saldo hoger is dan 3% van het BBP – Nederland maatregelen moet nemen om dit tekort terug te dringen met 0,75% per jaar. Met de maatregelen aangekondigd in de Voorjaarsnota 2011 voldoet Nederland daaraan volgens het kabinet (*Kamerstukken II* 2010/2011, 32 500, nr. 1, p. 15).

117 Advies van 17 januari 2008, W04.0482/I.

118 De regering (*Kamerstukken* 2007/08, 31 360, nr. 3, p. 5) stelt dat de boetedoorbelasting er niet toe mag leiden dat gemeenten en provincies dubbel worden gepakt: zowel via de boete als via de lagere accres-uitkering omdat de boete daarin zou zijn verwerkt.

119 Persbericht ministerie van Financiën naar aanleiding van de Ministerraad van 23 december 2011: <<http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/persberichten/2011/12/23/verankering-europese-afspraken-in-wet-houdbare-overheidsfinancien.html>>

120 De wet is onder meer aangekondigd in het Nationaal Hervormingsprogramma Nederland 2011 van het ministerie van EL&I. Zie: <[http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nrp/nrp\\_netherlands\\_nl.pdf](http://ec.europa.eu/europe2020/pdf/nrp/nrp_netherlands_nl.pdf)>

121 Zie onder meer: <<http://www.binnenlandsbestuur.nl/financien/nieuws/provincies-in-hun-maag-met-wet-overheidsfinancien.3949442.lynkx>> en <<http://www.binnenlandsbestuur.nl/financien/nieuws/wet-hof-frustreert-investeringen-in-lokale.7571577.lynkx>>

### 6.2.9 Conclusie paragraaf 6.2

In deze paragraaf is ingegaan op de Europese dimensie van verhaal voor zover het specifieke verhaalsregelingen –of praktijken betreft op grond waarvan EVRM- of EU-claims worden verhaald. Het algemene beeld dat dit oplevert, is dat sprake is van een grote variëteit. Duidelijk is ook dat de laatste jaren meer aandacht bestaat voor (publiekrechtelijke) regresrechten teneinde schade te verhalen die de Staat lijdt die medeoverheden met hun schending van het EU-recht veroorzaken. Dat is niet het geval voor schendingen van het EVRM.

Wat het verhalen van EVRM-claims betreft, geldt dat er geen bijzondere regeling bestaat maar dat in de informele praktijk verantwoordelijke ministeries aan BuZa de door BuZa in het kader van het EVRM uitbetaalde bedragen, vergoeden. Medeoverheden wordt hier niet om gevraagd. De praktijk lijkt naar tevredenheid te werken. In feite kan dit ook worden gezegd van de uitvoeringspraktijk die in de jurisprudentie van de bestuursrechter is ontwikkeld met betrekking tot overschrijdingen van de redelijke termijn door bestuursorganen en bestuursrechters. EVRM-conforme interpretatie van artikel 8:73 Awb en 8:26 Awb biedt de mogelijkheid om het verzoek om schadevergoeding in één keer af te handelen met de vermeende schenders (Staat respectievelijk andere overheden).

De wetgevingsinitiatieven voor het verhalen van 'EU-claims' laten een versnipperd beeld zien: de Wet NERpe die inmiddels de Wet TES heeft vervangen en het wetsvoorstel Terugvordering Staatssteun. Verhaalsrechten vormen een vast onderdeel van deze wettelijke regelingen. Duidelijk is echter dat in geen van deze wetgevingsinitiatieven aandacht is voor omgekeerd verhaal of compensatie aan medeoverheden in geval van implementatiefouten. Het kabinet verklaart alleen dat in die gevallen geen gebruik zal worden gemaakt van het verhaalsrecht. Een tweede onduidelijkheid betreft de verhouding tot andere verhaalsregelingen (bijvoorbeeld die van de Regeling Medebewind GLB). Evenmin zijn de criteria waaronder kan worden verhaald verre van duidelijk. Soms wordt gesproken van 'ernstige nalatigheid', dan weer van 'verzuim' of van een nalatigheid of misbruik dat kan worden 'aangerekend' of 'toerekenbaar' is. In het verlengde van deze onduidelijkheid ligt de vraag of en zo ja, hoe factoren als eigen schuld of medeschuld de verhaalsbevoegdheid kunnen corrigeren. Voorts wordt geen aandacht besteed aan de mate waarin een medeoverheid of uitvoerende overheid jegens het Rijk c.q. de regelgevende overheid beschikt over eigen verantwoordelijkheid bij de uitvoering van EU-recht. Tot slot zijn geen specifieke waarborgen ontwikkeld teneinde de illusoire (proces)positie van medeoverheden in de Europese arena te ondervangen.



### 6.3 VERHAALSBEVOEGDHEDEN VOOR EUROPESE CLAIMS OP GROND VAN DE AWB-SUBSIDIETITEL

#### 6.3.1 Inleiding

Terugvordering van subsidiegelden is in de regel geen bevoegdheid waarmee men gelden tracht te verhalen die men op grond van een andere verplichting aan een ander heeft moeten uitkeren. Desondanks kan de terugvorderingsbevoegdheid wel als zodanig worden gebruikt. Ter illustratie dat dit ook gebeurt, kan worden gewezen op de volgende uitspraak.

*In het kader van het ESF-programma 1997-2000 heeft de Minister van SZW verschillende ESF-subsidies lager vastgesteld en de teveel betaalde voorschotten teruggevorderd. Enkele van de ontvangers waren ook overheden zoals bijvoorbeeld de Staatssecretaris van OCW die subsidie had aangevraagd in verband met een aantal projecten waarmee men de deelname aan de arbeidsmarkt door zeer moeilijk opvoedbare jongeren trachtte te bevorderen.<sup>122</sup>*

#### 6.3.2 Terugvordering in de Awb

De subsidierelatie is geen rechtsrelatie die exclusief is gereserveerd voor overheden. Integendeel. Als subsidie-ontvanger en subsidie-verstrekker hebben overheden over en weer dezelfde aanspraken c.q. bevoegdheden die elke subsidie-ontvanger en –verstrekker zou hebben.

In het kader van de subsidieverhouding tussen de minister die het aangaat en het bestuursorgaan van een medeoverheid bevat titel 4.2 Awb mogelijkheden tot wijziging en intrekking van de subsidie. Zo lang de subsidie nog niet is vastgesteld, geeft de Awb twee mogelijkheden om de subsidieverlening in te trekken c.q. ten nadele van de ontvanger te wijzigen en wel in de limitatief opgesomde gevallen van artikel 4:48 Awb (*ex tunc*) respectievelijk artikel 4:50 Awb (*ex nunc*). Bij Europese subsidies geldt dat in de praktijk bij de subsidieverleningsbeschikking het voorbehoud al is opgenomen dat de verlening alsnog kan worden ingetrokken en onverschuldigd uitbetaalde subsidiegelden kunnen worden teruggevorderd als de Europese Commissie onregelmatigheden constateert. Nederland is als lidstaat verplicht tot terugvordering van onregelmatig verkregen financiële middelen. De subsidie kan lager worden vastgesteld (ex artikel 4:46 Awb) hetgeen – indien reeds een voorschot is uitbetaald – eveneens tot verrekening c.q. terugvordering leidt.

---

122 CRvB 21 oktober 2004, LJN AR4862.

Ook de subsidievaststelling kan worden ingetrokken c.q. worden gewijzigd ten nadele van de subsidieontvanger. Dit blijkt uit artikel 4:48 Awb. Ook hiervoor geldt dat dit mogelijk is in de daar genoemde limitatief opgesomde gevallen. De gedachte hierachter is dat de vaststelling de subsidieontvanger een 'onvoorwaardelijke aanspraak' geeft op uitbetaling van de vastgestelde gelden (geen voorwaardelijke vaststelling).<sup>123</sup> Omwille van de rechtszekerheid heeft de wetgever bepaald dat een vaststellingsbeschikking niet meer kan worden ingetrokken c.q. gewijzigd na vijf jaar vanaf de bekendmaking van het vaststellingsbesluit (artikel 4:57, derde lid, Awb).<sup>124</sup> Wat EU-subsidies betreft, heeft de wetgever afstand genomen van deze termijn. In de zogenoemde subsidiekaderwetten (Kaderwet EZ-subsidies,<sup>125</sup> Kaderwet LNV-subsidies,<sup>126</sup> Kaderwet subsidies ministerie van Buitenlandse Zaken,<sup>127</sup> Kaderwet subsidies Verkeer en Waterstaat,<sup>128</sup> Kaderwet SZW-subsidies<sup>129</sup> en de Kaderwet volksgezondheidssubsidies<sup>130</sup> en de Wet overige OCW-subsidies) is bepaald dat genoemde termijn niet geldt wanneer de subsidie wordt ingetrokken vanwege strijd met een internationaalrechtelijke verplichting. Gedacht is voornamelijk aan het verbod op staatssteun maar in de MvT (bijvoorbeeld bij de Kaderwet EZ-subsidies) blijkt dat ook andere verdragen verplichtingen kunnen opleggen die van belang kunnen zijn bij subsidieverstrekking.<sup>131</sup> Tot slot kunnen ook ministeriële subsidieregelingen die zijn gebaseerd op formele wetten specifieke terugvorderingsbepalingen bevatten.<sup>132</sup>

De bevoegdheid tot terugvordering uit hoofde van de Awb is discretionair van aard (artikel 4:57, eerste lid, Awb). Die bevoegdheid moet dus in overeenstemming worden gebruikt met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, zoals het gelijkheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het rechtszekerheidsbeginsel en het evenredigheidsbeginsel van artikel 3:4,

123 Den Ouden et al. 2011, p. 69.

124 Of na vijf jaar vanaf 'de schending van de na de vaststelling voortdurende verplichting', zie Den Ouden et al. 2011, p. 135.

125 *Stb.* 1997, 637 (inwerkingtreding).

126 *Stb.* 1997, 751 (inwerkingtreding).

127 *Stb.* 1998, 740 (inwerkingtreding).

128 *Stb.* 1997, 581 (inwerkingtreding).

129 *Stb.* 1997, 758 (inwerkingtreding).

130 *Stb.* 1998, 437 (inwerkingtreding).

131 *Kamerstukken II* 1995/96 24 416 nr. 3, p. 9 en *Kamerstukken II* 1996/97, 25 280, nr. 3, p. 84.

132 Bijvoorbeeld de Regeling Duurzaam Veilig (*Stcrt.* 1998, 62) (gebaseerd op het Besluit Infrastructuurfonds dat weer gebaseerd is op de Wet Infrastructuurfonds). Uit hoofde van de wet kunnen subsidies worden verleend ten behoeve van onder meer de aanleg en het beheer van infrastructuur die door het Rijk wordt beheerd. Op grond van de Regeling Duurzaam Veilig kan subsidie uit het fonds worden verstrekt voor onder meer infrastructurale maatregelen die de betrokken regio veiliger maken. Onverschuldigde subsidiebedragen kunnen op grond van artikel 20 van de Regeling Duurzaam Veilig worden teruggevorderd.

tweede lid, Awb. Eventueel verschuldigde wettelijke rente als niet binnen de termijn de onverschuldigd betaalde subsidiegelden worden terugbetaald, kan worden gevorderd op grond van het in het kader van de vierde tranche in werking getreden artikel 4:98 Awb. Voor het aanvullend vorderen van rente over de periode waarin de subsidie-ontvanger achteraf ten onrechte de als voorschot verleende subsidiegelden onder zich had, zal een wettelijke basis moeten bestaan.<sup>133</sup> Na het terugvorderingsbesluit van artikel 4:57, eerste lid, Awb rust op de subsidie-ontvanger dus een verplichting tot betaling in de zin van een bestuurlijke geldschuld en is titel 4.4 Awb op de inning daarvan van toepassing.

De hiervoor besproken terugvorderingsmogelijkheden betreffen de terugvordering van subsidies in het algemeen. Zoals in Hoofdstuk 3 is beschreven, is deze bevoegdheid ook aangewend voor de terugvordering van ESF-gelden. Door de Europeanisering van het vertrouwensbeginsel die met de *Cedris*-jurisprudentie plaats heeft gevonden, zijn de meeste ESF-terugvorderingacties succesvol afgerond. Vanwege het ontbreken van een subsidierelatie tussen het Rijk en de medeoverheid kan de Awb-subsidietitel niet worden gebruikt voor de terugvordering van andere EU-subsidiegelden zoals ELGF-, ELFPO- en EFRO-middelen. Hiervoor zou de bijzondere terugvorderingsbevoegdheid uit de Wet NERpe en diens voorganger de Wet TES uitkomst kunnen bieden. Deze bevoegdheid is echter bij mijn weten nooit c.q. nog niet aangewend.

### 6.3.3 Conclusie paragraaf 6.3

De subsidierelatie die door de Awb wordt gereguleerd, is in de eerste plaats niet specifiek toegesneden op overheden. Dat betekent dat tussen overheden-subsidieontvangers respectievelijk -verstrekkers dezelfde rechten en plichten bestaan als in reguliere Awb-subsidieverhoudingen.

In de tweede plaats kan worden vastgesteld dat de terugvorderingsbevoegdheid die in de Awb-subsidietitel is neergelegd ook wordt gebruikt om ESF-subsidiegelden te recupereren die het Rijk eerder aan de EU heeft moeten betalen. In het kader van de Europeanisering van het vertrouwensbeginsel die met de *Cedris*-jurisprudentie plaats heeft gevonden, zijn de problemen bij terugvordering te verwaarlozen.

Concluderend kan worden opgemerkt dat voor de terugvordering van ELGF-, ELFPO- en EFRO-middelen het verhaalsrecht uit de Wet TES c.q. de Wet NERpe kon/kan worden gebruikt. Daartoe is de betrokken minister echter niet overgegaan.

---

133 o.m. ABRvS 10 juli 2002, AB 2003, 123 m.nt N. Verheij en ABRvS 11 januari 2006, AB 2006, 208 m.nt. W. den Ouden (BPM-zaak).

#### 6.4 VERHAALSBEVOEGDHEDEN VOOR EUROPESE CLAIMS OP GROND VAN HET BURGERLIJK RECHT

##### 6.4.1 Inleiding

Bij gebrek aan bijzondere verhaalsregelingen zal een overheid die 'Europese' schade wil verhalen, gebruik moeten maken van het burgerlijk recht. Er is zeer weinig tot geen gepubliceerde jurisprudentie over dit onderwerp.

Wat het EVRM betreft, zijn die zaken er eigenlijk niet (paragraaf 6.4.2). Wel wordt de Staat met enige regelmaat aansprakelijk gehouden vanwege schending van het EVRM. Hoewel het tot op heden niet tot een veroordeling is gekomen naar nationaal recht is in een aantal van die zaken, zoals *Volendam* en *Enschede*, wel degelijk sprake van betrokkenheid van een medeoverheid. In dit verband moet wel worden gewezen op enkele verschuivingen in de rechtsmachtverdeling tussen de burgerlijke rechter en de bestuursrechter met betrekking tot vergoeding van immateriële schade vanwege overschrijding van de redelijke termijn door de bestuursrechter. Sinds een richtinggevende uitspraak van de CRvB in 2004 is de bestuursrechter zelf gaan vaststellen of de redelijke termijn in de rechterlijke procedure is geschonden.<sup>134</sup> De bestuursrechter had daarmee de vaststelling van de schade aan zich getrokken maar niet de bepaling van de omvang van de immateriële schade die door de schending van de redelijke termijn was veroorzaakt:

'Volledigheidshalve merkt de Raad [Centrale Raad van Beroep, *opm. CdK*] op dat hij ook thans vasthoudt aan zijn rechtspraak dat een belanghebbende zich voor de vaststelling van de gevolgen die moeten worden verbonden aan schending van een redelijke termijn bij de rechterlijke behandeling van een zaak tot de burgerlijke rechter dient te wenden. Bij gebreke aan een wettelijke voorziening ter zake komt in het Nederlandse rechtssysteem het oordeel over de beweerdelijk geleden — en door de Staat te vergoeden — schade toe aan de burgerlijke rechter (...).'

Onduidelijk was in hoeverre de burgerlijke rechter zich gebonden achtte aan het oordeel van de bestuursrechter. Dit oordeel was namelijk gegeven in een procedure waar de Staat — als verantwoordelijk rechtspersoon voor de rechtbanken, gerechtshoven, de ABRvS, de CRvB en het CBB — geen partij bij was geweest en dientengevolge daarover ook niet was gehoord.<sup>135</sup> In 2008/2009 is hierin verandering gekomen met dien verstande dat de ABRvS zich aan de hand van EVRM-conforme interpretatie van artikel 8:73 Awb bevoegd verklaarde om ook de omvang van de schadevergoeding vast te stellen. Deze ontwikkeling is eerder in dit hoofdstuk besproken. Sindsdien is de bestuursrechter dus zelf bevoegd geworden om over een dergelijk schadeverzoek te

134 CRvB 8 december 2004, *AB* 2005, 73 m.nt. H.E. Bröring. Verwezen werd nog naar vaste jurisprudentie: CRvB 4 juli 2003 *RSV* 2003/211 en *USZ* 2003/267, *AB* 2003, 450 m.nt. H.E. Bröring.

135 Zie onder meer: Barkhuysen & Van Etekoven p. 130.

oordelen vanwege de schending van de redelijke termijn door de bestuursrechter. Om die reden is dit onderwerp daar aan bod gekomen en wordt hieraan in deze paragraaf geen nadere aandacht besteed.

Wat de EU-claims betreft, zijn er in het verleden twee zaken geweest waarin het Rijk tegenover een medeoverheid kwam te staan vanwege een schending van het EU-recht (paragraaf 6.4.3).

Alvorens hierop nader in te gaan, een kort woord over de vraag in hoeverre het Rijk in geval van verhaal gebruik mag maken van het BW.

Zoals uit paragraaf 6.2 is gebleken, bestaan er alleen voor wat betreft het EU-recht bijzondere regelingen omtrent verhaal. Voor de niet in deze regelingen opgenomen verplichtingen zal daarom geen probleem ontstaan. Wel dient men erop bedacht te zijn dat met inwerkingtreding van de Wet NERpe een publiekrechtelijk verhaalsrecht in het leven is geroepen dat verhaal van door het HvJEU opgelegde boetes en/of dwangsommen mogelijk maakt. In hoeverre deze regeling uitputtend bedoeld is, is niet geheel helder. De opmerking van de regering dat niet valt in te zien waarom met de mogelijkheid van publiekrechtelijk verhaal nog behoefte zou bestaan aan privaatrechtelijke mogelijkheden, lijkt eerder van praktische aard.<sup>136</sup> Desalniettemin lijkt mij dat de *Windmill*-criteria met zich mee zullen brengen dat de privaatrechtelijke weg is afgesloten.

Een voorbeeld van een verhaalsmogelijkheid waar het bestuur indertijd uitdrukkelijk voor verhaal op grond van artikel 6:162 BW heeft gekozen, is het verhaalsrecht voor boetes en dwangsommen vanwege schending van het aanbestedingsrecht. Dergelijke boetes of dwangsommen zijn tot op heden nog niet opgelegd aan Nederland. Wel heeft de minister in het verleden in een circulaire aangekondigd deze boetes en/of dwangsommen met behulp van artikel 6:162 BW te zullen verhalen op de aanbestedingsplichtige entiteit.<sup>137</sup> Volgens de minister handelt de aanbestedende dienst onzorgvuldig jegens het belang van de Staat wanneer deze de aanbestedingsregels overtreedt en bij de aanbestedende dienst 'de wetenschap bestond dat de Staat ingeval van een inbreuk op zijn EU-verdragsverplichtingen tot betaling van een EU-boete veroordeeld kon worden.' Met inwerkingtreding van het specifieke publiekrechtelijke verhaalsrecht van de Wet NERpe mag deze bevoegdheid niet meer gebruikt worden.<sup>138</sup>

---

136 Zie in investigende zin: Den Ouden 2003, p. 39 en *Kamerstukken II*, 27 572, nr. 3, p. 19 waar de regering overweegt 'Niet valt in te zien dat naast deze nieuwe publiekrechtelijke mogelijkheid nog behoefte is aan privaatrechtelijk verhaal'.

137 De circulaire 'Verhaal EG-boetes' van 10 februari 1993. De circulaire is gericht aan provincies, gemeenten, waterschappen en politieregio's.

138 Zo deze al succesvol zou zijn: zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 572, nr. 3, p. 18.

Bij gebreke van een omgekeerd verhaalsrecht zal er voor medeoverheden geen belemmering zijn om van het privaatrecht gebruik te maken om schade te verhalen op het Rijk.

Hierna wordt de schaarse jurisprudentie uiteengezet met betrekking tot verhaal van 'EVRM-claims' (paragraaf 6.4.2) respectievelijke 'EU-claims' (paragraaf 6.4.3). Deze paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 6.4.4).

#### 6.4.2 Verhaal van schadevergoeding voldaan vanwege schending EVRM

Hierna is onderzocht of tussen medeoverheden en de rechtspersoon de Staat juridische procedures zijn gevoerd in het kader van de vaststelling c.q. verdeling van aansprakelijkheid voor schendingen van het EVRM die niet (alleen) door de medeoverheid zijn veroorzaakt. Voor schendingen van de redelijke termijn in het licht van artikel 6 zij verwezen naar paragraaf 6.2.2.

Vooralsnog heb ik in de literatuur of jurisprudentie geen relevante nationale zaak kunnen identificeren waarin de vordering is gehonoreerd van een medeoverheid op de Staat om de schade te vergoeden die de medeoverheid lijdt vanwege een schending van het EVRM die niet (alleen) door de medeoverheid is veroorzaakt.

In de literatuur<sup>139</sup> wordt wel verwezen naar een zaak waarin artikel 26 IVBPR centraal stond en waarin het ene publiekrechtelijke lichaam, het andere in vrijwaring opriep.<sup>140</sup> De feiten in deze zaak waren als volgt. Een aantal Antilliaanse ongehuwde leerkrachten spanden een procedure aan tegen de stichting Rooms-Katholiek Centraal Schoolbestuur. De ongehuwde leerkrachten maakten bezwaar tegen het onderscheid tussen gehuwd en ongehuwd personeel bij de salariëring van leerkrachten op Curaçao. De stichting Rooms-Katholiek Centraal Schoolbestuur is een '*emanation des pouvoirs publics*':<sup>141</sup>

'een lichaam ongeacht zijn juridische vorm, dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat hiertoe over bijzondere, verder gaande bevoegdheden beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden.'<sup>142</sup>

Deze stichting riep vervolgens de openbare rechtspersoon Het Eilandgebied Curaçao in vrijwaring op. Beide procedures speelden zich af voor het Gerecht van Eerste Aanleg te Curaçao. Die wees het verzoek van de ongehuwden af en verklaarde het schoolbestuur in het vrijwaringsincident niet-ontvankelijk. De zaak werd uiteindelijk voorgelegd aan de Hoge Raad. Die

139 R. de Lange in zijn noot bij *Acciardi*.

140 HR 7 mei 1993, NJ 1995, 259 m.nt. E.A. Alkema, AB 1993, 440 m.nt. T. Loenen en *NJCM-bulletin* 1993, p. 694-699 m.nt. A.W. Heringa.

141 Zie conclusie A-G paragraaf 5.

142 HvJEG zaak C-188/89, Foster, *Jur.* 1990, I-3313, NJ 1992, 762.

oordeelde op 7 mei 1993 dat inderdaad sprake is van ongerechtvaardigde ongelijke behandeling, vernietigde de uitspraak van het Hof en wees de zaak terug. Wat de uitkomst is geweest (dus of de vrijwaring is geslaagd), is niet bekend.

Vastgesteld kan worden dat ten gevolge van recente rampen zoals de Vuurwerkcramp in Enschede slachtoffers zowel de gemeente als de Staat dagvaardden. Dit blijkt ook uit de uitspraak van de rechtbank inzake de *Vuurwerkcramp in Enschede*.<sup>143</sup> De inzet van de zaak is de Staat en de gemeente hoofdelijk te veroordelen tot vergoeding van de door eisers geleden schade. Eisers stellen dat sprake is van schending van artikel 2 en 8 EVRM en artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Tegen de gemeente zijn bezwaren aangevoerd met betrekking tot de vergunningverlening en het gebrek aan toezicht en handhaving. De Staat wordt onrechtmatig handelen verweten vanwege onjuiste advisering bij de vergunningverlening en gebrekkig toezicht. De Haagse rechtbank heeft inmiddels geoordeeld dat noch de Staat noch de gemeente Enschede aansprakelijk kunnen worden gehouden voor de ramp. In de literatuur is veel kritiek op deze uitspraak gekomen. Zo heeft men zich met name afgevraagd of de uitspraak niet in strijd was met belangrijke uitspraken van het EHRM zoals *Öneriyildiz*. Vaststaat dat wanneer wel een veroordeling was uitgesproken interessante vragen zouden hebben gespeeld met betrekking tot de draagplicht van de gemeente respectievelijk de Staat.

Concluderend kan worden opgemerkt dat tussen overheden niet of nauwelijks wordt geprocedeerd over het verhalen van schade die is uitgekeerd vanwege een schending van het EVRM. Dat ligt bijna niet anders bij schendingen van EU-recht, zoals hierna blijkt.

#### 6.4.3 Verhaal van schadevergoeding voldaan vanwege schending EU-recht

Voor verhaal van schade die is voldaan vanwege schending van EU-recht zijn twee zaken van belang: de zaak *Acciardi III*<sup>144</sup> en de zaak *Lubsen*.<sup>145</sup> Bij de bespreking van beide zaken zal ik teruggrijpen op de terminologie die ik in

143 Rb 's-Gravenhage 24 december 2003, *JB* 2004, 69 m.nt. C.L.G.F.H. Albers en *NJCM-Bulletin* 2004, p. 698-722 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik. Zie ook Rb 's-Gravenhage 13 december 2006, *NJ* 2007, 197 waarin eveneens de vordering tegen de Staat respectievelijk de Staat en de gemeente zijn afgewezen. Zie tot slot de afwijzende uitspraak van het Gerechtshof te Den Haag van 30 september 2008, *LJN* BF 1789 (in hoger beroep tegen Rb 's-Gravenhage 9 november 2005, *LJN* AU 5877). In deze zaak was alleen de Staat der Nederlanden gedagvaard en niet de gemeente. Het Hof wijst de vordering van eisers af: het Hof overweegt o.m. in r.o. 18 dat het feit dat S.E. Fireworks zijn vergunning niet naleefde niet toegerekend kan worden aan de Staat. Zie ook de uitspraak van de Hoge Raad in deze zaak die het cassatieberoep afwijst: HR 9 juli 2010, HR 9 juli 2010, *Leges* Turkse migranten, *AB* 2011, 11 m.nt. G.A. van der Veen en *JB* 2010/174 m.nt. R.J.B. Schutgens.

144 Rechtbank Amsterdam 11 september 1996, *Rawb* 1997, nr. 23 m.nt. R. de Lange en *JB* 1996, 237 (zie ook artikel M.L.H.K. Claes *JB* 1996, 226).

145 Rb. Utrecht 25 oktober 1995, *JB* 1995/305. Zie ook artikel M.L.H.K. Claes *JB* 1996, 226.

Hoofdstuk 5 heb gebruikt: externe aansprakelijkheid (aansprakelijkheid van de overheid jegens een derde) en interne aansprakelijkheid (onderlinge draagplicht tussen overheden).

In de zaak *Acciardi* die wordt besproken in paragraaf 6.4.3.1, staat de onderlinge verdeling van aansprakelijkheid tussen de gemeente Amsterdam en de Staat centraal (interne aansprakelijkheid). De zaak *Lubsen* die wordt besproken in paragraaf 6.4.3.2, betreft de aansprakelijkheid van de gemeente Abcoude c.q. de Staat jegens mevrouw Lubsen (externe aansprakelijkheid). Nadat beide zaken zijn besproken, zullen twee aspecten aan bod komen die van belang zijn voor de beantwoording van de centrale vraag van dit onderzoek: het relativiteitsvereiste en de *Costanzo*-verplichting (paragraaf 6.4.3.3 respectievelijk paragraaf 6.4.3.4). Deze paragraaf wordt afgesloten met een tussenconclusie (paragraaf 6.4.3.5).

#### 6.4.3.1 De zaak *Acciardi*

De gemeente Amsterdam merkt de heer Acciardi bij de vaststelling van de IOAW-uitkering<sup>146</sup> aan als alleenstaande conform artikel 5 lid 2 IAOW. Uiteindelijk komt in rechte vast te staan dat de bestreden beschikking in strijd is met EU-recht en dat de heer Acciardi aangemerkt moet worden als ‘gehuwd’ hetgeen waarschijnlijk grote budgettaire gevolgen zal hebben gehad. Omdat de gemeente wel de nabetaling uitkeert, maar niet de daarover verschuldigde wettelijke rente, schade en buitengerechtelijke kosten, spant de heer Acciardi een procedure aan op grond van artikel 6:162 BW.

De aldus aangesproken gemeente roept de Staat der Nederlanden in vrijwaring<sup>147</sup> op omdat het de Staat is die de IOAW-bepalingen in strijd met het EU-recht heeft vastgesteld en die de gemeente, geroepen in gebonden medebewind, heeft gedwongen tot het eerdere onrechtmatig handelen jegens Acciardi. De rechtbank Amsterdam doet uitspraak in de hoofdzaak: de gemeente is aansprakelijk jegens de heer Acciardi. De schadevorderingen van de heer Acciardi worden toegewezen. In dezelfde uitspraak wijst de rechtbank ook de vrijwaring toe: de Staat moet de schade die de gemeente aan de heer Acciardi moet betalen, vergoeden.

In de vrijwaring verweert de Staat zich met de stelling dat niet de Staat onrechtmatig heeft gehandeld jegens de heer Acciardi maar de gemeente. Die moet uit hoofde van zijn *Costanzo*-verplichting zelf op juiste wijze het EU-recht uitvoeren. De rechtbank vult de onderlinge aansprakelijkheid daarentegen aldus in dat het de wetgever (dus de Staat) is die de gemeente dwingt tot het onrechtmatig handelen jegens Acciardi. Dat is onrechtmatig jegens de gemeente. De redactie van de nationale bepaling (gebonden mede-

---

146 Een uitkering krachtens de Wet Inkomensvoorziening Oudere en Gedeeltelijk Arbeidsongeschikte Werkloze Werknemers.

147 Artikel 210 Rv (artikel 68 Rv (oud)).



bewind) verhindert de gemeente om zijn *Costanzo*-verplichting na te komen. Het is de vraag of dit ook zo is, maar daarover later meer.

Een tweede verweer van de Staat was dat de vastgestelde regelgeving (artikel 5 IOAW) niet onrechtmatig was *jegens* de gemeente omdat de geschonden norm (uit de verordening) niet strekte tot bescherming tegen de schade die de gemeente leed. Ook dit verweer passeert de rechtbank:

‘9.4 Het verweer van de Staat dat de in het geding zijnde geschonden norm is te vinden in artikel 68 van de hiervoor genoemde verordening wordt eveneens verworpen. Terecht heeft de Gemeente zich op het standpunt gesteld dat de Staat de zorgvuldigheidsnorm die strekt tot bescherming van haar belangen heeft geschonden. De zorgvuldigheidsnorm gebiedt de Staat zich ervan te weerhouden wetgeving uit te vaardigen die noopt tot onrechtmatig handelen. Die norm strekt tot bescherming van de belangen van degene die tot een dergelijk handelen wordt verplicht. In het onderhavige geval is dat de Gemeente.’

Daarmee slaagt ook het relativiteitsverweer van de Staat niet. Jegens de heer Acciardi (externe aansprakelijkheid) is dus onrechtmatig gehandeld omdat wetgeving is vastgesteld in strijd met het EU-recht. Er is dus geen sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid. De Staat is geen schuldenaar van de heer Acciardi. Zowel het handelen van de Staat als dat van de gemeente is wellicht onrechtmatig jegens Acciardi maar alleen het handelen c.q. nalaten van de gemeente Amsterdam, zal wat causaal verband betreft, de schade daadwerkelijk veroorzaken (indirect werkende regelgeving). De ‘eigen’ rechtsverhouding tussen de Staat en de gemeente maakt dat de Staat de gemeente moet vrijwaren. De geschonden norm in dat verband is de zorgvuldigheidsnorm. Deze houdt in dat de Staat jegens de gemeente verplicht is om zich te onthouden van het uitvaardigen van onverbindende regelgeving.

Het handelen in strijd met de zorgvuldigheidsnorm is contextgebonden en hangt met andere woorden samen met de omstandigheden van het geval. De Hoge Raad heeft zich tot op heden niet uitgesproken over de hier door de rechtbank geaccepteerde zorgvuldigheidsnorm die tussen het Rijk en een in medebewind groepen medeoverheid bestaat. De gebondenheid van de medebewindstaak leidt hier dus tot een doorbraak van aansprakelijkheid. Daar waar in medebewind normaal gezien alleen de gemeente aansprakelijk is, kan de gemeente zich gevrijwaard weten door de Staat. Dat maakt in feite de Staat tot draagplichtige. De vraag dringt zich op of deze uitspraak van de rechtbank bij de Hoge Raad zou standhouden. Dat is niet bekend omdat op de uitspraak *Acciardi II* geen gelijksoortige uitspraak is gevolgd. Evenmin is mij gebleken van een uitspraak in hoger beroep.

#### 6.4.3.2 De zaak *Lubsen*

De tweede relevante zaak is *Lubsen*. In deze zaak is sprake van een niet tijdig geïmplementeerde richtlijnbeveling terwijl het college van B&W van de gemeente Abcoude in gebonden medebewind is groepen in het kader van de Wet Werkloosheidsvoorziening (WWV). Op grond van artikel 13, lid 1, sub 1 WWV weigert het bestuursorgaan mevrouw Lubsen een vervolg WW-

uitkering. In de procedure tegen dit besluit komt naderhand in rechte vast te staan dat enkele bepalingen uit de WWV in strijd zijn met niet tijdig geïmplementeerde richtlijnbevestigingen.<sup>148</sup> Ook dit zal aanzienlijke budgettaire implicaties hebben gehad. Mevrouw Lubsen ontvangt in ieder geval alsnog met terugwerkende kracht de uitkeringstermijnen. Ook hier worden de wettelijke rente en buitengerechtigde kosten niet vergoed. Om deze kosten vergoed te krijgen, dagvaardt mevrouw Lubsen zowel de Staat als de gemeente Abcoude op grond van artikel 6:162 BW. De vraag die bij de rechtbank voorligt, is: wie is aansprakelijk?

De rechtbank beredeneert aan de hand van *Francovich* dat de gemeente als overheidsorgaan evenzeer als de Staat gehouden is tot richtlijnconforme toepassing van nationale regelingen. De gemeente is dus naast de Staat hoofdelijk aansprakelijk. Met andere woorden: ieder voor het geheel van de schade van mevrouw Lubsen. De schuldenaar die de gehele schade voldoet, heeft regres op zijn medeschuldenaar. De rechtbank laat zich niet uit over de vraag wie van beide overheden de draagplichtige is of in welke mate elk van beide overheden draagplichtig is. In het licht van *Acciardi II* zou de Staat wellicht voor 100% draagplichtig moeten zijn. Ook in *Lubsen* is mij niets bekend over hoger beroep of cassatie.

Frappant is wel dat in deze zaak hoofdelijke aansprakelijkheid is aangenomen. Het lijkt mij dat het causaal verband tussen de onrechtmatige daad van de Staat en de schade van mevrouw Lubsen niet zonder meer vaststaat. Bovendien lijkt dit in strijd met de bestaande jurisprudentie van de Hoge Raad over medebewind zoals die besproken is in Hoofdstuk 5. Waarschijnlijk heeft de rechtbank hier een samenloop in de zin van medeschuld (artikel 102 BW) aangenomen. In dat geval zijn de handelingen van de Staat en de gemeente beide *conditiones sine quibus non* van de schade.<sup>149</sup> Dat impliceert dat bij het wegvallen van één van beide handelingen, de schade wegvalt. Dat lijkt het geval te zijn. Als het onrechtmatige wettelijke voorschrift er niet was geweest, was de schade niet ontstaan. Andersom: als het onrechtmatige besluit van het college van B&W van de gemeente Abcoude zou wegvallen, vervalt de schade eveneens.

#### 6.4.3.3 De ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in *Acciardi*

*De Lange* heeft in zijn noot bij *Acciardi* kritiek op de vaststelling door de rechtbank dat de onrechtmatige handeling van de Staat bestaat uit het in strijd met het EU-recht *vaststellen* van artikel 5 IOAW. Ook bekritiseert hij dat dit onrechtmatig wordt geoordeeld jegens de gemeente vanwege strijd met de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Beide punten worden hier geadresseerd.

148 HvJEG zaak C-71/85, FNV, *Jur.* 1986, p. 3855.

149 Sinninghe Damsté, p. 30.

De zorgvuldigheidsnorm die de rechtbank formuleert, bestaat erin dat de Staat de gemeente in gebonden medebewind niet mag dwingen tot onrechtmatig handelen jegens in casu de heer Acciardi. Op deze manier handelt het Rijk dus in strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt.

*De Lange* vraagt zich af of het wel 'nodig' is om de constructie van de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm hier van stal te halen. Enkele paragrafen eerder merkt hij op dat de rechtbank de twee onrechtmatigheidsgronden wel 'wat losjes' door elkaar gebruikt.

In de eerste plaats is aansprakelijkheid op twee onrechtmatigheidsgronden (schending van zowel een geschreven als een ongeschreven norm) niet ongebruikelijk. In de tweede plaats was het beroep op de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm in deze zaak inderdaad 'nodig'. Het handelen in strijd met een wettelijke plicht (te weten: in strijd met EU-recht) is onvoldoende voor het aannemen van onrechtmatigheid jegens de gemeente Amsterdam. De EU-bepaling beschermt immers het belang van Acciardi maar niet dat van de gemeente. Om de vrijwaring toe te kunnen wijzen, zal de Staat echter onrechtmatig jegens de gemeente moeten hebben gehandeld. Eén van de vereisten waar dan aan moet worden voldaan, is het relativiteitsvereiste. Nu er geen sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid zal de geschonden norm jegens Acciardi niet dezelfde zijn als die jegens de gemeente. De 'eigen' rechtsverhouding tussen gemeente en Staat vormt de grondslag voor het verhaal respectievelijk de aansprakelijkheid van de Staat. Die rechtsverhouding wordt volgens de rechtbank beheerst door de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm die de Staat verbiedt een gemeente te dwingen tot onrechtmatig handelen.

Tekenend is dat de Staat alle verweren uit de kast trekt om aan aansprakelijkheid te ontkomen.<sup>150</sup> Zelfs het relativiteitsverweer:

'Mocht dit alles anders zijn dan doet de Staat een beroep op het ontbreken van relativiteit. Volgens de Staat is in het onderhavige geval geen sprake van enige verplichting tot schadevergoeding nu de geschonden norm, dat is volgens de Staat artikel 68 (...), niet strekt tot bescherming tegen schade als door de Gemeente in de onderhavige procedure gevorderd.'<sup>151</sup>

De rechtbank concludeert, zoals gezegd, dat de geschonden norm niet artikel 68, tweede lid, eerste volzin van Vo 1408/71 is, maar dat de Staat een zorgvuldigheidsnorm heeft geschonden door met het vaststellen van artikel 5 IOAW de gemeente tot onrechtmatig handelen te dwingen. Ook deze overweging stuit op kritiek bij *De Lange*. Niet het *vaststellen* van de IOAW is volgens hem onrechtmatig jegens de gemeente maar het *toepassen* ervan. Het is de Staat (wetgever) die de wet vaststelt en de Staat (Minister van Sociale Zaken en

150 Overheden doen dit zeer geregeld. Zie hierover Marseille & Harryvan.

151 Paragraaf 7, tweede helft, van de uitspraak.

Werkgelegenheid) die de wet toepast (weigering schade te vergoeden).<sup>152</sup> Volgens *De Lange* is de onrechtmatige daad in deze zaak

‘het de gemeente houden aan de verplichting om in medebewind de wet uit te voeren en daarvan de kosten te dragen’

Hieruit leid ik af dat het college van B&W de staatssecretaris indertijd heeft verzocht om artikel 5 IOAW anders te mogen toepassen maar dat dit niet is toegestaan en dat het financiële risico op de gemeente werd afgewenteld. Daarover bevat de uitspraak zelf echter geen informatie. Als dit niet het geval is geweest, dringt de vraag zich op of het vaststellen van artikel 5 IOAW jegens de gemeente niet zelfstandig onrechtmatig is. Het is deze bepaling met zijn gebonden bevoegdheid die het college van B&W (de gemeente) gedwongen heeft tot onrechtmatig handelen jegens de heer Acciardi. Hierop kom ik in Hoofdstuk 7 terug.

#### 6.4.3.4 De *Costanzo*-verplichting van B&W

Interessant is ook het verweer van de Staat dat de Staat überhaupt geen onrechtmatige daad heeft gepleegd nu de gemeente zelf op grond van *Costanzo* artikel 5 IOAW buiten toepassing had moeten laten.

Volgens de rechtbank gaat dit verweer niet op nu de uitgevaardigde regelgeving B&W dwingend (in zuiver gebonden medebewind) heeft opgelegd in strijd met het EU-recht te handelen. Zoals uit Hoofdstuk 5 bleek, is het ten eerste de vraag of deze ‘dwang’ wel echt zo sterk is. Ten tweede resteert de vraag of B&W in casu *contra legem* hadden moeten handelen – hetgeen niet is toegestaan – om het medebewind EU-conform uit te voeren. Dit laatste punt wordt in Hoofdstuk 7 geadresseerd. Hierna wordt ingegaan op het eerste punt.

Uit de in Hoofdstuk 5 verrichte evaluatie van de twee rechtvaardigingsgronden (bevoegd gegeven ambtelijk bevel en handelen op grond van wettelijk voorschrift) volgt dat degene die zich hierop beroept wel degelijk een eigen verantwoordelijkheid heeft alvorens tot handelen over te gaan. Ook uit de uitspraak van de Hoge Raad in de *Chipsol*-zaak in 2011 lijkt te kunnen worden afgeleid dat ook bij een in medebewind gegeven aanwijzing de medeoverheid nog enige mate van afwegingsvrijheid of beleidsvrijheid heeft. In die laatste zaak was daarbij relevant dat tegen de aanwijzing rechtsbescherming open stond. Dergelijke rechtsbescherming ligt lastiger bij formele wetgeving waarbij een medeoverheid in gebonden medebewind wordt geroepen.

---

152 Dat de Staat onrechtmatig handelt in de zin van artikel 6:162 BW wanneer hij een wet uitvaardigt en toepast (een beschikking uitvaardigt) die in strijd is met een hogere regeling, blijkt o.m. uit HR 9 mei 1986, o.a. AB 1986, 429 (m.nt. F.H. van der Burg).

Wat hier ook van zij, de *Costanzo*-verplichting van B&W van de gemeente Amsterdam geldt volgens de rechtbank niet in de onderlinge verhouding tussen gemeente en Rijk. In dit verband is het aardig om nog eens te wijzen op de overweging van de minister in het kader van de *Circulaire verhaal EG-boete* in aanbestedingszaken. Volgens de minister handelt de aanbestedende dienst onzorgvuldig jegens het belang van de Staat wanneer deze de aanbestedingsregels overtreedt en bij de aanbestedende dienst 'de wetenschap bestond dat de Staat ingeval van een inbreuk op zijn EU-verdragsverplichtingen tot betaling van een EU-boete veroordeeld kon worden.' Het is interessant of een dergelijke constructie ook voor medeoverheden zou kunnen gelden ten aanzien van hun *Costanzo*-verplichting. Uiteraard geldt de *Costanzo*-verplichting van bestuursorganen primair jegens particulieren die rechten aan EU-recht kunnen ontlenuen. Dat laat onverlet dat mijn stelling is dat de *Costanzo*-verplichting wel degelijk een factor is die meetelt in de interne verhouding. Daarover meer in Hoofdstuk 7.

#### 6.4.3.5 Conclusie paragraaf 6.4.3

Concluderend kan worden vastgesteld dat tussen medeoverheden en de rechtspersoon de Staat nauwelijks juridische procedures worden gevoerd in het kader van de vaststelling c.q. verdeling van aansprakelijkheid voor schendingen van EU-recht die niet (alleen) door de medeoverheid zijn veroorzaakt. In de enige procedure waarin dit wel is gebeurd, is vanwege de zuiver gebonden medebewindsbevoegdheid geconcludeerd tot doorbraak van aansprakelijkheid. Op grond daarvan was alleen de Staat draagplichtig.

#### 6.4.4 Conclusie paragraaf 6.4

In deze paragrafen is stilgestaan bij de Europese dimensie van verhaal voor wat betreft het verhalen van EVRM-claims en EU-claims met behulp van het BW.

Geconcludeerd kan worden dat zich op nationaal niveau nauwelijks zaken hebben voorgedaan waarin met betrekking tot schendingen van het EVRM c.q. het EU-recht verrekeningskwesties of geschillen omtrent aansprakelijkheid hebben gespeeld tussen de Staat en medeoverheden.

Uit de jurisprudentie zijn geen zaken naar voren gekomen waarin overheden zijn veroordeeld op grond van schending van een EVRM-bepaling waarbij vragen naar regres of verhaal op andere overheden speelden. Wel is een vrijwaringsgeschil besproken. In de hoofdzaak werd een schending aangenomen van het IVBPR. Hoe de vrijwaring is afgelopen is echter niet bekend. Hoofdelijke aansprakelijkheid tussen Staat en gemeente had kunnen spelen in de zaak Enschede. Ook daar is het echter niet van gekomen omdat de vorderingen tegen de Staat en de gemeente door de rechtbank zijn afgewezen.

Bij gebrek aan een wettelijke regeling hieromtrent, is eveneens jurisprudentie besproken waarbij schade verhaald werd die moest worden uitgekeerd vanwege schending van het EU-recht. In de zaken *Acciardi II* (gemeen-

te roept Staat in vrijwaring op) en *Lubsen* (gemeente en Staat zijn gedagvaard door benadeelde particulier) zijn de rechtspersoon Staat en de rechtspersoon Gemeente tegenover elkaar komen te staan. De gemeente was hoofdelijk met de Staat aansprakelijk in *Lubsen*. In *Acciardi* was de gemeente aansprakelijk jegens de heer Acciardi maar werd de vrijwaring toegewezen met dien verstande dat de Staat de door de gemeente uit te betalen schadevergoeding aan de gemeente diende te vergoeden.

Dit lijkt tegenstrijdig maar hoeft het niet te zijn.<sup>153</sup> De verklaring hiervoor ligt in het verschil tussen de externe aansprakelijkheid jegens een derde (*Lubsen*) en de interne verdeling van aansprakelijkheid omdat zowel uitspraak wordt gedaan in de hoofdzaak als in het vrijwaringsincident (*Acciardi*).

Extern gezien, zijn gemeente en Staat hoofdelijk aansprakelijk jegens mevrouw Lubsen. Hoewel dit niet geheel in lijn is met de jurisprudentie van de Hoge Raad in normale medebewindszaken heeft de rechtbank hier waarschijnlijk medeschuld in de zin van artikel 6:102 BW aangenomen. Dat houdt in dat elk van de handelingen een *conditio sine qua non* is voor het ontstaan van de schade. Met het wegvallen van één van de handelingen, vervalt in zo'n geval ook de schade.

In *Acciardi* concludeerde de rechtbank niet tot hoofdelijkheid. Dat hoeft ook niet. De heer Acciardi had immers alleen de gemeente gedagvaard. Die was schuldenaar van de heer Acciardi. De Staat niet. Wat de uitvoerende overheid betreft, geldt dat besluitenansprakelijkheid een risico-aansprakelijkheid is: een uitvoerende overheid zoals de gemeente kan zich dus niet aan aansprakelijkheid onttrekken door een beroep te doen op de stelling dat zij geen keuze had (en dus geen schuld) of dat geen sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending. Met de vernietiging van het besluit staat de onrechtmatigheid en de toerekening immers vast.

De geschonden norm die in de 'eigen' rechtsverhouding tussen Staat en gemeente volgens de rechtbank was geschonden, is de zorgvuldigheidsnorm die de Staat verbiedt een gemeentelijk bestuursorgaan tot onrechtmatig handelen te dwingen. In *Acciardi* is volgens de rechtbank de *Costanzo*-verplichting van de gemeente Amsterdam niet relevant in de verhouding tot de Staat. Het is volgens de rechtbank blijkbaar niet zo dat de gemeente de zorgvuldigheidsnorm jegens de Staat schendt door niet haar eigen op grond van het EU-recht rustende verplichting waar te maken. Mijn stelling dat dit onjuist is, wordt uitgewerkt in Hoofdstuk 7. In *Lubsen* heeft de rechtbank zich niet over de onderlinge draagplicht uitgelaten. De vraag is of de rechtbank zou oordelen dat de Staat voor 100% draagplichtig is. In dat geval zou aan de *Costanzo*-verplichting eveneens geen betekenis toekomen in de onderlinge verhouding tussen gemeente en Staat.

---

153 Zie Claes 1996, p. 975-978.

In hoeverre deze redeneringen bij hogere rechters stand zullen houden, blijft overigens gissen want er is op dit punt geen nadere jurisprudentie.

Concluderend kan worden vastgesteld dat onderlinge verrekening of verhaal niet plaatsvindt in het kader van een 'openbare' juridische procedure.

In de volgende paragraaf is onderzocht welke regelingen voor onderling verhaal tussen overheden vanwege schendingen van Europees recht bestaan in Spanje, Frankrijk, Duitsland en België, zodat deze aspecten in Hoofdstuk 7 meegenomen kunnen worden.

## 6.5 ONDERLING VERHAAL TUSSEN OVERHEDEN VANWEGE EUROPESE CLAIMS IN RECHTSVERGELIJKEND PERSPECTIEF

### 6.5.1 *Inleiding*

In deze paragraaf zal kort – enkel ter illustratie – worden ingegaan op de verhaalsregelingen die in enkele EU-lidstaten bestaan om de financiële gevolgen te compenseren van een schending van Europees recht. Daartoe zijn de verhaalsarrangementen in Spanje, Frankrijk, Duitsland en België onderzocht. Voor Frankrijk is gekozen omdat dit land tot driemaal toe is veroordeeld tot het betalen van boetes en dwangsommen aan de EU. Voor Spanje geldt hetzelfde hoewel dit slechts eenmaal is. Voor beide landen geldt dat het recht aldaar wat taal betreft, toegankelijk is. Dit is ook de reden dat Griekenland en Portugal niet in het onderzoek zijn betrokken, hoewel ook deze landen al eerder door het HvJEU zijn veroordeeld tot een boete en/of dwangsom. Voor België is vervolgens gekozen omdat mij reeds bekend was dat daar een verhaalsregeling bestond. Duitsland is interessant omdat het als federatie Länder kent met eigen bevoegdheden die ook bevoegd zijn om EU-recht te implementeren. Het risico op financiële consequenties neemt daardoor aanzienlijk toe. Om die reden is ook Duitsland bij deze inventarisatie betrokken.

### 6.5.2 *Verhaalsregelingen in Spanje, Frankrijk, Duitsland en België*

Spanje is geen federatie maar is vanwege zijn 17 autonome regio's ('las Comunidades Autónomas'<sup>154</sup>) evenmin een klassieke gedecentraliseerde eenheidsstaat. Het is zoals men het in Spanje zelf omschrijft: een 'Estado de las Autonomías'. Zoals uit Hoofdstuk 3 is gebleken, is Spanje indertijd door het HvJEU veroordeeld tot betaling van een dwangsom ex artikel 260 lid 2 VwEU.<sup>155</sup> Spanje beschikt niet over een algemene verhaalsregeling voor het

154 Zie hierover uitgebreid Prakke & Kortmann (red.) p. 862 e.v.

155 HvJEG zaak C-278/01, *Jur.* 2003, I-14141. De dwangsom werd opgelegd vanwege het niet treffen van de noodzakelijke maatregelen in het kader van de kwaliteit van de zwembinnenwateren.

verhalen van dergelijke schade op de betrokken medeoverheid. Wel kent het Spaanse recht volgens Plaza twee bepalingen op grond waarvan een soort regres door de centrale overheid kan plaatsvinden op de autonome regio's.<sup>156</sup> Plaza wijst op artikel 7 van de Ley 38/2003 General de Subvenciones (BOE nr 276 van 18 november 2003) dat voorziet in een 'mecanismo de compensación financiera' tussen de Staat en de betreffende autonome regio wanneer de in het kader van structuurfondsen (ESF, EFRO en Cohesiefonds) verstrekte gelden aan de EU moeten worden terugbetaald vanwege tekortkomingen van de autonome regio's. Artikel 7 houdt een soort verrekeningsstelsel in waardoor betalingen uit hoofde van belastingen of vrijstellingen e.d. van de Staat met de nog van de autonome regio's terug te vorderen bedragen verrekend worden. Op grond van artikel 60 van de Ley 24/2001, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social (BOE nr. 313 van 31 december 2001) kan de minister regels stellen teneinde de naleving van subsidieverplichtingen e.d. die op de autonome regio's rusten, na te doen leven.

Frankrijk heeft zich door middel van twee decentralisatiegolven ontwikkeld tot een gedecentraliseerde eenheidsstaat.<sup>157</sup> Reestman, Peters & Bosdriesz beschrijven het algemene toezichtskader alvorens stil te staan bij de regresrechten. Duidelijk moge zijn dat men bij Frankrijk over een geheel andere 'proportie' van het probleem spreekt: Frankrijk heeft 37.000 gemeenten, 99 departementen en 22 regio's. De risicoanalyse valt voor Frankrijk dan ook heel anders uit. Overigens is in Frankrijk het vernietigingsrecht afgeschaft. Daarentegen hebben de medeoverheden volgens Reestman, Peters & Bosdriesz tal van nieuwe bevoegdheden gekregen. Wat de waarborging van de naleving van EU-recht betreft, heeft Frankrijk geen algemeen toezichtsinstrumentarium ontwikkeld maar juist een specifiek gericht stelsel voor de beleidsterreinen milieu, structuurfondsen en staatssteun. De naleving van het EU-recht valt voor een gedeelte onder het algemene regime uit hoofde waarvan bepaalde limitatief opgesomde 'besluiten' van de medeoverheden vóór inwerkingtreding ervan en teneinde in werking te kunnen treden, toegezonden moeten worden aan de prefect.<sup>158</sup> Onder deze besluiten vallen in ieder geval aanbestedingsovereenkomsten, concessieovereenkomsten bouwvergunningen en alle avv's. De prefect<sup>159</sup> is de vertegenwoordiger van de staat bij de medeoverheid en houdt toezicht op de uitvoering van de taken door de betrokken medeoverheden. Deze beschikken overigens niet over autonomie. Alle bevoegdheden zijn hun bij wet toegekend. In geval van twijfel over de

---

156 Plaza, p. 854-857.

157 In de jaren 1982-1983 en 2003-2004. Zie uitgebreider: Reestman, Peters & Bosdriesz, p. 6 e.v.

158 Een soort van 'goedkeuring'. Goedkeuring als preventieve toezichtsbevoegdheid op de naleving van het EU-recht is door het kabinet afgewezen omdat het een (te) groot capaciteitsbeslag zou leggen op de centrale overheid (*Kamerstukken II*, 2003/04, 21 109, nr. 138, p. 15-16).

159 Preciezer: de 'sous-préfet' voor gemeenten, de 'préfet' voor departementen en de 'préfet de région' voor de regio's. Zie Reestman, Peters & Bosdriesz p. 9.



rechtmatigheid (*'le respect de la légalité'*) van de hem toegestuurde besluiten treedt de prefect in overleg met de betrokken medeoverheid (via een *lettre d'observations*) en – indien de medeoverheid niet reageert – heeft de hij de bevoegdheid om het betreffende besluit voor te leggen aan de rechter (*le déféré préfectoral*). Eén van de mogelijkheden die de prefect in dit verband ten dienste staan, is de bevoegdheid om een schorsingsverzoek in te dienen bij de betrokken rechter (*demande de suspension*). In bepaalde gevallen – waaronder bij aanbesteding – heeft het indienen van een dergelijk verzoek tot gevolg dat het bestreden besluit van rechtswege geschorst wordt. Ook kan de prefect een zogenoemd *'référé précontractuel'* aanhangig maken. Dit is een soort kort gedingprocedure middels het welk de medeoverheid gedwongen kan worden de schending te voorkomen. Zoals gezegd, bestaan er specifieke instrumenten met betrekking tot de beleidsterreinen staatssteun, milieu en structuurfondsen. *Reestman, Peters en Bosdriesz* hebben dit in kaart gebracht.<sup>160</sup> Met betrekking tot staatssteun geldt dat de voornemens daartoe gemeld moeten worden aan de prefect alvorens de steun ten uitvoer te leggen. Ook dienen de medeoverheden ieder jaar (vóór 30 juni) een overzicht in te leveren van alle door de medeoverheid verstrekte steun. De medeoverheid kan voorts verplicht worden verstrekte staatssteun terug te vorderen, bij gebreke waarvan de prefect de terugvordering kan 'overnemen' (taakverwaarlozing c.q. in de plaats stellen). Tot slot zijn de medeoverheden financieel verantwoordelijk voor de trage, niet tijdige of mislukte terugvordering van staatssteun. Ook op het gebied van milieu heeft Frankrijk een specifieke taakverwaarlozingsregeling gecreëerd. Geen regresrecht. Wel is een regresrecht opgenomen in het kader van de naleving van de structuurfondsenregulering. Dit verhaalsrecht *sec* is niet in wetgeving neergelegd maar in conventanten met de overheid.

Duitsland is een federale staat hetgeen direct consequenties heeft voor de wijze waarop in Duitsland de bevoegdheden zijn verdeeld. Belangrijk om zich te realiseren, is dat in Duitsland de *Länder* ook bevoegd zijn om EU-recht te implementeren. Naast *Länder* kent Duitsland overigens ook gemeenten (*Gemeinden*) die eveneens over autonome bevoegdheden beschikken maar geen (directe) relatie meer hebben met de Bond; alleen met de *Länder*. Wat de uitvoering van EU-recht betreft, heeft de Bond volgens *Reestman, Peters & Bosdriesz* enkele belangrijke bevoegdheden om de *Länder* te dwingen tot medewerking.<sup>161</sup> Zo wijzen *Reestman, Peters & Bosdriesz* op het zogenoemde *'Bundeszwang'* (art. 37 *Grundgesetz*). Dit middel mag gebruikt worden wanneer een *Land* zijn *'Bundespflichten'* schendt. De niet-nakoming van EU-recht – wat omzetting, uitvoering of toepassing betreft – wordt geacht daaronder te vallen. De *Bundeszwang* is een repressief instrument: er mag pas worden ingegrepen wanneer de *Bundespflicht* geschonden is door het *Land*. Voor het toepassen van de *Bundeszwang* is instemming van de Bonds-

160 Reestman, Peters & Bosdriesz p. 14-19.

161 Reestman, Peters & Bosdriesz p. 28. Zie ook Dederer.

raad nodig m.a.w. van de vertegenwoordigers van alle Länder. Welke middelen in het kader van de Bundeszwang gebruikt mogen worden, bepaalt artikel 37 niet. Ook uit de praktijk is niet gebleken welke middelen dit kunnen zijn omdat het instrument nog nooit gebruikt is volgens *Reestman, Peters & Bosdriesz*.<sup>162</sup> Een ander middel waar *Reestman, Peters & Bosdriesz* op wijzen, is de mogelijkheid voor de Bond om een procedure tegen het *Land* aanhangig te maken bij het *Bundesverfassungsgericht* indien er sprake is van een geschil omtrent de constitutionele verhoudingen (ex artikel 93 lid 1 onder 3 van het *Grundgesetz*). In geval van gebrekkige uitvoering of niet tijdige implementatie van EU-recht wordt geacht sprake te zijn van een conflict in het kader van deze verhoudingen. Deze procedure kan wel 'preventief' aangespannen worden: zodra duidelijk is dat het betreffende *Land* zijn verplichtingen niet tijdig zal nakomen. Daar staat volgens *Reestman, Peters & Bosdriesz* tegenover dat deze procedures zeer lang duren. Tot slot is van belang dat in het *Grundgesetz* een onderlinge regresregeling is opgenomen tussen de Bond en de *Länder* teneinde de kosten die een schending van Europees recht met zich mee brengen, onderling te verhalen (artikel 104a lid 6 en artikel 109 lid 5 *Grundgesetz*<sup>163</sup>). Daarbij gaat men uit van het *Verursacherprinzip* (m.a.w. de veroorzaker betaalt). Onder omstandigheden kan van dit uitgangspunt worden afgeweken.<sup>164</sup> Zo geldt dat voor de boete die kan worden opgelegd vanwege de overschrijding van de EMU-norm een aparte regeling is getroffen (het *Sanktionszahlung-Aufteilungsgesetz*). In dat geval draagt de Bond 65% van de lasten. De overige 35% wordt voor 35% door de *Länder* gedragen en voor 65% door de *Länder* die de overschrijding veroorzaakt hebben. Afhankelijk van hun inwonertal dragen de *Länder* naar rato bij aan de (eerste) 35%. Ook dit is dus een zuiver repressief middel. Hooguit zou de dreiging ermee preventief kunnen werken, maar de praktijk lijkt uit te wijzen dat dit niet het geval is.<sup>165</sup>

Ook België beschikt tot slot over een regresregeling. Opgemerkt moet worden dat België een van Nederland afwijkende staatsstructuur kent: hoewel België beschikt over provincies en gemeenten is België sinds de Grondwet van 17 februari 1994 een federale staat. Op het hoogste niveau in België zijn de bevoegdheden over drie organen verdeeld: de federale Staat die onder meer bevoegd is op het gebied van defensie en buitenlandse zaken, de drie Gemeenschappen (de Vlaamse, Waalse en Duitstalige Gemeenschap) die bevoegd zijn ten aanzien van persoonsgerelateerde zaken zoals onderwijs, gezondheidszorg, cultuur en de drie Gewesten (het Vlaams, Waals en Brussels Gewest) die bevoegd zijn met betrekking tot territoriaal gerelateerde zaken zoals werkgelegenheid, toezicht op provincies en gemeenten, ruimtelijke ordening. Daarnaast is sprake van decentralisatie via provincies

---

162 Reestman, Peters & Bosdriesz p. 30.

163 Zie hierover uitgebreid: Dederer.

164 Zie uitgebreider: Reestman, Peters & Bosdriesz p. 32.

165 Reestman, Peters & Bosdriesz, p. 33.

en gemeenten. De uitvoering van EU-recht is dus over deze medeoverheden verdeeld. De federale regering die over buitenlandse zaken gaat en de federale Staat België vertegenwoordigt in Brussel, beschikt over een toezichts- en sanctiemechanisme ten einde de naleving van het EU-recht af te dwingen. Via een vorm van taakverwaarlozingsregeling – ‘het substitutiemechanisme’<sup>166</sup> ex artikel 68 par. 7 van de Grondwet jo artikel 16 par. 3 B.W.H.I.<sup>167</sup> – kunnen de wetgevende en uitvoerende federale machten in de plaats treden (tijdelijk) van de niet-nakomende overheid. De indeplaatsstelling bestaat eruit dat de federale organen de handelingen verrichten die noodzakelijk zijn en in de vorm waarin die uit hoofde van het Unierecht worden gevorderd. Opgemerkt dient te worden dat het substitutiemechanisme een discretionaire bevoegdheid is met een repressief karakter: pas nadat een internationale veroordeling is verkregen<sup>168</sup>, kan tot indeplaatsstelling worden overgegaan. Onderdeel van de substitutiebevoegdheid is dat de federale staat de door hem gemaakte kosten kan verhalen op de tekortschietende medeoverheid. Daaronder vallen de proceskosten, de schadevergoeding waartoe de federale staat is veroordeeld en de kosten voor het uitvaardigen en opstellen van de substitutiemaatregelen. Dit kan via een inhouding op de bij wet aan de Gemeenschappen of Gewesten ‘over te dragen financiële middelen’.<sup>169</sup> Naar verluidt echter is dit substitutiemechanisme nog nooit gebruikt.

### 6.5.3 Conclusie paragraaf 6.5

In zowel Spanje, Frankrijk, Duitsland als België bestaat een regresregeling in het kader van de uitvoering van EU-recht. In Duitsland is die algemeen geldend voor het verhaal van kosten die veroorzaakt zijn door een schending van internationaal recht. De regeling is in de Grondwet neergelegd. Daarbij is de regeling wederkerig en gebaseerd op het beginsel ‘de veroorzaker betaalt’. In Frankrijk en Spanje is de regresregeling heel specifiek (in het kader van de structuurfondsen), niet in de Grondwet neergelegd en niet wederkerig. België kent een algemene regresregeling die niet als afzonderlijk instrument kan worden toegepast maar een onderdeel vormt van het zogenoemde substitutiemechanisme. Dit mechanisme kan alleen repressief worden gebruikt en is met veel waarborgen omgeven. De kosten die de Staat heeft moeten maken – waaronder de schadevergoeding waartoe de Staat is

---

166 Zie uitgebreid: Ingelaere 1994, p. 67-82 en Ingelaere 1993, p. 807-820 en het Verslag namens het Federaal Avdiescomité voor Europese Aangelegenheden uitgebracht door de dames Fientje Moerman en Nelly Maes van de Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers en Senaat van 26 juni 2000 met betrekking tot ‘Omzetting en toepassing van het Europese Recht in de Belgische Wetgeving’, Doc 50 (0783/001, Kamer en 2-504/1, Senaat).

167 Bijzondere wet tot hervorming der instellingen.

168 In het kader van inbreukprocedures. Een prejudiciële beslissing kan de substitutie niet rechtvaardigen.

169 Ingelaere 1993 p. 817.

veroordeeld – worden aldus door de veroorzakende overheid vergoed. Voor het substitutiemechanisme ligt de basis in de Grondwet. Het mechanisme is vervolgens nader uitgewerkt in een bijzondere wet waarin de verhaalsbevoegdheid ligt.

## 6.6 CONCLUSIE HOOFDSTUK 6

In dit Hoofdstuk is de Europese dimensie van verhaal in kaart gebracht. Onderzocht is hoe verhaal tussen overheden plaatsvindt wanneer het schadeveroorzakend handelen bestaat uit een schending van het EU-recht c.q. het EVRM. Daartoe is een onderverdeling in drie paragrafen gemaakt. In paragraaf 6.2 zijn de bijzondere verhaalsregelingen of –uitvoeringspraktijken in kaart gebracht op grond waarvan EU- en EVRM-claims jegens mede-overheden of entiteiten worden ingesteld. Paragrafen 6.3 en 6.4 behandelt de verhaalsbevoegdheden uit hoofde van de subsidietitel voor EU- en EVRM-claims. In paragraaf 6.4 is ingezoomd op de verhaalsmogelijkheden uit hoofde van het burgerlijk recht. Daartoe is aandacht besteed aan de jurisprudentie waarin EU- en EVRM-claims krachtens het BW zijn verhaald. Tot slot is in paragraaf 6.5 aandacht geschonken aan bijzondere verhaalsregelingen in Duitsland, België, Frankrijk en Spanje.

Ten aanzien van paragrafen 6.2, 6.3 en 6.4 kan worden geconstateerd dat er een variëteit aan verhaalsregelingen bestaat waarbij de onderlinge verhouding tussen de verschillende regelingen lang niet altijd duidelijk is. Wel blijkt dat met name de laatste jaren veel aandacht is voor verhaalsrechten ten behoeve van de Staat die erop zijn gericht de nadelige financiële gevolgen voor de Staat van schendingen van EU-recht te compenseren of te voorkomen. Eén van deze verhaalsregelingen, de Wet TES, is in de praktijk voor zover bekend nog nooit gebruikt. Zijn opvolger, de Wet NErpe, is inmiddels in werking getreden maar voor zover bekend vooralsnog evenmin gebruikt. In de regel vordert men subsidiegelden terug op grond van de subsidietitel in de Awb: deze bepalingen worden ook gebruikt om ESF-subsidiegelden terug te vorderen. Vanwege de strenge jurisprudentie van het HvJEU zijn deze terugvorderingsacties vaak succesvol. Wat tot slot de specifieke verhaalsregelingen betreft voor ‘EU’-claims, blijkt dat er in geen enkel geval aandacht is voor de situatie waarin een medeoverheid schade lijdt vanwege een schending van het EU-recht die wellicht voor rekening van het Rijk moet komen. Dergelijke verhaalsacties moeten op grond van het BW worden verricht.

Om die reden is in paragraaf 6.4 uitgebreid stilgestaan bij de verhaalsbevoegdheid op grond van het burgerlijk recht en de jurisprudentie waarin overheden zich hebben trachten te verhalen op het Rijk. Wat het EU-recht betreft, kunnen twee zaken genoemd worden: *Acciardi II* (gemeente roept Staat in vrijwaring op) en *Lubsen* (gemeente en Staat zijn gedagvaard). In beide gevallen stonden de rechtspersoon Staat en de rechtspersoon Gemeente tegenover elkaar. In *Lubsen* werd geconcludeerd tot hoofdelijke aanspra-

kelijkheid jegens mevrouw Lubsen. In *Acciardi II* werd uitspraak gedaan in zowel de hoofdzaak als het vrijwaringsincident. De gemeente was in de hoofdzaak aansprakelijk jegens de heer Acciardi. De vrijwaring werd vervolgens toegewezen zodat de Staat de schade die de gemeente aan Acciardi moest betalen, op zijn beurt aan de gemeente moest vergoeden. Uit de bespreking zijn diverse problemen of aandachtspunten naar voren gekomen zoals onder meer de vraag naar de reikwijdte en betekenis van de *Costanzo*-verplichting in de onderlinge verhouding tussen de Staat en de medeoverheid versus de zorgvuldigheidsnorm die de Staat zou verbieden de gemeente te dwingen tot onrechtmatig handelen. Hierop wordt uitgebreid ingegaan in Hoofdstuk 7.

Op EVRM-gebied is geen jurisprudentie beschikbaar. Alleen is geweest op een zaak waarin een vrijwaringsgeschil tussen overheden speelde in het kader van IVBPR maar daarin was de vrijwaring om niet te controleren redenen afgewezen. Hoofdelijke aansprakelijkheid tussen Staat en gemeente had kunnen spelen in de zaak *Enschede*. Maar ook daar is het er niet van gekomen omdat de vorderingen tegen de Staat en de gemeente door de rechtbank zijn afgewezen.

Al met al is dus zowel op EVRM als op EU-vlak het aantal procedures minimaal. Daaruit kunnen twee conclusies worden afgeleid: ofwel er wordt hierover niet geprocedeerd ofwel er doen zich in de praktijk nauwelijks problemen voor op dit gebied.

Wanneer we kijken naar de ons omringende landen (Spanje, Duitsland, Frankrijk en België) (paragraaf 6.5) dan zijn Spanje en Frankrijk beide staten die de impact van de financiële gevolgen van artikel 260 § 2 VwEU hebben gevoeld en waarbij ook lokale medeoverheden betrokken waren. België en Duitsland zijn net als Nederland tot op heden niet getroffen. Toch beschikken België en Duitsland wel over een algemene regresregeling en Frankrijk en Spanje niet. Een verklaring ligt waarschijnlijk in het feit dat België en Duitsland beide federale staten zijn terwijl Frankrijk en Spanje gedecentraliseerde eenheidsstaten zijn. In Duitsland is de regresregeling algemeen geldend voor het verhaal van kosten die veroorzaakt zijn door een schending van internationaal recht. Daarbij is de regeling wederkerig en gebaseerd op het beginsel 'de veroorzaker betaalt'. België kent een algemene niet-wederkerige verhaalsregeling die evenmin als afzonderlijk instrument kan worden toegepast maar een onderdeel vormt van het zogenoemde substitutiemechanisme. Dit mechanisme kan alleen repressief worden gebruikt en is met veel waarborgen omgeven. De kosten die de Staat heeft moeten maken – waaronder de schadevergoeding waartoe de Staat is veroordeeld – worden dan door de veroorzakende medeoverheid vergoed. In Frankrijk en Spanje is de verhaalsregeling heel specifiek (in het kader van de structuurfondsen) en niet wederkerig. Ook deze gezichtspunten zullen worden meegenomen in Hoofdstuk 7.

### 7.1 INLEIDING

In dit onderzoek staat de volgende vraag centraal:

‘Is het ontwikkelen van een algemene regeling voor de verdeling van de financiële gevolgen van het niet naleven van Europees recht (EVRM en EU) tussen de Nederlandse Staat en de verschillende overheden op wie Europeesrechtelijke verplichtingen rusten in het licht van de bestaande nationale rechtsverhoudingen tussen de Nederlandse Staat en deze overheden juridisch noodzakelijk of wenselijk en indien dat het geval is, hoe zou een dergelijke regeling kunnen worden vormgegeven?’

Het voornemen van de regering om een verhaalsrecht in het leven te roepen voor de Staat vormde de aanleiding voor deze studie. Met behulp daarvan zou de Staat door het HvJEU opgelegde boetes en/of dwangsommen op medeoverheden kunnen verhalen. Inmiddels is dit verhaalsrecht opgenomen in de Wet NErpe. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wet NErpe is er meerdere malen op gehamerd dat een dergelijk verhaalsrecht noodzakelijk en wenselijk zou zijn. Mijn onderzoek is ingegeven door deze uitgangspunten van de wetgever. Een verhaalsrecht zou juridisch noodzakelijk zijn omdat het EU-recht de introductie ervan vergt. Een verhaalsrecht zou wenselijk zijn vanwege de aanzienlijke financiële risico's die de Staat anders loopt.

In deze studie is bovenstaande bestudeerd vanuit het perspectief van de wetgever (positieve recht). In aanvulling hierop is ook onderzocht of een omgekeerd verhaalsrecht eveneens juridisch noodzakelijk of wenselijk is.

Om de centrale onderzoeksvraag te beantwoorden, is in de voorgaande hoofdstukken een aantal deelonderwerpen onderzocht. In onderhavig hoofdstuk worden de belangrijkste bevindingen daaruit met elkaar in verband gebracht (paragraaf 7.3). Op basis daarvan zijn zowel voor het verhaal van het Rijk op de medeoverheid (paragraaf 7.4) als het omgekeerd verhaal (paragraaf 7.5) antwoorden op de onderzoeksvraag geformuleerd. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een aantal aanbevelingen (paragraaf 7.6). Voordat de hoofdlijnen die uit de vorige hoofdstukken naar voren komen, worden besproken, besteed ik hierna kort aandacht aan de context waarbinnen dit onderzoek zich heeft afgespeeld (paragraaf 7.2).

## 7.2 CONTEXT

De context van dit onderzoek is de volgende. Zoals beschreven in Hoofdstuk 1 heeft het aansprakelijkheids- c.q. regres- of verhaalsrecht verschillende functies. Eén ervan is dat het een reactie mogelijk maakt van de rechtsorde op rechtens verwijtbaar gedrag: de persoon die verwijtbaar schade veroorzaakt, dient die schade te vergoeden. Dit is geheel volgens het adagium: de veroorzaker betaalt. Opgemerkt wordt dat uitgangspunt in ons recht is dat een ieder in beginsel zijn eigen schade draagt. Voor het 'verplaatsen' van schade dient dus een goede reden te zijn. Dat betekent dat de verplaatsing van schade slechts onder nader uit te werken voorwaarden gerechtvaardigd is.

Het verwijtbaar gedrag dat in dit onderzoek centraal staat, is het handelen of nalaten in strijd met het EVRM en met het EU-recht. De partijen die de schade veroorzaken, zijn (voor zover in dit onderzoek relevant) primair de Nederlandse Staat en de medeoverheden. Bij het 'normale' aansprakelijkheidsrecht is de aanwezigheid van twee partijen voldoende: een schuldenaar en een schuldeiser. Voor regres c.q. verhaal, het onderwerp dat hier centraal staat, heeft men tenminste drie partijen nodig: twee schuldenaren en een schuldeiser. De twee schuldenaren in kwestie zijn de Staat en de medeoverheid. Van regres c.q. verhaal is dus sprake bij pluraliteit van schuldenaren. De termen 'regres' en 'verhaal' worden in deze studie van elkaar onderscheiden omdat ze elk op een andere situatie zien.<sup>1</sup> Hierover merk ik het volgende op.

In de eerste plaats is de situatie relevant waarin een schuldenaar aan een derde betaalt vanwege een verplichting die alleen op hem rust, terwijl hij uit hoofde van een geheel andere rechtsverhouding 'verhaal' heeft op een ander. Degene op wie wordt verhaald, heeft zelf dus geen betalingsverplichting jegens de derde aan wie in eerste instantie is betaald. In dit geval spreekt men van 'verhaal'. Een voorbeeld hiervan is de situatie waarin de Staat gehouden is een boete en/of dwangsom te betalen aan de EU uit hoofde van zijn eigen verplichtingen voortvloeiend uit artikel 260 VwEU. De inbreuk op het EU-recht waarvoor de Staat is veroordeeld, is gemaakt door de gemeente Amsterdam. De Staat wil deze boete en/of dwangsom geheel of gedeeltelijk verhalen op de gemeente Amsterdam. Duidelijk is dat de gemeente geen betalingsverplichting had jegens de EU. Een tweede voorbeeld is het geval waarin de Staat door het EHRM wordt veroordeeld tot betaling van schadevergoeding aan de klager. De Staat is hiertoe gehouden op grond van artikel 46 jo artikel 41 EVRM. De schending van het EVRM is echter (wederom) afkomstig van de gemeente Amsterdam. Ook hier is duidelijk dat de gemeente niet gehouden was de schadevergoeding aan de klager te voldoen. De gemeente was geen partij bij de zaak voor het EHRM. In deze twee voorbeeldsituaties is sprake van 'Staatsaansprakelijkheid' voor schendingen van

---

1 Aubel, p. 22-23.

Europees recht door medeoverheden. In hoeverre de Staat het gehele bedrag op de gemeente kan verhalen, hangt onder meer af van de mate van 'eigen schuld' in de zin van artikel 6:101 BW van de zijde van de gemeente.

In de tweede plaats is de situatie relevant waarin de schuldenaar die betaalt, zelf gehouden is tot betaling jegens de schuldeiser, maar waarin naast hem ook andere schuldenaars daartoe zijn gehouden (hoofdelijkheid). Als de schuldenaar zich dan verhaalt op een medeschuldenaar is sprake van 'regres'. Wanneer niet wordt verhaald, zijn de medeschuldenaren in feite ongerechtvaardigd verrijkt.<sup>2</sup> Een voorbeeld van deze situatie is die waarin nationaalrechtelijke regelingen afkomstig van de formele wetgever door het college van B&W worden uitgevoerd terwijl de rechter oordeelt dat die regels in strijd zijn met EU-recht of EVRM. Beide overheden zouden hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn jegens de benadeelde burger. Wanneer één van de schuldenaren, bijvoorbeeld de gemeente, de benadeelde de volledige schade vergoedt, heeft de gemeente voor het gedeelte van de schuld dat toerekenbaar is aan de Staat 'regres' op de Staat. Afhankelijk van de mate van schuld is de medeschuldenaar verplicht de ander te compenseren (artikel 6:102 BW).

Concluderend kan worden vastgesteld dat beide verhaalsacties een reactie kunnen zijn op schendingen van EVRM of EU-recht waarvoor een andere overheid (mede)aansprakelijk is. Het is dit onderwerp dat in dit onderzoek centraal staat. Aan de hand van vijf hoofdstukken (2 tot en met 7) is dit nader onderzocht.

### 7.3 BEVINDINGEN

In de eerste plaats was het noodzakelijk om inzicht te verkrijgen in de situaties waarin en de voorwaarden waaronder staatsaansprakelijkheid ontstaat. Dit is gedaan in Hoofdstuk 2. De conclusie die uit dit hoofdstuk volgt, is dat de Nederlandse Staat (het Koninkrijk) als verdragspartij zowel onder het EU-recht als onder het EVRM aansprakelijk is voor schendingen van EU-recht c.q. het EVRM die zijn begaan door verschillende entiteiten waaronder medeoverheden. Er is – voor zover relevant voor dit onderzoek – dus geen zelfstandige aansprakelijkheid van typisch 'nationale' entiteiten zoals medeoverheden jegens de EU of jegens leden van de Raad van Europa. De reden hiervoor is dat de Staat (als verdragspartij) verantwoordelijk is voor de tenuitvoerlegging van het internationale recht (waaronder EU-recht en EVRM). De Staat kan zijn internationaalrechtelijke verplichtingen en aansprakelijkheid niet afwentelen op nationale organen en entiteiten (die dus niet ter verantwoording geroepen kunnen worden). Met andere woorden: de Staat kan zich niet verschuilen achter zijn politieke, institutionele of administratieve organisatiestructuur teneinde verdragsverplichtingen of aansprakelijkheid

---

2 Aubel, p. 25.



te ontlopen. Als er een duidelijke juridische of feitelijke relatie bestaat tussen de Staat en de nationaalrechtelijke entiteit rekent het EU-recht respectievelijk het EVRM dit handelen of nalaten aan de Staat toe. Er is sprake van een ruime toerekening. Van een juridische relatie is bijvoorbeeld sprake bij officieel aangewezen Staatsorganen en ambtenaren. Dit is ook het geval wanneer het nationale recht openbaar gezag toekent aan personen of entiteiten. In beide situaties is toerekening een logisch gevolg. Ook regionale of lokale overheden zijn zonder meer 'des Staats' zodat er aan de Staat wordt toegerekend. Het regardeert mede-verdragspartijen overigens niet of de Staat invloed kan uitoefenen op het handelen of nalaten van de regionale of lokale overheid. Wanneer een juridische relatie ontbreekt of lijkt te ontbreken, wordt op autonome wijze onderzocht of de feitelijke relatie die tussen de Staat en een entiteit bestaat, aanleiding geeft tot toerekening. Deze beoordeling hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. Dit betekent dat onder omstandigheden handelen of nalaten van zuiver private entiteiten aan de Staat kan worden toegerekend. Bij het doen van dit onderzoek moet rekening worden gehouden met een verscheidenheid aan potentiële verdragsschenders. Het uitgangspunt dat een Staat geen internationaalrechtelijke verplichtingen kan ontduiken met een beroep op de eigen politieke, institutionele of administratieve organisatiestructuur is een vast gegeven in het verdragsrecht. Voor het algemene verdragsrecht vloeit dit voort uit artikel 27 Weens Verdragenverdrag (WVV). Voor de internationaalrechtelijke onrechtmatige daad is een rechtsgeleerde opinie (*ILC Articles on State Responsibility*) maatgevend. Voor het EU-recht en het EVRM volgt het hiervoor beschreven uitgangspunt uit de jurisprudentie van het HvJEU en het EHRM.

Na Hoofdstuk 2 stond vast dat de Staat voor een verscheidenheid aan potentiële verdragsschenders aansprakelijk kan worden gehouden. Wanneer de aansprakelijkheid financiële gevolgen heeft voor de Staat, kan het verhalen van deze gelden, vanwege de verscheidenheid aan schenders, complex worden. Om die reden is in Hoofdstuk 3 eerst onderzocht welke financiële gevolgen Staatsaansprakelijkheid uit hoofde van EVRM en EU-recht voor een Staat en voor Nederland in het bijzonder, in het leven roept. Staatsaansprakelijkheid houdt op grond van het algemene verdragsrecht immers een plicht tot *restitutio in integrum* in. Deze verplichting leidt, kort gezegd, tot financiële aanspraken jegens de Staat wanneer er schade is geleden die voor vergoeding in aanmerking komt en wanneer er recht bestaat op vervangende schadevergoeding omdat de inbreuk op het verdragsrecht niet (volledig) ongedaan kan worden gemaakt.

Op EVRM-niveau kan Nederland, procedureel gezien, op drie manieren financiële gevolgen ondervinden van een klacht die is ingesteld bij het EHRM. Ten eerste kan er door tussenkomst van het EHRM tussen de klager en de Nederlandse Staat een minnelijke regeling tot stand komen. Een onderdeel van deze regeling kan het betalen van een geldbedrag zijn. Indien een dergelijke regeling niet tot stand komt, kan Nederland een eenzijdige verklaring afleggen, waarna het EHRM de zaak van de rol schrappt. Ook in het kader van die verklaring kan Nederland de klager een geldbedrag uitbe-

talen. Ten derde kan het EHRM Nederland veroordelen vanwege een schending van het EVRM. Daarbij kan het EHRM Nederland tevens veroordelen tot het betalen van een billijke genoegdoening ex artikel 41 EVRM. Dit gebeurt alleen als er causaal verband bestaat tussen de vastgestelde schending en de schade.

De financiële aanspraken die op de Staat kunnen rusten in het kader van EU-recht zijn tweërlei. Ten eerste kan Nederland worden veroordeeld tot een boete en/of dwangsom op grond van artikel 260 lid 2 VwEU vanwege een schending van het EU-recht. Ten tweede is voor Nederland de uitvoering van EU-subsidies zoals EFRO- en ESF-gelden financieel risicovol. In dat verband kunnen kortingen worden opgelegd en gelden van Nederland worden teruggevorderd.

Concluderend kan worden vastgesteld dat dit de procedurele manieren zijn die op grond van het EU-recht en het EVRM vanwege Staatsaansprakelijkheid tot nadelige financiële gevolgen leiden voor de Staat.

Medeoverheden kunnen eveneens geconfronteerd worden met de financiële consequenties van schendingen van Europees recht die mede veroorzaakt is door de Staat (bijvoorbeeld: de wetgever).

In het EVRM verplicht artikel 13 EVRM de Staat tot het bieden van een effectief rechtsmiddel aan de klager. Eén van de verplichtingen die daaruit voortvloeit, is de plicht tot volledig rechtsherstel. Deze plicht ontstaat wanneer is vastgesteld dat een recht onder het EVRM is geschonden. Dit kan op twee manieren tot schadevergoeding leiden. Ten eerste moet de schade worden vergoed die de klager door de verdragsschending lijdt of heeft geleden. De tweede schadevergoedingsplicht ontstaat alleen als volledig rechtsherstel niet kan worden geboden. Dan zal vervangende schadevergoeding moeten worden aangeboden. In het EU-recht leidt het leerstuk van de *Francovich*-aansprakelijkheid tot veroordelingen tot schadevergoeding door de nationale rechter. Ook hierbij zijn medeoverheden degenen die worden aangesproken. Zowel de schadevergoeding ten gevolge van *Francovich* als die ten gevolge van artikel 13 EVRM wordt door de nationale rechter uitgesproken. Vanwege het vereiste van causaal verband tussen de schending en de schade in deze situaties wordt normaliter de medeoverheid aangesproken door de derde ongeacht of de Staat als medeschuldenaar ook aansprakelijk kan zijn. In dat geval doet zich voor medeoverheden de vraag voor van 'onderling verhaal'.

Na Hoofdstuk 3 waren de omstandigheden helder waaronder ofwel de Staat ofwel de medeoverheid financiële gevolgen kon ondervinden van een schending van EVRM of EU-recht die (mede) toe te rekenen is aan een medeoverheid, een aan een overheid gelieerde entiteit respectievelijk de Staat. Daarmee kan het eerste Deel (Deel I) van dit onderzoek worden afgesloten. Deel II behandelt de 'nationale' factoren die van belang zijn voor het beantwoorden van de centrale onderzoeksvraag. Dat betreft de vraag hoe de financiële gevolgen van deze schendingen kunnen worden verhaald. Vastgesteld kan worden dat die vraag in het licht van de conclusies van Deel I legitiem is.

De groep schenders die financiële risico's in het leven roept, is in Hoofdstuk 2 samengevat onder de noemer '(mede)overheden en aan overheden gelieerde entiteiten'. Het doel van Hoofdstuk 2 was het inventariseren van risico's voor de Staat. Teneinde te bepalen welke nationaalrechtelijke verhaalsacties jegens deze groep schenders mogelijk zijn, is een nadere contextbepaling nodig. De vraag dringt zich immers op wat de verhouding naar Nederlands recht is waarin de Staat tot deze risicogroep staat. Dit is het onderwerp van Hoofdstuk 4. Dit hoofdstuk vormt de noodzakelijke brug tussen het 'Europese' deel van dit onderzoek en het 'nationale' deel en is om die reden aangeduid met *Intermezzo*.

In Hoofdstuk 4 is vanuit de feitelijke situatie onderzocht wat mogelijke complicaties of aandachtspunten zijn voor de 'Europese' groep risico-schenders in hun verhouding tot de Staat en omgekeerd. Het onderscheid dat in Hoofdstuk 2 is gemaakt tussen '(mede)overheden' en 'aan overheden gelieerde entiteiten' is in dit hoofdstuk gehandhaafd. Daartoe zijn er mijns inziens twee redenen. De eerste is de verplichting op grond van artikel 94 Gw respectievelijk *Costanzo* die alleen rust op '(mede)overheden' en niet op aan overheden gelieerde entiteiten. Onder medeoverheden worden immers alle entiteiten verstaan die zijn bekleed met openbaar gezag (ook dat jegens werknemers). Vastgesteld is dat deze verplichting complicierend kan zijn voor verhaalsacties. De tweede reden voor het handhaven van het in hoofdstuk 2 aangebrachte onderscheid ligt in de Wet NERpe. Daarin wordt een dergelijk onderscheid niet gemaakt. Naar mijn mening is dat ten onrechte. Door het onderscheid te handhaven tussen '(mede)overheden' en 'aan overheden gelieerde entiteiten' is meer inzicht te geven in de verhouding tussen de Staat en de groep schenders van EVRM of EU-recht. Die verhouding is in beginsel een bijzondere. De reden hiervoor is dat een verhaalsactie in deze gevallen niet enkel gekwalificeerd kan worden als een puur civielrechtelijk geschil. De verdragsschenders zijn namelijk in meer of mindere mate 'overheden'. De hiervoor beschreven Staatsaansprakelijkheid komt om die reden tot stand. Juist de bijzondere rechtsverhouding tussen Staat en verdragsschender was de reden om Staatsaansprakelijkheid aan te nemen (*vgl.* Hoofdstuk 2). In Hoofdstuk 4 zijn dan ook kort de mogelijke financiële, staatsrechtelijke en civielrechtelijke rechtsverhoudingen die tussen de Staat en de in Hoofdstuk 2 gesignaleerde verdragsschenders in kaart gebracht. Om dit uitgebreid te doen, gaat het bestek van dit onderzoek ver te buiten. Bovendien beschrijven de meeste staats- en bestuursrechtshandboeken in de basis de meeste uitgangspunten. Per rechtsverhouding (civiel, financieel en constitutioneel) is het volgende opgemerkt.

De civielrechtelijke verhouding is in de eerste plaats van belang voor het aannemen van aansprakelijkheid. Daartoe moet de verdragsschender over eigen rechtspersoonlijkheid beschikken ten opzichte van de Staat. In het burgerlijk recht zijn immers alleen natuurlijke personen en rechtspersonen rechtssubject. Regres c.q. verhaalsacties in de zin van artikel 6:10 BW of artikel 6:162 BW binnen één rechtspersoon zijn in het licht van het burgerlijk (proces)recht bovendien niet mogelijk. Dit laat onverlet dat er uiteraard bin-

nen één rechtspersoon wel onderdelen kunnen worden onderscheiden met verschillende financiële aanspraken. Mede om die reden is in de tweede plaats voor het verhalen van schade de eigen draagkracht van een entiteit van belang en dringt de vraag zich op naar de financiële rechtsverhouding tussen de Staat en een verdragsschender. Instrumenten als verrekening kunnen wellicht een rol spelen bij het effectief verhalen van de verschuldigde geldsom op de verdragsschender. Tot slot is de constitutionele rechtsverhouding van belang. Met name de in dat kader bestaande toezichtinstrumenten van het Rijk kunnen immers worden ingezet ter voorkoming of opheffing van de verdragsschending. Ook dat instrumentarium kan dus relevant zijn bij de vraag naar effectief verhaal. De regresnemer zal in de regel ook op enigerlei wijze vorm moeten geven aan zijn schadebeperkingsplicht. Dit kan zijn beslag vinden in het uitoefenen van toezicht. De conclusie die uit Hoofdstuk 4 volgt, is dat verschillende rechtsverhoudingen waarin de Staat en de verdragsschender tot elkaar staan, mede bepalend zullen zijn voor de slagingskans van een latere verhaalsactie.

Nu vaststaat in welke gevallen een Staat aansprakelijk is voor welke potentiële verdragsschenders en welke factoren mogelijk een verhaalsactie kunnen faciliteren, resteert de vraag welk verhaalsinstrument te gebruiken. De verschillende verhaalsmogelijkheden zijn zowel wat het publiekrecht als het privaatrecht betreft, onderzocht in Hoofdstuk 5 en Hoofdstuk 6. In Hoofdstuk 5 is geïnventariseerd welke verhaalsmogelijkheden overheden hebben en gebruiken wanneer schade is voldaan vanwege een schending van een nationaalrechtelijke bepaling. Dit is de 'nationale' dimensie van verhaal genoemd.

In de eerste plaats volgt uit dat onderzoek dat er weinig (gepubliceerde) jurisprudentie beschikbaar is waarin overheden in het kader van verhaal tegenover elkaar staan. In de tweede plaats bevat noch het BW noch de Awb een bijzondere regeling voor verhaal tussen overheden. Wel bestaan er in de Awb twee manieren om schade c.q. kosten aan een andere overheid in rekening te brengen. Ten eerste verschaft artikel 8:73 Awb de bestuursrechter de bevoegdheid om een overheid te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding. Ten tweede kent de Awb sinds de vierde tranche een regeling voor het verhalen van bestuursrechtelijke geldschulden. Deze geldschulden worden per beschikking vastgesteld. Een voorbeeld daarvan is een zuiver schadebesluit of het verhaalsbesluit dat is opgenomen in de Wet NERpe.

Naast deze 'publieke' verhaalsrechten bestaan de mogelijkheden om verhaal te halen op grond van de algemene regeling van het BW: regres ex 6:10 BW en verhaal via bijvoorbeeld onrechtmatige daad ex artikel 6:162 BW. Bij deze verhaalsbevoegdheden is de jurisprudentie wederom schaars. De weinige jurisprudentie laat wel het volgende beeld zien.

Ten eerste de externe aansprakelijkheid (aansprakelijkheid jegens de derde). De aanpak van de burgerlijke rechter is hier niet eenduidig. In bepaalde situaties kiest de rechter voor het aannemen van hoofdelijke aansprakelijkheid van overheden en in andere situaties niet. Hoofdelijkheid is regel bij aansprakelijkheid ten gevolge van politie-optreden: zowel de

gemeente als de politieregio zijn aansprakelijk. De burger mag volgens de Hoge Raad niet de dupe worden van de onduidelijke bevoegdheidsverdeling tussen gemeente (gezag) en de politieregio (werkgever). Anders ligt dit bij uitoefening van medebewind. In die gevallen is geen sprake van hoofdelijkheid maar is alleen de in medebewind geroepen overheid aansprakelijk jegens de burger.

Ten tweede is de interne aansprakelijkheid, de draagplicht tussen beide overheden, onderzocht. Bij hoofdelijkheid zoals hiervoor geschetst, kiest de rechter voor een vaste verdeelsleutel, namelijk volledige draagplicht van de politieregio (werkgever). De reden hiervoor is dat regresregels hanteerbaar moeten zijn. Deze volledige draagplicht lijdt uitzondering als gehandeld is op grond van een onjuiste aanwijzing en de schade daardoor is ontstaan. In medebewindssituaties is de vraag naar interne draagplicht niet relevant omdat er geen sprake is van hoofdelijkheid. De vraag doet zich wel voor of de in medebewind geroepen overheid verhaal heeft op de Staat vanwege de 'eigen' rechtsverhouding tussen Staat en gemeente. De Hoge Raad heeft zich hierover nog niet uitgesproken. Naar analogie met de regels omtrent de rechtvaardigingsgronden (zoals bevoegd gegeven ambtelijk bevel of handelen op grond van wettelijk voorschrift) kan wel worden beargumenteerd dat verhaal mogelijk moet zijn. Complicerend hierbij is dat in deze jurisprudentie een vergewisplicht lijkt te zijn aangenomen. Deze conclusies uit Hoofdstuk 5 zijn medebepalend voor de resterende vraag in Hoofdstuk 6. Na het in Hoofdstuk 5 beschreven 'nationaal verhaal' is in Hoofdstuk 6 immers onderzocht welke verhaalsmogelijkheden er naar huidig recht bestaan voor schendingen van Europees recht. Dit is de 'Europese' dimensie van verhaal genoemd.

Voor verhaal van voldane geldsommen ten gevolge van schendingen van het EVRM bestaan geen bijzondere verhaalsregelingen. Wel vindt er op informele wijze verhaal tussen ministeries plaats op basis van de uitvoeringspraktijk bij het ministerie van BuZa. Ook is de bestuursrechter bij gebrek aan actie van de wetgever in het kader van vergoeding van immateriële schade vanwege overschrijding van de redelijke termijn door de bestuursrechter zelf overgegaan tot een oplossing (via EVRM-conforme interpretatie van artikel 8:73 Awb). Onder omstandigheden kan in deze praktijk een probleem ontstaan bij de toerekening van de overschrijding van de redelijke termijn tussen bestuur en rechter c.q. tussen de Minister van VenJ en de Raad voor de Rechtspraak maar vooralsnog spelen hier geen grote problemen.

Voor gelden betaald vanwege schendingen van EU-recht bestaan wel verschillende bijzondere verhaalsmogelijkheden zoals het publiekrechtelijk verhaalsrecht uit de Wet NERpe en de Wet fido. Deze verhaalsbevoegdheden komen stuk voor stuk alleen de Staat toe. Opvallend is voorts dat van de specifieke verhaalsbevoegdheden nauwelijks gebruik wordt gemaakt in de praktijk.

Vaststaat dat er geen bijzondere verhaalsbevoegdheden bestaan voor medeoverheden. Zo'n verhaalsrecht is in dit onderzoek aangeduid met de

term 'omgekeerd verhaalsrecht'. In de literatuur is hier wel voor gepleit. Bij gebrek aan een omgekeerd verhaalsrecht zijn medeoverheden aangewezen op de algemene mogelijkheden van het BW. Wanneer wordt verhaald via onrechtmatige daad (6:162 BW) doet zich een belangrijk probleem voor. De vraag dringt zich namelijk enerzijds op welke betekenis toekomt aan de *Costanzo*-verplichting respectievelijk de verplichting op grond van 94 Gw bij de beoordeling van de interne draagplicht van de Staat respectievelijk de medeoverheid. Op grond van deze verplichtingen dienen medeoverheden onder omstandigheden nationaal recht (ook formele wetgeving) buiten toepassing te laten vanwege strijd met EVRM of EU-recht. Dit leidt tot verschillende vragen. Is deze verplichting, bijvoorbeeld in het licht van de schadebeperkingsplicht van medeoverheden, van belang voor de vraag of verhaald kan worden op de Staat? Hoe verhoudt deze verplichting van een medeoverheid zich tot de verplichting van de Staat om jegens een medeoverheid die in medebewind wordt geroepen de nodige zorgvuldigheid in acht te nemen bij het maken van verdragsconforme regelgeving? Handelt de Staat niet onzorgvuldig jegens de medeoverheid wanneer hij regelgeving uitvaardigt en toepast die een medeoverheid dwingt tot handelen in strijd met EVRM of EU-recht? Voor deze problemen zullen oplossingen moeten worden gevonden.

Concluderend kan worden opgemerkt dat dit in grote lijnen de bevindingen van de voorgaande hoofdstukken zijn.

#### 7.4 VERHAAL VAN DE NEDERLANDSE STAAT OP EEN MEDEOVERHEID RESPECTIEVELIJK EEN AAN EEN OVERHEID GELIEERDE ENTITEIT

##### 7.4.1 Inleiding

De vraag die in deze paragraaf centraal staat, is of een verhaalsregeling van de Staat jegens een medeoverheid respectievelijk een aan een overheid gelieerde entiteit voor schade die is ontstaan ten gevolge van een schending van Europees recht moe(s)t worden ontwikkeld. Daarbij komt in de eerste plaats betekenis toe aan de vraag of het ontwikkelen ervan juridisch noodzakelijk is. In dat geval vergt het EVRM respectievelijk het EU-recht van Nederland dat het een dergelijk middel introduceert. In de tweede plaats zal van belang zijn of het creëren van een verhaalsmogelijkheid wenselijk is. Het introduceren van een verhaalsbevoegdheid kan wenselijk zijn vanwege de grote maatschappelijke commotie die bepaalde gebeurtenissen in de maatschappij oproepen. Bij de vormgeving van de Wet TES heeft dit aspect zeker een rol gespeeld. Maar ook de financiële risico's die de Staat loopt of de gedachte dat het verhalen van financiële gevolgen op de veroorzaker daarvan bijdraagt aan een effectievere doorwerking van EVRM respectievelijk EU-recht kunnen in dit kader relevant zijn.

De *Aanwijzingen voor de regelgeving* weerspiegelen deze gedachten. Zo volgt uit Aanwijzing 6, eerste lid dat alleen zou moeten worden overgegaan tot het maken van een wettelijke regeling 'indien de noodzaak daarvan is

komen vast te staan.’ Ook uit Aanwijzingen 11 en 15 komt deze terughoudende opstelling naar voren. Alleen wanneer duidelijk is dat de inspanningen, lasten en kosten die uit de te ontwerpen wettelijke regeling voortvloeien, opwegen tegen het te bereiken resultaat, is een wettelijke regeling aangewezen (evenredigheid).

Concluderend kan worden vastgesteld dat vanuit het perspectief van het positieve recht hierna het volgende moet worden onderzocht. In de eerste plaats zal van belang zijn of het Europese recht op enigerlei wijze dwingt tot het opstellen van een dergelijke regeling of eisen stelt aan een dergelijke regeling (paragraaf 7.4.2). In de tweede plaats zal men zich rekenschap moeten geven van de vraag in hoeverre de potentiële financiële risico’s die voor de Nederlandse Staat bestaan, zich zullen verwezenlijken (paragraaf 7.4.3). Niet nader zal worden ingegaan op factoren zoals maatschappelijke commotie of de gedachte dat het verhalen van financiële gevolgen op de veroorzaker daarvan bijdraagt aan een effectievere doorwerking van EVRM respectievelijk EU-recht. Deze factoren zijn zeker van belang maar niet onderzocht in dit onderzoek. In de derde plaats zal van belang zijn in hoeverre bestaande verhaalsrechten voldoen om in de behoefte van een verhaalsrecht te voorzien (paragraaf 7.4.4). Deze paragraaf wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 7.4.5).

#### 7.4.2 Een verhaalsregeling vanwege Europeesrechtelijke verplichtingen

##### 7.4.2.1 Inleiding

De hiervoor genoemde noodzaak kan erin gelegen zijn dat de Staat op grond van Europees recht gehouden is tot het verhalen van financiële consequenties op Europees recht schendende medeoverheden c.q. aan een overheid gelieerde entiteiten.

Dit is onderzocht voor het EVRM (paragraaf 7.4.2.2) en het EU-recht (paragraaf 7.4.2.3). Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 7.4.2.4).

##### 7.4.2.2 Verhaal: een EVRM-verplichting?

Het EVRM biedt geen aanknopingspunten voor een bevestigend antwoord op de onderhavige vraag. Zoals gezegd, is wat dat betreft artikel 1 EVRM van belang: de verplichting van de lidstaat om de naleving van het EVRM te verzekeren. Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt (sterker nog dan uit die van het HvJEU) dat de interne bevoegdheidsverdeling van een lidstaat het EHRM niet regardeert. Het richt zich tot de lidstaat (resultaatsverplichting) en hoe deze dat resultaat bereikt, is voor het EHRM niet relevant. Het EHRM overweegt standaard dat de lidstaat vrij is in zijn keuze met betrekking tot de ter beschikking staande middelen om de geconstateerde schending te repareren, zo lang de lidstaat het uitgangspunt van *restitutio in integrum* respecteert.

Juist is dat in *pilot judgments* die marge iets verschuift omdat het EHRM

daarin aangeeft wat tot op zekere hoogte minimaal van de lidstaat mag worden verwacht (vgl. voor Nederland bijvoorbeeld de zaken *Van der Ven* en *Lorsé* e.d. (in verband met *strip searches* in de EBI's)). Van meer dan een verschuiving is echter geen sprake; op generlei wijze wordt 'precies' voorgeschreven wat van een lidstaat wordt verwacht.

Ook in het licht van het effectieve nationale rechtsmiddel (artikel 13 EVRM) kan niet gesteld worden dat het EVRM vergt dat schade vergoed moet worden door het schadeveroorzakende orgaan. Dit is alleen anders indien een dergelijke plicht gelezen zou moeten worden in het woord 'effectief'. Een *remedy* is dan alleen effectief als het orgaan dat de schending veroorzaakt ook daadwerkelijk zelf rechtsherstel moet bieden. Vooralsnog kan deze lezing niet uit de jurisprudentie worden afgeleid.

#### 7.4.2.3 Verhaal: een EU-rechtelijke verplichting?

Er is geen algemene bepaling in de EU-regelgeving die de lidstaten de verplichting oplegt om de financiële gevolgen van de schending van EU-recht neer te leggen bij het orgaan dat de schending veroorzaakt heeft. Wel schrijft het EU-recht in specifieke gevallen een terugvorderingsplicht voor. Dit is bijvoorbeeld het geval bij onregelmatig verstrekte structuurfondsgelden en onrechtmatig verstrekte staatssteun.

Als een bepaling zou moeten worden aangewezen die een algemene verhaalsregeling zou vergen dan is dit artikel 4 lid 3 VEU. Het daarin neergelegde beginsel van Unietrouw is in de jurisprudentie ontwikkeld tot een regulerend principe: het vult de verplichting van de lidstaat – wanneer er geen specifieke EU-bepaling anders stipuleert – in concrete gevallen in. Dat betekent dat dit geen hard beginsel is. Het beginsel van Unietrouw is eerder fluïde.

Zo is uit dit beginsel voor de lidstaat de plicht ontstaan om alle algemene en bijzondere maatregelen te nemen die geschikt zijn om de nakoming van de uit het EU-verdrag voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. Eén van de componenten daarvan is dat de lidstaat alle noodzakelijke maatregelen treft die nodig zijn in het kader van de effectieve toepassing van EU-recht. Eén van de maatregelen zou natuurlijk een verhaalsrecht kunnen zijn. Vanwege de afschrikkende werking die hiervan uitgaat, mag worden verwacht dat een verhaalsrecht in zekere zin de effectieve toepassing van EU-recht ten goede zal komen.

De context waarin deze verplichting tot het nemen van alle algemene en bijzondere maatregelen moet worden gelezen, is de volgende. De bepaling richt zich mijns inziens tot de overheidsorganen *in hun relatie tot de burger* met andere woorden tot de ambten van een lidstaat. Ambten moeten elk in hun eigen uitvoering van het EU-recht *in hun relatie tot de burger* de effectieve toepassing ervan verzekeren. Zo is uit deze verplichting afgeleid dat de *rechter* een plicht heeft tot verdragsconforme interpretatie en dat ook een lokale of regionale of federale overheid de effectieve toepassing moet verzekeren in die zin dat hij bijvoorbeeld met EU-recht strijdig nationaal recht buiten toepassing moet laten (*Costanzo*-verplichting).



Tot op heden is voor zover kon worden nagegaan geen sprake van maatregelen die de centrale overheid van de lidstaat zou moeten nemen *jegens haar medeoverheden* in de zin van 'interne' maatregelen. Het EU-recht volstaat ermee de lidstaat verantwoordelijk te houden. De lidstaat wordt verweten niet te hebben *verzekerd* dat de medeoverheid haar verplichtingen uit hoofde van het EU-recht is nagekomen. Wel is met de uitspraak inzake *Fuß II*<sup>3</sup> komen vast te staan dat het niet-nakomen van de *Costanzo*-verplichting leidt tot *Francoovich*-aansprakelijkheid.

Dat een lidstaat een dergelijke verzekeringsplicht heeft, impliceert niet dat het EU-recht ook maatregelen voorschrijft die ten minste moeten worden genomen om die plicht na te komen. De EU laat zich in de regel niet uit over de interne bevoegdheidsverdeling binnen een lidstaat (institutionele autonomie). In dat perspectief ligt het niet voor de hand dat het beginsel van Unietrouw de lidstaat specifiek een verhaalsbevoegdheid oplegt.

Dit blijkt ook uit de jurisprudentie van het HvJEU in inbreukprocedures waarin het beginsel van institutionele autonomie uitgangspunt is. Tekenend is de overweging van het HvJEU in een inbreukprocedure tegen Duitsland.<sup>4</sup> Het HvJEU bevestigt eerst de gelding van het beginsel van institutionele autonomie maar spreekt vervolgens uit dat de Commissie wel mag beoordelen of

'het overeenkomstig de bepalingen van de nationale rechtsorde vastgestelde stelsel van controle- en toezichtsmaatregelen afdoende is om een juiste toepassing van de communautaire voorschriften mogelijk te maken.'

Ook deze redenering die is ingegeven door het doeltreffendheidsbeginsel biedt steun aan de opvatting dat een verhaalsrecht geen EU-rechtelijke verplichting is. Het achteraf vaststellen of een naar nationaal recht ingesteld controle- en toezichtstelsel 'afdoende' is geweest, is niet te vergelijken met het op gedetailleerde wijze voorschrijven hoe een dergelijk systeem eruit zou moeten zien of welke elementen (zoals een verhaalsrecht) daarin in ieder geval zouden moeten zijn opgenomen. De uiterste grenzen aan de vrijheid van de lidstaat worden door het HvJEU (het Unierecht) vastgesteld maar binnen die grenzen heeft de lidstaat alle vrijheid. *Gerards* heeft in dit verband de stelling verdedigd dat lidstaten een positieve verplichting hebben om het toezicht zodanig in te richten dat 'optimaal voldaan kan worden aan de communautaire verplichtingen'.<sup>5</sup> Ook dit uitgangspunt houdt in dat er geen Unierechtelijke verplichting bestaat tot het opnemen van één specifiek instrument, zoals een verhaalsrecht.

Een laatste argument voor dit standpunt volgt uit het beginsel van lidstaataansprakelijkheid. Ook bij de invulling van dit beginsel heeft het HvJEU niet gesteld dat een vereiste is dat de burger de schadeveroorzakende overheid moet kunnen aanspreken. Volstaan wordt met de lidstaat de ver-

3 HvJEG zaak C-429/09, *Fuß II*, AB 2011/73 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

4 HvJEG zaak 8/88, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1990, p. I-2321 (r.o. 13).

5 *Gerards* 2000, p. 209.

plichting op te leggen om te verzekeren dat dergelijke schade wordt vergoed. *Wie* gehouden is de schade te vergoeden, laat het HvJEU (vooralnog) uitdrukkelijk over aan het nationale recht. Deze jurisprudentie geeft dus geen aanleiding te vermoeden dat een dergelijke verplichting door het EU-recht zou zijn opgelegd. Integendeel zelfs.

Overigens is de *Francovich*-aansprakelijkheid wel als specifieke verplichting voor lidstaten (mede) uit artikel 4 lid 3 VEU voortgekomen. De vraag in hoeverre een dergelijke ontwikkeling ten aanzien van onderling verhaal valt te verwachten, laat ik vooralnog rusten. Uit de betreffende overwegingen van het HvJEU is duidelijk af te leiden dat bedoeld is te voorzien in een mechanisme voor het geval de lidstaat zelf de volle werking van EU-recht frustreert. Ook dit betreft de verhouding burger – ambt en niet de verhouding tussen de ambten onderling.

In feite kan men de hiervoor beschreven regel als volgt samenvatten: artikel 4 lid 3 VEU legt de lidstaten de verplichting op om alle algemene en bijzondere maatregelen te nemen die *het geschikt acht* om de nakoming van de uit het EU-recht voortvloeiende verplichtingen te verzekeren. De stelling dat artikel 4 lid 3 VEU lidstaten een dergelijke verplichting oplegt, is met andere woorden wezenlijk anders dan de stelling dat een lidstaat zelf meent dat (uit hoofde van artikel 4 lid 3 VEU) een verhaalsrecht noodzakelijk of wenselijk zou zijn. Het introduceren van een verhaalsrecht is een *eigen* nationale rechtspolitieke keuze.

Concluderend kan worden gesteld dat het EU-recht van de lidstaat niet vergt dat het de financiële gevolgen bij dat orgaan legt dat de schending heeft veroorzaakt<sup>6</sup> (behalve voor zover betrekking hebbend op enkele specifieke verplichtingen van de lidstaat om bijvoorbeeld onregelmatig bestede structuurfondsgelden terug te vorderen bij de eindontvanger of onrechtmatig verstrekte staatssteun terug te vorderen, reden waarom het daar dus anders ligt).

#### 7.4.2.4 Conclusie paragraaf 7.4.2

Concluderend kan worden opgemerkt dat naar mijn mening het Europese recht niet noodzaakt tot het ontwikkelen van een algemene verhaalsregeling voor de Staat. Het in het leven roepen van een verhaalsrecht is een eigen nationale rechtspolitieke keuze. De vraag dringt zich op of de financiële risico's of andere rechtspolitieke overwegingen een verhaalsregeling wèl noodzakelijk maken. Om die reden zou een verhaalsregeling dan wenselijk kunnen zijn.

---

6 Vgl. Van der Sluis 2007, p. 386.

### 7.4.3 Verhaalsrecht vanwege de financiële risico's?

#### 7.4.3.1 Inleiding

In het boek *In de Europese houdgreep* bespreekt Hessel de modaliteiten voor de introductie van een verhaalsrecht voor de Nederlandse Staat op medeoverheden. Hessel sluit zijn betoog daarover af met de opmerking dat 'ontdaan van alle argumenten van wetenschappers, belangenbehartigers, ambtenaren en juristen (...) dit uiteindelijk een kwestie van risico-analyse' is.<sup>7</sup>

Hierna wordt de vraag beantwoord of de met dit onderzoek in kaart gebrachte financiële risico's vergen dat wordt voorzien in een onderlinge verhaalsregeling. Dit gebeurt wederom voor zowel het EVRM (paragraaf 7.4.3.2) als voor het EU-recht (paragraaf 7.4.3.3). Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 7.4.3.4)

#### 7.4.3.2 Financiële risico's voortvloeiend uit schendingen van EVRM-bepalingen

In het kader van vermeende EVRM-schendingen is Nederland in de periode 1998 tot en met 2011 elf minnelijke regelingen aangegaan.<sup>8</sup> In drie gevallen was een medeoverheid (medeoverheid en politie) betrokken bij de schending. Wat de eenzijdige verklaringen betreft, is dit viermaal gebeurd. In een van die gevallen waren bestuursorganen betrokken en in de andere drie zaken de rechterlijke macht (overschrijding redelijke termijn). De immateriële schadevergoeding ten gevolge van de schending door de rechterlijke macht bleef relatief beperkt. Wat de veroordelingen ex artikel 41 EVRM betreft, spreken we in de periode 1998 tot en met juli 2012 van 45 veroordelingen waarbij – naast de centrale overheid (wetgever of minister) – alleen een selecte groep overheden betrokken is zoals de rechterlijke macht, gevangenisautoriteiten en de politie. Slechts in acht gevallen betrof het een medeoverheid. Voor de 'lidstaataansprakelijkheid' uit hoofde van artikel 13 EVRM zij verwezen naar hetgeen ik heb opgemerkt met betrekking tot de *Francovich*-aansprakelijkheid in Hoofdstuk 3.

Geconcludeerd kan worden dat in de periode 1998 tot en met 2011 de meeste schendingen zijn veroorzaakt door de rechterlijke macht, gevangenisautoriteiten en de politie. Tot op heden heeft het ministerie van BuZa bij het betrokken ministerie – VenJ respectievelijk BZK – middels een factuur de door BuZa voorgeschoten bedragen in rekening gebracht en zijn de facturen van BuZa zonder meer voldaan. BZK heeft het bedrag in verband met de schending van de politieregio doorgefactureerd en dit bedrag is door de

7 Hessel 2004, p. 156.

8 *Kamerstukken II* 2007/08, 30 481, nr. 3 en bijlage daarbij, *Kamerstukken II* 2008/09, 30 481, nr. 4 en bijlage daarbij, *Kamerstukken II* 2009/10, 30 481, nr. 5 en bijlage daarbij en *Kamerstukken II* 2010/11, 30 481, nr. 6 en bijlage daarbij.

betrokken politieregio zonder meer voldaan. Of ook gevangenisautoriteiten de door BuZa aan klagers voldane schadevergoedingen aan VenJ hebben moeten terugbetalen, is niet bekend. Ook in het kader van de schending van artikel 6 EVRM lijken de financiën in goed bestuurlijk overleg te kunnen worden geregeld. Daar komt bij dat het doorgaans om bescheiden bedragen gaat waardoor het financiële risico (relatief) minimaal is.

#### 7.4.3.3 Financiële risico's voortvloeiend uit schendingen van EU-recht

Over de financiële risico's van Nederland (de Staat) in het kader van de schending van EU-recht kan het volgende worden opgemerkt.

In de eerste plaats zijn er geen inbreukprocedures geweest waarin Nederland is veroordeeld tot betaling van een boete of dwangsom. Dat is ook niet verwonderlijk. Uit gegevens van de Commissie<sup>9</sup> blijkt dat lidstaten in 93% van de gevallen vóór de artikel 258 VwEU-uitspraak van het HvJEU hun verplichtingen alsnog nakomen.<sup>10</sup> Ook uit de overzichten die de Minister van BuZa aan de Tweede Kamer zendt, blijkt dat het gros van de zaken die tot ingebrekestellingen e.d. leidt betrekking heeft op implementatieperiodes.<sup>11</sup> De bedragen die met een overtreding gemoeid zijn, zijn evenwel aanzienlijk. De dwangsom die Nederland opgelegd kan krijgen, varieert van EUR 4.492,80 tot EUR 269.568,- per dag (afhankelijk van de ernst en duur van de inbreuk).<sup>12</sup> De minimale boete voor Nederland is EUR 3.736.000,-.<sup>13</sup> Aangetekend moet worden dat de totaalbedragen die aan Nederland kunnen worden opgelegd naarmate een inbreuk voortduurt ongewoon hoog zullen zijn. Het is daarom ook zeer de vraag of het verhalen van dergelijke astronomisch hoge bedragen op medeoverheden of entiteiten zoals bijvoorbeeld NUON wel reëel is.

Vanwege het gebrek aan jurisprudentie is de vraag naar verwezenlijking van de financiële risico's van *Francovich*-aansprakelijkheid lastiger te beantwoorden dan die naar de financiële risico's voor dwangsommen, boetes en niet-succesvolle terugvorderingsacties. Daar staat tegenover dat vanwege het causaliteitsvereiste de benadeelde zekerheidshalve de uitvoerende overheid of de medeoverheid rechtstreeks aansprakelijk stelt. De financiële risico's die het Rijk op deze manier loopt, zijn beperkt. Daarbij komt tot slot dat het EU-recht niet van Nederland vergt dat het Rijk de schade vergoedt in plaats van de direct schadeveroorzakende overheid.

---

9 25th Annual Report of the Commission on the Monitoring of the Application of Community Law (2007), COM(2008)777final (<[http://ec.europa.eu/community\\_law/infringements/pdf/25\\_annual\\_report\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/community_law/infringements/pdf/25_annual_report_en.pdf)>).

10 In ongeveer 70% van de gevallen gebeurt dit na de ingebrekestelling.

11 Het betreft hier overzichten van ICER. Zie ook de online-overzichten van de Commissie: <[http://ec.europa.eu/community\\_law/infringements/infringements\\_decisions\\_en.htm](http://ec.europa.eu/community_law/infringements/infringements_decisions_en.htm)>

12 Bron: *Kamerstukken II* 2010/11, 22 112, nr. 1115, p. 4.

13 Bron: Mededeling van de Commissie 'Updating of data used to calculate lump sum and penalty payments in infringement proceedings', SEC(2011)1024.

Dit betekent dat alleen met betrekking tot de terugvorderingspraktijk in het kader van EU-subsidies wezenlijke financiële risico's liggen. ESF-gelden kunnen in het kader van de Awb-subsidietitel door de minister bij de ontvangende medeoverheden teruggevorderd worden. ELFG-, ELFPO-, en EFRO-gelden worden niet als subsidie aan medeoverheden verstrekt. Die gelden worden aan de medeoverheden ter beschikking gesteld die het op hun beurt via subsidiëring toekennen aan eindbegunstigden. Als het Rijk deze gelden van medeoverheden wil terugvorderen, is het aangewezen op andere bevoegdheden dan die uit hoofde van de Awb-subsidietitel. Verhaalsafspraken die zijn neergelegd in niet bindende convenanten of medebewindsregelingen of de verhaalsbevoegdheid van de Wet NERpe of zijn voorganger de Wet TES moe(s)ten uitkomst bieden.

Aangetekend moet worden dat van de verhaalsbevoegdheid van de Wet TES nimmer gebruik is gebruikt. Problematisch voor de vraag of die verhaalsacties succesvol zouden kunnen zijn, is dat in de uitvoeringspraktijk een onduidelijke verdeling van verantwoordelijkheden over diverse betrokken overheden en instanties is ontstaan. Daarover het volgende.

In het kader van de uitvoering van de Structuurfondsen wordt gewerkt met niet bindende uitvoeringsconvenanten. Op grond daarvan is de uitvoering gedecentraliseerd en neemt de Minister van EL&I aan dat ook de financiële eindverantwoordelijkheid is gedecentraliseerd. Artikel 14 van het Uitvoeringsconvenant inzake de EFRO-periode 2007-2013 bevat nadere afspraken omtrent verhaal van het Rijk op de managementautoriteiten (medeoverheden). Dit artikel luidt als volgt:

1. De Minister van Economische Zaken beslist over de terugvordering van middelen in geval de Staat der Nederlanden aansprakelijk wordt gesteld door een instelling van de Europese Gemeenschappen voor het niet nakomen van opgelegde verplichtingen ten aanzien van de rechtmatige en doelmatige aanwending van de EU-subsidie of de controle en het toezicht daarop en verplicht wordt tot een financiële correctie.
2. Voor zover de niet-nakoming kan worden toegerekend aan de managementautoriteit of certificeringsautoriteit verhaalt de Minister van Economische Zaken deze op de managementautoriteit, certificeringsautoriteit of auditautoriteit, dan wel op het openbaar lichaam of rechtspersoon waarvan zij deel uitmaakt, nadat overleg tussen de betrokken partijen heeft plaatsgevonden.'

Deze bepaling reflecteert de verhaalsbevoegdheid van de Wet NERpe/Wet TES. Frappant is voorts dat lid 2 niet langer geformuleerd is als een discretionaire bevoegdheid ('verhaalt' de minister). Voorts dient de niet-nakoming 'toegerekend' te kunnen worden aan de desbetreffende autoriteit. Dergelijke financiële correcties die Nederland in het kader van EFRO krijgt opgelegd, komen dus bijvoorbeeld voor rekening van de als management-autoriteiten aangewezen medeoverheden.<sup>14</sup> De vraag is natuurlijk wanneer deze niet-

---

14 Zie artikel 5 van het Besluit EFRO Programmaperiode 2007-2013 (*Stb.* 2007, 387) waarbij alle managementautoriteiten worden aangewezen.

nakoming van verplichtingen toerekenbaar is aan de managementautoriteit (de medeoverheid) en wanneer die overgaat op bijvoorbeeld de audit- of certificeringsautoriteit die beide tot de rechtspersoon de Staat behoren. Het uitvoeringsconvenant maakt niet inzichtelijk waar ieders verantwoordelijkheid begint of eindigt, met andere woorden: wanneer deze overgaat van de medeoverheid naar het Rijk en *vice versa*.<sup>15</sup> Voor zover verhaal op grond van de Wet NErpe breder mogelijk is dan alleen in geval van verwijtbare tekortkomingen, perkt artikel 14 van het Uitvoeringsconvenant deze verhaalsbevoegdheid in.

Ook bij de uitvoering van het ELGF en ELFPO is sprake van complexe verantwoordelijkheidsverdelingen. De Dienst Regelingen van het ministerie van EL&I is aangewezen als betaalorgaan voor ELGF. Maar de Dienst Regelingen heeft zijn bevoegdheden (met uitzondering van het verrichten van de betalingen zelf) *gedelegeerd* aan enkele productschappen: het Hoofdproductschap Akkerbouw (HPA), respectievelijk aan het Productschap Vee, Vlees en Eieren (PVE), het Productschap Zuivel (PZ) en het Productschap Tuinbouw (PT). De uitvoering van het Europees Landbouwfonds voor Plattelandsontwikkeling (ELFPO) is wel het toppunt van de verstrengeling van overheidslagen. In dat kader is namelijk de Dienst Landelijk Gebied van het ministerie van EL&I aangewezen als betaalorgaan. Deze heeft (een deel van) zijn taken gedelegeerd aan de Dienst Regelingen van EL&I (*delegated body*). De ELFPO-subsidies worden vervolgens verstrekt door GS van de betreffende provincies maar die hebben deze bevoegdheid in de regel gemandateerd aan de directeur van de Dienst Regelingen van EL&I. Daarbij komt dat zowel bij ELFPO als bij ELGF-middelen de fysieke controle van de naleving van de subsidievoorwaarden wordt verricht door onder andere de AID van het ministerie van EL&I. Door elk van deze entiteiten kunnen fouten worden gemaakt die tot terugvordering door de Commissie leiden. Zo overweegt de Algemene Rekenkamer in zijn rapport bij de Lidstaatverklaring 2010<sup>16</sup> dat bijvoorbeeld bij ELGF-bijdragen noch de Dienst Landelijk Gebied noch de AID controleerde of een eindbegunstigde aan de lokale aanbestedingsregels voldeed terwijl dit wel een factor is die meespeelt in de vaststelling van de rechtmatigheid van de verstrekte bijdrage.<sup>17</sup> Een dergelijke vaststelling kan voor de Europese Commissie aanleiding zijn om forfaitaire financiële correcties op te leggen. De vraag dringt zich op welke instantie wat en voor welk gedeelte valt toe te rekenen. Bovendien zijn de financiële consequenties van delegatie- en mandaatconstructies onvoldoende in kaart gebracht.

---

15 Zie over deze problemen voor de 'oude' programma's de rapporten van de Algemene Rekenkamer en bijvoorbeeld: *Kamerstukken II 2000/01*, 26 264, nr. 3, p. 9.

16 Toelichting op het rapport bij de Nederlandse EU-lidstaatverklaring 2010 (mei 2011).

17 p. 36-37.

De vraag is ook of in deze omstandigheden verhaal wel op zijn plaats is. Ook als men zou menen op grond van bijvoorbeeld tekortkoming in de nakoming van de gesloten convenanten recht te hebben op terugbetaling van de verstrekte middelen, zijn de omstandigheden waaronder een dergelijke actie succesvol zou zijn, nauwelijks aanwezig. Als immers niet duidelijk vastligt welke instantie waarvoor verantwoordelijk is, kan een toerekenbare tekortkoming van de subsidieverstrekende medeoverheid nauwelijks in rechte worden vastgesteld. Dat is een latent aanwezig risico. Het Rijk is verantwoordelijk voor de vormgeving van dit complexe uitvoeringsbestel. In de huidige praktijk lijkt het standpunt van het Rijk om de financiële risico's te decentraliseren, deze risico's voor zichzelf uit te vlakken ten nadele van de betrokken medeoverheden. Dat de Commissie minder prioriteit aan handhaving zal geven, ligt niet in de lijn der verwachting. Evenmin zal van EU-subsidieregelingen minder gebruik worden gemaakt. In het kader van gedeeld bestuur zou ik er om die reden voor willen pleiten dat men op zoek gaat naar samenwerkingsvormen die werken. Essentieel daarvoor zijn mijns inziens: wederzijds vertrouwen, een heldere verantwoordelijkheidsverdeling en het onderhouden van korte lijntjes tussen betrokkenen.

#### 7.4.3.4 Conclusie paragraaf 7.4.3

Vooralsnog lijkt het vastleggen van een algemeen verhaalsrecht tussen de Nederlandse Staat en medeoverheden of andere personen of entiteiten die wat betreft bepaalde verdragsverplichtingen met de Nederlandse Staat worden gelijkgesteld, voor de financiële consequenties van schendingen van internationaal recht (met inbegrip van EU en EVRM) op grond van het aanwezige financiële risico niet per se wenselijk.

Hierbij past echter wel een serieuze kanttekening. Het ligt in de lijn der verwachting – zeker ook gezien de huidige financiële crisis en het strikte begrotingsbeleid dat wordt voorgestaan – dat handhaving van het EU-recht en van financiële regels meer prioriteit zal krijgen. De handhaving in het kader van de uitvoeringspraktijk van EU-subsidies is in zoverre misschien een goede oefening geweest. In ieder geval zijn de financiële risico's in dat verband aanzienlijk. Deze zullen alleen maar toenemen wanneer Nederland de huidige uitvoeringspraktijk continueert. Enerzijds moet een verhaalsregeling geen afwenteling van verantwoordelijkheden worden vanwege het niet willen handhaven van EU-recht. Anderzijds kan een verhaalsrecht wel een effectief middel zijn om medeoverheden aan te spreken op correcte nakoming van EU-verplichtingen. *In return* mag van Brussel en Den Haag worden verwacht dat EU-verplichtingen helder zijn. Zo niet, dan blijft dit een factor waarmee bij verhaal door de Staat rekening zou moeten worden gehouden.

Concluderend kan worden opgemerkt dat verhaal een reëel instrument zal (moeten) blijven. Op grond van het voorgaande is het van belang te onderzoeken of de bestaande verhaalsmogelijkheden voldoen.

#### 7.4.4 Evaluatie bestaande verhaalsmogelijkheden

##### 7.4.4.1 Inleiding

Wat betreft de potentiële financiële risico's voor de Staat vanwege de schending van het EVRM is sprake van een informele uitvoeringspraktijk die heel wel lijkt te voldoen. Ten aanzien van schendingen van het EU-recht is opgemerkt dat de financiële risico's aanwezig zijn. Voor het verhaal van boetes en dwangsommen opgelegd door het HvJEU bestaat met de Wet NERpe en de Wet Fido een bijzondere publiekrechtelijke verhaalsbevoegdheid. Ten behoeve van het verhaal van de EU-subsidies (zoals ESF, ELGF, ELFPO en EFRO) in Nederland was reeds een verhaalsrecht in de Wet TES opgenomen dat inmiddels is vervangen door het ruimere verhaalsrecht van de Wet NERpe. Dit verhaalsrecht strekt zich ook uit over het verhaal van eventuele boetes en dwangsommen die het HvJEU aan Nederland kan opleggen. Voor het terugvorderen van ESF-subsidies beschikt het Rijk nog over de algemene terugvorderingsbevoegdheid in de Awb-subsidietitel. Als sluitstuk op deze publiekrechtelijke instrumenten kan het Rijk schade verhalen via de onrechtmatige daadsactie van artikel 6:162 BW. In Hoofdstuk 6 is inzichtelijk gemaakt welke verhaalsmogelijkheden overheden onderling ten dienste staan. In deze paragraaf wordt onderzocht in hoeverre deze mogelijkheden voldoen en welke verbeterpunten kunnen worden aangedragen.

Teneinde te bepalen in hoeverre een verhaalsbevoegdheid 'voldoet', is hierna een toetsingskader geëxpliciteerd. In de inleiding in Hoofdstuk 5 heb ik de criteria aangehaald die in de literatuur wel zijn genoemd als normatieve randvoorwaarden voor de beslechting van bestuursgeschillen.<sup>18</sup> Het betrof rechtszekerheid en rechtseenheid, transparantie, onpartijdigheid, deskundigheid, het vereiste van hoor- en wederhoor, verantwoording en snelheid.<sup>19</sup> Daarmee is reeds in ruime lijnen een kader geschetst. Voor financiële zuivere bestuursgeschillen heb ik op basis van mijn bevindingen in de voorgaande hoofdstukken, vier specifieke beoordelingscriteria geformuleerd.

In het licht van de functie van verhaalsrechten zoals die in Hoofdstuk 1 en in paragraaf 7.1 van onderhavig hoofdstuk aan de orde is gekomen, dient een verhaalsrecht ten eerste *effectief* te zijn. Daarmee wordt niet bedoeld dat het succes van de verhaalsactie gegarandeerd moet zijn, maar wel dat de verhaalsmogelijkheid moet kunnen leiden tot het gewenste resultaat. Zo zal een o.d.-actie niet effectief zijn wanneer daarmee – vanwege het niet kunnen voldoen aan het relativiteitsvereiste – niet zal kunnen worden bereikt dat de schade ten gevolge van schendingen van Europees recht door een overheid geleden, op een andere overheid kan worden verhaald. De criteria voor het vaststellen van aansprakelijkheid zullen dus bijvoorbeeld helder moeten zijn.

---

18 Van der Vlies et al., p. 26-39.

19 Van der Vlies et al, p. 27 e.v.



Overheden die zich onderling op elkaar verhalen, staan niet enkel in een civielrechtelijke verhouding tot elkaar maar hun relatie wordt eveneens gekenmerkt door hun interbestuurlijke verhoudingen. Om deze redenen zal de verhaalsactie in de tweede plaats *passend* moeten zijn binnen de rechtsverhouding waarin deze overheden tot elkaar staan. Zo is van de onrechtmatigde daadsactie wel gezegd dat deze niet passend is tussen overheden. In de inleiding bij Hoofdstuk 5 is een dergelijk standpunt al weersproken. Met het vereiste dat een verhaalsrecht passend moet zijn, bedoel ik dan ook meer: het verhaalsrecht is in de regel het sluitstuk op een veel langer interbestuurlijk proces waarin (het opheffen van) de schending van een EU- of EVRM-bepaling centraal stond. Gedurende dit proces heeft het Rijk – afhankelijk van de rechtsverhouding waarin het Rijk tot de entiteit staat – meer (in)formele bevoegdheden en instrumenten gehad dan alleen een verhaalsbevoegdheid. Het gebruik van deze bevoegdheden is van invloed op het welslagen van de verhaalsactie. Het verhaalsrecht bevindt zich met andere woorden in dit krachtenveld en zal passend moeten zijn binnen de betreffende rechtsverhouding.

Een derde vereiste, dat overigens mijns inziens altijd geldt ten aanzien van de uitoefening van bijzondere bevoegdheden, is dat het verhaalsrecht *met voldoende waarborgen omkleed* dient te zijn. Wel dient daarbij een goede balans te worden gevonden tussen die waarborgen en de werkbaarheid van het instrument. Wat waarborgen betreft, kan dan gewezen worden op overlegverplichtingen en het recht om de verhaalsactie uiteindelijk voor te leggen aan een rechter (bij voorkeur in twee instanties). Dit is met name zeer relevant in de relatie tussen centrale overheid en medeoverheid. Op die manier kan er evenwicht ontstaan tussen de vergaande bevoegdheid van het Rijk en de precaire rechtspositie van medeoverheden.

Bij gebrek aan heldere jurisprudentie is naar mijn mening een vierde noodzakelijk vereiste dat de verhaalsregeling *maatstaven* moet bevatten aan de hand waarvan de *aansprakelijkheid kan worden verdeeld*. Juist in het bijzondere kader van de naleving van Europees recht kunnen tegenstrijdige situaties ontstaan, zoals de vraag of en zo ja, wat de waarde is van het uitoefenen van de *Costanzo*-verplichting of de verplichting uit hoofde van artikel 94 Gw. Aan de andere kant zal de Staat specifieke bevoegdheden hebben zoals toezichtsbevoegdheden waarmee een schending kan worden voorkomen. De uitoefening van die bevoegdheden kan een rol spelen bij de beoordeling van de schadebeperkingsplicht van de Staat. De behoefte aan maatstaven voor deze bijzondere rechtsverhouding is aanzienlijk.

Hierna wordt in de eerste plaats de verhaalsbevoegdheid uit de Wet NERpe tegen het licht gehouden (paragraaf 7.4.4.2). Daarna gebeurt dit voor de algemene verhaalsregeling ex artikel 6:162 BW (paragraaf 7.4.4.3). Afgesloten wordt met een conclusie (paragraaf 7.4.4.4).

#### 7.4.4.2 De Wet NErpe getoetst

Het verhaalsrecht zoals geformuleerd in de Wet NErpe kent in het licht van de hiervoor door mij geformuleerde criteria verschillende pijnpunten. Ten eerste is het onzeker of de verhaalsbevoegdheid effectief zal zijn vanwege de vele onduidelijkheden en onzekerheden die de huidige formulering van de verhaalsbevoegdheid kent. Bovendien kan worden betwist dat het verhaalsrecht met voldoende waarborgen is omkleed. Tot slot bevat het in ieder geval geen maatstaven voor de vaststelling en verdeling van aansprakelijkheid (tenzij dit gedekt wordt geacht door de zinsnede dat wordt verhaald 'voorzover' in de zin van naar rato van het verzuim) terwijl verschillende factoren (zoals de (in)formele sturings- en toezichtsinstrumenten binnen de bestaande rechtsverhouding, de preventieve aanwijzingsbevoegdheid uit de Wet NErpe en de mate van gebondenheid aan uit te voeren medebewindsregels) hierop van invloed kunnen zijn. Hierna bespreek ik deze drie pijnpunten.

Het verhaalsrecht uit de Wet NErpe zal bij aanvang (zeker in het licht van de dwangbevelsbevoegdheid) zeer effectief zijn. Dat laat onverlet dat bij de uitoefening van de dwangbevelsbevoegdheid de minister (de Staat) aansprakelijk zal zijn voor ontstane schade (inclusief vergoeding van de wettelijke rente) als een verhaalsbeschikking achteraf niet rechtmatig blijkt te zijn geweest. Dit risico is zeker aanwezig.

Allereerst lijkt onderscheid te moeten worden gemaakt in geval van verhaal vanwege Staatsaansprakelijkheid voor een zogenoemde 'zelfstandige' schending van een publieke entiteit of een medeoverheid (bijvoorbeeld de enkele schending van een aanbestedingsverplichting door een medeoverheid) en verhaal vanwege een 'onzelfstandige' schending van een publieke entiteit of medeoverheid. Met onzelfstandige schendingen doel ik op schendingen waarbij meerdere publieke entiteiten – waaronder bijvoorbeeld ook het Rijk vanwege medebewind, toezichtsbevoegdheden, uitvoeringspraktijken met diffuse verantwoordelijkheidsverdelingen tussen centrale en medeoverheden e.d. – betrokken (kunnen) zijn. In het eerste geval lijkt verhaal een minder complexe kwestie dan in het tweede geval. Dit is naar mijn mening tot op zekere hoogte echter maar schijnzekerheid. De verhaalsbevoegdheid is immers het sluitstuk van een langdurig proces waarin op meerdere momenten monitoring, sturing en toezicht van een betrokken minister mogelijk is geweest. Met de preventieve aanwijzingsbevoegdheid van de Wet NErpe zijn deze mogelijkheden andermaal geëxpliciteerd. Dat betekent dat het Rijk ook bij een 'zelfstandige' schending mogelijk 'boter op het hoofd' heeft. De vraag is: welke rol moet dit spelen bij een verhaalsactie? Teneinde zaken niet te gecompliceerd te maken, bespreek ik de drie door mij gesignaleerde pijnpunten in het kader van onzelfstandige schendingen.

Ten eerste bespreek ik enkele problemen met betrekking tot de effectiviteit van de breed en discretionair geformuleerde verhaalsbevoegdheid van de Wet NErpe.

Zoals al in paragraaf 6.2.4 is gesignaleerd – bij de bespreking van de Wet TES – is de voorwaarde ‘verzuim’ en het ‘voorzover’-criterium onder omstandigheden problematisch. Aangetekend moet worden dat de wetgever de keuze heeft gemaakt om één algemene verhaalsbevoegdheid in het leven te roepen voor een enorme variëteit aan EU-schendingen. Dat de formulering ruim is, is om die reden niet verwonderlijk. Aangenomen mag worden dat het begrip ‘verzuim’ nader ingevuld wordt door de concreet geschonden EU-bepaling. Zoals in paragraaf 6.2.4 is opgemerkt, zal dit echter voor de vraag naar de mate waarin kan worden verhaald niet doorslaggevend zijn. Het HvJEU gaat daar immers niet over. Voorwaarden of het verzuim toerekenbaar of voorzienbaar moet zijn, moeten naar nationaal recht worden beantwoord. Zo bijvoorbeeld de vraag in hoeverre een handelen of nalaten aan een medeoverheid een ‘verzuim’ oplevert als niet te verwachten was dat dit handelen of nalaten in het licht van de jurisprudentie van het Gerecht en het HvJEU een onregelmatigheid zou opleveren. Dit deed zich voor in het kader van een door de Commissie aan Nederland opgelegde korting voor EFRO-subsidies. Het Gerecht heeft inmiddels geoordeeld dat ook een schending van nationale voorschriften een onregelmatigheid oplevert in deze zin. De vraag is of dit ook voldoende grond oplevert voor verhaal bij de medeoverheid die zich dit – net als het Rijk overigens – niet heeft gerealiseerd, of dat dit voor risico van het Rijk zou moeten blijven. Dit soort vragen komen zonder meer op het bord van de verhalende overheid en de bestuursrechter te liggen. Criteria voor het vaststellen van aansprakelijkheid ontbreken in zoverre. Dit heeft tot gevolg dat een effectief gebruik van het verhaalsrecht onzeker is.

Ten tweede is de vraag legitiem of het verhaalsrecht uit de Wet NERpe *met voldoende waarborgen* is omkleed. In feite kunnen er in het kader van de verhaalsbevoegdheid twee fasen worden onderscheiden. Ten eerste de ‘Europese fase’ waarin een inbreuk c.q. de aansprakelijkheid van de Staat komt vast te staan. Ten tweede de nationale fase waarin wordt verhaald. Die laatste fase kan uiteraard – vanwege een prejudiciële vraag – ook een Europese pendant krijgen. Voor de eerste (zuiver Europese) fase is echter van belang dat de medeoverheid op EU-niveau in dit soort aansprakelijkheidskwesties geen formele rol heeft. Dit is in dit onderzoek al meerdere malen aan bod geweest en is in de Wet NERpe niet ondervangen. Dit gebrek kan problematisch worden in het kader van de uitoefening van het latere verhaal. Voor die tweede fase bevat de Wet NERpe in artikel 7, tweede lid wel een waarborg. Op grond daarvan zal van het verhaalsrecht pas gebruik worden gemaakt nadat de publieke entiteit de gelegenheid tot overleg is geboden. Dit is echter geen harde waarborg. Wat medeoverheden betreft, past overleg duidelijk binnen de bestuurlijke verhoudingen en dient er mijns inziens altijd en steeds weer opnieuw overleg plaats te vinden. Voor andere entiteiten niet-overheden geldt in principe eenzelfde overlegverplichting. Mijn stelling zou zijn dat hier een hoorplicht op zijn plaats is. De publieke entiteit zou in het kader van het voornemen tot verhaal gehoord moeten

worden. Hetgeen in dat kader is gesteld, moet vervolgens in de motivering van het verhaalsbesluit geadresseerd worden. Dat past ook in de hoorplicht die bestaat voor andere financiële beschikkingen. Dit wordt ook gestaafd door de financiële beschikkingen waarvoor geen hoorplicht geldt, zoals terugvorderingsbeschikkingen in het kader van subsidies. De reden daarvoor is echter dat de terugvorderingsbeschikking als accessoir wordt gezien ten aanzien van het altijd daaraan voorafgaande besluit tot intrekking of lagere vaststelling van de subsidie: een besluit waarvoor nu juist altijd moet worden gehoord (artikel 4:12, tweede lid, Awb). Met het opnemen van een hoorplicht voor verhaalsbesluiten ontstaat geen onredelijke balans. Vaststaat immers dat de te verhalen bedragen zeer aanzienlijk kunnen zijn. In dat geval dient in de voorbereidende fase des te meer aandacht te zijn voor waarborgen. Bovendien kan hiertegen vanuit de centrale overheid geen bezwaar bestaan. Ten eerste geldt de hoorplicht al voor de intrekking of lagere vaststelling van subsidies. Ten tweede is het verhaalsrecht een repressief instrument waarbij het doel niet is, bijvoorbeeld, verdere dwangssommen e.d. te voorkomen. Het is slechts gericht op het achteraf recupereren van gelden zodat de tijdsfactor niet relevant (meer) is. In dat kader dient de zorgvuldigheid te prevaleren boven de snelheid waarmee het instrument ten uitvoer kan worden gelegd. In Hoofdstuk 5 heb ik reeds aangegeven dat een dwangbevelsbevoegdheid – zeker in de verhouding tot decentrale overheden – veel te vergaand is en niet getuigt van enig vertrouwen in de betrokken medeoverheid c.q. in goede bestuurlijke verhoudingen.

Ten derde – tot slot – ontbreken in de Wet NErpe deugdelijke maatstaven voor de *verdeling van de aansprakelijkheid*. Hierover vallen verschillende opmerkingen te maken.

Zoals in paragraaf 5.3.3.2 over regres is uiteengezet, wordt een draagplicht tussen twee aansprakelijke partijen – bij het ontbreken van vaste verdeelsleutels – beheerst door de contractuele relatie waarin partijen staan c.q. door de redelijkheid en billijkheid. Vaste verdeelsleutels bevat de Wet NErpe in ieder geval niet. Het enige aanknopingspunt is het ‘voorzover’-criterium.

Voor de invulling van de draagplicht – en dus de omvang van verhaal – zal dus moeten worden aangesloten bij uitvoeringsregelingen of arrangementen, formulering van medebewindsregelgeving e.d. Zo spreekt men in de Regeling Medebewind van ‘ernstige nalatigheid’, in de circulaire ‘Verhaal EG-boete’ respectievelijk van een ‘inbreuk op het aanbestedingsrecht’ en in EFRO-uitvoeringsconvenanten van een verzuim dat kan worden toegerekend. Bij gebreke aan nadere indicatoren zal aangesloten moeten worden bij artikel 6:102, tweede lid jo artikel 6:101, eerste lid BW. De schade wordt dan naar evenredigheid met de mate waarin de actoren aan de schade hebben bijgedragen onderling verdeeld. Zoals in paragraaf 5.3.3.2 is overwogen is dit geen verdeling naar mate van verwijtbaarheid maar juist een verdeling in causale zin. Dit betekent dat wordt verhaald naar evenredigheid met de mate ‘waarin de gebeurtenissen waarvoor aansprakelijkheid bestaat, het

gevaar op het ontstaan van de schade in het leven hebben geroepen'. Gekeken wordt dan dus naar het 'gevaarverhogingsgehalte' van de betreffende gedragingen. Daarbij kan worden onderscheiden naar onmiddellijke en middellijke veroorzaking van de schade waarbij de draagplicht in de regel over beide wordt verdeeld. Een billijkheidscorrectie kan de draagplicht anders doen liggen. Het uitgangspunt genoemd in de MvT bij de Wet NERpe dat in geval van implementatiefouten niet zal worden verhaald, kan in dit licht worden geïnterpreteerd. Dan zal dus wel sprake kunnen zijn van een 'verzuim' van de zijde van de medeoverheid (m.a.w. zij had haar *Costanzo*-verplichting na moeten leven). Dit betekent dat in beginsel verhaald kan worden. De omvang van het verhaal blijft echter beperkt tot 0 omdat een billijkheidscorrectie plaatsvindt (een draagplicht van 100/0). In paragraaf 5.3.3.2 heb ik eveneens aangegeven dat naar mijn mening voor implementatiewetgeving een bepaalde conformiteitseis zou kunnen gelden. Die conformiteitseis zou dan een correctie tot gevolg hebben. De *Costanzo*-verplichting is dan de conformiteits-check die moet worden uitgevoerd.

In deze situatie is er dus ruimte om ook ander handelen of nalaten van de centrale overheid mee te wegen. Daarbij kan aandacht worden besteed aan de rol van de eigen auditdiensten maar ook aan de toezichts- en sturingsbevoegdheden die de Wet NERpe, de Wet Revitalisering Generiek Toezicht of de overwegende overheidsinvloed bieden. In de literatuur is aangevoerd dat een stelsel van toezichtsbevoegdheden zodanig kan zijn dat doorbraak van aansprakelijkheid op zijn plaats is. Dat zou dan ook consequenties moeten hebben voor het welslagen van een verhaalsactie op grond van de Wet NERpe. Het kan immers zo zijn dat een medeoverheid om een aanwijzing verzoekt teneinde een mogelijke verhaalsactie te ontlopen. Dan zal de minister ofwel een concrete aanwijzing moeten geven dan wel moeten motiveren waarom hij daartoe niet over wil gaan. Volgens de parlementaire behandeling zal niet worden verhaald wanneer een medeoverheid de aanwijzing opvolgt. Het geven van een aanwijzing is dus risicovol. Een lichtpunt voor de Staat kan zijn dat er jurisprudentie bestaat waaruit voortvloeit dat een medeoverheid ook bij bijvoorbeeld een gegeven aanwijzing nog een bepaalde mate van eigen verantwoordelijkheid heeft bij het al dan niet opvolgen van een aanwijzing. Dit heeft de Hoge Raad in 2011 uitgesproken in de *Chipsol*-zaak. De Hoge Raad heeft daarin overwogen dat een aanwijzing van de minister aan het bestaan van een afwegingsvrijheid of beleidsvrijheid bij de medeoverheid niet in de weg staat. De Hoge Raad onderbouwt deze juridische ruimte met een beroep op de mogelijkheid om rechtsmiddelen in te stellen tegen een dergelijke aanwijzing. Dit alles maakt de verhouding tussen het geven van een aanwijzing en een geslaagde verhaalsactie geen makkelijke, laat staan een heldere. Bovendien speelt het al dan niet aanvechten van de terugvorderingsbeschikking of de uitkomsten van schikkingsonderhandelingen hier een grote rol. In het kader van artikel 8:73 Awb is bijvoorbeeld door de bestuursrechter overwogen dat het aanwenden van rechtsmiddelen of verzoeken om een voorlopige voorziening schadebeperkende maatregelen zijn die onder omstandigheden van een

belanghebbende kunnen worden gevegd.<sup>20</sup> Deze jurisprudentie ziet niet specifiek op de hier aan de orde zijnde situatie maar kan wellicht wel van betekenis zijn. Duidelijk mag zijn dat schadebeperkingsplichten van het Rijk c.q. de medeoverheid wel degelijk van belang zijn.

Complicerend is eveneens dat geen aandacht is besteed aan de draagkracht van een gemiddelde medeoverheid. Dit is in het bijzonder van belang omdat de hoogte van boetes of dwangsommen die worden opgelegd krachtens artikel 260 lid 2 VwEU, worden berekend aan de hand van de draagkracht van de lidstaat (Nederland). De draagkracht van een (mede)veroorzakende medeoverheid speelt uiteraard bij het HvJEU geen rol.<sup>21</sup> Dat past niet in het stelsel van artikel 260 VwEU maar zou wel een factor moeten zijn waarmee bij verhaal in nationaal verband rekening dient te worden gehouden. In het burgerlijk recht is hier bijvoorbeeld bij regres wel aandacht voor.

Tot slot is de vraag relevant welke betekenis bij de verdeling van schade toekomt aan de vaststelling dat een medeoverheid op EU-niveau geen formele procespositie heeft. Voor het instellen van beroep en het voeren van verweer is de medeoverheid volledig afhankelijk van de bereidheid van de Staat om een procedure te beginnen. Maar dat is het niet alleen. In de verhouding Commissie en Staat c.q. het HvJEU zullen veel meer belangen spelen dan alleen het belang van de medeoverheid. Naast de bereidheid om een procedure te beginnen, moet ook nog worden afgewacht hoe intens verweer wordt gevoerd. Vaststaat dat Nederland als lidstaat geregeld met de Commissie in overleg treedt om zaken te schikken. Ook het uitruilen van belangen gebeurt op dat niveau. Indien wordt aangenomen dat medeoverheden in deze relatie nauwelijks tot geen rol behoren te spelen dan moet naar mijn mening ook worden aanvaard dat één op één verhaal niet plaatsvindt. De Europese arena is eenvoudigweg een andere dan de nationale. Nederland moet in die situaties haar verlies nemen zonder dit te willen compenseren binnen de nationale interne verhoudingen.

Concluderend kan worden opgemerkt dat het verhaalsrecht op grond van de NERpe niet garant staat voor succes. De uitoefening ervan leidt tot een kluwen problemen. Dit zijn aspecten die de minister wanneer hij besluit over te gaan tot uitoefening van zijn bevoegdheid ex de Wet NERpe bij zijn besluit zou moeten betrekken. Hiervoor zullen in paragraaf 7.6 aanbevelingen worden gedaan.

#### 7.4.4.3 De actie uit 6:162 BW

Tegen een onrechtmatige daadsactie van het Rijk jegens een medeoverheid zijn vanuit verschillende hoeken bezwaren ingebracht. Ten eerste zou het onzeker zijn of de niet-nakoming van een EU-verplichting onrechtmatig is

---

20 Zie Tekst & Commentaar bij artikel 8:73 Awb voor de daar genoemde jurisprudentie en de divergerende lijnen die de hoogste bestuursrechter op dit punt hanteren.

21 Widdershoven 2007, onder 4.3.

*jegens* de Rijksoverheid.<sup>22</sup> Ten tweede zou de actie voor de Staat omslachtig zijn,<sup>23</sup> omdat een bewilligende uitspraak nodig is van de rechter. Ten derde zou de onrechtmatige daadsactie binnen de verhoudingen tussen overheden een oneigenlijk middel zijn.<sup>24</sup> Dit betekent dat de onrechtmatige daadsactie (onder omstandigheden) niet *effectief en passend* zal zijn. Hierna worden deze knelpunten behandeld.

Voor het kunnen slagen van een onrechtmatige daadsactie zal niet alleen sprake moeten zijn van een onrechtmatig handelen of nalaten, maar ook zal moeten zijn voldaan aan de voorwaarde dat de schender van de norm *jegens* de benadeelde schadeplichtig is. Dat betekent dat het handelen *jegens* de benadeelde onrechtmatig moet zijn (relativiteitsvereiste ex artikel 6:163 BW). Anders gezegd: had de overtreder een zorgplicht *jegens* de benadeelde en zo ja, welke? Hierover kan het volgende worden opgemerkt.

Ten eerste zal het primaire onrechtmatig handelen dat in dit onderzoek leidt tot negatieve financiële consequenties voor de Staat, in de regel bestaan uit het handelen in strijd met een wettelijke plicht (handelen in strijd met EU-recht of EVRM-bepalingen). Voor verhaal op de veroorzakende overheid zal niet bij die norm kunnen worden aangesloten. Die specifieke geschonden norm beoogt immers niet de (financiële) belangen van de Staat te beschermen.

Vaststaat ten tweede dat een handelen of nalaten op meer dan één grond c.q. op andere gronden onrechtmatig kan zijn.<sup>25</sup> Naast de strijd met een wettelijke plicht kan het handelen onrechtmatig zijn vanwege strijd met een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm (strijd met hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt). Hoe die ongeschreven norm precies luidt en of die is geschonden, hangt af van het oordeel van de rechter. Tot op heden heeft geen rechter uitgesproken dat een medeoverheid de op hem rustende zorgvuldigheid schendt door de financiële belangen van de Staat op het spel te zetten bij het voort laten duren van een schending van het EVRM c.q. het EU-recht.

Ten derde is wel zeker dat een beroep op het ontbreken van relativiteit een manier is om aan een veroordeling tot schadevergoeding te ontkomen. Het relativiteitsvereiste mag zich namelijk in hernieuwde aandacht van de rechter verheugen. Tot een aantal jaar geleden veroorzaakte het relativiteitsvereiste geen of nauwelijks problemen in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Althans, er werd in de jurisprudentie over het algemeen ruimhartig mee om gegaan. Dit is resoluut veranderd in 2004. Toen wees de Hoge Raad

---

22 Zie de toelichting bij de Circulaire Verhaal EG-boete. Zie ook Van den Tweel 2001, p. 86.

23 Aldus Van den Tweel 2001, p. 86.

24 ICCW 1999.

25 Nieuwenhuis, p. 100.

het arrest *Duwbak Linda*.<sup>26</sup> In die zaak werd een relativiteitsverweer gevoerd ter beperking van de aansprakelijkheid van de aangesproken overheid. De Hoge Raad moest dan ook ingaan op dit verweer. Getoetst moest worden of in het licht van het doel en de strekking van de geschonden norm voldaan was aan het relativiteitsvereiste. Geconcludeerd werd dat relativiteit ontbrak. De uitspraak *Duwbak Linda* is in de literatuur kritisch ontvangen.<sup>27</sup> Gesteld werd dat de relativiteit om rechtspolitieke overwegingen door de Hoge Raad werd gehanteerd teneinde de uitdijende overheidsaansprakelijkheid te voorkomen. Deze kritische houding tegen het honoreren van het relativiteitsverweer vindt steun in de wetsgeschiedenis van artikel 6:163 BW. Daarin komt naar voren dat de wetgever van mening was dat het enkele ontbreken van relativiteit niet in de weg kon staan aan de vergoeding van door de gelaedeerde geleden schade. In de Parlementaire Geschiedenis is het volgende overwogen:<sup>28</sup>

‘Om die reden zou een regel volgens welke aan een benadeelde bij een wetsovertreding alleen een aanspraak op schadevergoeding toekomt indien positief zou blijken dat zulks de strekking van het overtreden wetsvoorschrift was, in de rechtspraktijk grote bezwaren opleveren. Vandaar dat het ontwerp bepaalt dat in het algemeen de benadeelde die voorzienbare schade heeft geleden ten gevolge ener overtreding van een wettelijke plicht, aan die overtreding een aanspraak op vergoeding van zijn schade ontleent, tenzij, negatief, blijkt dat het overtreden wetsvoorschrift niet die strekking heeft.’

In beginsel is op grond van deze overweging aan het relativiteitsvereiste voldaan, tenzij de gedaagde *uitdrukkelijk* stelt dat dit niet het geval is.<sup>29</sup> Bij twijfel zou in het voordeel van de benadeelde moeten worden beslist. Dat is in de jurisprudentie echter niet zo opgevat.<sup>30</sup> Bijkomend probleem is dat op het ontbreken van relativiteit (met name ook door de landsadvocaat)<sup>31</sup> steeds vaker een beroep wordt gedaan. De vraag of is voldaan aan relativiteit wordt dan getoetst. Hierop kan kritiek worden gegeven: in de literatuur is betoogd

26 HR 7 mei 2004, *AB* 2005, 127 m.nt. F.J. van Ommereen en *NJ* 2006, 281 m.nt. J. Hijma. Daarna bijvoorbeeld de *Vie d’Or*-uitspraak (HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 en 529 m.nt. C.C. van Dam tevens in: *JOL* 2006, 596 en *RvdW* 2006, 943) en het Iraanse asielzoeksters-arrest (HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576 m.nt. J.B.F. Vranken). De ABRvS heeft wel relativiteit aangenomen in een ruimtelijke ordeningszaak: ABRvS 24 december 2008, *JB* 2009, 42, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, *USZ* 2009, 75, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, (benzinstation Ameland). Ook in het kader van de Wet milieubeheer is aangenomen dat deze niet strekt tot de bescherming van louter economische belangen maar tot de bescherming van het milieu. Waar het geluidsvoorschriften betreft, betekent dit, dat de bescherming van de leefomgeving wordt beoogd. Daaraan kunnen zowel huurders als verhuurders rechten ontleen. Zie ABRvS 28 juli 2010, *AB* 2011, 240 m.nt. B.P.M. van Ravels.

27 o.a. T. Barkhuysen & L. di Bella in hun noot bij ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 65.

28 TM, Parl. Gesch. Boek 6, p. 632 en bevestigd bij MvA II, Parl. Gesch. Boek 6, p. 638.

29 Zie hierover: T. Barkhuysen & L. di Bella in hun noot bij ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 65.

30 Lankhorst spreekt van een ‘bewijsrechtelijk vermoeden’, p. 43-46.

31 Zie ook Marseille & Harryvan over de verweermiddelen die overheden gebruiken teneinde aan aansprakelijkheid te ontkomen.



dat het bij het aannemen van relativiteit gaat om een ‘compromis tussen twee uitersten’. De leer van de absolute onrechtmatigheid waardoor een ieder wordt beschermd, verabsolueert de geschonden norm en is al jaren verlaten. De leer van de ‘relativistische’ onrechtmatigheid op grond waarvan altijd concreet en specifiek aan de relativiteit moet zijn voldaan, reduceert de geschonden norm te veel.<sup>32</sup> Extra problematisch is voorts dat de wetgever doorgaans geen overwegingen wijdt aan de vraag of de norm strekt tot vergoeding van schade en al helemaal niet aan de vraag wiens schade en welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Ook de Europese wetgever besteedt aan deze problemen geen of nauwelijks aandacht. Wat betekent dit voor de succesansen van verhaalsacties van de Nederlandse Staat?

Wanneer de relativiteitsleer wordt toegepast op, bijvoorbeeld, het verhalen van boetes en dwangsommen op grond van artikel 260 lid 2 VwEU leidt dit tot het volgende. Boetes of dwangsommen worden op grond van artikel 260 lid 2 VwEU opgelegd vanwege de niet-nakoming van de Staat van zijn verplichting om het eerdere arrest van het HvJEU waarin de inbreuk werd vastgesteld, na te leven. Duidelijk moge zijn dat deze bepaling er niet toe strekt de financiële belangen van de lidstaat te beschermen. Dit kan om die reden niet de geschonden norm zijn. Die norm zal moeten worden gezocht in de ‘eigen’ rechtsverhouding tussen de Staat en de medeoverheid. De vraag is hoe deze norm wordt geformuleerd. Dit wordt hierna onderzocht.

In de Circulaire Verhaal EG-boete is een zorgvuldigheidsnorm geformuleerd die volgens de minister geschonden is wanneer de aanbestedende dienst de aanbestedingsregels overtreedt en bij de aanbestedende dienst ‘de wetenschap bestond dat de Staat ingeval van een inbreuk op zijn EU-verdragsverplichtingen tot betaling van een EU-boete veroordeeld kon worden.’<sup>33</sup> Het doel van de Circulaire is de betrokken instantie op de hoogte te brengen van het potentieel onrechtmatig handelen jegens de Staat. De Circulaire stelt het als volgt:

‘Gelet op dit uitgangspunt en de omstandigheid dat de geadresseerden door middel van deze circulaire op de hoogte zijn gebracht van de eventuele consequenties van artikel 171 EG-Verdrag voor de Staat, handelt een geadresseerde mede jegens de Staat onrechtmatig wanneer hij inbreuk maakt op de Europese aanbestedingsvoorschriften.’

Er is mij geen jurisprudentie van de burgerlijke rechter bekend waarin op deze constructie een beroep is gedaan. Het is daarom onduidelijk of dit bij de Hoge Raad stand zal houden. In Hoofdstuk 6 is aangetoond dat de rechtbank te Amsterdam in de omgekeerde verhaalsituatie (medeoverheid versus Rijk) wel de schending van de zorgvuldigheidsnorm accepteerde. Daar-

32 Lankhorst, p. 46.

33 De circulaires ‘Verhaal EG-boetes’ van de staatssecretaris/minister van BZK. De circulaires zijn gericht aan provincies, gemeenten, waterschappen en politieregio’s (althans indertijd aan de korpsbeheerders).

over meer in paragrafen 7.5.3 en 7.6. Hierna wordt beargumenteerd dat er ruimte is voor een dergelijke zorgvuldigheidsnorm.

Onbetwist is in de eerste plaats dat op grond van artikel 260 lid 2 VwEU een lidstaat een boete en/of een dwangsom verbeurt wanneer het eerdere arrest van het HvJEU niet wordt nageleefd. De schending van het EU-recht is in dat geval niet, dan wel onvoldoende opgeheven door de medeoverheid of betrokken entiteit. Vaststaat voorts dat de schendende medeoverheid of entiteit zonder meer op de hoogte is van haar schending. Ten eerste duurt het enkele jaren alvorens het tot boetes en dwangsommen komt. Bovendien is er toezicht op de naleving van die eerdere uitspraak door de Commissie en dient er periodiek verslag te worden gedaan van de acties die dienen om de schending op te heffen. Pas daarna wordt de procedure van artikel 260 lid 2 VwEU ingeleid. De boete is een straf voor het niet-nakomen en de dwangsom is een pressiemiddel om alsnog de inbreuk op te heffen. Het is zonder meer duidelijk dat aan de Nederlandse Staat boetes en/of dwangsommen worden opgelegd wanneer de eerste uitspraak van het HvJEU niet wordt nageleefd. Daarop moet de medeoverheid of entiteit inderdaad bedacht zijn.

In de tweede plaats staat vast dat medeoverheden in een bijzondere positie tot de centrale overheid staan. Volgens mij is het zeer aannemelijk dat op de overtreders een bijzondere zorgvuldigheid (zorgplicht) rust om financieel nadeel voor de Staat te voorkomen. De norm dat de betrokken actoren rechtstreeks schade veroorzaken voor de Staat, terwijl zij het in hun macht hebben om die schade te voorkomen c.q. te beperken, acht ik een norm waarvan overtreding onrechtmatig zal zijn jegens de Staat. Zoals gezegd, is een verhaalsactie van de Staat op deze grond nog niet bij de Hoge Raad beproefd.

Het aannemen van relativiteit bij ongeschreven zorgvuldigheidsnormen kan echter – in tegenstelling tot wettelijke zorgvuldigheidsnormen – problematisch zijn omdat de vraag zich opwerpt of en zo ja, vanaf wanneer men met de betreffende geschonden belangen rekening had moeten houden. Dit wordt ook wel het ‘kenbaarheidsvereiste’ genoemd. Met betrekking tot de relativiteit van een wettelijke norm heeft de Hoge Raad overwogen dat daarbij niet noodzakelijkerwijs afzonderlijk hoeft te worden vastgesteld of de veroorzaker van schade bedacht moest of had moeten zijn op de belangen van de benadeelde.<sup>34</sup> Door de norm wettelijk vast te leggen, lijkt in ieder geval aan dit vereiste te zijn voldaan. Een onrechtmatige daadsactie zonder wettelijke zorgvuldigheidsnorm is dus wellicht problematisch. In dit verband kan worden gewezen op de totstandkoming van artikel 75 lid 5 WBb. Naar aanleiding van de zogenoemde affaire *Lekkerkerker* is eind jaren '70 het onderwerp bodemvervuiling hoog op de politieke agenda komen te staan.<sup>35</sup> Men wilde de meest ernstige vervuiling zo snel mogelijk saneren. Dit leidde ertoe dat de wetgever in 1983 de Interimwet bodembescherming (IBS) vast-

---

34 Bierbooms, p. 223.

35 Zie uitgebreid hierover: Bierbooms, p. 191 e.v.

stelde. Teneinde de saneringskosten op de vervuiler te kunnen verhalen, nam de wetgever in artikel 21 IBS een verhaalsrecht op voor de Staat (de Staat droeg het gros van de kosten en van medeoverheden werd een bijdrage gevraagd). De Staat kon op grond van artikel 21 IBS de kosten gemaakt in het kader van de sanering verhalen op degene 'door wiens onrechtmatige daad' de bodemverontreiniging was veroorzaakt. Door het verhaalsrecht op deze manier te formuleren, ontstond een relativiteitsprobleem. Vanwege het feit dat veel terreinen door de eigenaar zelf waren vervuild, vroeg de rechter zich af 'waarom het vervuilen van het eigen terrein onrechtmatig is jegens de overheid'<sup>36</sup> als die overheid *uit eigen beweging* besluit te gaan saneren. Gegeven het feit dat de meeste vervuilingen bovendien (zeer) ver terug in de tijd hadden plaatsgevonden, was de vraag naar de 'kenbaarheid' van het geschonden belang bij uitstek problematisch. Eenvoudiger gezegd: als dit belang niet kenbaar was voor de vervuiler ten tijde van de vervuiling dan had hij daar ook geen acht op hoeven te slaan. Een onrechtmatige daadsactie zou daarop dan zonder meer afketsen. De vraag voor de rechter was dus vanaf wanneer het kenbaar was dat de overheid het saneringsbelang aan zich zou trekken. Artikel 21 IBS heeft om die reden tot uitgebreide jurisprudentie van de Hoge Raad geleid.<sup>37</sup> Hoofddlijn van deze jurisprudentie is dat schade vóór 1 januari 1975 niet verhaalbaar is. Vóór die datum was volgens de Hoge Raad in het licht van het rechtszekerheidsbeginsel (i.e. niet kenbaar) niet voldaan aan het relativiteitsvereiste (nadien dus wel). De Staat heeft zich hiertegen verweerd met het argument dat het verhaalsrecht uit artikel 21 IBS een specifiek verhaalsrecht was waardoor niet hoefde te worden voldaan aan een algemeen aansprakelijkheidsvereiste zoals relativiteit. Onder verwijzing naar de wetsgeschiedenis van artikel 21 IBS heeft de Hoge Raad dit verweer verworpen. Wanneer wij dit 'kenbaarheidsvereiste' op dit onderzoek zouden toepassen, zou voor het aanbestedingsrecht in ieder geval aangesloten kunnen worden bij het moment van verschijnen van de Circulaire 'Verhaal EG-boete'. Voor het verhalen van schade in subsidie-zaken zouden voorts de ESF-affaires zonder meer van belang zijn. Overigens betreft het in ons onderzoek geen belang dat de overheid zich is gaan aantrekken maar een direct vermogensbelang van het Rijk. Op dit punt kom ik hierna nog terug. Ook de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de vervuiling van terreinen door derden (zoals stortplaatsen) is hier van belang. Daarin speelde eveneens het principiële punt dat als men het belang van de overheid niet mag schenden de vraag relevant is wanneer de overheid dit belang aan zich is gaan trekken. Hier gaat de Hoge Raad nog een stap verder. Hij meent dat het ontbreken van kenbaarheid ertoe leidt dat niet onrechtmatig is gehandeld *jegens* de Staat c.q. dat beter gezegd kan worden

---

36 Bierbooms, p. 199-200.

37 Zie Bierbooms voor een chronologische bespreking daarvan, p. 206-214.

dat de vervuiler in zoverre in het geheel niet onrechtmatig heeft gehandeld.<sup>38</sup> In reactie op deze jurisprudentie is in 1994 de Wbb in werking getreden. Het daarin vervatte artikel 75 is te beschouwen als de opvolger van artikel 21 IBS. Over het algemeen wordt aangenomen dat de wetgever in artikel 75 lid 5 Wbb een aansprakelijkheid *sui generis* heeft neergelegd door in de bepaling zelf op te nemen onder welke voorwaarden sprake is van aansprakelijkheid jegens de overheid. Dit betekent dat niet meer apart hoeft te worden voldaan aan het relativiteitsvereiste.<sup>39</sup> Door de ongeschreven zorgvuldigheidsnorm te vervangen door een geschreven zorgvuldigheidsnorm<sup>40</sup> heeft de wetgever de *politieke* keuze aan zich gehouden. Daarmee staat vast wanneer en onder welke voorwaarden kan worden verhaald.

De vraag of de wetgever een aansprakelijkheid *sui generis* zou moeten vastleggen voor schendingen van EU-recht van de medeoverheid jegens het Rijk is primair een (rechts)politieke keuze. Die hoort om die reden op het bordje van de wetgever te liggen. Dit is een aspect dat in dit onderzoek wellicht wat onderbelicht is gebleven: de (recht)politieke aspecten van de keuze om een verhaalsrecht te introduceren. De ESF-affaires in de jaren negentig waarin sprake was van zeer aanzienlijke terugvorderingen van de zijde van de Commissie hebben gezorgd voor grote maatschappelijke en politiek commotie. Die affaires liggen zonder meer aan de basis van de introductie van de verhaalsbevoegdheid voor de Staat in de Wet TES. De veroordelingen door het HvJEU van lidstaten zoals Frankrijk en Spanje tot zeer aanzienlijke boetes en dwangsommen alsmede de rapporten van de Algemene Rekenkamer waaruit blijkt dat zowel met betrekking tot de naleving van aanbestedingsverplichtingen als EU-subsidieverplichtingen problemen bestaan, vormen het politieke draagvlak voor het uitgebreidere verhaalsrecht voor de Staat in de Wet NERpe. Zoals hiervoor is beschreven, is echter de vraag of dit verhaalsrecht effectief zal blijken te zijn in de praktijk. Uit het voorgaande blijkt dat het relativiteitsvereiste de bottleneck kan zijn van een onrechtmatige daadsactie. Door het introduceren van een geschreven zorgvuldigheidsnorm zou dit worden ondervangen.

Gedacht zou kunnen worden aan het bestaan van een bijzondere zorgplicht die de verhouding tussen overheden reguleert. Voor medeoverheden zou die plicht geconcretiseerd kunnen worden door aan te nemen dat wanneer een overheid of een aan de overheid gelieerde entiteit in het kader van de niet-naleving van internationaal recht de financiële belangen van de Staat schendt, dit geacht wordt zonder meer onrechtmatig te zijn *jegens* de Staat. Op die manier opent zich de mogelijkheid om wel succesvol gebruik te maken van een onrechtmatige daadsactie.

---

38 De relativiteit en onrechtmatigheid worden hier dus samen genomen. Zie Bierbooms, p. 217

39 Bierbooms, p. 239.

40 Bierbooms, p. 239.

Voor nu zal moeten worden geconcludeerd dat het naar huidig recht inderdaad problematisch kan zijn voor de Staat om zich via artikel 6:162 BW te verhalen op een medeoverheid. Overigens doet zich het probleem voor dat niet kan worden verhaald binnen één rechtspersoon. In zoverre zal verhaal via het burgerlijk recht niet effectief zijn. Overigens blijkt ook uit de gepubliceerde jurisprudentie van de Hoge Raad dat overheden elkaar nauwelijks treffen in het kader van artikel 6:162 BW.

Een tweede knelpunt is de vraag of een onrechtmatige daadsactie *passend* is binnen de bestaande rechtsverhoudingen. Daarover merk ik het volgende op. Zoals bekend, is een kenmerk van het burgerlijk procesrecht de principiële gelijkheid van partijen. Dit geldt voor wat betreft de stel- en bewijsplicht alsmede voor de lijdelijkheid van de burgerlijke rechter. Ook het uitgangspunt dat een partij niet eenzijdig de rechten van een andere partij kan vaststellen zoals in het bestuursrecht het geval is, getuigt daarvan. In zoverre is de onrechtmatige daadsactie vanuit het perspectief van onderling verhaal in ieder geval wel passend. Vanuit de constitutionele gedachte – dat de centrale overheid moet kunnen ingrijpen – is dit wellicht een minder voor de hand liggende aanpak. Wel teken ik daarbij aan dat een verhaalsrecht wat mij betreft niet onder het toezichtinstrumentarium valt. Het is ook niet nodig om het daaronder te brengen. De Kroon staan meerdere toezichtsbevoegdheden ter beschikking om een schending te voorkomen en de eigen (financiële) belangen te waarborgen. Overheden worden geacht hun onderlinge geschillen in der minne op te lossen. In Hoofdstuk 5 is echter vastgesteld dat de wetgever het hun niet heeft verboden hun geschil voor te leggen aan een rechter. Integendeel. Onder omstandigheden is de toegang tot de burgerlijke rechter zelfs uitdrukkelijk opengesteld. Overigens ben ik van mening dat overheden niet afgehouden moeten worden van een rechter wanneer zij er onderling niet uitkomen. Overheden hebben op grond van artikel 1:2, tweede lid, Awb aan hen toevertrouwde belangen die behartigd moeten worden. Die belangen verdienen de bescherming van een rechter en waarom in bestuursrechtelijke zaken dan niet gewoon de bestuursrechter? De wetgever kiest echter de laatste tijd uitdrukkelijk voor het tegenovergestelde zodat alleen een rechtsgang naar de burgerlijke rechter openstaat.<sup>41</sup> Naar mijn mening is dit een ongewenste ontwikkeling.

Een voordeel van de onrechtmatige daadsactie is dat het een uitgebreid en zorgvuldig ontwikkeld leerstuk over de *verdeling van aansprakelijkheid* bevat. Dit is reeds beschreven in paragraaf 7.4.4.2. In aansluiting daarop merk ik op dat de daar gesignaleerde factoren verwerkt kunnen worden in vaste verdeelsleutels. Een voorstel hiervoor doe ik in paragraaf 7.5.3 en paragraaf 7.6.

Concluderend kan worden vastgesteld dat de onrechtmatige daadsactie een goed alternatief is voor het verhalen van gelden die de Staat uit hoofde van het EVRM aan een klager dan wel uit hoofde van het EU-recht aan de EU

---

41 Vgl. de Crisis- en herstelwet.

heeft moeten afdragen wanneer het relativiteitsprobleem wordt opgelost. Binnen de bandbreedte van de bestaande regels zou op onderdelen gedifferentieerd kunnen worden vanwege de bijzondere situatie van onderling verhaal tussen overheden met een nieuwe species binnen de onrechtmatige daadsactie tot gevolg. De verschillende species die reeds in het BW zijn opgenomen, kennen vaak ook een bepaling omtrent de verdeling van aansprakelijkheid. In paragrafen 7.5 en 7.6 zal hierop nog worden teruggekomen.

#### 7.4.5 Conclusie paragraaf 7.4

In deze paragraaf zijn enkele zaken vastgesteld.

Ten eerste is het introduceren van een verhaalsrecht niet juridisch noodzakelijk. Het EVRM noch het EU-recht vergen dit van Nederland. Het creëren ervan is kortom een eigen rechtspolitieke keuze. Het introduceren van een verhaalsrecht kan zeer wenselijk zijn vanwege de aanzienlijke financiële risico's die de Staat loopt. Ten tweede is in deze paragraaf vastgesteld dat die risico's voor het EVRM anders liggen dan voor het EU-recht. De financiële gevolgen in het kader van het EVRM zijn bescheiden. In het kader van het EU-recht zijn de financiële risico's van een geheel andere orde. In de eerste plaats zijn de bedragen waar Nederland mee kan worden geconfronteerd astronomisch hoog. In de tweede plaats is terugvordering van EU-subsidiebedragen eerder regel dan uitzondering. Dit ligt geheel anders bij veroordelingen op grond van artikel 260 lid 2 VwEU. Daar is Nederland tot op heden nog geen slachtoffer van geworden. Dit laat onverlet dat dit in de toekomst wel zal kunnen gebeuren. Op deze gronden kan worden geconcludeerd dat het introduceren van een verhaalsrecht zeker wenselijk zou kunnen zijn. In dat verband komt ook betekenis toe aan de politieke werkelijkheid uit hoofde waarvan een verhaalsrecht – al dan niet als stok achter de deur – wenselijk kan zijn. Mijn onderzoek heeft zich echter niet primair gericht op die werkelijkheid. Voor mij staat zonder meer vast dat de vraag naar wenselijkheid van het introduceren van een verhaalsrecht *eo ipso* een (rechts)politieke keuze is. Ik heb mij voornamelijk gericht op de positiefrechtelijke aspecten van deze vraag.

De derde vraag die in dat geval van belang wordt, is de vraag of bestaande verhaalsrechten voldoen. Om deze vraag te kunnen beantwoorden, is een viertal criteria geformuleerd waaraan een verhaalsrecht idealiter zou moeten voldoen. Het verhaalsrecht zou effectief moeten zijn en passend binnen de bijzondere rechtsverhouding tussen Staat en medeoverheid. De hoogte van de te verhalen bedragen en de illusoire rechtspositie van medeoverheden op EU-niveau zouden moeten worden ondervangen door voldoende nationaalrechtelijke waarborgen. Tot slot zou de regeling duidelijke maatstaven moeten bevatten voor de vaststelling en verdeling van de aansprakelijkheid.

De evaluatie van de bestaande verhaalsinstrumenten (de verhaalsbevoegdheid op grond van de Wet NERpe respectievelijk een actie op grond van het burgerlijk recht) is aan de hand van deze criteria verricht en geeft het volgende beeld.

Het verhaalsrecht uit de Wet NErpe lijkt op het eerste gezicht goed te voldoen. Helaas is dat slechts schijnzekerheid. Uitgangspunt is dat niet wordt verhaald als de Staat tekortschiet bij implementatie van EU-regelgeving. In de overige gevallen kan wel worden verhaald en wel 'naar rato van het verzuim'. Het discretionaire karakter van deze bevoegdheid, het ontbreken van een beleidskader ter invulling daarvan en het gebrek aan duidelijke regels over de vaststelling en verdeling van aansprakelijkheid, maken dat de wetgever juist een rechtsonzekere situatie voor medeoverheden en de verhandelende minister in het leven roept. Ook nadelig voor de entiteit waarop wordt verhaald, is dat zij met betrekking tot de vaststelling van een schending in het kader van Staatsaansprakelijkheid niet beschikt over een sterke rechtspositie op EU-niveau. Geruststellend dan wel tekenend is dat het instrumentarium dat de minister op grond van de Wet TES had, in de praktijk niet is gebruikt. Daar staat tegenover dat de financiële risico's voor medeoverheden aanzienlijk zijn en dat bij verhaal op grond van de Wet NErpe voor de invordering gebruik mag worden gemaakt van de dwangbevelsbevoegdheid. Van de wetgever mocht naar mijn mening worden verwacht dat een zeer ingrijpende bevoegdheid zoals het verhaalsrecht met de noodzakelijke zorgvuldigheid zou zijn geïntroduceerd.

De actie op grond van het burgerlijk recht (zoals een actie uit onrechtmatige daad) kan mits aangevuld met een geschreven zorgvuldigheidsnorm en het concretiseren van de gangbare aansprakelijkheidsverdelingsmaatstaven voor de relatie tussen het Rijk en medeoverheden bij de uitvoering van Eu-recht, zeker voldoen. Enerzijds zijn dit dus maatstaven die recht doen aan de bijzondere verhouding tussen een medeoverheid en de Staat. Aandacht zou moeten bestaan voor de over en weer in acht te nemen zorgvuldigheid en voor het al dan niet gebruik maken van het vigerende toezichtinstrumentarium. Anderzijds zijn nadere maatstaven nodig die recht doen aan de wijze waarop EU-recht in Nederland wordt uitgevoerd. In dat verband kan aandacht worden geschonken aan bijvoorbeeld de *Costanzo*-verplichting van medeoverheden (of de pendant hiervan in artikel 94 Gw), de illusoire rechtspositie van medeoverheden in EU-verband en/of de onduidelijke verdeling van verantwoordelijkheden tussen de betrokken instanties bij de uitvoering van EU-recht. Het nader invullen van deze maatstaven kan men aan de rechter overlaten. Het burgerlijk recht biedt de rechter in het licht van artikel 6:2 BW de mogelijkheid om hieraan vorm te geven. Dit roept voor medeoverheden wel rechtsonzekerheid in het leven. Die rechtsonzekerheid noopt tot ingrijpen van de wetgever. Een ander argument voor ingrijpen van de wetgever is gelegen in het rechtspolitieke karakter dat de vraag hoe en onder welke omstandigheden overheden zich onderling op elkaar moeten kunnen verhalen ontegenzeggelijk heeft. Als de wetgever overgaat tot het ontwikkelen van een civielrechtelijke verhaalsregeling dan verdient met name ook de hanteerbaarheid van de verhaalsregel de aandacht.

## 7.5 OMGEKEERD VERHAAL: VERHAAL VAN EEN MEDEOVERHEID C.Q. EEN AAN EEN MEDEOVERHEID GELIEERDE ENTITEIT OP HET RIJK

### 7.5.1 Inleiding

Naast de mogelijkheid dat de Staat zich op overheden en aan overheden gerelateerde entiteiten verhaalt, is in dit onderzoek de mogelijkheid besproken dat een medeoverheid of een aan de overheid gerelateerde entiteit door haar geleden schade op de Staat wil verhalen omdat de Staat (mede) debet is aan de veroorzaking van haar schade ('omgekeerd verhaal').

Twee situaties kunnen worden onderscheiden. Ten eerste de situatie waarin een uitvoerende overheid wordt geconfronteerd met nationale regelgeving die volgens haar niet in overeenstemming is met Europees recht. In dat geval kan onder omstandigheden op de medeoverheid de verplichting rusten (ex artikel 94 Gw voor het EVRM respectievelijk uit hoofde van *Costanzo* voor het EU-recht) om het nationale recht conform te interpreteren dan wel buiten toepassing te laten. De uitvoerende overheid kan in dat kader schade lijden die zij op de regelgevende overheid wil verhalen. Ten tweede kan de situatie worden onderscheiden dat een aan de overheid gerelateerde onderneming schade lijdt ten gevolge van maatregelen die de Staat in strijd met het EU-recht recht of het EVRM heeft vastgesteld. Naar huidig recht is voor beide situaties alleen verhaal mogelijk via het burgerlijk recht.

In deze paragraaf zal niet specifiek worden ingegaan op omgekeerd verhaal vanwege door de Staat geschonden EVRM-bepalingen omdat uit hiervoor gedaan onderzoek blijkt dat hierover geen juridische procedures lijken te worden gevoerd. Voor wat betreft de vergoeding van immateriële schade vanwege schending van de redelijke termijn behoeft dit standpunt enige nuancering. Uit Hoofdstuk 6 is gebleken dat hier wel over wordt geprocedeerd. Uit Hoofdstuk 5 blijkt echter ook dat er door de bestuursrechter een procesrechtelijke oplossing is bedacht die vooralsnog afdoende lijkt voor de afwikkeling van verzoeken tot vergoeding van immateriële schade in verband met de overschrijding van de redelijke termijn voor de bestuurlijke en rechterlijke fase. Er is geen sprake van een 'hoofdelijke' aansprakelijkheid voor overschrijding van de redelijke termijn tussen bestuur en Staat (aansprakelijk in verband met overschrijding door de rechter). De bestuursrechter heeft in dat kader een manier ontwikkeld om de overschrijding aan elk van de fases afzonderlijk toe te rekenen. Onder omstandigheden kan een rechterlijke fase een overschrijding in de bestuurlijke fase compenseren (en omgekeerd). Vooralsnog lijkt deze praktijk niet tot onaanvaardbare uitkomsten te leiden. Om die reden wordt hierop in deze paragraaf niet nader ingegaan. De meeste aandachtspunten die hierna worden geformuleerd, gelden overigens eveneens voor verhaalsacties vanwege EVRM-schendingen.

Vaststaat voorts dat naar huidig recht niet is voorzien in een bijzondere regeling die in deze beide gevallen een verhaalsmogelijkheid biedt aan de rechtspersoon waartoe het bestuursorgaan behoort c.q. aan een overheid gerelateerde entiteit. Aangesloten zal moeten worden bij het burgerlijk recht



zoals een regresactie (6:10 BW) als sprake is van hoofdelijke schuldenaren ofwel een verhaalsactie uit hoofde van onrechtmatige daad. In beide gevallen kan dit leiden tot een oproeping in vrijwaring ex artikel 210 Rv wanneer alleen de medeoverheid door de burger is gedaagd.

### 7.5.2 Verhaal en de verplichting ex artikel 94 Gw c.q. de Costanzo-verplichting

De verplichting van bestuursorganen van medeoverheden om nationaal recht buiten toepassing te laten vanwege strijd met een ieder verbindende bepalingen of direct werkende EU-bepalingen, is gebaseerd op twee onderscheiden leerstukken: artikel 94 Gw respectievelijk de *Costanzo*-verplichting.

Artikel 94 Gw is gericht tot elk ambt en verplicht het ambt om nationaal recht dat in strijd is met een ieder verbindende bepalingen van internationaal recht, waaronder het EVRM, buiten toepassing te laten.<sup>42</sup> Dat artikel 94 Gw zich richt tot elk ambt – dus ook tot bestuursorganen – en niet alleen tot de rechter is in de literatuur verdedigd.<sup>43</sup> In 2010 heeft de ABRvS dit uitgangspunt bevestigd:<sup>44</sup>

‘Ingevolge artikel 94 van de Grondwet vinden wettelijke voorschriften evenwel geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepaling van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties. Het stopzetten, herzien en terugvorderen van (voorschotten) huurtoeslag van een ouder in verband met inwoning van een meerderjarig kind kan onder zeer bijzondere omstandigheden in het concrete geval worden aangemerkt als zijnde in strijd met het discriminatieverbod van artikel 14 van het EVRM in samenhang met het in artikel 8 van het EVRM besloten liggende recht op respect voor het familie- en gezinsleven, in welk geval de desbetreffende wettelijke bepaling buiten toepassing gelaten moet worden. De Belastingdienst heeft zich derhalve ten onrechte op het standpunt gesteld dat hij in een dergelijk geval niet bevoegd en verplicht zou zijn om artikel 9, derde lid, van de Awir buiten toepassing te laten.’

Bestuursorganen zijn volgens de ABRvS dus bevoegd én verplicht om onder omstandigheden nationaalrechtelijke bepalingen buiten toepassing te laten. Anders dan voor internationaalrechtelijke bepalingen zoals het EVRM volgt de gelijkaardige plicht voor wat betreft rechtstreeks werkend EU-recht niet uit de Grondwet maar uit het EU-recht zelf.

Ook in het EU-recht is dit een verplichting die aanvankelijk op de rechter rustte maar die sinds de zaak *Fratelli Costanzo* ook op bestuursorganen rust.<sup>45</sup> In de zaak *Fratelli Costanzo*, bevestigd in de *CIF*-zaak, overweegt het HvJEU uitdrukkelijk dat de verplichting tot het buiten toepassing laten van nationaal recht dat in strijd komt met rechtstreeks werkend EU-recht een

42 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 950 (R 1281), nr. 3, p. 7 en *Kamerstukken II* 1992/93, 22 855 (R 1451), nr. 3, p. 8.

43 o.m. Verhoeven 2011, p. 202-203.

44 r.o. 2.4.2 ABRvS 22 december 2010, *AB* 2011, 169 m.nt. J. Uzman & A.E.M. Leijten. Zie eerder al Fleuren, p. 346-349.

45 Verhoeven 2011, p. 214-215.

verplichting is die rust 'op alle overheidsorganen, met inbegrip van de bestuursorganen'. Daarbij horen ook de verplichtingen om alle maatregelen te nemen ter facilitering van de doorwerking van EU-recht. Kortom: bestuursorganen en publieke werkgevers zullen rekening moeten houden met hun *Costanzo*-verplichting.

Vaststaat dat de *Costanzo*-verplichting zich voordoet wanneer nationaal recht conflicteert met rechtstreeks werkend EU-recht. Dat kan het geval zijn wanneer in nationale regelgeving geen rekening is gehouden met rechtstreeks werkende bepalingen van EU-recht. Voorts kan sprake zijn van conflicterende rechtsregels wanneer een richtlijn te laat of onjuist in nationale regelgeving is omgezet. In alle gevallen zal de conflicterende regel, althans de financiële gevolgen daarvan, veelal pas aan het licht komen bij de uitvoering van de betreffende regeling door bestuursorganen, bijvoorbeeld mede-overheden.

Net als voor de verplichting uit hoofde van artikel 94 Gw zijn bestuursorganen bevoegd en verplicht hun *Costanzo*-verplichting uit te voeren.<sup>46</sup> De zaak *Costanzo* zelf getuigt hier al van. Een Italiaanse wet waarmee Richtlijn 71/305 was geïmplementeerd, schreef de gemeente Milaan bindend een bepaalde handelwijze voor. Deze handelwijze kwam echter in strijd met de aldus geïmplementeerde rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging. Volgens het HvJEU had de gemeente Milaan rechtstreeks de richtlijnbevestiging moeten toepassen en de nationale bepaling buiten toepassing moeten laten.

De *Costanzo*-verplichting geldt voor bestuursorganen onverkort bij het buiten toepassing laten van nationaal recht dat in strijd is met rechtstreeks werkend EU-recht in de zin van rechtstreeks werkende verdragsbepalingen en bepalingen van verordeningen. Met betrekking tot rechtstreeks werkende bepalingen van richtlijnen geldt de *Costanzo*-verplichting niet onverkort. Voor zover de rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging alleen rechten toekent aan de procederende burger, bestaat er geen probleem om de richtlijnbevestiging rechtstreeks toe te passen en het nationale recht buiten toepassing te laten. Dit wordt anders wanneer de rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging verplichtingen oplegt aan particulieren. Dergelijke negatieve gevolgen zijn niet geoorloofd. Een richtlijn kan immers uit zichzelf – dat wil zeggen: zonder implementatie – geen verplichtingen opleggen aan particulieren. Dit volgt uit het verbod van omgekeerde verticale werking van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen. Een bestuursorgaan is dus niet bevoegd om ambtshalve nationaal recht buiten toepassing te laten en op grond van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen verplichtingen aan particulieren op te leggen, ook al is het betreffende besluit ontegenzeggelijk in strijd met de richtlijn.<sup>47</sup> De situatie wordt anders wanneer een dergelijk negatief gevolg

<sup>46</sup> Verhoeven 2009, p. 40-42.

<sup>47</sup> Zie in gelijke zin: ABRvS 7 december 2005, AB 2006, 67 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JM 2006/7 m.nt. Van der Meijden en Gst. 2006, 91 m.nt. J. Meulman. Het bestuursorgaan zou dan moeten wachten tot de wetgever de discrepantie heeft opgelost: Meulman in punt 2 van zijn noot in de Gemeentestem bij ABRvS 7 december 2005, Gst. 2006, 91.

voor een particulier het effect is van een beroep jegens de overheid op de rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging door een andere particulier.<sup>48</sup> Dan is de opgelegde verplichting het feitelijke gevolg van het succesvolle beroep daarop jegens het bestuursorgaan van een medeburger. Het kan dus zijn dat het bestuursorgaan bij een besluit *in primo* de rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging vanwege het verbod van omgekeerde verticale werking niet mag toepassen terwijl de betreffende bevestiging in bezwaar – vanwege het uitdrukkelijke beroep daarop van een derde – wel moet toepassen. Het verbod van omgekeerde verticale werking van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen geldt evenmin in de situatie waarin het bestuursorgaan het nationale recht buiten toepassing laat, maar conform interpreteert. De negatieve gevolgen voor de derde vloeien dan immers niet rechtstreeks voort uit de toepassing van de richtlijn maar uit de toepassing van het conform geïnterpreteerde *nationale* recht.<sup>49</sup> In dat geval zullen de financiële nadelen voor een derde wel door het bestuursorgaan moeten worden gecompenseerd op grond van *Francoovich*.<sup>50</sup> Het enkele feit dat een beroep op een rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging negatieve gevolgen kan hebben voor een derde is met andere woorden onvoldoende.<sup>51</sup>

Op grond van de *Costanzo*-verplichting kan een bestuursorgaan – wanneer hij meent dat sprake is van strijd tussen een nationale regel en een rechtstreeks werkende bevestiging van EU-recht de nationaalrechtelijke bevestiging buiten toepassing laten. Wanneer dit geen oplossing biedt of wanneer de bevestiging rechtstreekse werking ontbeert, zal het bestuursorgaan het nationale recht zo veel mogelijk conform moeten interpreteren. Biedt geen van beide een oplossing dan zal de betreffende overheid uit hoofde van *Francoovich* aansprakelijk zijn voor de schade die de particulier lijdt, aangezien het EU-recht niet kan worden toegepast. Inmiddels heeft het HvJEU bepaald<sup>52</sup> dat de nationale rechter eerst moet onderzoeken of (richtlijn)conforme interpretatie van het nationale recht tot een oplossing leidt. Daarna kan gekeken worden of sprake is van een rechtstreeks werkende bevestiging en de strijdigheid kan worden opgelost door het nationale recht niet toe te passen. De reden hiervoor is dat richtlijnconforme uitleg het EU-recht met het nationale recht ‘verzoent’.<sup>53</sup> Bovendien is richtlijnconforme interpretatie ook mogelijk bij niet-rechtstreeks werkende bevestigingen. De uitvoerende overheid hoeft dan dus niet eerst vast te stellen of sprake is van een rechtstreeks werkende

48 HvJEU zaak C-201/02, Wells, *Jur.* 2004, I-723, *M en R* 2004/2, nr. 11. Zie ook Hessel & Belhaj.

49 HvJEU zaak C-53/10, Land Hessen, *AB* 2011/322 m.nt. R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven. Zie voor kritiek hierop: R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven in punt 3 van hun noot hierbij.

50 HvJEU zaak C-53/10, Land Hessen, *AB* 2011/322 m.nt. R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven.

51 HvJEU zaak C-201/02, Wells, *Jur.* 2004, I-723, *M en R* 2004/2, nr. 11. Zie ook Hessel & Belhaj, p. 12.

52 HvJEU zaak C-282/10, Dominguez/Centre Ouest Atlantique, *AB* 2012, 48 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en *NJ* 2012, 148 m.nt. M.R. Mok, r.o. 23.

53 R.J.G.M. Widdershoven in zijn noot bij Dominguez.

bepaling van EU-recht, zoals wel nodig is bij buiten toepassing laten. Richtlijnconforme interpretatie is op grond van vaste jurisprudentie echter niet onbeperkt. Zo wordt richtlijnconforme interpretatie begrensd door 'algemene rechtsbeginselen' zoals het rechtszekerheidsbeginsel.<sup>54</sup> Belangrijker voor dit onderzoek is dat de conforme uitleg evenmin mag dienen 'als grondslag voor een uitlegging *contra legem* van het nationale recht'.<sup>55</sup> Dit verbod van *contra legem*werking bij richtlijnconform interpreteren, behoort ook tot de vaste jurisprudentie van de nationale rechter.<sup>56</sup> Deze beperking bestaat niet ten aanzien van het buiten toepassing laten van nationaal recht dat strijdig is met rechtstreeks werkend EU-recht. Door het buiten toepassing laten van nationaal recht kan niet *contra legem* worden gehandeld. Het een sluit het ander uit. Ik betwijfel overigens of dit geen fictie is. De keuze om nationaal recht niet toe te passen, leidt er immers niet toe dat dit nationale recht niet meer bestaat in de nationale rechtsorde. De betreffende bepaling wordt enkel niet *toegepast* op de betreffende casus maar behoudt zijn gelding voor andere gevallen.<sup>57</sup> Dit kan in zoverre worden geaccepteerd omdat de betreffende richtlijnbeepaling die wordt toegepast een rechtstreeks werkende is.

Deze uitgangspunten zijn van belang voor de vraag hoe een uitvoerende overheid die wordt geconfronteerd met nationale regelgeving die in strijd is met EU-recht toepassing moet geven aan haar *Costanzo*-verplichting. Daarbij is het financiële risico dat zij loopt een complicerende factor voor de mede-overheid. *Verhoeven* beveelt in haar dissertatie aan om de *Costanzo*-verplichting te beperken tot gevallen van een *acte clair* of *éclairé*. Dat betekent dat bij evidente schendingen van rechtstreeks werkend EU-recht c.q. wanneer die schending blijkt uit eerdere jurisprudentie, een bestuursorgaan verplicht is nationaal recht buiten toepassing te laten. Bij twijfel omtrent de juistheid van de nationale wettelijke bepaling, zal het bestuursorgaan volgens *Verhoeven* contact op moeten nemen met het betreffende vakministerie. Aangezien het niet aan zal gaan om in geval van twijfel zonder meer stil te zitten en het op procederen van de burger aan te laten komen zodat prejudiciële vragen kunnen worden gesteld, zal volgens mij tussen het betreffende vakministerie en de Commissie op reguliere basis overleg moeten plaatsvinden waarin zulke uitvoeringsvragen kunnen worden besproken. Dergelijke overleggrondes kunnen plaatsvinden in het kader van de notificatieverplichtingen die lidstaten hebben met betrekking tot hun omzettingwetgeving, in comitologie-

54 HvJEU gev. zaken C-397/02, C-391/02 en C-403/02, Berlusconi, *Jur.* 2005, p. I-3565 (in het licht van het verbod van terugwerkende kracht kan richtlijnconforme interpretatie niet leiden tot het alsnog strafbaar stellen c.q. tot het verzwaren van een bestaande stafbaarstelling). Ook verzet het rechtszekerheidsbeginsel zich er bijvoorbeeld tegen dat een bevoegdheid die naar nationaal recht niet bestaat alsnog wordt gecreëerd (ABRvS 28 februari 2007, AB 2007/183 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven).

55 HvJEU zaak C-282/10, Dominguez t. Centre Ouest Atlantique, AB 2012, 48 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en NJ 2012, 148 m.nt. M.R. Mok, r.o. 25.

56 ABRvS 7 december 2004, AB 2006/67, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en ABRvS 5 december 2007, AB 2008/18 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven

57 Zie ook Verhoeven 2011, p. 39.

comité's die op alle belangrijke beleidsterreinen bestaan of op *ad hoc* basis. Overigens lijken de ontwikkelingen op EU-niveau ook een andere kant uit te gaan. Zo bevat de nieuwe aanbestedingsrichtlijn de verplichting voor de lidstaat om een afzonderlijke toezichthoudende instantie op te richten. Deze instantie heeft taken op het terrein van toezicht en controle op de nationale aanbestedingspraktijk maar ook andere taken, zo blijkt uit artikel 84 van de richtlijn:

“(b) juridisch advies aan aanbestedende diensten over de interpretatie van aanbestedingsregels en -beginselen en over de toepassing van aanbestedingsregels in specifieke gevallen; (c) verstrekking van initiatiefadviezen en richtsnoeren over aangelegenheden van algemeen belang met betrekking tot de interpretatie en toepassing aanbestedingsregels, vaak terugkerende vragen en systeemgebonden moeilijkheden betreffende de toepassing van aanbestedingsregels (...)”

In reactie op deze nieuwe richtlijn hebben VNG, IPO en UvW (en overigens ook de regering) aangegeven geen voorstander te zijn van een nieuwe toezichthoudende instantie maar meer vertrouwen te hebben in democratische controle en rechtspraak.<sup>58</sup> Democratische controle (horizontaal toezicht) leidt ertoe dat bestuurders af moeten treden bij (grote) fouten gemaakt in het kader van aanbestedingsprocedures. Voor benadeelde ondernemers staat altijd de gang naar de rechter open. VNG, IPO en UvW hebben het Europees Parlement opgeroepen artikel 84 van de richtlijn te schrappen. Bij sluiting van dit onderzoek is onduidelijk of hiertoe ook zal worden overgegaan. Duidelijk is naar mijn mening dat op EU-niveau een drang naar centralisatie bestaat. Het geven van juridisch advies aan aanbestedende diensten is, zo getuigen ook de vragen die Europa decentraal van medeoverheden ontvangt, overigens geen overbodige luxe. Het zou medeoverheden zeker kunnen sterken in hun *Costanzo*-verplichting wanneer strijd bestaat tussen nationaal recht en bepalingen van EU-recht.

Het verbod van *contra legem*-uitleg van het nationale recht is voor uitvoerende overheden extra complicerend wanneer de uit te voeren bevoegdheid niet of nauwelijks beoordelingsvrijheid of -ruimte of beleidsvrijheid laat zoals in geval van een gebonden (medebewinds)bevoegdheid. Het uitoefenen van een zuiver gebonden medebewindsbevoegdheid geeft immers grote risico's op aansprakelijkheid van de uitvoerende overheid jegens de particulier (het anders toepassen van de gebonden bevoegdheid zal vanwege het gebonden karakter altijd *contra legem* zijn).

Als ik *Verhoeven* volg in haar aanbeveling om *Costanzo* te beperken tot een *acte clair* en *éclairé* zal de uitvoerende overheid eerst op zoek moeten gaan naar bepalingen die conform kunnen worden geïnterpreteerd zonder

---

58 <http://www.iponl/nieuws/ipovng-en-uvw-kritisch-over-voorstel-eu-aanbestedingsrichtlijn>.

dat dit tot *contra legem* werking met het nationale recht leidt.<sup>59</sup> Indien dit recht niet bestaat, kan de uitvoerende overheid onderzoeken of de EU-bepaling rechtstreeks werkt en besluiten het nationale recht niet toe te passen maar in plaats daarvan de rechtstreeks werkende EU-bepaling. Wanneer het een tweepartijengeschil betreft tussen overheid en particulier dient rekening te worden gehouden met het verbod van omgekeerde verticale werking. Wanneer het een meerpartijengeschil betreft waarin een andere particulier jegens de overheid een beroep doet op de rechtstreeks werkende bepaling vormt dit verbod geen probleem voor toepassing. Ter illustratie van het dilemma voor uitvoerende overheden kan worden gewezen op de ABRvS-uitspraak *De Ingensche Waarden*.<sup>60</sup> Het college van GS van Gelderland heeft voor onbepaalde tijd een revisievergunning ex artikel 8.4 Wet milieubeheer verleend ten behoeve van een baggerdepot in de Ingensche Waarden. Doordat de verontreinigde baggerspecie al doorsijpelend in het grondwater terecht komt, is sprake van een indirecte lozing in de zin van de Grondwaterrichtlijn. Op grond van artikel 11 van de Grondwaterrichtlijn is om die reden alleen een vergunning toegestaan die wordt verstrekt voor bepaalde tijd. Op de uitzonderingen genoemd in artikel 8.17, tweede lid, van de Wet milieubeheer na, kende de Wet milieubeheer alleen vergunningen voor onbepaalde tijd. Weliswaar bood de Wet milieubeheer ruimte voor het aanwijzen bij Amvb van andere inrichtingen waaraan een tijdelijke vergunning kon worden verstrekt maar die Amvb was niet vastgesteld. Evenmin viel de betreffende inrichting (het baggerdepot) onder de uitzonderingen van artikel 8.17, tweede lid van de Wet Milieubeheer. Het alsnog beperken van de geldigheidsduur van de revisievergunning via conforme interpretatie zou dus tot *contra legem* leiden met de Wet milieubeheer. De ABRvS onderzoekt in deze zaak daarom of artikel 11 Grondwaterrichtlijn een rechtstreeks werkende bepaling is, hetgeen het geval is. Voor de uitvoerende overheid leidt dit tot het volgende. In zijn beslissing op de aanvraag om de vergunning had het bestuursorgaan niet de bevoegdheid om artikel 8.17 Wet milieubeheer richtlijnconform te interpreteren vanwege het verbod op *contra legem* werking van het nationale recht. Evenmin had het artikel 8.17 Wet milieubeheer buiten toepassing kunnen laten en artikel 11 van de Grondwaterrichtlijn rechtstreeks kunnen toepassen vanwege het verbod op omgekeerde verticale werking van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen. Het primaire besluit was daarmee stevast in strijd met de Grondwaterrichtlijn en wordt door de ABRvS dan ook vernietigd. Nu in de beroepsfase een derde uitdrukkelijk een beroep doet op artikel 11 van de Grondwaterrichtlijn, wordt het verbod op omgekeerde verticale werking doorbroken en kan het bestuursorgaan in zijn nieuw te nemen besluit deze bepaling wel rechtstreeks toepas-

59 Zie hiervoor ook HvJEU zaak C-282/10, *Dominguez t. Centre Ouest Atlantique*, AB 2012, 48 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en NJ 2012, 148 m.nt. M.R. Mok, r.o. 29-30.

60 ABRvS 15 december 2007, AB 2008, 18 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

sen.<sup>61</sup> Hoewel e.e.a. op deze manier in conformiteit met het EU-recht is gebracht, kunnen GS linksom of rechtsom in aanraking met schadeclaims komen. Zo kunnen GS aansprakelijk zijn jegens de aanvrager van de vergunning nu hij slechts een tijdelijke vergunning heeft gekregen. Jegens derden kunnen GS uit hoofde van *Francovich* aansprakelijk zijn. In deze gevallen zal het uitvoerende bestuursorgaan de uitgekeerde schadevergoeding willen verhalen op de regelgevende overheid die hem heeft opgezadeld met de zuiver gebonden bevoegdheid.

Mijn stelling is dat het hier wringt. Een particulier die bij de bestuursrechter procedeert tegen een besluit van een uitvoerend orgaan dat is genomen in het kader van een zuiver gebonden bevoegdheid op grond van regelgeving die in strijd is met EU-recht, zal dit besluit vernietigd kunnen krijgen. Het bestuursorgaan is dan gehouden een nieuw besluit te nemen. Dat kan het vervolgens niet – althans geen EU-conform besluit – omdat dit zou leiden tot *contra legem* handelen met nationaal recht.

Aangezien een bestuursorgaan daartoe niet bevoegd wordt geacht, dient de gebonden bevoegdheid die dwingt tot onrechtmatig handelen jegens de particulier c.q. het algemene verbod van *contra legem* zonder meer in de interne verhouding tussen de uitvoerende en de regelgevende overheid een factor te zijn die de draagplicht bij de regelgevende overheid neerlegt. Jegens de particulier (externe aansprakelijkheid) zou uiteraard geen beperking van de aansprakelijkheid mogen bestaan anders dan ten gevolge van de bestaande aansprakelijkheidsvoorwaarden.

Als het niet mogelijk is voor het bestuursorgaan om een besluit te nemen zonder dat de wetgever in regelgeving voorziet, zal het bestuursorgaan zijn besluit aan moeten houden in afwachting van de nader te ontwikkelen regelgeving. De vraag is wel of de belangen van de burger daarmee niet (vergaand) worden geschaad.

Voor wat betreft de overige gevallen waarin *Costanzo* of artikel 94 Gw geldt, ben ik anders dan *Vonk*<sup>62</sup> meent, van mening dat de bevoegdheidsverdeling tussen bestuur, rechter en wetgever en de op het bestuur rustende verplichtingen volgens mij wel vergen dat een bestuursorgaan uit eigen beweging op grond van 94 Gw c.q. *Costanzo* handelt. Met *Vonk* meen ik dat de vraag of dit binnen de gedecentraliseerde eenheidsstaat wenselijk is, ontkenkend zou moeten worden beantwoord. Het voorstel van *Verhoeven* om *Costanzo* alleen toe te passen in geval van een *acte clair* en *éclairé* biedt hiervoor een (gedeeltelijke) oplossing. Hierop kom ik later in dit hoofdstuk nog terug.

---

61 Zie voor een beperking van rechtstreekse werking ABRvS 4 mei 2011, AB 2011/318, m.nt R.J.G.M. Widdershoven. Rechtstreekse werking van een richtlijnbevestiging kan er niet toe leiden dat een 'een zelfstandige verbodsbepaling met vergunningplicht zou kunnen volgen' (r.o. 2.1.3). Er dient derhalve een bestuursbevoegdheid aanwezig te zijn. Rechtstreekse werking van een richtlijnbevestiging kan er niet toe leiden dat een vergunningplicht die niet in het nationale recht bestaat, wordt gecreëerd.

62 Vonk, p. 35.

In het verlengde van deze kwestie ligt de algemene vraag voor of de verplichting op grond van artikel 94 Gw c.q. *Costanzo* betekenis heeft in het kader van artikel 6:101 BW (schadebeperkingsplicht). Mijn stelling is dat dit het geval is. Nadat de aansprakelijkheid van de regelgevende overheid jegens een uitvoerende overheid is vastgesteld, speelt de vraag naar de omvang van de schadevergoedingsplicht van de regelgevende overheid. Is het die overheid die de volledige schade moet vergoeden, of is van de zijde van de uitvoerende overheid sprake van eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW c.q. indien de rechter hoofdelijke aansprakelijkheid uitsprekt, is er dan sprake van medeschuld in de zin van artikel 6:102 BW? De redenering zou kunnen zijn dat de uitvoerende overheid door het niet-uitoefenen van haar *Costanzo*-verplichting of haar bevoegdheid op grond van artikel 94 Gw de ontstane schade zelf c.q. mede heeft veroorzaakt. In dat geval wordt de schadevergoedingsplicht van de regelgevende overheid 'verminderd met een gedeelte dat voor eigen rekening van de benadeelde moet blijven.' Dat zou volgens mij dan het geval moeten zijn bij zaken van een *acte clair* of *éclairé* wanneer het buiten toepassing laten van nationaal recht het probleem zou hebben opgelost c.q. indien richtlijnconforme interpretatie mogelijk was geweest. Men kan ook aanvoeren dat dit alleen moet gelden voor een *acte éclairé* omdat dan de rechter zich heeft uitgesproken over de kwestie. Bij een *acte clair* resteert een eigen beoordeling van de uitvoerende overheid omtrent de vraag of e.e.a. daadwerkelijk in strijd is met het EU-recht. Hierop kom ik hierna terug.

De vraag is voorts hoe kan worden beoordeeld of het niet uitoefenen van de *Costanzo*-verplichting c.q. de bevoegdheid op grond van artikel 94 Gw de schade zelf c.q. mede veroorzaakt. In de eerste plaats zal een geslaagd beroep op de aanwezigheid van eigen schuld bij de uitvoerende overheid kunnen worden gedaan indien er causaal verband bestaat tussen het niet-uitoefenen van de *Costanzo*-verplichting c.q. de bevoegdheid ex artikel 94 Gw en de door de uitvoerende geleden schade. Dat betekent dat minimaal sprake moet zijn van *conditio sine qua non*-verband. Is daarvan geen sprake dan is de schade niet zelf c.q. mede veroorzaakt door het verzaken van de verplichtingen van de uitvoerende overheid en is er dus geen aanleiding om de vergoedingsplicht van de regelgevende overheid te verminderen. Overigens neemt de jurisprudentie aan dat *conditio sine qua non* niet voldoende is.<sup>63</sup> Het handelen zal ook in zodanig verband moeten staan dat het redelijkerwijs de schade heeft veroorzaakt. In de tweede plaats kan het bestaan van eigen schuld worden aangenomen zonder dat getoetst wordt aan causaal verband namelijk indien sprake is van omstandigheden die in de risicosfeer van de uitvoerende overheid liggen op grond waarvan de schade geheel of gedeeltelijk voor rekening van die medeoverheid dient te blijven. De *Costanzo*-ver-

---

63 o.a. HR 23 april 2010 LJN BL4084, RvdW 2010/580 en Rb. Rotterdam 22 september 2010, LJN BO1693, NJF 2010/497.



plichting c.q. de bevoegdheid op grond van artikel 94 Gw zouden dan dergelijke omstandigheden kunnen zijn.

Concluderend, stel ik voor dat het bestuursorgaan in het geval van een *acte clair* of een *acte éclairé* uitvoering moet geven aan zijn *Costanzo*-verplichting. Wanneer dat niet gebeurt maar naar huidig recht wel geoorloofd is (dus bijvoorbeeld geen *contra legem* uitleg van nationaal recht), kan sprake zijn van een omstandigheid in de zin van artikel 6:101 c.q. 6:102 BW. Ik bepleit in dat geval dus geen volledige draagplicht van de regelgevende overheid maar een 50/50 verdeling. Men zou hiertegen in kunnen brengen dat de regelgevende overheid de primaire verantwoordelijkheid heeft om in geval van een *acte clair* of *éclairé* correcte regelgeving uit te vaardigen. Een soort conformiteitseis voor regelgeving. Dan zou een interne draagplicht van 100/0 op zijn plaats zijn. Dit zou ook in lijn zijn met de pseudo-risicoaansprakelijkheid die bestaat voor onrechtmatige wetgeving. Ik ben hier geen voorstander van omdat naar mijn mening de *Costanzo*-verplichting voor uitvoerende overheden zoals medeoverheden een lege huls wordt. Als men uitgaat van een besluitenaansprakelijkheid die naar Nederlands recht extern bezien een pseudo-risicoaansprakelijkheid is, zou de rekening in deze gevallen intern bezien niet zonder meer bij de regelgevende overheid moeten liggen.<sup>64</sup> Beide zullen op de blaren moeten zitten (en ervan leren). Extern (jegens de benadeelde particulier) zouden beide overheden hoofdelijk aansprakelijk kunnen zijn zodat de burger niet extra wordt benadeeld door de keuze welke overheid aan te spreken. De 50/50-verdeling geldt wat mij betreft zowel voor de *acte éclairé* als voor zaken waarin sprake is van strijdigheid met een *acte clair*. Verhoeven beschrijft in haar dissertatie dat de spanning voor het aannemen van de *Costanzo*-verplichting met name zit in de leer van de machtscheiding en het rechtszekerheidsbeginsel. Vanuit die achtergrond beveelt zij aan de *Costanzo*-verplichting te relativeren tot de gevallen waarin sprake is van 'manifeste' strijd tussen een nationale bepaling en een rechtstreeks werkende bepaling van EU-recht. Daarvan is uiteraard sprake bij een *acte éclairé*. In het licht van de *Cilfit*-doctrine toont Verhoeven volgens mij overtuigend aan dat de toepassing van de *Costanzo*-verplichting zich zou moeten uitstrekken tot de *acte éclairé* én de *acte clair*.<sup>65</sup> Mijn stelling is dat schending van de *Costanzo*-verplichting bij een *acte clair* daarom ook moet leiden tot de interne draagplicht van 50/50. Daarbij geldt wat mij betreft wel dat een uitvoerende overheid zodra het strijd vermoedt met een *acte clair* (c.q. een *acte éclairé*) in overleg moet treden met het voor de regelgeving verantwoordelijke vakdepartement. Aan de stelling dat bij een *acte clair* niet eerst een rechter heeft gesproken, wordt dan zoveel mogelijk tegemoet gekomen door de zaak zo dicht mogelijk terug te leggen bij de inhoudelijk betrokken instantie als vertegenwoordiger van de regelgever.

64 Verhoeven wijst ook op de implicaties van *Costanzo* op de scheiding der machten. De uitvoerende overheid wordt daarmee ook verantwoordelijk voor de wetgeving.

65 Verhoeven 2011, p. 305-306.

Hoewel in geval van formele wetgeving dit departement niet de formele wetgever zelf is, is dit wel één van de dichtst betrokken instanties. Indien het vakdepartement meent dat geen sprake is van strijd met al dan niet rechtstreeks werkend EU-recht, zal de uitvoerende overheid naar mijn mening daaraan gebonden zijn, met dien verstande dat in dat geval een interne draagplicht voor de regelgevende overheid ontstaat van 100/0.

Als het toepassing geven aan *Costanzo* naar geldend recht niet mogelijk is (bijvoorbeeld indien conforme uitlegging de enige mogelijkheid is maar die neer zou komen op *contra legem* handelen, bijvoorbeeld vanwege de uitoefening van een gebonden bevoegdheid), meen ik dat de verdeelsleutel 100/0 moet zijn. Ongeacht of sprake is van een *acte clair* of *éclairé*. *Costanzo* kan dan niet leiden tot schadebeperking van de zijde van de uitvoerende overheid. Voor de interne draagplicht moet de uitvoerende overheid zich kunnen beroepen op overmacht.

Concluderend kan worden opgemerkt dat ik voorstander ben van vaste verdeelsleutels. Juist in de complexe uitvoeringspraktijk van de EU is op nationaal niveau naar mijn mening vanwege de hanteerbaarheid van verhaalsregels behoefte aan een vaste verdeelsleutel. *Van Boom*<sup>66</sup> heeft in zijn dissertatie over hoofdelijke verbintenissen kritiek geuit op vaste verdeelsleutels. Volgens hem stuit 'elke vaste verdeelsleutel (...) vroeg of laat op een situatie die tot minder aansprekende uitkomsten leidt'. Dat kan uiteraard ook hier het geval zijn. Dat geldt met name voor de verdeelsleutel 100/0. In mijn voorstel komt de 100% draagplicht echter nooit bij medeoverheden te liggen maar hooguit alleen bij de Staat. In het licht van het uitgangspunt van de sterkste schouders lijkt mij dit het minst bezwaarlijk (draagplicht naar draagkracht). Het doet eveneens recht aan het uitgangspunt dat de verantwoordelijkheid voor EU-conforme uitvoering van EU-recht waar het de vormgeving van regelgeving betreft primair bij de regelgevende overheid ligt.

### 7.5.3 Bestaande verhaalsacties voldoen?

Bij de beoordeling of de verhaalsacties die medeoverheden en andere personen of entiteiten die wat betreft bepaalde verdragsverplichtingen met de Staat gelijk worden gesteld, zullen de criteria die hiervoor zijn geformuleerd eveneens relevant zijn. Een verhaalsmogelijkheid dient ten eerste *effectief* te zijn. Ten tweede is het aangewezen dat de verhaalsmogelijkheid *passend* is binnen de rechtsverhouding waarin overheden of andere personen of entiteiten tegenover de Nederlandse Staat staan. Ten derde moet de actie mede in het licht van de illusoire formele procespositie van medeoverheden op bijvoorbeeld EU-niveau *met voldoende waarborgen zijn omkleed*. Ten vierde zal de verhaalsregeling maatstaven moeten bevatten aan de hand waarvan de *aansprakelijkheid kan worden vastgesteld en verdeeld*.

---

66 Van Boom, p. 111.

De verhaalsactie die medeoverheden in ieder geval richting het Rijk ten dienste staat, is de civielrechtelijke, zoals de onrechtmatige daadsactie ex artikel 6:162 BW. In de MvT bij de Wet NERpe worden publieke entiteiten en met name de medeoverheden, uitdrukkelijk naar de onrechtmatige daadsactie verwezen als instrument om hun schade op het Rijk te verhalen. De schade die een medeoverheid wil verhalen, kan op verschillende manieren zijn ontstaan.

De eerste en meest voorkomende mogelijkheid is dat de burger het bestreden besluit van bijvoorbeeld het college van B&W heeft aangevochten bij de bestuursrechter en in het kader van die procedure ofwel via een onzuiver schadebesluit dan wel via artikel 8:73 Awb zijn schade van de gemeente vergoed heeft gekregen. Na afloop van deze procedure zal de gemeente die in de bestuursrechtelijke procedure is veroordeeld tot het betalen van de schadevergoeding de (mede)schadeveroorzakende overheid (bijvoorbeeld de Staat) op grond van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) in rechte moeten betrekken. In de bestuursrechtelijke procedure tussen benadeelde burger en college van B&W bestaat immers niet de mogelijkheid om de Staat ten behoeve van de schadevergoedingsverplichting in vrijwaring op te roepen. Wel heeft de bestuursrechter door middel van EVRM-conforme interpretatie van artikel 8:73 Awb en op grond van artikel 8:26 Awb mogelijk gemaakt dat een andere partij kan worden betrokken in de procedure omtrent de vraag of de redelijke termijn is overschreden en welke vergoeding in dat kader moet worden betaald. In de verhaalsacties die voorwerp zijn van mijn onderzoek (tussen twee overheden onderling vanwege een schending van EVRM of EU-recht jegens een derde) zal de mogelijkheid van conforme interpretatie afwezig zijn. De relatie tussen beide overheden wordt immers niet beheerst door EVRM of EU-recht maar door nationaal recht. De Awb kent voor deze situaties dus geen oproeping in vrijwaring of gelijkaardige procesmogelijkheid.

Een tweede scenario is dat de burger geen gebruik maakt van artikel 8:73 Awb en na de vernietiging van het besluit door de bestuursrechter zijn schade op de gemeente verhaalt via een onrechtmatige daadsactie (artikel 6:162 BW). In dat geval kan de gemeente (zoals in *Acciardi* is gebeurd) haar schade op de Staat verhalen door de Staat in vrijwaring op te roepen op grond van artikel 210 Rv. In deze vrijwaringsprocedure staat het onrechtmatig handelen van de Staat (regelgevende overheid) jegens de uitvoerende overheid centraal.

Een derde scenario is dat de burger (na de vernietiging van het besluit door de bestuursrechter) ervoor kiest zowel de Staat als de gemeente te dagvaarden uit hoofde van onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW). Dan ontstaan er twee mogelijkheden. Ofwel de rechter bepaalt meteen wie van beide c.q. voor welk percentage draagplichtig is. Ofwel beide overheden worden hoofdelijk aansprakelijk geacht en de medeoverheid die de schade heeft voldaan, start een regresactie tegen de hoofdelijk aansprakelijke overheid ex artikel 6:10 BW. Ook in die procedure zal de rechter moeten concluderen wie voor welk percentage draagplichtig is.

Een gemeente of een ander lichaam waartoe een bestuursorgaan behoort, komt dus in feite altijd uit op een actie op grond waarvan aangevoerd moet worden dat het Rijk onrechtmatig heeft gehandeld.<sup>67</sup> Hiervoor is de onrechtmatige daadsactie reeds op onderdelen besproken. Onder meer is stil gestaan bij de vraag in hoeverre de schending van een EU-verplichting onrechtmatig is *jegens* de Staat (relativiteitsvereiste).<sup>68</sup> De vraag in hoeverre een tekortkoming van het Rijk onrechtmatig is *jegens* een medeoverheid is een vraag die hier moet worden behandeld. Ook de causaliteitsvraag – te weten welk handelen heeft de schade van de benadeelde burger veroorzaakt – is in deze paragraaf van belang. Beide elementen veroorzaken problemen voor het *effectiviteitsvereiste* van deze verhaalsmogelijkheid en worden hierna besproken.

Zoals in Hoofdstuk 6 reeds is besproken, is in de zaak *Acciardi* aangenomen dat de Staat de norm had geschonden die hem:

‘gebiedt (...) zich ervan te weerhouden wetgeving uit te vaardigen die noopt tot onrechtmatig handelen. Die norm strekt tot bescherming van de belangen van degene die tot een dergelijk handelen wordt verplicht. In het onderhavige geval is dat de Gemeente.’

Vastgesteld kan worden dat de rechtbank er in *Acciardi* vanuit ging dat het niet beschikken over beleidsruimte bij de uitvoering van nationaal recht het gemeenteorgaan belette om zijn *Costanzo*-verplichting na te komen. In het licht van de hiervoor door mij geformuleerde verdeelsleutels komt dit genuanceerder terug. Van geval tot geval zal moeten worden bekeken of en zo ja, in hoeverre het mogelijk is om *Costanzo* toe te passen. Indien dit wel mogelijk is, maar niet is gebeurd, stel ik een verdeling voor van 50/50. Indien *Costanzo* niet mogelijk is (conforme interpretatie zou tot *contra legem* leiden en buiten toepassing laten biedt geen oplossing), is de verhouding 100/0 (Rijk/gemeente). Zoals hiervoor opgemerkt, zal een gebonden bevoegdheid eerder tot *contra legem* kunnen leiden. Dit is in zoverre in overeenstemming met het standpunt van A-G Langemeijer bij de zaak over de *Haarlemmermeerse woonruimtevoordering* omdat de A-G daarin overwoog dat de gemeente beschikte over een ‘zo goed als discretionaire bevoegdheid’ waardoor het de gemeente was die aansprakelijk was. Dit lijkt in zoverre ook te passen in de doorbraaktheorie van de Hoge Raad zoals geformuleerd in de zaak *Oosterparkrellen*: wanneer men een uitdrukkelijke onjuiste aanwijzing opvolgt, is de rechtspersoon van het orgaan dat de aanwijzing heeft gegeven aansprakelijk.<sup>69</sup> Uit mijn voorstel voor vaste verdeelsleutels blijkt

67 Men zou onder omstandigheden ook kunnen stellen dat de Staat ongerechtvaardigd is verrijkt. Bijvoorbeeld bij uitvoering van regelgeving in het kader van de sociale zekerheid.

68 Zie ook Van den Tweel 2001, p. 86.

69 Wel kan in dat verband nog ruimte zijn voor eigen schuld bij de benadeelden: zie HR 23 december 2011, *NJB* 2012, 187 waarin het een aanwijzing van AFM en DNB betrof.

dat ik daarin meega. Volgens mij zal bij 'uitdrukkelijk onjuiste' aanwijzingen ruimte zijn voor het aannemen van een 100/0-verdeling.

Bij zuiver gebonden bevoegdheden zal wat mij betreft per zaak uitgemakt moeten worden welke verdeelsleutel passend is. Een verdeelsleutel van 50/50 past ook in de jurisprudentie van de Hoge Raad waaruit blijkt dat het enkele bestaan van een medebewindsrelatie in ieder geval onvoldoende is voor een doorbraak van aansprakelijkheid (van 100%).

In het verlengde hiervan is van belang dat in het kabinetsstandpunt *De Europese dimensie van toezicht* is overwogen dat medeoverheden die melding maken van mogelijke strijd met het EU-recht hun te lijden schade vergoed krijgen van het Rijk. In dit verband verdient het wellicht aanbeveling om de ICER-handleiding<sup>70</sup> op dit punt actief in te zetten om deze problemen op te lossen. Naar mijn mening zal een aanwijzing of afspraak die ten gevolge van dit overleg voor de medeoverheid geldt, inderdaad gelden als een factor om 100/0 aan te nemen voor de Staat. In zoverre komt wat mij betreft, in deze situaties geen betekenis toe aan de overwegingen van de Hoge Raad in de *Chipsol*-zaak.

Een tweede knelpunt is dat van de causaliteit. De vraag dringt zich namelijk op of de schade van de burger niet veeleer is veroorzaakt omdat de medeoverheid haar *Costanzo*-verplichting niet is nagekomen in plaats van het feit dat de wetgever formele regelgeving heeft vastgesteld die in strijd komt met het EU-recht. Een juiste naleving van de *Costanzo*-verplichting had immers de schade kunnen voorkomen. Met de uitspraak van het HvJEU inzake *Fuß II*<sup>71</sup> staat inmiddels vast dat het niet opvolgen van de *Costanzo*-verplichting tot *Francoovich*-aansprakelijkheid leidt. Het bestaan van de *Costanzo*-verplichting is daarmee niet genuanceerd maar juist versterkt. In Hoofdstuk 3 en in Hoofdstuk 6 is inzichtelijk gemaakt dat benadeelden vanwege het causale verband dat tussen de schade en het schadeveroorzakend handelen zal moeten bestaan, bij indirect werkende regelgeving in de meeste zaken alleen het bestuursorgaan dat het op basis van onrechtmatige regelgeving gebaseerde besluit heeft genomen, in rechte (kunnen) betrekken. Dit, ongeacht het antwoord op de vraag of het betrokken bestuursorgaan zijn *Costanzo*-verplichting is nagekomen. Uit de *Van Gelder*-jurisprudentie<sup>72</sup> volgt dat een overheidslichaam onrechtmatig handelt 'door een met een hogere regeling strijdige en mitsdien onverbindend voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen.' *Schutgens*<sup>73</sup> meent dat daarmee niet is bedoeld dat alleen de vaststelling én uitvoering van een onverbindende bepaling uit een regeling onrechtmatig is. Beide kunnen los van elkaar onrechtmatig zijn, maar de schade van de burger zal doorgaans

70 ICER advies met betrekking tot de toepassing van EG-richtlijnen door decentrale overheden.

71 HvJEU zaak C-429/09, *Fuß II*, AB 2011/73 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.

72 HR 9 mei 1986, *Staat/Van Gelder*, NJ 1987, 252 m.nt. M. van Scheltema, BNB 1986/300 m.nt. H.J. Hofstra en AB 1986, 429 m.nt. F.H. van der Burg.

73 *Schutgens*, p. 50.

volgens *Schutgens* vanwege het causale verband dat tussen de schade en de schadeveroorzakende handeling moet bestaan, door het toepassen (uitvoering c.q. handhaving) zijn ontstaan.

Hierbij teken ik aan dat in de zaak *Lubsen* door de rechtbank tot hoofdelijke aansprakelijkheid is geconcludeerd. De uitspraak biedt geen duidelijk inzicht in de motivering daarvan. Men zou kunnen concluderen dat ook bij indirect werkende regelingen sprake is van samenloop van onrechtmatig handelen in de zin van medeschuld ex artikel 6:102 BW. Als de indirect werkende onrechtmatige regeling namelijk niet zou zijn vastgesteld, zou de schade vervallen.

Als geen hoofdelijkheid vanwege medeschuld wordt aangenomen, leidt dit ertoe dat naar Nederlands recht *altijd* alleen het uitvoerende bestuursorgaan aansprakelijk zal zijn jegens de benadeelde burger (externe aansprakelijkheid). Met de vernietiging van een besluit wegens strijd met het EU-recht is de onrechtmatigheid en toerekening ervan immers gegeven (risico-aansprakelijkheid). Een bestuursorgaan zal (bij niet toepassing van *Costanzo*) zijn aansprakelijkheid jegens de burger in de regel niet kunnen ontlopen. Uiteraard is dit alleen het geval als alle voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn vervuld. Zo zal bijvoorbeeld voor het toekennen van schadevergoeding zijn voldaan aan het vereiste dat ten tijde van het onrechtmatige besluit geen ander rechtmatig besluit had kunnen worden genomen dat dezelfde schade tot gevolg zou hebben.<sup>74</sup> Het verhaal dat de uitvoerende medeoverheid op de regelgevende overheid zoals de Staat heeft, zal gegrond moeten worden op het onrechtmatig handelen van de Staat in de eigen separate rechtsverhouding tot de uitvoerende overheid.

Het voordeel van het aannemen van hoofdelijkheid is dat de burger zowel de Staat als de medeoverheid kan aanspreken. De overheid die uiteindelijk de schade voldoet, heeft vervolgens regres op de overheid-medeschuldenaar waarbij de bijzondere rechtsverhouding tussen medeoverheid en Staat een rol kan spelen.

Voor die bijzondere verhouding kunnen bij de uitvoering van EU-recht spelregels gelden. Zo kan in de eerste plaats worden afgesproken dat een medeoverheid alleen toepassing geeft aan haar *Costanzo*-verplichting in geval van een *acte clair* of *acte éclairé*. In beide gevallen moet, zoals bijvoorbeeld ook is opgenomen in het stappenplan dat in 2002 door de ICER is opgesteld<sup>75</sup> in overleg met het betreffende vakministerie (als vertegenwoordiger van de primair verantwoordelijke entiteit: de regelgever) worden getreden. Op die manier zijn spanningen in het kader van de machtenscheiding naar mijn mening afdoende ondervangen. Het opvolgen van de aanwijzing of de uitkomsten van het overleg, leidt tot een verdeelsleutel van

74 Zie: ABRvS 15 december 2004, AB 2005, 54 m.nt. A.A.J. de Gier en JB 2005, 58 m.nt. R.J.N. Schlössels.

75 ICER advies met betrekking tot de toepassing van EG-richtlijnen door decentrale overheden.

100/0 wanneer e.e.a. achteraf toch in strijd met EU-recht blijkt te zijn. Het naleven van de spelregels kan voor de medeoverheid gelden als een algemene vorm van schadebeperkingsplicht (artikel 6:101 BW). Wanneer een medeoverheid in strijd handelt met hetgeen de minister van haar in medebewind verlangt, kan de Kroon overigens overgaan tot schorsing of vernietiging van het bestreden besluit. Met inwerkingtreding van de Wet Revitalisering Generiek Toezicht kan de Kroon zelfs in de plaats ervan een nieuw besluit nemen. In dat geval is de medeoverheid volgens mij in ieder geval ontslagen van iedere aansprakelijkheid.

De zaak *Acciardi* toont overigens ook aan dat er geen garantie is voor uitvoerende overheden zoals medeoverheden (die met schijnbaar onrechtmatige regelgeving worden geconfronteerd) dat de centrale overheid in een juridische procedure zich niet met alle mogelijke middelen zal verweren. Dit verdient naar mijn mening geen schoonheidsprijs.

De hiervoor genoemde spelregels zullen hun waarde pas echt bewijzen bij een schending van EU-recht die niet zonder meer volgt uit eerdere jurisprudentie van het HvJEU of in het verlengde daarvan ligt.

Tot slot werpt het perspectief van omgekeerd verhaal nieuwe procesrechtelijke vragen op. In de meeste gevallen zal een burger immers het besluit van de uitvoerende overheid (bestuursorgaan) waarvan hij/zij meent dat dit in strijd komt met EU-recht bij de bestuursrechter aanvechten. In die procedure kan uiteindelijk de vraag naar vergoeding van de geleden schade ex artikel 8:73 Awb aan bod komen. Het bestuursorgaan kan dan worden veroordeeld tot vergoeding van de geleden schade. De uitvoerende overheid kan menen dat niet zij c.q. niet zij alleen maar mede de Staat of een ander bestuursorgaan de schade moet vergoeden. In de eerste plaats kan in dit verband worden nagedacht over de mogelijkheid van het opnemen van een oproeping in vrijwaring in de Awb. In de tweede plaats zou men kunnen menen dat de Staat onder omstandigheden als partij zou moeten kunnen deelnemen aan de bestuursrechtelijke procedure waarin het onrechtmatige besluit wordt aangevochten. Hierover merk ik het volgende op.

De mogelijkheid om in de bestuursrechtelijke procedure waarbij de uitvoerende medeoverheid op grond van artikel 8:73 Awb wordt veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding de Staat of een ander bestuursorgaan dat tot dan toe niet bij de procedure is betrokken, in vrijwaring op te kunnen roepen, bestaat in het huidige bestuursprocesrecht niet. Vooralsnog zie ik ook geen mogelijkheid om door 'creatief' om te springen met het bestaande bestuursprocesrecht (dus zonder wijziging van de Awb) een dergelijke procedure mogelijk te maken.

De Staat of een ander bestuursorgaan is in de regel geen partij in de procedure tegen het onrechtmatige besluit. De bestuursrechter heeft wel de mogelijkheid op grond van artikel 8:26 Awb om tot de sluiting van het onderzoek ter zitting ambtshalve, op verzoek van partijen dan wel op eigen verzoek, een belanghebbende toe te laten tot het geding. Een belanghebbende kan niet gedwongen worden deel te nemen aan het geding. Bovendien kan een belanghebbende in de regel niet betrokken worden ná de sluiting

van het onderzoek ter zitting, tenzij de procedure door middel van een tussenuitspraak zou worden heropend. In het kader van overschrijdingen van de redelijke termijn (artikel 6 EVRM) heeft de bestuursrechter op een 'creatieve' manier gebruik gemaakt van artikelen 8:73 en 8:26 Awb. Zo is door middel van EVRM-conforme toepassing van artikel 8:73 Awb en ex artikel 8:26 Awb een schadestaatprocedure geopend waarin de schending van de redelijke termijn door de bestuursrechter kan worden beoordeeld. Daartoe is de Staat in de persoon van de Minister van VenJ als partij opgeroepen zodat hij zich kan uitlaten over de vraag of sprake is van een schending van de redelijke termijn door de bestuursrechter en over de hoogte van de toe te kennen vergoeding van immateriële schade. De bestuursrechter is hiertoe overgegaan omdat wetgeving uitbleef en de benadeelde burger in het licht van artikel 13 EVRM recht had op een effectief rechtsmiddel in geval van schending van de redelijke termijn. Dergelijke argumenten, laat staan verdragsnormen, spelen in het geheel niet bij de vraag of het bestuursorgaan de Staat of een ander bestuursorgaan als partij in het geding kan betrekken teneinde de Staat of het andere orgaan tot schadevergoeding te veroordelen. Deze 'creatieve' oplossing lijkt dus niet mogelijk.

Zoals gezegd, kan een belanghebbende niet tegen zijn zin in het geding worden betrokken<sup>76</sup> zoals dit wel kan in het kader van een oproeping in vrijwaring. Het ontwikkelen van een vrijwaringsprocedure in de Awb zou voor medeoverheden de mogelijkheid openen om op een eenvoudige wijze en ten overstaan van de bestuursrechter een uitspraak te kunnen krijgen omtrent de vraag of een ander bestuursorgaan de schade die de medeoverheid lijdt, moet vergoeden. Proceseconomische redenen zouden hier ook voor spreken: de medeoverheid hoeft niet nadien middels een aparte en kostbare dagvaardingsprocedure haar recht te halen. Ook het voornemen om in de Awb tot een volwaardig procesrechtelijk schadevergoedingsrecht te komen, kan een argument zijn voor het opnemen van een oproeping in vrijwaring in de Awb. Dit wetsvoorstel is in Hoofdstuk 5 besproken. Een vrijwaringsprocedure zou aan moeten sluiten bij de rechtsmachtverdeling die daarin ten aanzien van verzoeken om schadevergoeding vanwege onrechtmatige daad tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter is gemaakt. De bestuursrechter is exclusief bevoegd te oordelen over schade die is veroorzaakt door een onrechtmatig besluit waarover de CRvB c.q. de belastingkamer van de Hoge Raad in enige of hoogste instantie is bevoegd te oordelen. In de overige gevallen zal schade veroorzaakt vanwege onrechtmatige daad tot een bedrag van EUR 25.000,- door middel van een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter moeten worden ingediend. Dit kan zowel na als tijdens het (hoger) beroep tegen het schadeveroorzakend handelen. Voor schadeclaims die hoger zijn dan EUR 25.000,- of die zijn veroorzaakt door een niet-appellabel besluit is de burgerlijke rechter exclusief bevoegd. Een oproeping in vrijwaring zal deze bevoegdheidsverdeling dus moeten volgen. Indien

---

76 Schreuder-Vlasblom 2011, p. 698.



het aangesproken bestuursorgaan meent dat een ander bestuursorgaan of entiteit - bijvoorbeeld het Rijk - voor de schade (mede) aansprakelijk is c.q. dat hij/zij een verhaalsrecht heeft op een ander bestuursorgaan of entiteit indien hij/zij tot schadevergoeding wordt veroordeeld, kan dit reden zijn om de ander in vrijwaring op te willen roepen. Dit zou betekenen dat het aangesproken bestuursorgaan bij verweer in de gelegenheid zou moeten worden gesteld om een andere partij in de procedure te betrekken. In het huidige burgerlijk procesrecht is aan een vrijwaringsprocedure bij verzoekschriften geen behoefte. De reden hiervoor is het in de regel non-contentieuze karakter van deze procedure. Voor de verzoekschriftprocedure die de Awb zal openen, ligt dit anders. Ik meen dan ook dat er aanleiding is om een dergelijke mogelijkheid in de Awb op te nemen. In dit verband is het goed kort stil te staan bij kritiek die op de civielrechtelijke vrijwaringsprocedure is geformuleerd. Zo heeft *Van Boom* onder meer bezwaar tegen de onmogelijkheid van de burgerlijke rechter om ambtshalve een entiteit in vrijwaring op te roepen. In dat geval zal de rechter het zelf in zijn macht hebben om een geschil in een keer af te wikkelen. Een tweede kritiekpunt betreft het parallelle karakter van een vrijwaringsprocedure. Ook is *Van Boom* voorstander van een vrijwaringsactie die is geïntegreerd in de procedure over het onrechtmatig handelen. Dan kunnen in één procedure alle aspecten van de onrechtmatige daad worden meegenomen en afgewikkeld. Wat mij betreft, hoeft aan deze kritiek geen gehoor te worden gegeven bij het ontwikkelen van een vrijwaringsprocedure in de Awb. Naar mijn mening zou de bestuursrechter niet de bevoegdheid hoeven te hebben om een ander bestuursorgaan ambtshalve in de procedure te betrekken. Volgens mij is de medeoverheid deskundig genoeg om deze keuze te maken. Overigens kent het huidige bestuursprocesrecht in artikel 8:26 Awb de mogelijkheid om een belanghebbende ambtshalve op te roepen. Ook het voorstel met betrekking tot een geïntegreerde procedure in plaats van een parallelle zou wat mij betreft niet gevolgd moeten worden. Een groot nadeel namelijk van de procedure zoals *Van Boom* die voorstelt, is dat de benadeelde burger onderdeel wordt van de discussie tussen beide overheden omtrent hun aandeel in de schade. Dat lijkt mij niet wenselijk. Een loutere 'oproeping' in vrijwaring als parallelle procedure die bij verweerschrift kan worden geopend is jegens de burger een veel elegantere oplossing. De burger kan gewoon zijn schade claimen en de betrokken overheden moeten het onderling maar uitlechten. Niet elke oproeping in vrijwaring zal overigens mogelijk zijn. De bestuursrechter is immers niet exclusief bevoegd met betrekking tot al het schadeveroorzakend bestuurshandelen. Ook in het wetsvoorstel Nadeelcompensatie volgt de wetgever de rechtsmachtverdeling in geval van niet appellabele besluiten. Avv's zijn ook naar toekomstig recht niet appellabel. Schade veroorzaakt door avv's dus evenmin. Dit vormt een complicatie voor de oproeping in vrijwaring van de Staat die aansprakelijk is jegens een medeoverheid vanwege door de formele wetgever vastgestelde regelgeving. Daar waar de onrechtmatigheid van de regelgeving jegens de burger al via exceptieve toetsing is vastgesteld, zou dit naar mijn mening geen probleem

meer mogen opwerpen. Hier wringt wel de schoen. *Strictu sensu* is daarmee immers niet de onrechtmatigheid jegens de medeoverheid vastgesteld. Dit heeft te maken met de vraag wat de meerwaarde is van het opnemen van een vrijwaringsprocedure wanneer dit louter een procesrechtelijk middel is zoals in het civiele recht? Voor de problemen die in dit onderzoek met betrekking tot onrechtmatige daad en verhaalsacties zijn gesignaleerd, biedt dit geen oplossing. De grondslag voor de vrijwaring dient immers in het materiële recht (zoals de onrechtmatige daad) te worden gevonden. Het is dus de vraag of de bestuursrechter bevoegd zal zijn om in de vrijwaringsprocedure de stelling van de medeoverheid te beoordelen dat de Staat jegens haar onrechtmatig heeft gehandeld door de betreffende regelgeving vast te stellen c.q. te handhaven. Het lijkt mij niet dat dit via de constructie van exceptieve toetsing kan worden opgelost.

Een laatste interessante vraag is of het perspectief van omgekeerd verhaal ook tot een herbeoordeling zou moeten leiden van de mogelijkheden voor de Staat om vanwege potentiële aansprakelijkheidsrisico's jegens een medeoverheid te interveniëren in een bestuursrechtelijk geschil omtrent een appellabel besluit van die uitvoerende medeoverheid. De Staat kan naar huidig recht op grond van artikel 8:26 Awb op zijn verzoek worden toegelaten tot de procedure. In dat kader dient de Staat te voldoen aan de vereisten van artikel 1:2 Awb. De vraag is of de Staat (de verantwoordelijke minister) louter vanwege een potentieel financieel belang belanghebbende is. Met andere woorden: maakt een mogelijke verhaalsactie van de uitvoerende medeoverheid op de minister de laatste tot belanghebbende in de zin van artikel 1:2 Awb? Wellicht kan de Staat een afgeleid belang worden tegengeworpen maar anderzijds zal de Staat niet *per se* een parallel belang hebben met de medeoverheid. Voor de medeoverheid zal – althans in het licht van mijn verdeelsleutel – het voordelig zijn om (bijvoorbeeld via exceptieve toetsing c.q. prejudiciële vraag) vast te kunnen laten stellen dat de aan haar uitvoeringsbesluit ten grondslag liggende regelgeving in strijd is met het EU-recht. Dan zou de Staat een aan het belang van de medeoverheid tegengesteld belang hebben. Stel dat de Staat als belanghebbende zou worden aangemerkt, dan zou de bestuursrechter de verantwoordelijke minister – ambtshalve of op verzoek van de desbetreffende medeoverheid of van de minister zelf – moeten oproepen c.q. toelaten zodra het vermoeden bestaat dat het uitvoeringsbesluit vanwege met EU-recht strijdige regelgeving onrechtmatig zou kunnen zijn. De verantwoordelijke minister kan zich dan ook over de vermeende onrechtmatigheid en/of prejudiciële procedure uitlaten. Prejudiciële vragen worden immers alleen aan partijen voorgelegd. Een argument tegen een dergelijke mogelijkheid om te interveniëren, zou zijn dat de Staat primair gebruik zou moeten maken van zijn mogelijkheden tot ingrijpen via interbestuurlijk toezicht.

## 7.6 CONCLUSIES EN AANBEVELINGEN

### 7.6.1 Inleiding

De vormgeving van verhaal tussen overheden vanwege schending van Europees recht (EVRM en EU-recht) is een lastig vraagstuk. Ten eerste is hierover zeer weinig geschreven. In de tweede plaats is een complicerende factor dat naar Europees recht handelen en nalaten van een veelheid van actoren wordt toegerekend aan de lidstaat, terwijl deze actoren naar nationaal recht niet zonder meer te scharen zijn onder de bestuursorganen c.q. onder de onder publiekrechtelijke normering staande entiteiten. Aan de andere kant geschiedt de uitvoering van veel EU-recht in de Nederlandse rechtsorde door de Staat en medeoverheden gezamenlijk. Financiële risico's die zich in de uitvoering voordoen zijn dan ook lastig toe te rekenen aan één van die uitvoerders.

Vaststaat dat ons recht er in beginsel van uitgaat dat een ieder zijn eigen schade draagt. Voor dit onderzoek betekent dit dat de Staat de schade moet dragen die hij op EVRM c.q. EU-niveau lijdt en dat de medeoverheid de schade draagt waartoe zij in het kader van artikel 13 EVRM c.q. haar *Francoovich*-aansprakelijkheid door de Nederlandse rechter wordt veroordeeld. Welke overheid de normschending heeft begaan en de schade daadwerkelijk heeft veroorzaakt, is dan niet van belang. Met inwerkingtreding van de Wet NERpe is dit uitgangspunt echter gewijzigd. De wetgever heeft voor de mogelijke financiële consequenties van het Rijk vanwege schendingen van EU-recht een verhaalsrecht in het leven geroepen. Zodoende hoeft het Rijk niet met de 'eigen' schade te blijven zitten maar kan hij die verplaatsen naar de entiteit die de normschending op haar geweten heeft en aldus de schade heeft veroorzaakt. De Wet NERpe bevat geen gelijkaardig recht voor medeoverheden. Het verplaatsen van de schade naar degene die verwijtbaar heeft gehandeld, is een gedachte die op zich gangbaar is in het aansprakelijkheidsrecht.

In dit onderzoek is het verhaal tussen overheden onderzocht vanuit positiefrechtelijk perspectief waarbij zowel het verhaal van de Staat op een medeoverheid als het verhaal van een medeoverheid op de Staat is bestudeerd. Hieruit volgen enkele specifieke aandachtspunten waarmee rekening moet worden gehouden wanneer wordt nagedacht over verhaal van de Staat op medeoverheden c.q. op aan een overheid gerelateerde entiteiten en omgekeerd.

Ten eerste is de vraag beantwoord of er op enigerlei wijze een juridische noodzaak tot het opstellen van een verhaalsregeling voor de Staat bestaat. Geconcludeerd is dat die noodzaak niet bestaat. Niet kan worden verdedigd dat een verhaalsregeling van de Staat op een medeoverheid c.q. een aan een overheid gerelateerde entiteit wordt gevorderd op grond van Europees recht.

Ten tweede is de vraag naar de wenselijkheid van het opstellen van een dergelijke regeling beantwoord. Dit ligt genuanceerd. Enerzijds kan Nederland in het kader van EU-recht tot astronomisch hoge bedragen worden veroordeeld. Anderzijds is het risico op veroordeling alleen reëel voor terugvor-

deringen van EU-subsidies. In de toekomst kan dit echter anders zijn. Wel geldt vooralsnog dat het gros van de veroordelingen ex artikel 258 VwEU implementatieperikelen en het vaststellen van nationale regelgeving in strijd met bepalingen uit het EU-verdrag c.q. verordeningen betreft. De aldus in kaart gebrachte praktijk zou eerder leiden tot de conclusie dat een omgekeerd verhaalsrecht gerechtvaardigd is in plaats van een verhaalsrecht van de Staat op medeoverheden. Er is echter zeker grond voor de stelling dat een verhaalsrecht voor de Staat wenselijk is vanwege de aanzienlijk financiële risico's.

Bij de introductie van het verhaalsrecht in artikel 7 van de Wet NERpe is gekozen voor een zeer ruim geformuleerde discretionaire verhaalsbevoegdheid voor de Staat die verhaal mogelijk maakt vanwege schendingen van EU-recht gepleegd door een veelheid aan schenders ('publieke entiteiten'). Hoewel een dusdanig ruim geformuleerde bevoegdheid begrijpelijk is in het licht van de keuze van de wetgever zullen zich in de praktijk allerhande knelpunten voordoen die naar alle waarschijnlijkheid het welslagen van deze verhaalsactie in de weg staan. Ook zijn in dit onderzoek de andere verhaalsmogelijkheden voor het Rijk en medeoverheden in het licht van de uitvoering van EU-recht en EVRM nader onderzocht. Mijn onderzoek leidt tot de volgende aanbevelingen.

#### 7.6.2 *Aanbevelingen bij de uitoefening van het verhaalsrecht ex artikel 7 Wet NERpe door de Staat*

De verhaalsactie die de Staat naar huidig recht ten dienste staat, is de verhaalsbevoegdheid ex artikel 7 Wet NERpe. In het kader van de uitoefening van deze discretionaire bevoegdheid is nog geen beleidskader tot stand gekomen. De knelpunten die in dit onderzoek zijn gesignaleerd, zouden met een beleidskader kunnen worden ondervangen (Aanbeveling nr. 1).

In het bijzonder is problematisch dat de Wet NERpe geen nadere omschrijving bevat van hetgeen onder 'verzuim' moet worden verstaan (of een nader criterium waarmee het verzuim kan worden vastgesteld). Voorts bevat de Wet NERpe alleen de bepaling dat wordt verhaald 'voorzover de aansprakelijkheid van Nederland het gevolg is van een verzuim van de betreffende publieke entiteit'. Verzuim kan zowel op 'verwijtbaarheid' als op 'causaliteit' betrekking hebben. In het eerste geval zijn factoren relevant zoals de voorzienbaarheid c.q. de bekendheid met de overtreding (betreft het een *acte clair* of *acte éclairé*?). In het tweede geval wordt feitelijk gekeken in hoeverre het handelen of nalaten van de medeoverheid de schade heeft veroorzaakt. Naar mijn mening zal in ieder geval sprake zijn van een verzuim dat aanleiding geeft voor verhaal indien de schending betrekking heeft op een *acte clair* of *acte éclairé*. (Aanbeveling nr. 2)

Wat betreft, het aspect van verzuim in causale zin, is van belang dat men zich realiseert dat de verhaalsbevoegdheid het sluitstuk vormt op een proces en dat hetgeen zich gedurende dit proces heeft afgespeeld van beslissende invloed kan zijn op het ontstaan van de schade en dus op het welslagen van een verhaalsactie. (Aanbeveling nr. 3).

Relevante factoren in dit verband zijn naar mijn mening onder meer de (in)formele sturings- en toezichtinstrumenten, de aanwijzingsbevoegdheden uit de Wet NERpe die het Rijk kan aanwenden om de schending te beëindigen en de formulering van nationale regelgeving die een medeoverheid moet uitvoeren. Daarbij dient men zich eveneens te realiseren dat de mate van betrokkenheid bij de schending echter ook negatief kan uitwerken op een verhaalsactie (waardoor men de schade 'mede' veroorzaakt). Om die reden kan het van belang zijn om te bepalen of het om een zelfstandige (zoals het schenden van een aanbestedingsplicht) dan wel onzelfstandige schending van de medeoverheid gaat. Met de laatste schendingen bedoel ik schendingen die verknoopt zijn met een specifieke uitvoeringspraktijk waar meerdere overheidsinstanties bij zijn betrokken (zoals bijvoorbeeld bij EFRO-subsidies) of schendingen die te maken hebben met onjuist of te laat geïmplementeerde regelgeving. In dat geval zou men moeten inventariseren welke andere overheden bij de schending zijn betrokken c.q. wat het eigen aandeel is in de schending. (Aanbeveling nr. 4). Indien het een schending van de eerste categorie betreft, wordt de vraag relevant wat de mogelijkheden zijn (geweest) om de schending te voorkomen c.q. eerder te beëindigen. In zoverre kan een zelfstandige schending omslaan in een onzelfstandige. Ook komt in dit verband betekenis toe aan de schadebeperkende maatregelen van de publieke entiteit zelf (zoals overleg met het vakministerie). Dit zijn dus stuk voor stuk correctiefactoren die de omvang van het verhaal nader bepalen.

In het kader van de transparantie en de hanteerbaarheid van onderlinge verdeelsleutels ben ik voorstander van vaste verdeelsleutels voor de verdeling van aansprakelijkheid/schade. Die zouden als volgt kunnen worden vastgesteld (Aanbeveling nr. 5):

1. schade veroorzaakt door een zelfstandige schending kan in beginsel volledig worden verhaald (100/0), behalve voor zover het boetes en dwangsommen betreft die zijn afgestemd op de draagkracht van de lidstaat en niet op die van een schendende medeoverheid en voor zover het geëxtrapoleerde kortingen van de Europese Commissie betreft die zijn opgelegd in het kader van het EU-subsidierecht;
2. schade veroorzaakt door onzelfstandige schendingen, kunnen in beginsel worden verhaald op basis van een verdeelsleutel van 50/50 c.q. verdeeld naar rato van het aantal betrokken schenders. Correctiefactoren die de verdeling kunnen wijzigen in 100/0 (Rijk/publieke entiteit) zijn gegeven aanwijzingen (die later onjuist blijken te zijn) en bijvoorbeeld de onmogelijkheid om via *Costanzo* de schending te voorkomen.

Wanneer de schending nog niet op EU-niveau is vastgesteld, zorg er dan voor dat op enigerlei wijze de procespositie van medeoverheden is geborgd, door indien mogelijk, tezamen op te trekken. (Aanbeveling nr. 6). Dit kan immers het welslagen van een latere verhaalsactie vergroten. In dit onderzoek is opgemerkt dat de procespositie van medeoverheden ter zake van beschikkingen van de Commissie gericht tot de lidstaat Nederland illusoir is. Op EU-niveau zal dit niet wijzigen. Om die reden zal men er niet aan ont-

komen op nationaal niveau dit gebrek te verhelpen. Voor regels die stipuleren dat de lidstaat verplicht is een beschikking van de Commissie aan te vechten wanneer een medeoverheid daarom verzoekt, zie ik geen ruimte. Zoals in dit onderzoek is gebleken, zal goed onderling overleg uitkomst moeten bieden in geval van procedures bij het Gerecht of het HvJEU waar medeoverheden vanuit nationaal perspectief belanghebbende bij zijn. Wanneer men daar niet uitkomt, zouden deze omstandigheden naar mijn mening als correctiefactor moeten gelden bij de bepaling van de omvang van eventueel verhaal.

De verhalende Staat zou ook bedacht moeten zijn op situaties van omgekeerd verhaal bij samenloop van een onrechtmatig uitvoeringsbesluit en onrechtmatige wetgeving of bij een verstrengelde uitvoeringspraktijk in het kader van EU-subsidies. (Aanbeveling nr. 7). De verhaalsactie kan daardoor niet succesvol zijn of het uitvoerende orgaan van een medeoverheid zoekt verhaal op de Staat.

### 7.6.3 *Aanbevelingen bij de uitoefening van omgekeerd verhaal*

Naar mijn mening is er beperkt ruimte voor omgekeerd verhaal. Ten eerste wanneer sprake is van samenloop van onrechtmatige wetgeving en de uitvoering daarvan. Ten tweede wanneer bijvoorbeeld in het kader van de uitvoering van EU-subsidies een uitvoeringspraktijk bestaat met diffuse c.q. over de centrale en medeoverheid verstrengelde verantwoordelijkheidsverdeling. (Aanbeveling nr. 8).

Wat betreft de externe aansprakelijkheid (jegens de benadeelde burger) in geval van samenloop van onrechtmatige wetgeving en de uitvoering daarvan is naar mijn mening ruimte voor het aannemen van hoofdelijke aansprakelijkheid (Aanbeveling nr. 9). De burger kan dan kiezen of hij de Staat dan wel de medeoverheid aanspreekt. Als de burger de uitvoerende overheid aanspreekt, heeft deze regres op de Staat als verantwoordelijke rechtspersoon voor de wetgever. Dit standpunt wijkt af van de normale visie van de Hoge Raad in geval van de uitoefening van in medebewind uitgeoefende bevoegdheden. Hoofdelijkheid zal immers alleen aangenomen worden als ook de formele wetgeving die aan het overheidshandelen of –nalaten ten grondslag ligt, onrechtmatig is jegens de burger zoals het geval kan zijn bij direct werkende regelgeving.

Het regelen van omgekeerd verhaal voor medeoverheden kan volgens mij in ieder geval op twee manieren.

Ten eerste kan er voor worden gekozen om een bijzondere zorgplicht van de centrale overheid jegens een in medebewind geroepen medeoverheid nader bij wet te regelen zodat meer duidelijkheid ontstaat voor een medeoverheid die zich in het kader van artikel 6:162 BW op de centrale overheid wil verhalen. (Aanbeveling nr. 10) Bijvoorbeeld door een toevoeging aan artikel 108, tweede lid, Gemeentewet (respectievelijk artikel 105 lid 2 Provinciewet):

'Regeling en bestuur kunnen van het gemeentebestuur worden gevorderd bij of krachtens een andere dan deze wet ter verzekering van de uitvoering daarvan, met dien verstande dat het geven van aanwijzingen aan het gemeentebestuur en het aan het gemeentebestuur opleggen of in zijn plaats vaststellen van beslissingen, slechts kan geschieden indien de bevoegdheid daartoe bij de wet of krachtens de wet bij provinciale verordening is toegekend. Bij de vordering van regeling en bestuur neemt het Rijk jegens het gemeentebestuur een bijzondere zorgvuldigheid in acht teneinde te voorkomen dat het gemeentebestuur bij de uitvoering daarvan gedwongen wordt tot onrechtmatig handelen jegens derden.'

In dit geval handelt het Rijk in strijd met een wettelijke zorgvuldigheidsnorm en dus onrechtmatig in de zin van artikel 6:162 BW jegens de in medebewind geroepen medeoverheid zodat de rechter geen bijzondere ongeschreven zorgvuldigheidsnorm hoeft te creëren. De vraag dringt zich op of deze toevoeging ook meteen de verdeling van de (interne) aansprakelijkheid regelt. In dat verband pleit ik voor vaste verdeelsleutels. (Aanbeveling nr. 11). Naar mijn mening is er in het licht van de hanteerbaarheid ervan ruimte voor een beperkt aantal verdeelsleutels.

(1) Geen regres of verhaal van de medeoverheid op de Staat zal mogelijk zijn als geen sprake is van onrechtmatige regelgeving maar slechts gesproken kan worden van een zelfstandige ('eigen') schending van EU-recht door de medeoverheid. In dat geval is alleen de in medebewind handelende medeoverheid aansprakelijk (100%).

(2) Als aan de schending van EU-recht een ondoorzichtige uitvoeringspraktijk tussen verschillende overheden ten grondslag ligt, zoals bij de uitvoering van EU-subsidies, zal naar mijn mening, elk van de betrokken overheden voor gelijke delen draagplichtig kunnen zijn.

(3) Als sprake is van samenloop van onrechtmatige wetgeving en een onrechtmatig uitvoeringsbesluit van een medeoverheid vanwege een *acte clair* of *acte éclairé*, zullen elk van beide overheden eveneens voor gelijke delen draagplichtig zijn. De regelgevende overheid vanwege de onrechtmatige regelgeving en de uitvoerende overheid vanwege het niet toepassen van haar *Costanzo*-verplichting (terwijl dit wel geoorloofd was). De draagplicht verschuift naar 100/0 in alle overige gevallen. Bijvoorbeeld als de schending van het EU-recht alleen kan worden opgelost door *contra legem* handelen, als noch conforme interpretatie noch buiten toepassing laten een oplossing biedt voor de strijdigheid of als de medeoverheid heeft getracht de schending op te heffen door middel van het conform de spelregels toepassen van *Costanzo* maar de centrale overheid dit heeft tegen gehouden. In al dit soort gevallen is dus alleen de Staat draagplichtig.

Artikel 94 Gw of *Costanzo* werkt dus door in de onderlinge verhouding tussen de Staat en de rechtspersoon waartoe het schendende bestuursorgaan behoort. De zojuist geformuleerde oplossing van verdeelsleutels is toepasbaar op individuele concrete zaken. Men zou ook voor een generieke oplossing kunnen kiezen waarbij het risico van uitvoering van EU-recht op een hoger niveau wordt afgekaart zoals in het kader van de totstandkoming van medebewindsbudgetten voor medeoverheden. (Aanbeveling nr. 12). Onduidelijk is in hoeverre in de praktijk uitgekeerde schadevergoedingen reeds

mee worden genomen in de afrekening en budgettering van medebewindsgelden. In de praktijk kan onzekerheid bestaan over de vraag of dergelijke gedwongen uitgaven van medeoverheden worden meegenomen. Ook kan dit afhangen van de welwillendheid van de centrale overheid. Om deze redenen en in het licht van de rechtszekerheid van medeoverheden stel ik ten tweede voor om hierover iets op te nemen in artikel 108, derde lid, Gemeentewet (respectievelijk 105 lid 3 Provinciewet). Dit kan naar analogie met de Regeling Medebewind GLB op grond waarvan voor productschappen een voorziening is getroffen. Op grond daarvan moeten de kosten van medebewind worden vergoed door de Nederlandse Staat. Aan derden uitgekeerde schadeloosstellingen door het productschap vallen hier in beginsel ook onder. Een voorstel voor een gewijzigd artikel 108, derde lid, Gemeentewet zou kunnen zijn:

*‘Onverminderd het bepaalde in de artikelen 110, vijfde lid, 119, vierde lid en 120, tweede lid, worden de kosten, verbonden aan de uitvoering van het tweede lid, voor zover zij ten laste van de betrokken gemeenten blijven, door het Rijk aan hen vergoed. Voor vergoeding komen mede in aanmerking aan derden betaalde schadevergoedingen vanwege schendingen van EU-recht verbonden aan de uitvoering van het tweede lid, voor zover die mede zijn veroorzaakt door de wet waarbij medewerking wordt gevorderd en voor zover geen sprake is van ernstige nalatigheid van de zijde van de betrokken gemeenten.’*

Deze tweede mogelijkheid houdt in dat niet meer hoeft te worden toegekomen aan de onrechtmatige daad c.q. de daarbij behorende criteria. In het kader van de parlementaire behandeling die een dergelijke wijziging met zich meebrengt, kan een debat plaats vinden over de vraag wanneer sprake is van ‘ernstige nalatigheid’ van de zijde van gemeenten. Het niet uitoefenen van de *Costanzo*-verplichting in geval van een *acte clair* of een *acte éclairé* terwijl dit wel mogelijk was en de schade zou hebben beperkt, zou daaronder kunnen vallen. In dat geval is er geen verschil tussen de hiervoor geformuleerde vaste verdeelsleutels.

Vanzelfsprekend zal het uitgangspunt moeten zijn dat geschillen tussen overheden in goed onderling overleg en in der minne moeten worden opgelost. In dat licht kan een helder beleidskader zoals indertijd door de ICER is opgesteld over hoe om te gaan met situaties waarin medeoverheden mogelijke strijd constateren tussen nationale regelgeving en Europees recht inderdaad uitkomst bieden. (Aanbeveling nr. 13). Voorkomen moet worden dat enerzijds BZK of een andere vakminister wordt bestookt met voorgenomen besluiten van medeoverheden die eventueel verhaal van de centrale overheid willen voorkomen.

Anderzijds is het in het licht van de uitgangspunten zoals de rechtszekerheid, de rechtseenheid en het primaat van de wetgever geen wenselijke situatie dat medeoverheden bij elk besluit zelfstandig het Europese recht toepassen zonder contact te zoeken met het desbetreffende vakdepartement. Voorstelbaar is dat op nationaal niveau wordt voorzien in een mogelijkheid tot bestuurlijk overleg indien een bepaling van nationaal recht mogelijk in strijd komt met het EU-recht. Dit kan ook het bezwaar ondervangen dat een



medeoverheid niet zonder meer in geval van een *acte clair* nationaal recht buiten toepassing kan laten. Hoewel het betreffende vakministerie niet gelijk gesteld kan worden aan de formele wetgever, is het in het licht van de machtspreiding wel de minst bezwaarlijke ingang. De uit dit overleg rijzende vragen kunnen vervolgens op EU-niveau worden besproken. (Aanbeveling nr. 14). Vanuit het betreffende vakdepartement wordt immers in verschillende gremia inmiddels overleg gevoerd over implementatie- en interpretatieperikelen. Gedacht kan worden aan overleg naar aanleiding van de notificatieverplichting in het kader van de implementatie van regelgeving of aan bespreking in de comitologie-comité's die op alle belangrijke beleidsterreinen bestaan, maar ook overleg op *ad hoc*-basis kan nodig zijn. Dan kan de Commissie een nadere standpuntbepaling innemen.<sup>77</sup> Daarmee worden prejudiciële procedures en schendingen voorkomen. Er hoeft immers niet te worden geprocedeerd om de enkele reden dat er geen antwoord is op een onduidelijke situatie. Als men meent dat het antwoord van de Commissie geen houdbaar standpunt is, kan er uiteraard voor worden gekozen de vraag alsnog aan het HvJEU voor te leggen. Uiteraard dient hierbij wel rekening te worden gehouden met ontwikkelingen op EU-niveau zoals het voornemen om op grond van de nieuwe aanbestedingsrichtlijnen een aparte (nationale) toezichthoudende instantie in het leven te roepen die eveneens juridisch advies over concrete aanbestedingsrechtelijke vragen aan aanbestedende diensten zal moeten geven.

Tot slot werpt het perspectief van onderlinge overheidsaansprakelijkheid nieuwe (procesrechtelijke) vragen op die wellicht nopen tot aanvulling van de Awb zoals een oproeping in vrijwaring en de mogelijkheid voor de Staat ex artikel 8:26 Awb aangemerkt te worden als belanghebbende in bestuursrechtelijke procedures waarin op exceptieve wijze de conformiteit van nationale regelgeving met EU-recht ter discussie staat. (Aanbeveling nr. 15). Ten eerste kan behoefte bestaan aan een mogelijkheid tot oproeping in vrijwaring van de Staat. In de meeste gevallen zal een burger immers het besluit van de uitvoerende overheid (bestuursorgaan) waarvan hij/zij meent dat dit in strijd komt met EU-recht bij de bestuursrechter aanvechten. Wanneer het beroep gegrond is verklaard, kan naar huidig recht aanleiding bestaan om het bestuursorgaan ex artikel 8:73 Awb te veroordelen tot het vergoeden van de geleden schade. De toekomstige rechtmachtverdeling tussen de bestuursrechter en de burgerlijke rechter zal zijn beslag krijgen in de Awb. Voor schade die op grond van deze toekomstige regelgeving kan worden voorgelegd aan de bestuursrechter is momenteel niet voorzien in een regeling tot oproeping in vrijwaring. De schadeclaim kan door middel van een verzoekschriftprocedure bij de bestuursrechter worden ingediend. Het bestuursorgaan kan vervolgens een verweerschrift indienen. Wanneer het

---

77 Wellicht kan dit worden gerealiseerd door de 'EU-Pilot' ook structureel open te stellen voor vragen van medeoverheden. Zie hierover: <[http://ec.europa.eu/eu\\_law/infringements/application\\_monitoring\\_en.htm](http://ec.europa.eu/eu_law/infringements/application_monitoring_en.htm)>

aangesproken bestuursorgaan meent dat een ander bestuursorgaan (mede) gehouden is tot schadevergoeding of dat hij verhaal heeft op die ander, zou een oproeping in vrijwaring uitkomst kunnen bieden. Men zou een dergelijke oproeping in het verweerschrift op kunnen nemen. Vanuit de visie dat met de op handen zijnde wijzigingen van de Awb een volwaardig schadevergoedingsrecht wordt ontwikkeld, is deze onmogelijkheid eigenlijk een gemis. Met betrekking tot de oproeping in vrijwaring van de Staat - als verantwoordelijke entiteit voor de formele wetgever - doet zich hier een complicatie voor. De bestuursrechter is ook naar toekomstig recht niet bevoegd om te oordelen over schade die is veroorzaakt door een niet-appellabel besluit. Als een medeoverheid de Staat in vrijwaring wil oproepen omdat zij meent dat de wetgever onrechtmatig jegens haar heeft gehandeld, zal dit om die reden niet mogelijk zijn.

Een andere vraag die het onderlinge overheidsaansprakelijkheidsrecht oproept, is of de Staat in gevallen van samenloop tussen onrechtmatige wetgeving en uitvoeringsbesluit onder omstandigheden niet als partij zou moeten kunnen deelnemen aan de bestuursrechtelijke procedure waarin het onrechtmatige besluit wordt aangevochten. Voorwaarde daarvoor is dat de Staat kan worden aangemerkt als belanghebbende. Zonder nadere regeling zou de Staat kunnen worden aangemerkt als afgeleid belanghebbende, tenzij de Staat - vanwege een tegengesteld belang - alsnog kan worden toegelaten. In het licht van dit onderzoek waarbij het onderwerp van onderlinge overheidsaansprakelijkheid vanuit positiefrechtelijk perspectief bij de horens is gevat, zijn dit slechts enkele van de nieuwe vragen die in de toekomst moeten worden beantwoord en die een geheel eigen licht werpen op de verdere ontwikkeling van het bestuurs(proces)recht.



## Summary

Towards a national legal framework for internal allocation of responsibility in liability actions for breach of European law among various national authorities

### INTRODUCTION

State liability for breaches of international law committed by national public bodies is common ground. Breaches by public bodies, such as decentralized entities and public emanations, are on this international level attributed to the Member State (external liability). This principle also applies to breaches of European Union law (EU law) and to those of the European Convention on Human Rights (European Convention). The Member State cannot take refuge behind the internal division of powers. The financial consequences of these breaches are therefore also borne by the Member State.

In the last decade questions have been raised in the Dutch legal doctrine whether these financial losses should not be compensated at the national level by the public entity that actually caused the breach (internal liability). For, at the national level, the State is not legally indivisible as is the case in international law. On June 13, 2012 the Law on the Observance of EU law by Public Entities (Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten, Wet NErpe) came into force which comprised a right of recourse for the Dutch State to recoup financial losses borne by the Dutch State for breaches of EU law on non-observing public entities.

My research examines the right of recourse in a broader perspective, namely for breaches of EU-law and European Convention (internal allocation of liability).

### CONTEXT

The right of recourse developed by the Dutch legislator is a discretionary power to recoup the penalty and/or lumpsum payment borne by the Dutch State under Article 260 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) on a public entity when the penalty and/or lumpsum payment is the consequence of the non-compliance by a public entity with a judgment of the European Court of Justice (ECJ). Furthermore, the right of recourse also covers the recovery on a public entity of amounts due to the European Union for breaches of EU subsidy law, when again the repayment is the consequence of the non-compliance by the public entity. Public entities are, in short, regional and local authorities and bodies governed by public law.

The right of recourse laid down in Dutch law is not reciprocal. Public entities who are held liable by national courts for damages incurred by individuals for decisions based on inadequately implemented EU-directives (*Francovich* liability) depend for their recoupment action on the general procedure for wrongful acts of Article 6:162 Dutch Civil Code (Burgerlijk Wetboek, BW). Apart from the right of recourse for the State, the Wet NERpe introduces the power for ministers to give instructions to public entities in two situations. Firstly when they do not (adequately) meet their obligations under EU law in general and secondly when they fail or tend to fail to comply with EU subsidy law.

As is stated above, a Member State cannot take refuge behind the internal division of powers in order to escape liability. In my research I therefore drew up an inventory of the financial risks the Dutch State encounters in this respect for breaches of EU law and of the European Convention.

As for EU law, my research shows that the Dutch State has not yet been convicted to pay penalties or lumpsum payments under Article 260 TFEU, let alone for breaches by other public entities than those belonging to the central State. Other Member States, however, have been convicted. Moreover in case of penalties or lumpsum payments under Article 260 TFEU, the amounts due are substantive. In recent years the correct compliance with EU-subsidy law caused a number of severe financial problems for the Dutch government. The main cause was the lack of supervision and monitoring. As a consequence, the Dutch legislator centralized the organization, strengthened the financial control and introduced a right of recourse to specifically recover EU-subsidy cuts from local governments executing the subsidy regulations. Since June 13, 2012 this right has been replaced by the right of recourse as laid down in the Wet NERpe. As far as we know this power was never used. The financial risks the Dutch State encounters in respect of *Francovich*-liability are less clear. Since Member States are liable for damages incurred by individuals for breaches of EU-law (whichever public authority is responsible for the breach) and since most claims are brought before national courts following national procedures it is more difficult to pinpoint the financial impact of *Francovich* on States. However, because the damage should causally be linked to the breach, most actions are not brought against the State but directly against the entity involved in the breach (mostly the executive). This entails that the direct financial risks of breaches by other public entities for the State are minimal.

As for the European Convention the financial risks are in general less substantive because the amounts due are not extreme. At the level of the European Court of Human Rights (ECHR) a violation of the European Convention can lead to a friendly settlement, a unilateral declaration by the State or the establishment of a violation by the ECHR. Every single one of these outcomes can imply payment of damages. My research shows that

with regard to damages incurred by a violation of the European Convention by a local authority, complaints only led to a minimum of friendly settlements (< 5), unilateral declarations (< 5) and awarding of just satisfaction (< 10) in the period 1998-2011. These financial risks are almost non-existent. Damages caused by violation of the courts, the police and prison authorities are more evident. Recoupment actions for this group of actors might be suitable. However, my research shows that recovery of these sums paid by the State is standing practice for the Dutch Ministry of Foreign Affairs: recoupment actions are in an informal and satisfactory way directed against the responsible ministry. Whether the latter recovers the money in turn from the courts, police, prisons or local authorities is at its discretion. Thus developing a formal recoupment action seems unnecessary.

#### EVALUATING RECOUPMENT ACTIONS

For evaluating recoupment actions several criteria are important. Firstly the right of recourse should be effective. This does not mean that it should be successful under all circumstances but solely that it, as an instrument, is apt to result in successful recovery of funds. Furthermore, the right to recourse is regulated by the specific relation that exists between the recovering State and the public entity. This relation is governed by principles of constitutional, financial and administrative nature. Secondly, the right of recovery should therefore be appropriate for the said judicial context. Thirdly, the more discretion the State has by exercising its right to recovery, this power should be limited by necessary and corollary rights and guarantees for the public entity such as access to an administrative court. Lastly, a clear framework should be in place for allocating responsibility and determining the extent of the liability.

#### THE RECOUPMENT ACTION BETWEEN PUBLIC ENTITIES

As for the right of recovery laid down in the Wet NERpe, many of these conditions are not met, at least not explicitly. The Wet NERpe suffices by formulating a full discretionary power to recover sums due to the EU. Recovery is possible when the Dutch State is held responsible by the EU for breaching EU obligations and when this responsibility leads to a claim. Recoupment will be made to the extent the responsibility is the consequence of the non-compliance ('verzuim') by the public entity. This is a very broad and general power. This means that decisions concerning recovery need to be taken on a case by case basis and that most problems will have to be countered when actually exercising the right to recourse. In this respect I have identified in my research several possible sore points.

As mentioned above, the right to recourse exists for State liability for 'non-compliance' of EU law by a public entity. The specific EU obligation that is said to be breached, will therefore stipulate the degree of fault, culpability and other conditions for determining the liability of the State. In the end, the qualification of the non-compliance falls within the competence of the ECJ. The first precondition for a successful recovery by the State is that the ECJ has determined that the Dutch State has breached EU law and is liable towards the EU. It might therefore take a long time before liability is determined and the claim becomes final.

Furthermore, with respect to a claim brought before the ECJ on the grounds of Article 258 or Article 260 TFEU a public entity is not allowed to represent itself to the ECJ. Only the State is engaged. A second precondition is therefore that the State should involve the public entity in its defence against the claim.

However, the determination of the breach and the imposition of liability on the Dutch State, do not settle the allocation of liability to the public entity (internal liability). Firstly, it is not always clear from the judgment in what capacity (legislative, executive, judiciary, public entity etc) the State is held liable. In most cases this is of no concern to the ECJ because in the light of Article 258 TFEU the State as an indivisible entity, is responsible. Secondly, in the light of the principle of procedural autonomy the 'internal' allocation of liability on public bodies in most cases does not fall within the competence of the ECJ but is governed by national law. In this respect the *Wet NERpe* only states that recovery will take place 'to the extent to which' the public entity has caused the liability. Given the fact that the execution of EU-law in the national legal order is a complex system of multiple actors with different tied up responsibilities, a breach may be attributable to several actors belonging to central as well as to local or regional administrative authorities. Dutch civil law has in general and in specific cases (e.g. regarding traffic accidents) set criteria to allocate liability in cases of multiple actors but these criteria may not apply in these circumstances. My research shows that very little jurisprudence is available to deduce a set of allocation criteria.

An extra complication in this respect is, that under the so-called *Costanzo* obligation, Dutch local and regional authorities are bound to the obligations emanating from incompatibilities between national and EU provisions. Any damage incurred by individuals evolving from non-compliance with these obligations can lead to liability in the light of the *Francovich*-jurisprudence and can be imputed to these local or regional authorities. The value of the *Costanzo* obligation in the internal relation between the State and the local authority is, however, unclear. In this respect my research identified two relevant cases, both of which are from lower courts and each resolved the question from a different standpoint. It is therefore unclear whether the State for the internal allocation of responsibility between the State and the local

authority, can take refuge behind the breaching of *Costanzo* by the local authority resulting in full liability of the latter. Besides, an obligation such as *Costanzo* for administrative authorities exists in general in Dutch law for incompatibilities between national and international law according to Article 94 of the Dutch Constitution. In my research I have attempted to resolve this question for both situations.

A complication of the same order is the coincidence of the power of instruction of a minister and the power of recovery of the State. Since the execution of EU law is in many cases a joint responsibility, local authorities might proactively request a binding instruction regarding the interpretation of a certain EU-provision in order to limit their risk on recovery by the State. When the instruction is taken into account by the local authority but proves to be wrong it must be assumed that a recoupment action by the State at a later stage will not be desirable, let alone successful. Giving instructions is therefore a risky business. In Dutch judicial literature it is accepted that the intensity of a system of supervision of one authority over another may affect the allocation of liability. At the opposite end the Dutch High Council (Hoge Raad) has judged in one case that the individual responsibility of a local government stays intact even when bound to an instruction of the central government. I have tried to reconcile these two ideas. Another complication I identified in my research is the situation when the minister refuses to give an instruction. What is the value of this for the internal allocation of responsibility when the State at a later stage tries to recover financial losses for breaches of EU-law? I have also tried to integrate this aspect in a possible allocation scheme.

One of the reasons for creating the recourse action laid down in the Wet NERpe is that the legislator suspected it would encounter problems when invoking the general recourse action of Article 6:162 Dutch Civil Code (wrongful act) for recovering these damages. Apart from some of the problems identified above, a bottleneck in this respect is the *Schutznorm* this action is subject to. This means that one should be included in the protective scope of the norm one relies on in order to obtain damages. In the last decade this criterion has in a way been revitalized in the jurisprudence of the civil courts (High Council) as well as of the administrative judges such as the Council of State (Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State). To some extent this is said to have happened to limit State liability. Admitted: the *Schutznorm* does restrict liability and in cases directed against the State and the latter does invoke this exception. With respect to the topic of my research the *Schutznorm* creates a specific problem for recovery actions of public entities, such as the State or local authorities. When a public entity is liable for a violation of EU law, this violation is unlawful towards the individual who incurred damages. The public entity is not included in the protective scope of this EU provision. The norm invoked by the public entity will have to be a national one. However, my research shows that in Dutch



law no written norm exists that explicitly does so. Neither for the State, nor for a local authority. In both cases one might expect a special duty of care between public entities when executing EU law. This duty of care towards the State might comprise the obligation not to cause financial harm by violating EU law. A similar duty of care for the State vis à vis local authorities might read that the State should not force local authorities into unlawful conduct by e.g. proclaiming unlawful laws or giving unlawful instructions. Such a norm was once accepted by a lower court but has never been proclaimed by the High Council or Council of State nor has it been accepted by the Dutch legislator. Since the right of recourse laid down in the Wet NERpe is not reciprocal, the *Schutznorm* problem only exists for recovery actions initiated by public authorities. Local authorities may be held liable by national courts for damages incurred by individuals for decisions based on, for example, inadequately implemented EU directives (*Francovich* liability).

In the case of recovery actions by local authorities it is unclear to what extent violating the *Costanzo* obligation is a reason to shift responsibility internally. In the first place, *Costanzo* obliges local authorities in case of incompatibilities between national law and EU law to resolve this conflict by conform interpretation. Settled ECJ case law is that this is not allowed when the interpretation leads to *contra legem*. When conform interpretation is prohibited or does not solve the conflict adequately, *Costanzo* obliges the administrative authority to set aside the national provisions that are incompatible with directly effective provisions of EU law (apart from *Wells* situations). As is clear from the above and as other research shows (Verhoeven 2011) setting aside national law by virtue of *Costanzo* leads to constitutional obstacles since this is not the natural position of administrative authorities in the light of separation of powers. In this perspective Verhoeven has suggested to mitigate the *Costanzo* obligation in the light of the *Cilfit* doctrine to situations of an *acte clair* and *acte éclairé*. In my research I have attempted to fit in *Costanzo* in an allocation scheme.

As a starting point I suggest that both a local authority and the State should be jointly and severally liable for violations of EU law consisting of the execution of inadequate or late implementation of EU provisions. As for the internal allocation of liability in these multiple-actor cases, I suggest fixed allocation ratios. In cases of an *acte clair* or *éclairé* the administrative authority should apply *Costanzo*. When it does not do so, but it could have, I propose a ratio of 50/50 (State/administrative authority). In my opinion this is justified because the State (legislator) is primarily responsible for legislation that is in conformity with EU law. This ratio becomes 100/0 in cases where *Costanzo* is prohibited (*contra legem* or inverse direct effect). In the light of the division of powers it is more logical that *Costanzo* is applied in cases of an *acte éclairé* (the conflict has been clarified by a judge) than in cases of an *acte clair*. To alleviate these concerns I suggest that the administrative authority

should contact the responsible department in order to come to a joint position. I am of the opinion that when this joint position later proves to be wrong, the ratio mutates from 50/50 to 100/0. In cases of unclear division and entwined responsibilities between the central and local level such as is the case in the execution of EU subsidies, I also propose a ratio of 50/50. For violations by single actors recoupment should be no problem (100) unless the amounts due bear an extrapolated character or in case of penalties and lumpsum which derive from the payment capacity of the Member State. One should, however, always keep in mind that violations by single actors might change into multiple actor violations when, for example, supervision actions could have been taken that would have ended the violation in time.

#### CONCLUSION

The recoup action for the State as laid down in the Wet NERpe will encounter a lot of problems when it actually comes to recovery. Developing a discretionary and general power to recover damages is, however, understandable and choices should be made. In my research I have identified several of the problems one may encounter and attempted to make solid recommendations. In the end I suggested a number of fixed ratio's to deal with the internal allocation of liability between different public entities in cases of violation of EU law by multiple or single actors.

However simple these fixed ratio's may look, one should judge liability issues in my opinion always on a case to case basis. The way responsibilities between authorities at the central, local and regional level become entwined in the complex multilevel legal order we are, is relevant for the allocation of liabilities between these authorities. This view also asks for a different approach when dealing with cases of alleged violations of EU law. In that respect we must look upon new possibilities to have the State participating in these procedures.



## Geraadpleegde literatuur

### **VAN ACHT et al. (red.)**

R.J.J. van Acht, J.C.E. Ackermans-Wijn & H. Wammes (red.), *Contracten met de overheid*, Deventer: Kluwer 1995.

### **ACKERMANS-WIJN**

J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, Deventer: Kluwer 1989.

### **ADRIAANSE 2006**

P.C. Adriaanse, *Handhaving van EG-recht in situaties van onrechtmatige staatssteun*, Deventer: Kluwer 2006.

### **ADRIAANSE 2007**

Terugvordering van onrechtmatige staatssteun. Knelpunten en oplossingen in het Nederlandse recht, in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & E. Steyger (red.), *Europees recht effectueren, Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 199-231.

### **ADRIAANSE 2008 (1)**

P.C. Adriaanse, 'Afzien van terugvordering van in strijd met het gemeenschapsrecht verleende financiële steun vanwege het rechtszekerheidsbeginsel', *NTER* 2008/1-2, p. 40-45.

### **ADRIAANSE 2008 (2)**

P.C. Adriaanse et al., *Implementatie van EU-handhavingsvoorschriften*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

### **ADRIAANSE 2008 (3)**

P.C. Adriaanse, Annotatie bij zaak T-357/02, *SEW* 2008/3.

### **ADRIAANSE & DEN OUDEN**

P.C. Adriaanse & W. den Ouden, 'Effectuering van staatssteunrecht in Nederland. Een bestuursrechtelijke blik op de uitvoeringspraktijk en het wetsvoorstel terugvordering staatssteun,' *NTB* 2008. 9, p. 304-315.

### **AKKERMANS**

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer 1997.

### **AKKERMANS & KOEKKOEK**

P.W.C. Akkermans & A.K. Koekkoek, *de Grondwet, een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

### **ALDERS**

E. Alders, 'Het wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige overheidsdaad: beter een half ei dan een lege dop?', *BR* 2011/146, p. 730-734.

### **ALKEMA 1988**

E.A. Alkema, 'The third party applicability or 'Drittwirkung' of the European Convention on Human Rights,' in: F. Matscher & H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights. The European Dimension, Studies in honour of G. Wiarda*, Heymanns, Koln, 1988, p. 33-40.

**ALKEMA 2012**

E.A. Alkema, 'Het Europese Hof voor de rechten van de mens: een waarborg voor de (nationale) rechtsstaat?' in: J.H. Gerards & A.J. Terlouw, (eds.) *Amici curiae*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, p. 23-33.

**AMTENBRINK & VEDDER**

F. Amténbrink & H.H.B. Vedder, *Recht van de Europese Unie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008.

**ANAGNOSTARAS**

G. Anagnostaras, 'The allocation of responsibility in State liability actions for breach of Community law: a modern gordian knot?', *ELR* (2001)26, p. 139-158.

**VAN ANGEREN & DEN OUDEN**

R. van Angeren & W. den Ouden, 'Subsidie recht en staatssteun', in: B. Hessel, J.R. van Angeren, W. den Ouden, & G.J. van Slooten, *Staatssteun op het grensolak van bestuursrecht, Europees recht en fiscaal recht*, VAR-reeks 134, Den Haag: BJu 2005.

**AUBEL**

C.P. Aubel, 'Vrijwaring en verhaal', *Studiepockets privaatrecht nr. 10*, Zwolle: Tjeenk Willink 1976.

**BARENTS 2000**

R. Barents, *Over de autonomie van het gemeenschapsrecht*, Europese Monografieën, Deventer: Kluwer 2000.

**BARENTS 2001**

R. Barents, 'Structuurbeleid Nederland en de subsidies uit het Structureel Fonds', *NTER* 2001, p. 305-310.

**BARENTS 2005**

R. Barents, *Procedures en procesvoering voor het Hof van Justitie en het Gerecht van eerste aanleg van de EG*, Deventer: Kluwer 2005.

**BARENTS 2007**

R. Barents, 'Het Hervormingsverdrag en het Hof van Justitie', *NTER* nummer 12, december 2007, p. 293-300.

**BARENTS 2010**

R. Barents, *EU-procesrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**BARKHUYSEN 1998**

T. Barkhuysen, *Artikel 13 EVRM: effectieve nationale rechtsbescherming bij schending van mensenrechten*, Koninklijke Vermande 1998.

**BARKHUYSEN 2004**

'Het EVRM als integraal onderdeel van het Nederlands materiële bestuursrecht' in: *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht (VAR)*, 132. Den Haag: Boom Juridische uitgevers.

**BARKHUYSEN & DIEPENHORST**

T. Barkhuysen & M.L. Diepenhorst, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkige naleving van milieu- en veiligheidsvoorschriften op grond van nationaal recht en het EVRM', in: T. Barkhuysen et al. (red.), *Recht Realiseren*, Deventer 2005, p. 281-322.

**BARKHUYSEN & VAN EMMERIK 2006**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Rechtsherstel bij schending van het EVRM in Nederland en Straatsburg', in: T. Barkhuysen et al., 55 jaar EVRM, Leiden 2006, p.39-64.

**BARKHUYSEN & VAN EMMERIK 2008**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel?', *NJB* 2008, p. 1579-1582.

**BARKHUYSEN & VAN EMMERIK 2011**

T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *Het EVRM en het Nederlandse bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**BARKHUYSEN & VAN ETTEKOVEN**

T. Barkhuysen & B.J. van Ettekovén, 'De compensatie van de schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009/6, p. 129-141.

**BARKHUYSEN & LINDENBERGH**

T. Barkhuysen & S. Lindenberg, 'Constitutionalisation of private law: the European Convention on Human Rights perspective', in: *Constitutionalisation of Private Law*, T. Barkhuysen & S. Lindenberg (eds.), Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006, p. 43-57.

**BARKHUYSEN & TJEPKEMA**

T. Barkhuysen & M.K.G. Tjepkema, 'Aansprakelijkheid uit 'rechtmatige' overheidsdaad: het samenspel tussen de nationale égalité en het Europese eigendomsrecht', *RMThemis* 2006-5, p. 172-188.

**BARKHUYSEN et al. (eds.) 1999**

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, & P.H. van Kempen (eds.), *The Execution of Strasbourg and Geneva Human Rights Decisions in het National Legal Order*, Den Haag: Martinus Nijhoff Publishers 1999.

**BARKHUYSEN et al. 2004**

T. Barkhuysen, H.M. Griffioen & W.J. Voermans, 'Artikel 93 en 94 Grondwet volgens Hoge Raad niet van belang voor doorwerking EG-recht', *NJB* 2004 p. 2289-2290.

**BARKHUYSEN et al. (red.) 2006**

T. Barkhuysen, M. Kuijer en R.A. Lawson (red.), '55 jaar EVRM 1950-2005', *NJCM-Bulletin*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2006.

**BARKHUYSEN et al. 2008**

T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & E.R. Rieter, *Procederen over mensenrechten onder het EVRM, het IVBPR en andere VN-verdragen*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008.

**DI BELLA 2012 (I)**

L. Di Bella, 'De onrechtmatige overheidsdaad en de onvermijdelijkheid van rechtspolitieke keuzes door de rechter. Een rechtshistorische beschouwing.', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 151-181

**DI BELLA 2012 (II)**

L. Di Bella, 'Besluitenaansprakelijkheid en causaal verband', *NALL* 2012, april-juni, DOI: 10.5553/NALL/.000002

**TEN BERGE et al. (red.) 1995**

J.B.J.M. ten Berge, H.M. van de Kar, P.C.E. van Wijmen & M. Boogmans (red.), *Openbaar bestuur en aansprakelijkheid. Verkenning, vergelijking voorkoming*, Den Haag: Raad voor Binnenlands bestuur 1995.

**TEN BERGE et al. 2000**

J.B.J.M. ten Berge, S.E. Zijlstra, L. Timmerman & F.K. Buijn, *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en privaatrecht*, Preadviezen voor de NJV 2000, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wilink 2000.

**BESSELINK et al.**

L.F.M. Besselink, H.R.B.M. Kummeling, R. de Lange, P. Mendelts & S. Prechal, *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Groningen: Europa Law Publishing 2002.

**BETLEM**

G. Betlem, 'Richtlijnconforme interpretatie,' in: A.S. Hartkamp et al. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlands privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2007, p. 97-130.

**BIERBOOMS**

P.F.A. Bierbooms, *Privaatrechtelijk kostenverhaal door de overheid*, Deventer: Kluwer 1997.

**BLACKBURN & POLAKIEWICZ (eds.)**

R. Blackburn & J. Polakiewicz, *Fundamental Rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press 2001.

**BLOMBERG 2004**

A.B. Blomberg, 'Handhaven binnen EVRM-grenzen', in: T. Barkhuysen, A.B. Blomberg, M.K.G. Bulterman & J.K.M. Verschuuren, *De betekenis van het EVRM voor het materiële bestuursrecht*, (Preadviezen VAR-reeks 132), Deventer: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 115-191.

**BLOMBERG 2006**

A. B. Blomberg, 'Handhaven binnen EVRM-grenzen' in: T. Barkhuysen, M. Kuijer en R.A. Lawson (red.), '55 jaar EVRM 1950-2005', *NJCM-Bulletin*, Leiden, Stichting NJCM-Boekerij 2006.

**BÖCKER & SCHUKKING**

R.A.A. Böcker & J. Schukking, 'Het Nederlands Agentschap bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens' in: T. Barkhuysen et al., 55 jaar EVRM, Leiden 2006, p. 39-64.

**BONNEMA et al.**

W. Bonnema, M.H.M. Cuppen. A.J.M. Evers, W. Rikken & A.J.W.M. Verhagen, *Gemeentefinancien*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2001.

**VAN BOOM**

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

**VAN BOOM, HARTLIEF & SPIER (red.)**

W.H. van Boom, T. Hartlief & J. Spier (red), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

**BOONE**

I. Boone, *Verhaal van derde-betalers op de aansprakelijke*, Antwerpen-Oxford: Intersentia 2009.

**BOOR**

W.P. Boor, 'Andere openbare lichamen?', *Gst.* 2008, 7307, p. 637-643.

**BOYLE**

A. Boyle, 'Liability for Injurious Consequences if Acts not prohibited by International Law' in: J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 96-104.

**BRAAMS**

A.C.M. Braams, 'Acties en sancties bij inbreuken op de Europese aanbestedingsrichtlijnen', *BR* nr. 12, dec. 1996, p. 972-986.

**VAN DEN BRINK 2009**

J.E. van den Brink, 'Europese grenzen aan het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel', in: M.J.M. Verhoeven, J.E. van den Brink, & A. Drahmman, (eds.) *Europees offensief tegen nationale beginselen? Over legaliteit, rechtszekerheid, vertrouwen en transparantie Vol. 8, Preadviezen Jonge VAR-reeks* (p. 63-141), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009.

**VAN DEN BRINK 2012**

J.E. van den Brink, , proefschrift, Deventer: Kluwer 2012.

**BROEKSTEEG 2003**

J.L.W. Broeksteeg, 'Verwaarlozing van Europese taken door decentrale overheden', in: *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Publicaties van de Staatsrechtkring, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-15.

**BROEKSTEEG 2009**

J.L.W. Broeksteeg, 'Een bestuurlijke artikel 12-regeling', *Gst.* 2009, 27.

**BROUWER, SCHILDER & VERMEER 2008**

J.G. Brouwer, A.E. Schilder & F.R. Vermeer, 'Hennekens: autonoom of onder medebewind?', *Gst.* 2008, 125.

**BROWNLIE**

I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford: Oxford University Press 2008.

**VAN BUCHEM-SPAPENS**

A.M.J. van Buchem-Spapens, 'Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid, pluraliteit van schuldeisers en alternatieve en voorwaardelijke verbintenissen', *Monografieën Nieuw BW B-31*, Deventer: Kluwer 1978.

**VAN DER BURG & VOERMANS**

F.H. van der Burg en W.J.M. Voermans, 'Unierecht in de Nederlandse rechtsorde', *Mastermonografieën staats- en bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

**VAN BUUREN et al.**

P.J.J. van Buuren, A.A.J. de Gier, A.G.A. Nijmeijer & J. Robbe, *Hoofdlijnen ruimtelijk bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**CARON**

David D. Caron, 'The ILC Articles on State Responsibility; The Paradoxical Relationship between Form and Authority', *AJIL* (2002), vol. 96, p. 857-873.

**CHALMERS et al.**

D. Chalmers, C. Hadjiemmanuil, G. Monti & A. Tomkins, *European Union Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2006.

**CHEREDNYCHENKO**

O. Cherednychenko, 'Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2 (2006), p. 195-218.

**CLAES**

M.L.H.K. Claes, 'Aansprakelijkheid van de Staat wegens schending van het gemeenschapsrecht', *JB* 1996, 226.

**COMIJS 1997**

D.E. Comijs, 'Handhaving van de Europese structuurfondsen in Nederland en de financiële aansprakelijkheid van de Lid-Staat', *SEW* 1997, p. 281-288.

**COMIJS 1998**

D.E. Comijs, *Europese structuurfondsen*, Europese Monografieën, Deventer: Kluwer 1998.

**CONWAY**

Gerard Conway, 'Breaches of EC Law and the International Responsibility of Member States', *EJIL* 2002, Vol. 13, no. 3, p. 679-695.



**CRAIG & DE BURCA**

P. Craig & G. de Búrca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2007 (4th edition).

**CRAWFORD 2002**

J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge: Cambridge University Press 2002.

**CRAWFORD et al.**

J. Crawford, J. Peel & S. Olleson, 'The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: Completion of the Second Reading', *EJIL* (2001), Vol. 12, No. 5, 963-991.

**CRAWFORD et al. (eds.)**

J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2010.

**DAALDER & ROP**

E. Daalder & A. Rop, 'Kroniek van het algemeen bestuursrecht', *NJB* 2011/1752.

**DAVID**

E. David, 'Primary and Secondary Rules', in: J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 27-33.

**DAVIS**

Roy W. Davis, 'Liability in damages for a breach of Community Law: some reflections on the question of who to sue and the concept of "the state"', *ELRev.* 2006, 31, p. 69-80.

**DEDERER**

H.G. Dederer, 'Regress des Bundes gegen ein Land bei Verletzung von EG-Recht', *NVwZ* 2001, 3, p. 258-265.

**VAN DER DOES & SNIJDERS**

J.A.E. van der Does & G. Snijders, *Overheidsprivaatrecht*, Monografieën Nieuwe BW nr. A26, Deventer: Kluwer 2001.

**DÖLLE & ELZINGA**

A.H.M. Dölle & D.J. Elzinga, m.m.v. J.W.M. Engels, *Handboek van het Nederlandse gemeenterecht*, Deventer, Kluwer 2004.

**DUE**

O. Due, 'Artikel 5 van het EEG-Verdrag Een bepaling met een federaal karakter?', *SEW* (1992), p. 355-366.

**DUPUY**

P.-M. Dupuy, 'Relations between the International Law of Responsibility and Responsibility in Municipal Law' in: J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 173-183.

**VAN DER DUSSEN**

J.W. van der Dussen, *De financiële verhouding. Een inleiding*, 's-Gravenhage, VUGA 1990.

**VAN DIJK**

P. van Dijk, 'Een effectieve remedy in de zin van artikel 13 EVRM bij overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM-bestuursrechtelijke procedures', in: *Geschakeld recht* (Alkema-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 115-134.

**VAN EMMERIK 1997**

M. L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van mensenrechten. De rechtspraktijk onder het EVRM vergeleken met die in Nederland', Leiden, Stichting NJCM-Boekerij 1997.

**VAN EMMERIK 2010**

M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid en EVRM: op het grensvlak van privaats- en publiekrecht', *O&A* 2010, nr. 2, p. 69-74.

**ENGELHARD 2003**

E.F.D. Engelhard, *Regres. Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers*, Serie Recht en Praktijk, nr. 125, Deventer: Kluwer 2003.

**ENGELHARD 2009**

E.F.D. Engelhard, '(Staats)aansprakelijkheid bij de schending van EVRM-rechten in het 'grijze' gebied, in: L.F.M. Besselink & R. Nehmelman (red.), *De aangesproken staat. Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en immuniteit van de overheid*, Staatsrechtconferentie 2009, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2010.

**ENGELS**

J.W.M. Engels, 'Lokaal bestuur en financiële autonomie', *Gst.* 2007, 39.

**VAN ETTEKOVEN, RAVELS & TJEPKEMA**

B.J. van Ettekovén, B.P.M. van Ravels en M.K.G. Tjepkema, 'Waarom makkelijk als het moeilijk kan? Het vereiste van de processuele connexiteit in het voorstel voor een Wet nadeelcompensatie', *O&A* 2011, p. 58-68.

**EIJLANDER & VOERMANS**

Ph. Eijlander & W.J.M. Voermans, *Wetgevingsleer*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.

**FITZMAURICE & SAROOSHI**

M. Fitzmaurice & D. Sarooshi (eds.), *Issues of State Responsibility before International Judicial Institutions*, The Clifford Chance Lectures Volume 7, Oxford: Hart Publishing 2004.

**FAURE & DE MOT**

M.G. Faure & J. de Mot, 'Overheidsaansprakelijkheid: doelen en remedies', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 71-95.

**DE FROUVILLE**

O. de Frouville, 'Attribution of Conduct to the State: Private Individuals', in: J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 257-280.

**VAN GENUGTEN & JÄGERS**

W.J.M. van Genugten & N. Jägers, 'Private militaire ondernemingen en staatsaansprakelijkheid: een uitdagende combinatie', *AA* 2009/7-8, p. 482-489.

**GERARDS 2000**

J.H. Gerards, 'Naleving van het Europese recht door de decentrale overheden : naar een herzien stelsel van toezicht', *SEW* 5(2000), p. 208-215.

**GERARDS 2011**

J.H. Gerards, *EVRM – Algemene leerstukken*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2011.

**GERRITS-JANSSENS**

M.P. Gerrits-Janssens, 'Het vertrouwensbeginsel in communautair perspectief: terugvordering van steun', *JBplus* 2001, p. 90-100.

**GRANGER**

M.-P.F. Granger, 'National applications of Francovich and the construction of a European administrative jus commune', *ELR* (2007)32, p. 157-192.

**VAN DE GRONDEN**

J.W. van de Gronden, 'De implementatie van het EG-milieurecht door Nederlandse decentrale overheden : de EG-rechtelijke eisen voor de omzetting, inkadering, toepassing en handhaving van EG-milieurichtlijnen en -verordeningen door provincies, gemeenten en waterschappen', *Europese monografieën* nr. 57, Deventer: Kluwer 1998.

**DE GROOT & POPPELAARS (red.)**

H. de Groot & J.A.A. Poppelaars (red.), *Financiële verhouding in samenhang*, Instituut voor Onderzoek van Overheidsuitgaven, Onderzoekreeks nr. 50, Den Haag, september 1993.

**HARTEN**

H.J. Harten, 'Van vrij verkeer, uitingsvrijheid en aansprakelijkheid, of: de noodzaak van een gemeenschapstrouwe ambtenaar?', *NTER* 2008, p. 181-189.

**HAVEKES**

H.J.M. Havekes, *Functioneel Decentraal Waterbestuur: Borging, Bescherming en Beweging. De institutionele omwenteling van het waterschap in de afgelopen vijftig jaar*, proefschrift Universiteit Utrecht 2009.

**VAN HELSDINGEN**

W.H. van Helsdingen, 'De wetgeving betreffende Koninkijksaangelegenheden in 1957', *NJB* 1958 nr. 32, p. 671-672.

**HENNEKENS 1998**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'De Gemeente als rechtspersoon,' *Gst.* 1998, 7081, p. 433-442.

**HENNEKENS 2001**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal*, afscheidsrede KUN 2001.

**HENNEKENS 2008 (I)**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Kenniss van decentralisatierecht: onder nul?', *Gst.* 2008, 108.

**HENNEKENS 2008 (II)**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Naschrift bij: Medebewind of geen medebewind? Of: een vals debat', *Gst.* 2008, 126.

**HENNEKENS 2008 (III)**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, *Openbare-orderecht*, Deventer: Kluwer 2008.

**HENNEKENS 2009**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Interbestuurlijk toezicht. Van specifiek naar generiek', *NTB* 2009/4, p. 61-69.

**HENNEKENS 2011**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, 'Revitalisering van het generiek toezicht', in: I. van Haaren-Dreesens, H. Spoormans & J. Theunissen (red.) *Interbestuurlijk toezicht*, Publicaties van de Staatsrechtkring nr. 16, Nijmegen: WJP 2011.

**HENNEKENS, VAN GEEST & FERNHOUT**

H.Ph.J.A.M. Hennekens, H.J.A.M. van Geest & R. Fernhout, *Decentralisatie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, 1998.

**HESSEL 2002 (I)**

B. Hessel, 'Gemeentelijke beroepsmogelijkheden bij het terugvorderen van staatssteun?', *De Europese Gemeente* 2002/2, p. 3-5.

**HESSEL 2002 (II)**

B. Hessel, 'Voortschrijdende Europese integratie: zwaarder centraal toezicht op decentrale overheden?', *De Europese Gemeente* 2002/4, p. 3-6.

**HESSEL 2004**

B. Hessel, 'Enkele bedenkingen bij de nieuwe interpretatie van de Wet TES', *Regelmaat* 2004/4, p. 143 e.v.

**HESSEL 2005 (I)**

B. Hessel, *Communautair toezicht op staatssteun en de Nederlandse decentrale overheden*, VAR-plead-vies, Den Haag, Boom Juridische uitgevers 2005.

**HESSEL 2005 (II)**

B. Hessel, 'Het Kabinetsstandpunt over de Europese dimensie van toezicht: een aansporing voor gemeenten om Europees recht nog meer serieus te nemen', *Gst.* 2005, 7225, p. 117-129.

**HESSEL 2010**

B. Hessel, 'De voorgeschiedenis van het wetsontwerp NErpe als bijdrage aan de discussie', *RegelMaat* 2010, p. 233-249.

**HESSEL & BELHAJ**

B. Hessel & S. Belhaj, 'De rol van de decentrale overheden bij met EG-richtlijnen strijdige nationale wetgeving: enkele beschouwingen over driehoeksverhoudingen, rechtstreekse werking, richtlijnconforme interpretatie en het arrest Wells', *RegelMaat* 2005/1, p. 23-34.

**HESSEL & MORTELMANS**

B. Hessel & K.J.M. Mortelmans, *Het recht van de Europese Gemeenschappen en de decentrale overheden in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

**HESSEL & NEVEN**

B. Hessel & A. Neven, *Staatssteun en EG-recht*, Europees recht voor decentrale overheden, Deventer: Kluwer 2001.

**HOFMAN**

J.A. Hofman, *Blik op de rijksoverheid*, cahiers Staats- en bestuursrecht, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2007.

**HORBACH**

N. Horbach, *Liability and responsibility under international law: defending strict state responsibility for transboundary damage*, 1996.

**HORBACH et al. (red.)**

N. Horbach, R. Lefeber & O. Ribbelink (red.), *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag: Asser Press 2007.

**HUIJGEN**

W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid : graadmeter voor de verhouding tussen publiek- en privaatrecht*, Deventer: Kluwer 1991.

**INGELAERE 1993**

F. Ingelaere, 'De nieuwe wetgeving inzake de internationale betrekkingen van de Gemeenschappen en de Gewesten', *TBP* 1993, p. 807-820.

**INGELAERE 1994**

F. Ingelaere, 'De Europeesrechtelijke raakvlakken van de nieuwe wetgeving inzake de internationale betrekking van de Belgische Gemeenschappen en Gewesten', *SEW* 2 (1994), p. 67-82.

**JACOBS, DEN OUDEN & VERHEIJ**

M.J. Jacobs, W. den Ouden & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**JANS**

J.H. Jans, 'Doorbreking van het specialiteitsbeginsel door Europees recht?' in: *Op tegenspraak. Opstellen voor prof. mr. L.J.A. Damen*, Den Haag: Boom: 2006.

**JANS et al. 2007**

J.H. Jans, R. de Lange, S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, *Europeanisation of Public Law*, Groningen: Europa Law Publishing, 2007.

**JANS et al. 2011**

J.H. Jans, S. Prechal, & R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, derde geheel herziene druk, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011.

**JANSEN (A.M.J.)**

A.M.J. Jansen, Overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van de redelijke termijn, *O&A* 2009/2, p. 60-68.

**JANSEN (C.H.M.)**

C.H.M. Jansen, *Onrechtmatige daad: algemene bepalingen*, Monografieën Nieuw BW, B-45, Deventer: Kluwer 2009.

**JANSEN (H.C.E.P.J.)**

H.C.E.P.J. Jansen, 'Terugvordering van onrechtmatige steun: een proces in drie fasen', *Gst.* 2008, 14, p. 57-63.

**JANIS et al.**

Mark W. Janis, Richard S. Kay & Anthony Bradley, *European Human Rights Law*, Oxford University Press 2008.

**KAPTEYN – VERLOREN VAN THEMAAT**

P. Kapteyn & G. VerLoren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese Gemeenschappen*, Deventer: Kluwer 2003.

**KERBRAT**

Y. Kerbrat, 'Interaction between the Forms of Reparation', in: J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 573-588.

**KILBEY**

I. Kilbey, 'Financial penalties under Article 228(2) EC: excessive complexity', *CMLR* 2007/44, p. 743-757.

**KNOOK**

A.D.L. Knook, 'Europaproof of anders ... : scherper toezicht op naleving Europese regelgeving', *BR* 2010/163 (afl. 11), p. 876-881.

**KOHL**

N.E.M. Kohl, 'Procedureverordening staatssteun van kracht', *NTER* 1999, p. 183.

**KONIJNENBELT**

W. Konijnenbelt, 'Medebewind of geen medebewind? Of: een vals debat', *Gst.* 2008, 130.

**KOOPMAN 2012 (I)**

J. Koopman, 'Het nationale politiebestedel: een wankel kaartenhuis?', *TvCR* januari 2012, p. 4-28.

**KOOPMAN 2012 (II)**

J. Koopman, 'Hoe het bestuur uit het politiebestedel verdween', *Gst.* 2012/3, p. 9-15.

**KORTMANN 2005**

C.A.J.M. Kortmann, 'PBO en ZBO: slechts een letter verschil? Preadvies Vereniging voor Agrarisch Recht.', *Agrarisch recht* nr. 5, mei 2005, p. 262-271.

**KORTMANN 2008**

C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Kluwer 2008.

**KORTMANN (C.N.J.) 2002**

C.N.J. Kortmann, 'Schade na vernietiging en verlengde besluitvorming: een doos van pandora', *NTB* 2002, p. 96-106.

**KORTMANN (C.N.J.) 2005**

C.N.J. Kortmann, 'Pandora revisited. Twee principiële Afdelingsuitspraken over causaal verband voor vernietigde besluiten', *Gst.* nr. 7229 (2005), p. 257-267.

**KORTMANN (C.N.J.) 2006**

C.N.J. Kortmann, *Onrechtmatige overheidsbesluiten*, *Recht en Praktijk* 145, Deventer: Kluwer 2006.

**KORTMANN (C.N.J.) 2007**

C.N.J. Kortmann, 'Autonomie. Droom en werkelijkheid', *Gst.* 2007, 35.

**KORTMANN (C.N.J.) 2011**

C.N.J. Kortmann, 'Bestuursrechtelijke geldschulden, weer wat overheidsprivaatrecht', *Ntb* 2011/3, p. 51.

**KORTMANN & VAN DER GRINTEN**

C.N.J. Kortmann & J.H.A. van der Grinten, 'Artikel 6:98 BW opgepoetst. Een beschouwing over causaliteit als rechtspolitiek alternatief voor de relativiteitsleer', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 273-295.

**KORTMANN et al. (red.)**

S.C.J.J. Kortmann, F.J. Oranje, A.A. van Rossum, & J.W.H. van Wijk (red.), *Overheid en Onderneming, Tussen publiek en privaat ondernemen*, Deventer: Kluwer 1998.

**DE KRUIF 2011 (I)**

C. de Kruif, 'De Wet Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten: ongrondwettig?', *NJB* 2011/294, p. 358-362.

**DE KRUIF 2011 (II)**

C. de Kruif, 'Gedeelde verantwoordelijkheid = gedeelde pijn: een pleidooi voor een redelijke verdeling van aansprakelijkheid tussen overheden bij de uitvoering van EU-recht' in: I. van Haaren-Dreesens, H. Spoormans & J. Theunissen (red.) 'Interbestuurlijk toezicht', *Publicaties van de Staatsrechtkring* nr. 16, Nijmegen: WJP 2011.

**DE KRUIF & DEN OUDEN**

C. de Kruif & W. den Ouden, 'Over voorkomen en verhalen. Uitbreiding van de Awb-bepalingen over bestuurlijk toezicht?', in: *Europees Recht Effectueren*. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht, Kluwer: Alphen aan den Rijn 2007, p. 233-256.

**LANKHORST**

G.H. Lankhorst, *De relativiteit van de onrechtmatige daad*, diss. Leiden, Kluwer: Deventer 1992.

**LEACH**

P. Leach, *Taking a Case to the European Court of Human Rights*, Oxford University Press 2005.

**LENAERTS & VAN NUFFEL**

K. Lenaerts & P. Van Nuffel, *Europees recht*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2003.

**LENAERTS, ARTS & MASELIS**

K. Lenaerts, D. Arts, & I. Maselis, *Procedural Law of the European Union*, London: Sweet & Maxwell 2006.

**LUIJENDIJK**

H. Luijendijk, *Nederlandse gemeenten en het vrije personenverkeer*, Europese Monografieën 79, Deventer: Kluwer 2005.

**LUJA**

R.H.C. Luja, 'De implementatie van beschikkingen tot terugvordering van staatssteun in het Nederlandse bestuursrecht', *NTER* 2000/10, p. 243-255.

**LURKS, DEN OUDEN, POLAK & SCHILDER (red.)**

M. Lurks, W. den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder (red.), *De grootste gemene deler*, Deventer: Kluwer 2005.

**VAN MAANEN**

G.E. Van Maanen, 'Schadevergoeding en besluiten. De ongelukkige consequenties van de blinde fixatie van het bestuursrecht op het besluitbegrip voor het schadevergoedingsrecht (en hoe daarvan bevrijd te raken)', *JBplusspecial* 2004, p. 40-60 en *NJB* 2004, p. 787-794.

**VAN MAANEN & DE LANGE**

G.E. van Maanen & R. de Lange, 'Onrechtmatige overheidsdaad', *Monografieën Privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

**VAN MAANEN & SCHLÖSSELS**

G.E. Van Maanen & R.J.N. Schössels, 'Vernietigde besluiten en schadevergoeding, een Maastrichts-Nijmeegse revolutie?', *Gst.* nr. 7203 (2004), p. 139-144.

**MARSEILLE & HARRYVAN**

A.T. Marseille & G.J. Harryvan, 'Afwikkeling van schadegeschillen over overheidshandelen in de praktijk', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 49-69.

**MATSCHER & PETZOLD (red.)**

F. Matscher & H. Petzold (red.), *Protecting human rights : the European dimension : studies in honour of Gérard J. Wiarda*, Keulen: Carl Heymanns Verlag KG 1988.

**MEUWESE & DEN OUDEN**

A.C.M. Meuwese & W. den Ouden, *Zorgdragen voor de naleving van Europees recht door decentrale overheden*, in: *Recht Realiseren*, Deventer: Kluwer 2005, p. 89-109.

**MEIJER**

R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht*, *Recht en Praktijk* 156, Deventer: Kluwer 2007.

**MILANOVIĆ**

M. Milanović, 'State Responsibility for Acts of Non-state Actors. A Comment on Griebel and Plücken', *Leiden Journal of International Law*, 22 (2009), p. 307-324.

**DE MOOR-VAN VUGT**

A.J.C. de Moor-van Vugt, 'Effectieve doorwerking van het gemeenschapsrecht in het kader van de rechtmatige besteding van EG-gelden', in: *Europees recht effectueren*. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht, Kluwer: Alphen aan den Rijn 2007, p. 143-168.

**DE MOOR-VAN VUGT & VERMEULEN**

A.J.C. de Moor-van Vugt & E.M. Vermeulen, 'Correctie van gebrekkige toepassing EG-recht. Actuele rechtspraak van het Hof van Justitie', *JBplus* 2004, p. 58-68.

**DE MUNNIK**

N.J.M. de Munnik, 'Geen ambtshalve toepassing van Europees recht. Vragen van het CbB inzake Van der Weerd e.a. beantwoord.', *NTER* 2007, p. 246-252.

**MYJER**

E. Myjer, 'Straatsburgse Myj/meringen: een hele belasting minder', *NJCM-Bulletin*, jrg. 33 (2008), nr. 5, p. 734-735.

**NIEUWENHUIS**

J.H. Nieuwenhuis, *Hoofdstukken vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2010.

**VAN NUFFEL 2000**

P. van Nuffel, *De rechtsbescherming van nationale overheden in het Europese recht*, Europese Monografiën, Deventer: Kluwer 2000.

**VAN NUFFEL 2001**

P. van Nuffel, 'What's in a member state? Central and decentralized authorities before the Community Courts', *CMLR* 2001, p. 871-901.

**VAN NUFFEL 2002**

P. van Nuffel, *De rechtsbescherming van nationale overheden in het Europese recht*, *CMLR* 2002, p. 1189-1194.

**ORTLEP**

R. Ortlep, 'Drie Nederlandse rechtsbeginselen in communautair perspectief: de EG-rechtelijke plicht tot terugvorderings van communautaire steun', *JBplus* 2009/2, p. 95-105.

**ORTLEP & VERHOEVEN 2007**

R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven, 'Het arrest Van der Weerd: Voorlopige duidelijkheid over verplichting ambtshalve toetsing aan het EG-recht', *JBplus* 2007/4, p. 224-236.

**ORTLEP & VERHOEVEN 2008**

R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven, 'De voorrangregel versus het beginsel van nationale procedurele autonomie', *SEW* nr. 12, 2008, p. 471-477.

**DEN OUDEN 2003**

W. den Ouden, *Over toezicht en aansprakelijkheid bij Europese subsidies; wie moet op de blaren zitten?*, *Gst.* 7178 (2003), p. 33-40.

**DEN OUDEN 2005 (red.)**

W. den Ouden (red.), *Staatssteun en de Nederlandse rechter*, Deventer: Kluwer 2005

**DEN OUDEN 2008**

W. den Ouden, *De terugvordering van Europese subsidies in Nederland: Over legaliteit, rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

**DEN OUDEN, JACOBS & VERHEIJ 2008**

W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, 'Bezint eer ge begint! Spraakmakende hofjurisprudentie over Europese subsidies', *NTB* nr. 21, 2008, p. 155-166.

**DEN OUDEN, JACOBS & VERHEIJ 2011**

W. den Ouden, M.J. Jacobs & N. Verheij, *Subsidierecht*, Deventer: Kluwer 2011.

**VAN PANHUYS**

H.F. van Panhuys, 'De rechtspersoonlijkheid van het Koninkrijk volgens het Statuut', *NJB* 1959, p. 207-208.

**PEERS**

S. Peers, 'Sanctions for Infringement of EU Law after the Treaty of Lisbon', *European Public Law* 2012, vol. 18, p. 33-64.

**PETERS 1997**

J.A.F. Peters, *Publiekrechtelijke rechtspersonen*, diss. Tilburg: Schoordijk Instituut 1997.



**PETERS 2004**

J.A.F. Peters, 'De publieke taak-jurisprudentie is dood, leve de publieke taak-jurisprudentie!', *JBplus* 2004, p. 69-82.

**PETITTI, DECAUX & IMBERT (dir.)**

L. Petitti, E. Decaux & P-H. Imbert, *La Convention Européenne des Droits de l'Homme, Commentaire article par article*, Paris, Ed. ECONOMICA 1999.

**PLAZA**

Carmen Plaza Martin, *Derecho Ambiental de la Unión Europea*, Tirant on Line, Valencia 2005.

**POLAK 2005**

J.E.M. Polak, 'Er is leven na de TwK. Over de beslechting van bestuursgeschillen.', in: M. Lurks, W. den Ouden, J.E.M. Polak & A.E. Schilder (red.), *De grootste gemene deler*, Deventer: Kluwer 2005, p. 41-52.

**POLAK 2007 (a)**

J.E.M. Polak, 'De klassieke onrechtmatige daadvordering als instrument van effectieve uitvoering van Unierecht', in: T. Barkhuysen et al. (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 257-282.

**POLAK 2007 (b)**

J.E.M. Polak, 'Goede polderoplossing. Maar slot op toekomst van de bestuursrechtelijke rechtsbescherming', *NJB* 2007/32, p. 2018-2023.

**POLAK 2010**

J.E.M. Polak, 'Europese inspiratie bij overheidsaansprakelijkheid: processuele inbedding van Europese normen', in: M.V. Polak, *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 25-58.

**POLAK 2012**

J.E.M. Polak, 'Overheidsaansprakelijkheid: iets apart? In hoeverre verschilt de aansprakelijkheid van de overheid van die van private partijen?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 135-150.

**POLAK & DEN OUDEN**

J.E.M. Polak & W. den Ouden, *Harmonisatie van bestuursrecht. De verschuivende horizon van het algemeen bestuursrecht en het subsidierecht in Nederland*, preadvies voor de Vereniging voor vergelijkende studie van het recht in Nederland en België, Deventer: Kluwer 2004.

**POLAK et al.**

J.E.M. Polak, B.P.M. van Ravels, A.A. van Rossum, B.J. Schueler, M.K.G. Tjepkema, C. Waling & R.J.G.M. Widdershoven, 'Overheidsaansprakelijkheid anno 2008: de stand van de rechtsontwikkeling', *O&A*, april 2008, nummer 2A, p. 101-126.

**POLAKIEWICZ**

J. Polakiewicz, 'Die innerstaatliche Durchsetzung den Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte', *ZaöRV* 1992, 174-179.

**VAN DER POT**

C.W. van der Pot, bewerkt door D.J. Elzinga, R. de Lange, m.m.v. H.G. Hoogers, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2006.

**PRAKKE & KORTMANN (red.)**

L. Prakke & C.J.A.M. Kortmann (red.), *Het staatsrecht van 15 landen van de Europese Unie*, Deventer: Kluwer 2009.

**PRECHAL**

S. Prechal, *Directives in European Community Law*, (diss. UvA), Oxford: Oxford University Press 1995.

**PRINSSSEN**

J.M. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht, De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, Europese Monografieën 73, Kluwer 2004.

**VAN RAVELS 2011(a)**

B.P.M. van Ravels, 'Kroniek schadevergoeding', *Ntb* 2011, 14.

**VAN RAVELS 2011 (b)**

B.P.M. van Ravels, 'Kroniek schadevergoeding', *Ntb* 2011, p. 250-261.

**REESTMAN & BOSDRIESZ**

J.H. Reestman & H. Bosdriesz, 'Toezicht op naleving van Europese regelgeving in Frankrijk en Duitsland', *Regelmaat* 2010, nr. 5, p. 261-271.

**REESTMAN, PETERS & BOSDRIESZ**

J.H. Reestman, J. Peters, & H. Bosdriesz, *Decentralisatie en Toezicht op naleving van Europees recht in Frankrijk en Duitsland. Lessen voor Nederland?*, Universiteit van Amsterdam, 2007.

**REICH**

N. Reich, 'AGM-COS.MET or: Who is Protected by EC Safety Regulation', *ELRev.* 2008, 33(1), p. 85-100.

**VAN ROOSMALEN**

H.J.Th.M. van Roosmalen, *Overheidsaansprakelijkheid in Engeland en Nederland*, Leiden: SDU Uitgevers 2007.

**DE ROOIJ**

R.A.A. de Rooij, *Nederlandse gemeenten en provincies in de Europese Unie. Gevolgen van het nationale EU-lidmaatschap voor subnationale overheden*, proefschrift, Deventer: 2003.

**VAN RIJSWICK 2005 (1)**

H.F.M.W. van Rijswick, 'Een doekje voor het bloeden? Handhaving van Europees recht door middel van een uitbreiding van toezichtsbevoegdheden ten aanzien van decentrale overheden, in het bijzonder op het terrein van het waterbeheer', in: C. Backes, P. van Buuren, G. Jurgens & R.J.G.M. Widdershoven, *Lex Dura Sed Lex, opstellen over de handhaving van omgevingsrecht*, Kluwer, 2005, p. 177-194.

**VAN RIJSWICK 2005 (2)**

H.F.M.W. van Rijswick, 'Kroniek waterstaatsrecht', *O&A* nr. 3, aug. 2005, p. 97-112.

**VAN RIJSWICK & WIDDERSHOVEN 2002**

H.F.M.W. van Rijswick & R.J.G.M. Widdershoven, 'Een gemiste kans: de tijdelijke vergunning voor de lozing van zwarte-lijststoffen', *Tijdschrift voor Omgevingsrecht* 2002, p. 229-235.

**VAN RIJSWICK & WIDDERSHOVEN 2004**

H.F.M.W. van Rijswick & R.J.G.M. Widdershoven, 'Kroniek Europees recht, Doorwerking van het EG-recht, in het bijzonder in het waterbeheer', *Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* 2004, p. 21-26.

**VAN RIJSWICK & WIDDERSHOVEN 2005**

H.F.M.W. van Rijswick & R.J.G.M. Widdershoven, 'Kroniek Europees recht, Doorwerking van het EG-recht, in het bijzonder in het waterbeheer', *Tijdschrift voor Milieuschade en Aansprakelijkheidsrecht* 2005-2, p. 50-58.

**VAN RIJSWICK et al.**

F.M.W. van Rijswick (red.), A.A. Freriks, Ch.W. Backes, F.A.G. Groothuijse, A.M. Keessen, J.J.H. van Kempen & R.J.G.M. Widdershoven, *EG-recht en de praktijk van het waterbeheer*, Utrecht: STOWA 2008.

**SAP, VERMEULEN & ZOETHOUT (red.)**

J.W. Sap, B.P. Vermeulen, & C.M. Zoethout (red.), *De publieke taak*, Staatsrechtconferentie 2002, Vrije Universiteit Amsterdam, Deventer: Kluwer 2003.

**SHELTEMA 2008**

M.W. Scheltema, 'Kronieken, Bestuur en privaatrecht', *NTB* 2008 p. 269-274.

**SHELTEMA 2010**

M.W. Scheltema, *Bestuursrechtelijke geldschulden*, Deventer: Kluwer 2010.

**SHELTEMA 2011**

M.W. Scheltema, 'Het wetsvoorstel nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten en de geldschuldenregeling in de Awb', *O&A* 2011, p. 120-127.

**SHELTEMA & SHELTEMA**

M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht. Wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

**SCHLÖSSELS**

R.J.N. Schlössels, 'Weg met de besluiten aansprakelijkheid?', *JBplusspecial* 2004, p. 61-78.

**SCHOUTEN**

S.M.M. Schouten, *Nederlandse werkgelegenheidssteun in een Europeesrechtelijk kader*, Europese Monografieën deel 50, Deventer: Kluwer 1997.

**SCHREUDER-VLASBLOM 2009**

M. Schreuder-Vlasblom, 'Dertig jaar later; de redelijke termijn als nationale uitdaging', in: *Geschakeld recht* (Alkema-bundel), Deventer: Kluwer 2009, p. 453-496.

**SCHREUDER-VLASBLOM 2011**

M. Schreuder-Vlasblom, *Rechtsbescherming en bestuurlijke voorprocedure*, Deventer: Kluwer 2011.

**SCHUELER**

B. Schueler, *Schadevergoeding en de Awb, Aansprakelijkheid voor appellabele besluiten*, Deventer: Kluwer 2005.

**SCHUTGENS**

R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Serie recht en praktijk 172, Deventer: Kluwer 2009.

**SHELTON**

D. Shelton, 'Righting Wrongs: Reparation in the Articles on State Liability', *AJIL* (2002), vol. 96, p.833-856.

**SIMMA**

B. Simma, 'Self-Contained Regimes', 16 *NJIL* (1985), p. 111-136.

**SIMMA & PULKOWSKI**

B. Simma & D. Pulkowski, 'Leges Speciales and Self-Contained Regimes', in: J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 137-163.

**SINNINGHE DAMSTÉ**

W.A. Sinninghe Damsté, *Regres bij onrechtmatige daad*, Lelystad: Koninklijke Vermande: 1999.

**VAN DER SLUIS 2005**

C.N. van der Sluis, 'Het gebruik van het begrip 'zelfbestuur' in de Europese Grondwet', *Gst.* 2005, 63.

**VAN DER SLUIS 2007**

C.N. van der Sluis, *In wederzijdse afhankelijkheid. Nationaal bestuurlijk toezicht in Europees perspectief*, Nijmegen: Wlp 2007.

**STERN**

B. Stern, 'The Obligation to Make Reparation', in: J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 563-572.

**STEYGER 2003**

E. Steyger, 'De vormgeving van de publieke taak in het Europese recht', *De publieke taak*, Publicaties van de Staatsrechtkring deel 7, Deventer: Kluwer 2003, p. 41-53.

**STEYGER 2005**

E. Steyger, 'Een overheidsbegrip in het Europese recht?', *NTBR 2005*, p. 221-228.

**STEYGER 2007 (I)**

E. Steyger, 'Deel II: De publieke taak: diensten van algemeen (economisch) belang en de gevolgen van de Richtlijn', *SEW 2007*, p. 379-398 (afl. 10)

**STEYGER 2007 (II)**

E. Steyger, 'Awb en Europa. Het bestuursorgaan in het licht van het Europese recht: houdbaar of aan wijzigingen onderhevig?', in: T. Barkhuysen, W. den Ouden, & E. Steyger, (red.), *Europees Recht Effectueren. Algemeen bestuursrecht als instrument voor de effectieve uitvoering van EG-recht*, p. 9-28, Alphen aan den Rijn: Kluwer.

**STEYGER 2010**

E. Steyger, 'Hybride organisaties in Europeesrechtelijk perspectief', *Bestuurswet* 2010, p. 74-91.

**STEYGER & VAN DE GRONDEN 2007**

E. Steyger & J. van de Gronden, 'De Dienstenrichtlijn en diensten van algemeen economisch belang: leeswijzer en deel I De Dienstenrichtlijn,' *Sociaal-economische Wetgeving*, 55(10), p. 375-378

**STROINK 1978 (I)**

F.A.M. Stroink, 'Bestuurlijke organisatie in ander perspectief. Enige opmerkingen over decentralisatie en deconcentratie', *Bestuurswetenschappen* 1978, januari/februari 1978, nr. 1, p. 22-36.

**STROINK 1978 (II)**

F.A.M. Stroink, *Het leerstuk van deconcentratie*, 's-Gravenhage 1978.

**TEMPLE LANG**

J. Temple Lang, 'The duties of cooperation of national authorities and Courts under Article 10 EC: two more reflections', *ELR* 2001, p. 84-93.

**TEUNISSEN & VAN HAAREN-DRESENS**

J.M.H.F. Teunissen & C.B.M. van Haaren-Dresens, 'Van specifiek naar generiek', *Gst.* 2008, 7299.

**TIMMERS**

W.W. Timmers, *Statuut voor het Koninkrijk der Nederlanden*, Deventer: Kluwer 2009.

**TJEPKEMA**

M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalité-beginsel*, Deventer: Kluwer 2010.

**TOMUSCHAT**

C. Tomuschat, 'The Responsibility of Other Entities: Private Individuals', in: J. Crawford, A. Pellet & S. Olleson (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 317-329.

**VANDE LANOTTE & HAECK (I)**

J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM, Deel 1 Algemene beginselen*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2005.

**VANDE LANOTTE & HAECK (II)**

J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM, Deel 2 Artikelsgewijs commentaar*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2004.

**VAN DEN TWEEL 2001**

R.J.M. van den Tweel, Voorkomen is beter dan betalen: de Wet toezicht Europese subsidies, in: R. de Groot et al. (red.), *Onze Keus. Pirouettes in het gemeenschapsrecht*, Pels Rijcken & Droogleeveer Fortuijn 2001.

**VAN DEN TWEEL 2007**

R.J.M. van den Tweel, 'Beschouwingen over effectieve terugvordering van onrechtmatige staatssteun', *SEW* 2007/10, p. 366-374

**VAN DEN TWEEL 2010**

R.J.M. van den Tweel, 'De Wet NErpe: een onmisbare papieren tijger?', *RegelMaat* 2010(25)5, p. 250-260.

**VAN DER VELDE**

J. van der Velde, 'Grenzen aan het toezicht op de naleving van het EVRM', Leiden 1997.

**VAN DER VLIES et al.**

I.C. van der Vlies, R.J.G.M. Widdershoven, Ph.M. Langbroek en N.M. Waterschoot, *Bestuursgeschillen. Een onderzoek naar de beslechting van interbestuurlijke geschillen*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

**VELTKAMP**

B.M. Veltkamp, *Implementatie van EG-milieurichtlijnen* (diss. UvA), Deventer: Kluwer 1998.

**VERBURG (red.)**

J.J.I. Verburg (red.), *De Waterschapswet. Een artikelsgewijs commentaar*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992.

**VERHEIJ**

A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon* (diss. Amsterdam VU), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, nr. 396.

**VERHOEVEN 2010 (I)**

M.J.M. Verhoeven, 'Bestuursorganen en legaliteit in communautair perspectief', in: M.J.M. Verhoeven et al., *Europees offensief tegen nationale rechtsbeginselen?* (Jonge VAR-reeks VIII), Den Haag: BJu 2010.

**VERHOEVEN 2010 (II)**

M.J.M. Verhoeven, 'The 'Costanzo obligation' and the Principle of National Institutional Autonomy: Supervision as a Bridge to Close the Gap?', *REALaw* 2010, p. 23-64.

**VERHOEVEN 2010 (III)**

M.J.M. Verhoeven, 'Wetsvoorstel Naleving Europese regelgeving publieke entiteiten: overbodig of onmisbaar in de praktijk?', *NTer* 2010, p. 117-125.

**VERHOEVEN 2011**

M.J.M. Verhoeven, *The Costanzo Obligation. The Obligations of National Administrative Authorities in the Case of Incompatibility between National Law and European Law*, Antwerpen: Intersentia 2011.

**VERMEULEN**

E.M. Vermeulen, *Nederlandse rechtsbescherming in communautaire context*, Boom Juridische uitgevers 2001.

**VERSNEDEDEN**

C.J.N. Versneden, 'De verhouding tussen rijk, provincies en gemeenten', *Gst.* 2007, 36.

**VOERMANS**

W.J.M. Voermans, 'Nederlands constitutioneel recht in het raam van een Europese grondwet', in: *De Nederlandse Grondwet en de Europese Unie*, Publicaties van de Staatsrechtkring, Deventer: Kluwer 2003, p. 107-115.

**VONK**

G.J. Vonk, *Overijverige rechter of tekortschietende wetgever* (oratie Amsterdam VU), Deventer 1999.

**WATHELET & WILDEMEERSCH**

M. Wathelet & J. Wildemeersch, 'Double manquement et sanctions financiers des États (article 228, § 2 CE): le point après quinze ans', *Revue de la faculté de droit de l'université de Liège* (2008/3).

**WIDDERSHOVEN 1994**

R.J.G.M. Widdershoven, 'De uitvoering van het gemeenschapsrecht in de lidstaten en de toepassing van het vertrouwensbeginsel', *NTB* 1994/1, p. 1-13.

**WIDDERSHOVEN 1997**

R.J.G.M. Widdershoven, 'Aansprakelijkheid van decentrale overheden voor schendingen van EG-recht', *Regelmaat* 1997, p. 93-94.

**WIDDERSHOVEN 2000**

R.J.G.M. Widdershoven, 'Decentrale overheden, het EG-recht en de aansprakelijkheidsrisico's', *Gst.* 2000 (7119), p. 241-248.

**WIDDERSHOVEN 2007**

R.J.G.M. Widdershoven, 'Gemeenten aan de Europese ketting?', *Gst.* 2007 (7270), p. 187-195.

**WIDDERSHOVEN & ORTLEP**

R.J.G.M. Widdershoven & R. Ortlep, 'Schendingen van EG-recht door rechters', *O&A* 2004, p. 34-48.

**WINTER**

J.A. Winter, 'Gevolgen van het Gemeenschapsrecht voor de lagere overheden in Nederland', *Regelmaat* 1991/2, p. 52-56.

**WISHLADE**

F.G. Wishlade, *Regional State Aid and Competition Policy in the European Union*, Den Haag: Kluwer International 2003.

**DE WITTE**

F. de Witte, 'The European Judiciary after Lisbon', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2008, p. 43-54.

**WOUTERS & DE SMET**

J. Wouters & L. De Smet, 'Het EVRM, Internationale Mensenrechtenstandaarden en (Multinationale) Ondernemingen', Working Paper no. 37, januari 2003, herzien juni 2003, Instituut voor Internationaal Recht K.U. Leuven.

**DE ZWAAN**

J.W. de Zwaan, 'The Netherlands (judiciary and authorities) and Article 10 of the EC-Treaty,' Report for FIDE 2000, XIX Congress, Helsinki 1-3 June 2000', *SEW* 2000, p. 132-154.

**ZIJLSTRA 2008**

S.E. Zijlstra, 'De grenzen van de overheid', in: S.E. Zijlstra, R.A.J. van Gestel, & A.A. Freriks, *Privaat bestuur*, Preadviezen uitgebracht voor de VAR 2008, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 9-93.

**ZIJLSTRA 2009**

S.E. Zijlstra, *Bestuurlijk organisatierecht*, Deventer: Kluwer 2009.

# Rapporten, (pre)adviezen, verslagen en kamerstukken

## **De beslechting van bestuursgeschillen**

Preadvies uitgebracht door prof. mr. Th.G. Drupsteen en mr. K.J. Kraan voor de algemene vergadering van de Nederlandse vereniging voor administratief recht op 11 mei 1990. VAR-reeks 104. Alphen aan den Rijn: SAMSOM H.D. Tjeenk Willink 1990.

## **Beslechting van bestuursgeschillen: rechter of bestuur?**

Preadvies van Maarten de Voogd voor het voorjaarcongres van de vereniging voor Juridische Kwaliteitszorg lokaal bestuur (VJK) en de vereniging JuristenRijk op 28 mei 2009.

## **De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en privaatrecht**

L. Timmerman, 'Onderstromen in het privaatrechtelijke rechtspersonenrecht', Preadvies Nederlandse Juristenvereniging 2000, *De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en privaatrecht*.

## **Federaal Adviescomité voor Europese Aangelegenheden 2000**

Verslag namens het Federaal Adviescomité voor Europese Aangelegenheden uitgebracht door de dames Fientje Moerman en Nelly Maes van de Belgische Kamer van Volksvertegenwoordigers en Senaat van 26 juni 2000 met betrekking tot 'Omzetting en toepassing van het Europese Recht in de Belgische Wetgeving', Doc 50 (0783/001, Kamer en 2-504/1, Senaat).

## **ICCW 1999**

Interdepartementale Commissie voor Constitutionele aangelegenheden en Wetgevingsbeleid, *De communautaire verplichtingen van decentrale overheden*, 1999.

## **ICER 2000**

Interdepartementale Commissie Europees Recht, *De Europese dimensie van Toezicht*, 2000.

## **ICER 2002**

Interdepartementale Commissie Europees Recht, *Nederlandse betrokkenheid bij communautaire rechtspraak*, 2002-97.

## **ICER 2003**

Interdepartementale Commissie Europees Recht, *Toepassing EG-richtlijnen door decentrale overheden*; ICER-advies en Werkgroeprapport dd 12 maart 2003 (ICER 2003-01/8).

## **Rob 1998**

Raad voor het Openbaar bestuur, *Wijken of herijken: nationaal bestuur en recht onder Europese invloed*, 1998.

## **Rfv 2009 (I)**

Raad voor de financiële verhoudingen, *Tien jaar financiële verhoudingen*, 2009

## **Rfv 2009 (II)**

Raad voor de Financiële Verhoudingen, *Naar een herijking van de financiële verhouding tussen Rijk en provincies*, 2009.



**Parlementaire vergadering van de Raad van Europa**

C. Pourgounides (rapporteur), *The Implementation of Judgments of the Court of Human Rights*, 26 mei 2008, *AS/Jur* (2008) 24.

te vinden op: [http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2008/20080526\\_ajdoc24\\_2008.pdf](http://assembly.coe.int/CommitteeDocs/2008/20080526_ajdoc24_2008.pdf)

**Comité voor de Rechten van de Mens**

*Information Document* van het Comité d.d. 6 september 2010: 'Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system', M/Inf/DH(2010)37E, te raadplegen via [www.coe.int](http://www.coe.int)

**COMMISSIE VOOR DE TOETSING VAN WETGEVINGSPROJECTEN 1990**

Commissie voor de toetsing van wetgevingsprojecten, 'Implementatie van EG-regelgeving in de nationale rechtsorde', 21 december 1990, CTW 90/22.

**JAARVERSLAGEN**

Jaarverslag DNB 2008.

**BESTUURLIJKE WERKGROEP ALDERS**

Bestuurlijke Werkgroep Alders, *Interbestuurlijk toezicht herijkt, Toe aan nieuw zicht op overheden*, Den Haag: 7 december 2005.

**COMMISSIE DIJKSTAL 2006**

Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers, *Advies beloning topfunctionarissen privaatrechtelijke zelfstandige bestuursorganen*, oktober 2006.

**COMMISSIE DIJKSTAL 2007**

Adviescommissie rechtspositie politieke ambtsdragers, *Advies normeren en waarderen*, september 2007.

**KAMERSTUKKEN**

*Kamerstukken I* 2011/12, 32 621, A.

*Kamerstukken II* 2011/12, 30 481, nr. 8 met bijlage daarbij.

*Kamerstukken II* 2010/11, 32 769, nr. 3

*Kamerstukken II* 2010/11, 32 754, nr. 2.

*Kamerstukken II* 2010/11, 32 621, nrs. 1 t/m 6.

*Kamerstukken II* 2010/11, 32 500, nr. 1.

*Kamerstukken II* 2010/11, 30 880, nr. (Politiewet 2012)

*Kamerstukken II* 2010/11, 30 481 nr. 6 en bijlage daarbij.

*Kamerstukken I* 2011/12, 32 621, A (Wet nadeelcompensatie en schadevergoeding bij onrechtmatige besluiten).

*Kamerstukken II* 2010/11, 22 112, nr. 1115.

*Kamerstukken II* 2009/10, 32 389, nrs. 3 en 5.

*Kamerstukken II* 2009/10, 32 157, nrs. 1 t/m 3

*Kamerstukken II* 2009/10, 30 481, nr. 5 en bijlage daarbij.

*Kamerstukken II* 2009/10, 28 165, nr. 10 (Deelnemingenbeleid Rijksoverheid)

*Kamerstukken II* 2008/09, 31 842, nrs. 1 – 2.

*Kamerstukken II*, 2008/09, 31 700C, nrs. 2, 8

*Kamerstukken I* 2008/09, 31 360, nr. A.

*Kamerstukken II* 2008/09, 21 109, nrs. 190-193 (Uitvoering EG-richtlijnen).

*Kamerstukken II* 2007/08, 31 579, nrs. 1 t/m 24 en *Kamerstukken I* 2008/09, 31 579, nrs. A t/m G (Dienstenwet).

*Kamerstukken II* 2007/08, 31 498, nrs. 1-2.

*Kamerstukken II* 2007/08, 31 384 (R1850), nr. 3.

*Kamerstukken II* 2007/08, 31 360, nrs. 1 t/m 4.

- Kamerstukken II 2007/08, 31 327, nr. 3.*  
*Kamerstukken II 2007/08, 31 418, nrs. 1 t/m 5 (Wetsvoorstel terugvordering staatssteun).*  
*Kamerstukken II 2007/08, 28 165, nr. 69 (nota Deelnemingenbeleid Rijksoverheid).*  
*Kamerstukken II 2007/08, 25 268, nr. 50.*  
*Kamerstukken II 2006/07, 30 891, nr. 4*  
*Kamerstukken II 2006/07, 30 800 VII, bijlage bij nr. 22 (Raad van State, Spelregels voor interbestuurlijke verhoudingen – Eerste periodieke beschouwing over interbestuurlijke verhoudingen).*  
*Kamerstukken II 2005/06, 30 509, nr. 3*  
*Kamerstukken II 2005/06, 30 300 VII, nrs. 50, 65 en 75.*  
*Kamerstukken II 2005/06, 27 831, nr. 15.*  
*Kamerstukken II 2004/05, 29 832.*  
*Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nrs. 1 t/m 13 en Kamerstukken I 2006/07, 29 702, nrs. A t/m F.*  
*Kamerstukken II 2003/04, 21 109, nr. 138 (kabinetsstandpunt Europese dimensie van toezicht)*  
*Kamerstukken II 2000/01, 27 572, nr. 3.*  
*Kamerstukken II 2000/01, 27 547, nr. 3.*  
*Kamerstukken II 2000/01, 27 426, nrs. 1 t/m 65 en Kamerstukken I 2001/02, 27 426, nrs. 276 t/m 276b en nrs. A t/m H (Kaderwet zbo's).*  
*Kamerstukken II 1999/00, 21 109, nr. 137.*  
*Kamerstukken II 1999/00, 26 974, nr. 3.*  
*Kamerstukken II 1996/97, 25 280, nr. 3.*  
*Kamerstukken II 1995/96, 24 416 nr. 3.*  
*Kamerstukken II 1992/93, 22 893, nr. 3*  
*Kamerstukken II 1992/93, 22 855 (R 1451), nr. 3.*  
*Kamerstukken II 1989/90, 19 403, nr. 16.*  
*Kamerstukken II 1987/88, 20 568, nrs. 1 en 9.*  
*Kamerstukken II 1985/86, 19 836, nr. 3.*  
*Kamerstukken II 1984/85, 18 950 (R 1281), nr. 3.*  
*Kamerstukken II 1976/77, 13 900, nr. 6.*



# Jurisprudentielijst

## Gerecht

- Zaak T-39/90, Samenwerkende Elektriciteitsproductiebedrijven N.V. t. Commissie, *Jur.* 1991, II-1497.
- Gev. zaken T-132/96 en T-143/96, Freistaat Sachsen, Volkswagen AG en Volkswagen Sachsen GmbH t. Commissie, *Jur.* 1999, II-3663.
- Zaak T-102/00, Vlaams Fonds voor de Sociale Integratie van Personen met een Handicap t. Commissie, *Jur.* 2003, II-2433.
- Zaak T-274/01, Valmont Nederland B.V. t. Commissie, *AB* 2005/37 m.nt. A. de Moor van Vught.
- Zaak T-72/02, Comune di Napoli t. Commissie, *Jur.* 2005, II-1849.
- Zaak T-189/02, Ente per le Ville vesuviane t. Commissie, *Jur.* 2007, II-89.
- Zaak T-341/02, Regione Siciliana t. Commissie (I), *Jur.* 2004, II-2877.
- Gev. zaken T-392/03, T-408/03, T-414/03 en T-435/03, Regione Siciliana t. Commissie, *Jur.* 2008, II-2489.
- Zaak T-60/03, Regione Siciliana t. Commissie, *Jur.* 2005, II-4139
- Zaak T-69/09, *AB* 2011/367 m.nt. J.E. van den Brink & C. de Kruiif.
- Zaak T-70/09, *AB* 2011/368 m.nt. J.E. van den Brink & C. de Kruiif.

## Hof van Justitie

- HvJEG zaak 26/62, Van Gend & Loos, *Jur.* 1963, p. 3.
- HvJEG zaak 6/64, Costa/ENEL, *Jur.* 1964, p. 1203.
- HvJEG zaak 57/65, Lütticke II, *Jur.* 1966, p. 346.
- HvJEG zaak 28/67, Firma Molkereizentrale Westfalen, *Jur.* 1968, p. 218.
- HvJEG zaak 77/69, Belgische houtzaak, *Jur.* 1970, p. 237.
- HvJEG zaak 8/70, Commissie t. Italië, *Jur.* 1970, p. 961.
- HvJEG zaak 9/70, Grad, *Jur.* 1970, p. 825.
- HvJEG zaak 11/70, Internationale Handelsgesellschaft, *Jur.* 1970, p. 1125.
- HvJEG zaak 78/70, Deutsche Grammophon, *Jur.* 1971, p. 487.
- HvJEG zaak 48/71, Commissie t. Italië, *Jur.*, p 529.
- HvJEG gevoegde zaken 51 t/m 54/71, International Fruitcompany e.a., *Jur.* 1971, p. 1116.
- HvJEG zaak 30/72, Fruitbomenrooipremie I, *Jur.* 1973, p. 161.
- HvJEG zaak 167/73, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 1974, p. 359.
- HvJEG zaak 41/74, Van Duyn, *Jur.* 1974, p. 1337.
- HvJEG zaak 52/75, Groentezaden, *Jur.* 1976, p. 277.
- HvJEG 33/76, Rewe, *Jur.* 1976, p. 1998.
- HvJEG zaak 51/76, VNO, *Jur.* 1977, p. 113.
- HvJEG zaak C-78/76, Steinike & Weinlig, *Jur.* 1977, p. 595.
- HvJEG zaak 106/77, Simmenthal, *Jur.* 1978, p. 629.
- HvJEG zaak 148/78, Ratti, *Jur.* 1979, p. 1629.
- HvJEG zaak 163/78, Aerosols, *Jur.* 1979, p. 991.
- HvJEG zaak 265/78, Ferwerda, *Jur.* 1980, p. 617.
- HvJEG zaken 119/79 en 126/79, Lippische Hauptgenossenschaft, *Jur.* 1980, 1863.
- HvJEG zaak 5/81, Hauptzollamt Krefeld, *Jur.* 1982, p. 4601.
- HvJEG zaak 8/81, Becker, *Jur.* 1982, p. 53.
- HvJEG zaak 73/81, Belgisch oppervlaktewater, *Jur.* 1982, p. 189.
- HvJEG zaak 96/81, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1982, p. 1791.
- HvJEG zaak C-249/81, Commissie t. Ierland, *Jur.* 1982, p. 4005.

- HvJEG gevoegde zaken 314 t/m 316/81 en 83/82, Waterkeyn, *Jur.* 1982, p. 4337.  
HvJEG zaak 5/82, Maïzena, *Jur.* 1982, p. 4601.  
HvJEG zaak 85/82, Schloh t. de Raad, *Jur.* 1983, 2015  
HvJEG zaak 188/82, Thyssen, *Jur.* 1983, p. 3721.  
HvJEG gevoegde zaken, 205/82 t/m 215/82, Deutsche Milchkontor, *Jur.* 1983, p. 2633.  
HvJEG zaak 14/83, Von Colson en Kamann, *Jur.* 1984, p. 1891.  
HvJEG zaak 117/83, Könecke, *Jur.* 1984, I-3291.  
HvJEG zaak C-290/83, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 1985, p. 439.  
HvJEG zaak 52/84, Commissie t. België, *Jur.* 1986, p. 89.  
HvJEG zaak C-152/84, Marshall, *Jur.* 1986, p. 723.  
HvJEG zaak 174/84, Bulk Oil, *Jur.* 1986, p. 559.  
HvJEG zaak C-222/84, Johnston, *Jur.* 1986, p. 1651.  
HvJEG zaak C-248/84, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1987, p. 4013.  
HvJEG gevoegde zaken C-67/85, C-68/85 en C-70/85, Van der Kooy e.a. t. Commissie, *Jur.* 1988, I-219.  
HvJEG zaak C-71/85, FNV, *Jur.* 1986, p. 3855.  
HvJEG zaak 72/85, Commissie t. Nederland, *Jur.* 1986, p. 1219.  
HvJEG zaak 118/85, Frankrijk t. Commissie, *Jur.* 1987, p. 2599.  
HvJEG zaak C-168/85, Vrije beroepen, *Jur.* 1986, p. 2945.  
HvJEG zaak C-199/85, Commissie t. Italië, *Jur.* 1987, p. 1039.  
HvJEG zaak 239/85, Commissie t. België, *Jur.* 1986, p. 3645.  
HvJEG zaak 383/85, Commissie t. België, *Jur.* 1989, p. 3069.  
HvJEG zaak C-66/86, Ahmed Zaeed Flugreisen, *Jur.* 1989, I-803.  
HvJEG zaak C-80/86, Kolpinghuis, *Jur.* 1987, p. 3969.  
HvJEG zaak C-104/86, Commissie t. Italië, *Jur.* 1988, p. 1799.  
HvJEG zaak C-283/86, Commissie t. België, *Jur.* 1988, p. 3271.  
HvJEG zaak C-316/86, Krücken, *Jur.* 1988, p. 2213.  
HvJEG zaak C-31/87, Beentjes, *Jur.* 1988, p. 4635.  
HvJEG zaak C-142/87, België t. Commissie, *Jur.* 1990, I-959.  
HvJEU zaak C-210/87, Padovani en Mantovani, *Jur.* 1988, p. 6177.  
HvJEG zaak C-213/87, gemeente Amsterdam en Stichting Vrouwenvakschool voor Informatica Amsterdam (VIA) t. Commissie, *Jur.* 1990, I-221.  
HvJEG zaak C-226/87, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 1988, p. 3611.  
HvJEG zaak C-8/88, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1990, I-2321.  
HvJEG zaak C-21/88, Du Pont de Nemours, *Jur.* 1990, I-889.  
HvJEG zaak C-68/88, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 1989, I-2965.  
HvJEG zaak C-103/88, Fratelli Costanzo, *Jur.* 1989, p. 1839.  
HvJEG zaak 161/88, Binder, *Jur.* 1989, p. 2415.  
HvJEG zaak C-221/88, Busseni, *Jur.* 1990, I-495.  
HvJEG zaak C-302/88, Hennen Olie, *Jur.* 1990, I-4625.  
HvJEG zaak C-303/88, Italiaanse Republiek t. Commissie, *Jur.* 1991, I-1433.  
HvJEG zaak C-5/89, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1990, I-4337.  
HvJEG zaak C-38/89, Blanguernon, *Jur.* 1990, p. I-83.  
HvJEG zaak C-62/89, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 1990, I-925.  
HvJEG zaak C-80/89, Behn, *Jur.* 1990, I-2659.  
HvJEG zaak C-106/89, Marleasing, *Jur.*, 1990, I-4135.  
HvJEG zaak C-188/89, Foster, *Jur.* 1990, I-3313, *NJ* 1992, 762.  
HvJEG zaak C-280/89, Commissie t. Ierland, *Jur.* 1992, I-6185.  
HvJEG zaak C-305/89, Italië t. Commissie, *Jur.* 1991, I-1603.  
HvJEG zaak C-348/89, Mecanarte, *Jur.* 1991, I-3277.  
HvJEG gev. zaken C-6/90 t/m C-9/90, Francovich, *Jur.* 1991, I-5357.  
HvJEG zaak C-33/90, Campania, *Jur.* 1991, I-5987.  
HvJEG zaak C-41/90, Klaus Höfner en Fritz Elser t. Macrotron GmbH, *Jur.* 1991, I-1979.  
HvJEG gev. zaken C-31/91 tot C-44/91, Lageder, *Jur.* 1993, I-1761.  
HvJEG zaak C-74/91, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1992, I-5437.

- HvJEG zaak C-101/91, Commissie t. Italië, *Jur.* 1991, I-191.  
HvJEG zaak C-165/91, Van Munster, *Jur.* 1994, I-4661.  
HvJEG zaak C-338/91, Steenhorst-Neerings, *Jur.* I-5475.  
HvJEG zaak C-91/92, Faccini Dori, *Jur.* 1994, I-3328.  
HvJEG zaak C-128/92, Banks, *Jur.* 1994, I-1209.  
HvJEG gevoegde zaken C-278/92 t/m 280/92, Spanje t. Commissie, *Jur.* 1994, I-4103.  
HvJEG zaak C-431/92, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1995, I-2189.  
HvJEG C-45/93, Commissie t. Spanje, *Jur.* 1994, I-911.  
HvJEG gevoegde zaken C-46/93 t/m C-48/93, Brasserie du Pêcheur en Factortame, *Jur.* 1996, I-1029.  
HvJEG zaak C-5/94, Hedley Lomas, *Jur.* 1996, I-2553.  
HvJEG zaak C-28/94, Nederland t. Commissie, *Jur.* 1999, I-1973.  
HvJEG gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94 en C-190/94, Dillenkofer, *Jur.* 1996, I-4845.  
HvJEG zaak C-194/94, CIA Security, *Jur.* 1996, I-2201.  
HvJEG zaak C-32/95P, Lisretal, *Jur.* 1996, I-5373.  
HvJEG zaak C-38/95, Foods Import, *Jur.* 1996, I-6543.  
HvJEG zaak C-54/95, Duitsland t. Commissie, *Jur.* 1999, I-35.  
HvJEG zaak C-66/95, Sutton, *Jur.* 1997, I-2163.  
HvJEG zaak C-72/95, Kraaijeveld, *Jur.* 1996, I-5403.  
HvJEG zaak C-24/95, Alcan, *Jur.* 1997, p. 1591.  
HvJEG zaak C-127/95, Norbrook laboratories, *Jur.* 1998, I-1531.  
HvJEG zaak C-168/95, Arcaro, *Jur.* 1996, I-4705, *M en R* 1997, p. 282-283 m.nt. J.H. Jans.  
HvJEG zaak C-280/95, Commissie t. Italië, *Jur.* 1998, I-259.  
HvJEG zaak C-265/95, Commissie t. Frankrijk (Spaanse aardbeien), *Jur.* 1997, I-6959.  
HvJEG zaak C-300/95, Commissie t. Verenigd Koninkrijk, *Jur.* 1997, I-2649.  
HvJEG zaak C-366/95, Stef Houlberg, *Jur.* 1998, I-2661.  
HvJEG zaak C-129/96, Inter-Environnement Wallonie ASBL t. Waals Gewest, *Jur.* 1997, I-7411, *M en R* 1998/78, nr. 65 m.nt. Van Rossem & J.H. Jans.  
HvJEG gevoegde zaken C-253 t/m 258, Kampelmann, *Jur.* 1997, I-6907.  
HvJEG zaak C-298/96, Oelmühle, *Jur.* 1998, I-4767.  
HvJEG zaak C-319/96, Brinkmann Tabakfabriken, *Jur.* 1998, I-5255.  
HvJEG zaak C-95/97, Waals Gewest t. Commissie, *Jur.* 1997, I-1787. HvJEG zaak C-140/97, Rechberger, *Jur.* 1999, I-3499.  
HvJEG zaak C-180/97 Regione Toscana t. Commissie, *Jur.* 1997, I-5245.  
HvJEG zaak 208/97, Commissie t. Portugal, *Jur.* 1998, I-4017.  
HvJEG zaak C-217/97, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 1999, I-5087.  
HvJEG zaak C-302/97, Konle, *Jur.* 1999, I-3099.  
HvJEG zaak C-387/97, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2000, I-5047.  
HvJEG zaak C-404/97, Commissie t. Portugal, *Jur.* 2000, I-4897.  
HvJEG zaak C-424/97, Haïm II, *Jur.* 2000, I-5123.  
HvJEG gevoegde zaken C-46 en 48/98, Brasserie du pêcheur / Factortame III, *Jur.* 1996, I-1029.  
HvJEG zaak C-83/98P, Ladbroke Racing, *Jur.* 2000, I-3271.  
HvJEG zaak C-172/98, Commissie t. België, *Jur.* 1999, I-3999.  
HvJEG zaak C-352/98, Bergaderm, *Jur.* 2000, I-5291.  
HvJEG zaak C-378/98, Commissie t. België, *Jur.* 2001, I-5107.  
HvJEG zaak C-452/98, Nederlandse Antillen t. Raad, *Jur.* 2001, I-8973.  
HvJEG zaak C-471/98, Commissie t. België, *Jur.* 2002, I-9681.  
HvJEG zaak C-387/99, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 2004, I-3773.  
HvJEG zaak C-441/99, Gharehveran, *Jur.* 2001, I-7687.  
HvJEG zaak C-482/99, Frankrijk t. Commissie (Stardust), *Jur.* 2002, I-4397.  
HvJEG zaak C-500/99 P, Conserve Italia Soc. Coop. arl t. Commissie van de Europese Gemeenschappen, *Jur.* 2002, I-867.  
HvJEG zaak C-17/00, De Coster t. België, *Jur.* 2001, I-9445.  
HvJEG zaak C-53/00, Ferring, *Jur.* 2001, I-9067.

- HvJEG zaak C-62/00, Marks&Spencer, *Jur.* 2002, I-6325.  
HvJEG zaak C-112/00, Schmidberger t. Oostenrijk, *Jur.* 2003, I-5659.  
HvJEG zaak C-118/00, Gervais Larsy, *Jur.* 2001, I-05063.  
HvJEG zaak C-129/00, Commissie t. Italië, *Jur.* 2003, I-14637, HvJEG zaak C-129/00, Commissie t. Italië, *Jur.* 2003, I-14637, *NJ* 2004/582 m.nt. M.R. Mok, *AB* 20004/59 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2004/72, m.nt. M.L.H.K. Claes en *SEW* 2004/37, m.nt. B.J. Drijber.  
HvJEG zaak C-210/00, Käserei Champignon Hofmeister, *Jur.* 2002, I-6453.  
HvJEG zaak C-266/00, Huber, *Jur.* 2002, I-7609.  
HvJEG zaak C-280/00, Altmark, *Jur.* 2003, I-7747.  
HvJEG zaak C-325/00, Commissie t. Duitsland, Markenqualität aus Deutschen Landen, *Jur.* 2002, I-9977,  
HvJEG zaak C-336/00, Hüber, *Jur.* 2002, I-7699.  
HvJEG gevoegde zaken, C-34 t/m 38/01, Enirisorce, *Jur.* 2003, I-4243.  
HvJEG gevoegde zaken, C-20/01 en C-28/01, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 2003, I-3609.  
HvJEG zaak C-194/01, Commissie t. Oostenrijk, *Jur.* 2004, I-4579.  
HvJEG zaak C-198/01, Consorzio Industrie Fiammiferi, *Jur.* 2003, I-8055.  
HvJEG zaak C-224/01, Köbler, *Jur.* 2003, I-10239, *NJ* 2004, 160 m.nt. M.R. Mok, *AB* 2003, 429 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2004, 41 m.nt. M.L.H.K. Claes en *SEW* 2004/36, m.nt. J.H. Jans.  
HvJEG zaak C-271/01, COPPI, *Jur.* 2004, I-1029.  
HvJEG zaak C-278/01, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2003, I-14141.  
HvJEG zaak C-311/01, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2003, I-13103.  
HvJEG zaak C-388/01, Commissie t. Italië, *Jur.* 2003, I-721.  
HvJEG gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, Pfeiffer, *Jur.* 2004, I-8835, *SEW* 2005/2, p. 95-99.  
HvJEG zaak C-460/01, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2005, I- 2613.  
HvJEG zaak C-494/01, Commissie t. Ierland, *Jur.* 2005, I-3331.  
HvJEG zaak C-41/02, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2004, I-11375  
HvJEG zaak C-87/02 Lotto Zero, *Jur.* 2004, I-05975.  
HvJEG zaak C-102/02, Wells, *Jur.* 2004, I-723, *M en R* 2004/2, nr. 11.  
HvJEG zaak C-113/02, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2004, I-9707  
HvJEG zaak C-127/02, Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee, *Jur.* 2004, I-7405.  
HvJEG zaak C-201/02, Wells, *Jur.* 2004, I-723, *MenR* 2004/2, nr. 11.  
HvJEG zaak C-222/02, Peter Paul t. Duitsland, *Jur.* 2004, I-9425.  
HvJEG zaak C-299/02, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2004, I-9761.  
HvJEG zaak C-304/02, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 2005, I-6263.  
HvJEG zaak C-345/02, Pearle, *Jur.* 2004, I-07319.  
HvJEG zaak C-350/02, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2004, I-6213.  
HvJEG zaak C-441/02, Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland, *Jur.* 2006, I-3449.  
HvJEG zaak C-105/03, Pupino, *Jur.* 2005, I-5285.  
HvJEG zaak C-157/03, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2005, I-2911.  
HvJEG zaak C-173/03, Traghetti del Mediterraneo SpA, *Jur.* 2006, I-5177, *NJ* 2006, 543, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2006/248 m.nt. E. Steyger, *JB* 2006/182, m.nt. N. Verheij en *SEW* 2006/120 m.nt. R. Meijer.  
HvJEG zaak C-189/03, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2004, I-9289.  
HvJEG zaak C-287/03, Commissie t. België, *Jur.* 2005, I-3761.  
HvJEG zaak C-320/03, Commissie t. Oostenrijk, *Jur.* 2005, I-9871; *M en R* 2006/2 nr. 14, m.nt. J.H. Jans.  
HvJEG zaak C-415/03, Olympic Airways, *Jur.* 2005, I-3875.  
HvJEG zaak C-422/03, Commissie t. Nederland, n.g.  
HvJEG zaak C-441/03, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2005, I-3034.  
HvJEG zaak C-451/03, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl t. Giuseppe Calafiori, *Jur.* 2006, I-02941.  
HvJEG zaak C-470/03, AGM-COS.MET, *Jur.* 2007, I-2749.  
HvJEG zaak C-503/03, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2006, I-1049.

- HvJEG zaak C-511/03, Ten Kate, *AB* 2005, 425 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.
- HvJEG zaak C-528/03, Commissie t. Nederland, n.g.
- HvJEG zaak C-53/04, Marrosu en Sardino, *Jur.* 2006, I-7213.
- HvJEG zaak C-119/04, Commissie t. Italië, *Jur.* 2005, I-6885.
- HvJEG zaak C-144/04, Mangold, *Jur.* 2005, I-9981.
- HvJEG zaak C-146/04, Commissie t. Nederland, n.g.
- HvJEG zaak C-171/04, Commissie t. Nederland, n.g.
- HvJEG zaak C-177/04, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 2006, I-2461, *NJ* 2006, 465.
- HvJEG zaak C-180/04, Vassalo, *Jur.* 2006, I-7251.
- HvJEG gev. zaken C-282/04 en 283/04, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2006, I-9141.
- HvJEG zaak C-417/04 P, Regione Siciliana t. Commissie (HB1), *Jur.* 2006, I-3881.
- HvJEG zaak C-503/04, Commissie t. Duitsland, *Jur.* 2007, I-6153.
- HvJEG zaak C-523/04, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2007, I-3267.
- HvJEG zaak C-94/05, Emsland Stärke, *Jur.* 2006, I-2619.
- HvJEG gev. zaken C-222/05 t/m 225/05, Van der Weerd, *Jur.* 2007, I-4233, *AB* 2007, 228 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven en *NJ* 2007, 391 m.nt. M.R. Mok.
- HvJEG zaak C-297/05, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2007, I-7467.
- HvJEG zaak C. 438/05, International Transport Workers' Federation en Finnish Seamen's Union, *Jur.* 2007, I-10779.
- HvJEG gevoegde zaken C-7 t/m 9/06P, Beatrice e.a. t. Commissie, *Jur.* 2007, I-10357.
- HvJEG zaak C-10/06, Rafaël t. Raad (gevoegd bij C-07 t/m 09/06), *Jur.* 2007, I-10381.
- HvJEG zaak C-15/06P, Regione Siciliana t. Commissie (HB2), *Jur.* 2007, I-2591.
- HvJEG zaak C-50/06, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2007, I-4383.
- HvJEG zaak C-70/06, Commissie t. Portugal, *Jur.* 2008, n.n.g., *NJ* 2008, 238 m.nt. M.R. Mok en *AB* 2008/276, m.nt. A.J.C. de Moor-van Vught.
- HvJEG zaak C-158/06, *Jur.* 2007, I-5103, *AB* 2007, 239 m.nt. H. Griffioen & W. den Ouden (Stichting ROM-projecten).
- HvJEG zaak C-173/06, Agrover, *Jur.* 2007, I-8783.
- HvJEG zaak C-212/06, Regering van de Communauté française en Gouvernement wallon t. Gouvernement flamand, *Jur.* 2008, I-1683.
- HvJEG zaak C-246/06, Josefa Velasco Navarro, *Jur.* 2008, I-105.
- HvJEG zaak C-286/06, Impact, *Jur.* 2008, I-8025.
- HvJEG zaak C-292/06, Fernwärme Wien GmbH, *Jur.* 2008, I-2339.
- HvJEG gevoegde zaken C-383/06 t/m C-385/06, Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening (C-383/06) en Gemeente Rotterdam (C-384/06) t. Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid en Sociaal Economische Samenwerking West-Brabant (C-385/06) t. Algemene Directie voor de Arbeidsvoorziening, *AB* 2008, 207 m.nt. W. den Ouden, *NJ* 2008/349 m.nt. M.R. Mok en *RvdW* 2008, 477.
- HvJEG zaak C-398/06, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2008, I-56.
- HvJEG zaak C-15/06 P, Regione Siciliana t. Commissie (HB), *Jur.* 2007, II-168.
- HvJEG zaak C-455/06, Heemskerk en Schaap t. het Productschap, *AB* 2009/14, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.
- HvJEG zaak C-489/06, Commissie t. Helleense Republiek, *Jur.* 2009, I-1797.
- HvJEG zaak C-92/07, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2010, I-3683.
- HvJEG zaak C-121/07, Commissie t. Frankrijk, *Jur.* 2008, I-09159,
- HvJEG gevoegde zaken C-152/07 t/m C-154/07, Arcor e.a., *AB* 2008, 268, m.nt. H. van Eijken & R. Ortlep.
- HvJEG zaak C-230/07, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2008, I-144.
- HvJEG zaak C-249/07, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2008, I-174.
- HvJEG zaak C-300/07, Hans en Christophoros Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik t. AOG Rheinland/Hamburg, *Jur.* 2009, I-4779.
- HvJEG zaak C-369/07, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2009, I-05703
- HvJEG zaak C-445/07P en C-455/07P, *Jur.* 2009, I-7993.
- HvJEG zaak C-416/07, Commissie t. Helleense Republiek, *Jur.* 2009, I-7883.
- HvJEG zaak C-521/07, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2009, I-4873.



HvJEG zaak C-568/07, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2009, I-4505.  
 HvJEG zaak C-109/08, Commissie t. Griekenland, *Jur.* 2009, I-4657.  
 HvJEG zaak C-154/08, Commissie t. Spanje, *Jur.* 2009, I-187  
 HvJEG zaak C-160/08, Commissie t. Bondsrepubliek Duitsland, *Jur.* 2010, I-3713.  
 HvJEG zaak C-232/08, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2009, I-166.  
 HvJEG zaak C-255/08, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2009, I-167.  
 HvJEG zaak C 297/08, Commissie t. Italië, *Jur.* 2010, I-1749.  
 HvJEG zaak C-334/08, Commissie t. Italië, *Jur.* 2010, I-6869.  
 HvJEG zaak C-456/08, Commissie t. Ierland, *Jur.* 2010, I-859.  
 HvJEG zaak C-41/09, Commissie t. Nederland, n.n.g.  
 HvJEG zaak C-79/09, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2010, I-40.  
 HvJEG zaak C-157/09, Commissie t. Nederland, n.g.  
 HvJEG zaak C-192/09, Commissie t. Nederland, n.n.g.  
 HvJEU zaak C-243/09, Fuß I, *AB* 2011/72, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.  
 HvJEU zaak C-407/09, Commissie t. Griekenland, n.n.g.  
 HvJEU zaak C-429/09, Fuß II, *AB* 2011/73, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.  
 HvJEU zaak C-496/09, Commissie t. Italië, *Jur.* 2011, n.n.g.  
 HvJEU zaak C-542/09, Commissie t. Nederland, n.n.g.  
 HvJEU zaak C-53/10, Land Hessen, *AB* 2011/322, m.nt. R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven.  
 HvJEU zaak C-233/10, Commissie t. Nederland, *Jur.* 2010, I-170.  
 HvJEU zaak C-282/10, Dominguez/Centre Ouest Atlantique, *NJ* 2012/154, m.nt. M.R. Mok, *AB* 2012/48 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *NJB* 2012/404.  
 HvJEU zaak C-368/10, Commissie t. Nederland, n.n.g.  
 HvJEU zaak C-508/10, Commissie t. Nederland, n.n.g.  
 HvJEU zaak C-576/10, Commissie t. Nederland (lopende zaak)  
 HvJEU zaak C-65/11, Commissie t. Nederland (lopende zaak)

### Mededelingen

1. Mededeling van de Commissie van 5 juni 1996, *Memorandum on applying Article 171 of the CE Treaty*, *Official Journal* 1996, C242, p. 6.
2. Mededeling van de Commissie van 28 februari 1997, *Information from the Commission – Method of calculating the penalty payments provided for pursuant to Article 171 of the EC Treaty*, *Official Journal* 1997, C63, p. 6.
3. Mededeling van de Commissie van 20 december 2002 (gecorrigeerd bij 15 mei 2003), 'Mededeling over de verbetering van de controle op de toepassing van het gemeenschapsrecht', COM(2002)725def.
4. Mededeling van de Commissie aan het EP en de Raad, 'De respectieve verantwoordelijkheden van de lidstaten en de Commissie bij het gedeeld beheer van de structuurfondsen en het Cohesiefonds. Bestaande situatie en vooruitzichten voor de nieuwe programmeerperiode na 2006', COM(2004)580def.
5. Mededeling van de Commissie van 13 december 2005, 'Mededeling over de toepassing van artikel 228 van het EG-verdrag (boetebeleid)' SEC(2005)1658.
6. Mededeling van de Commissie van 5 september 2007, 'Een Europa van resultaten – Toepassing van het Gemeenschapsrecht', COM(2007)502def.
7. *Annual report of the Commission on the monitoring of the application of Community Law* (2007), COM(2008)777fin.
8. Mededeling van de Commissie aan het EP, de Raad en de Rekenkamer, 'Een actieplan ter versterking van de toezichthoudende rol van de Commissie in het kader van het gedeeld beheer van structurele acties', COM(2008)97def.
9. *Commission staff working document accompanying the 25th annual report on monitoring the application of community law* (2007) – *Situation in the different sectors*, SEC(2008)2854.
10. Mededeling van de Commissie, SEC(2010)923/3: 'Application of Article 260 of the Treaty on the Functioning of the European Union. Up-dating of data used to calculate lump sum and penalty payments to be proposed by the Commission to the Court of Justice in infringement proceedings'.
11. Mededeling van de Commissie 'Updating of data used to calculate lump sum and penalty payments in infringement proceedings', SEC(2011)1024.

*Persberichten*

1. Persbericht 23 november 2006 *France has fully met Court fisheries obligations – no further financial penalty.*
2. Persbericht IP/07/94.

**EP**

Verslag van de Commissie Juridische Zaken Europees Parlement (Rapport Frassoni) van 23 november 2007 met kenmerk A6-0462/2007.

**RAAD VAN EUROPA**

*Can excessive length of proceedings be remedied?*, Venice Commission, Collection Science and technique of democracy, No. 44, Council of Europe Publishing 2007.

**ECRM**

ECRM 10 december 1976, X. t. Verenigd Koninkrijk, application no 6958/75 p. 103-105.  
ECRM 12 oktober 1978, X. B.V. t. Nederland, *D&R* 15, 133-136.  
ECRM 12 mei 1980, X. t. Duitsland (8363/78) *D&R* 20, 163.  
ECRM 28 juni 1995, Consejo General de Colegios Oficiales de Economistas de Espana t. Spanje, DR 82-d.  
ECRM 8 september 1997, RENFE t. Spanje, *D&R* 1990-B.

**EHRM**

EHRM 19 mei 1976, Brüggemann en Scheuten t. Duitsland, *DR* 5, p. 103-116.  
EHRM 18 januari 1978, Ierland t. Verenigd Koninkrijk, *Series A*, no. 25.  
EHRM 13 juni 1979, Marckx t. België, *NJ* 1980, 462, m.nt. E.A. Alkema.  
EHRM 10 maart 1980, König t. Duitsland, no. 6232/73.  
EHRM 23 juni 1981, Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België, no. 6878/75 en 7238/75.  
EHRM 13 augustus 1981, Young, James & Webster t. Verenigd Koninkrijk, *Serie A*, no. 55.  
EHRM 25 februari 1982, Campbell en Cosans t. het Verenigd Koninkrijk, *Series A* no. 48.  
EHRM 25 maart 1983, Silver e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *Series A* no. 61, p. 42.  
EHRM 13 juli 1983, Zimmermann en Steiner t. Zwitserland, *Series A* no. 66.  
EHRM 23 november 1983, *Series A* no. 70.  
EHRM 26 maart 1985, X. en Y. t. Nederland, *Series A*, no. 91.  
EHRM 28 mei 1985, Abdulaziz, Cabales en Balkandale, no. 9214/80 9473/81 9474/81.  
EHRM 23 oktober 1985, Benthem t. Nederland, no. 8848/80.  
EHRM 8 juli 1986, Lingens t. Oostenrijk, *Series A*, no. 103.  
EHRM 14 september 1987, De Cubber t. België, no. 9186/80.  
EHRM 14 september 1987, Gillow t. Verenigd Koninkrijk, no. 9063/80.  
EHRM 28 oktober 1987, Inze t. Oostenrijk, no. 8695/79.  
EHRM 26 oktober 1988, Martins Moreira t. Portugal, *Series A* no. 143.  
EHRM 28 juni 1990, Mats Jacobsson t. Zweden, no. 11309/84.  
EHRM 29 november 1991, Vermeire t. België, *NJCM-Bulletin* 1992, p. 673 e.v., m.nt. P. Lemmens.  
EHRM 26 juni 1992, Drozd en Janousek t. Frankrijk, *Series A* no. 240.  
EHRM 27 november 1992, Olsson t. Zweden, *NJCM-Bulletin* 1988, p. 362 e.v. m.nt. J.G.C. Schokkenbroek.  
EHRM 25 maart 1993, Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk, *NJ* 1995, 725, m.nt. E.A. Alkema.  
EHRM 27 oktober 1993, Dombo Beheer Nederland B.V. *Series A*, Vol. 274, *NJ* 1994, 534 m.nt. H.J. Simons & E.J. Dommering en *NJCM-Bulletin* 1994, p. 695 m.nt. T. Sterk.  
EHRM 23 november 1993, A. T. Frankrijk, *Series A* No. 277-B.  
EHRM 9 december 1994, López-Ostra t. Spanje, no. 16798/90.  
EHRM 9 december 1994, Stran Greek Refineries en Stratis Andreadis t. Griekenland, *NJ* 1996, 592, m.nt. E.J. Dommering.  
EHRM 9 december 1994, the Holy Monasteries t. Griekenland, *Series A* no. 301/a.  
EHRM 19 december 1994, Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs en Gubi t. Oostenrijk.

- EHRM 10 februari 1995, *Allenet de Ribemont t. Frankrijk*, no. 15175/89.
- EHRM 23 maart 1995, *Loizidou t. Turkije* (preliminary), *Series A* no. 310.
- EHRM 31 oktober 1995, *Papamichalopoulos t. Griekenland*, *Series A* no. 330-B.
- EHRM 27 maart 1996, *William Goodwin t. Verenigd Koninkrijk*, *Series A* nr. 308 en *NJ* 1996, 577 m.nt. E.J. Dommering onder HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 578.
- EHRM 18 december 1996, *Aksoy t. Turkije*, no. 21987/93.
- EHRM 21 februari 1997, *Guillemin t. Frankrijk*, no. 19632/92.
- EHRM 16 december 1997, *Canea Catholic Church t. Griekenland*, *Reports* 1997.
- EHRM 9 juni 1998, *Teixeira de Castro t. Portugal*, no. 25829/94.
- EHRM 24 juli 1998, *Mentes e.a. t. Turkije*, no. 23186/94.
- EHRM 28 oktober 1998, *Osman t. Verenigd Koninkrijk*, *NJ* 2000, 134 m.nt. E.A. Alkema.
- EHRM 15 september 1998, *The Province of Bari, Francesco Sorrentino and Teresa Messeni Nemagna t. Italië*, appl.no. 41877/98.
- EHRM 8 juli 1999, *Cakici t. Turkije*, no. 23657/94.
- EHRM 28 oktober 1999, *Wille t. Liechtenstein*, *NJ* 2002, 53 m.nt. E.A. Alkema
- EHRM 23 november 1999, *Gemeente Antilly (onderdeel van Gemeente Argilly) t. Frankrijk*, *ECHR* 1999-VIII.
- EHRM 8 december 1999, *Özdep t. Turkije*, no. 23885/94.
- EHRM 21 december 1999, *Demirtepe t. Frankrijk*, *EHRC* 2000/17, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 16 februari 2000, *Amann t. Zwitserland*, *EHRC* 2000/31 m.nt. E. Brems.
- EHRM 3 maart 2000, *Krcmár t. Tsjechië*, 35376/97.
- EHRM 28 maart 2000, *Kilic t. Turkije*, *EHRC* 2000/37, m.nt. A.W. Heringa.
- EHRM 4 april 2000, *Witold Litwa t. Polen*, *EHRC* 2000/40, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 6 april 2000, *Comingersoll SA t. Portugal*, no. 35382/97.
- EHRM 27 april 2000, *K. en T. t. Finland*, *EHRC* 2000/49, m.nt. E. Brems.
- EHRM 18 mei 2000, *Velikova t. Bulgarije*, *EHRC* 2000/57, m.nt. J.H. Gerards.
- EHRM 20 mei 2000, *Dulaurans t. Frankrijk*, no. 34553/97.
- EHRM 13 juli 2000, *Elsholz t. Duitsland*, no. 25735/94.
- EHRM 25 juli 2000, *Smith en Grady t. Verenigd Koninkrijk*, *ECHR* 1999-VI.
- EHRM 10 oktober 2000, *Larange t. Frankrijk*, *EHRC* 2000/85 m.nt. H.L. Janssen.
- EHRM 26 oktober 2000, *Kudla, AB* 2001, 275 m.nt. L.F.M. Verhey en *NJCM-Bulletin* 2001, p. 71.
- EHRM 21 december 2000, *Egmez t. Cyprus*, *EHRC* 2001/13, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 1 februari 2001, *Ayuntamiento de Mula t. Spanje*, *ECHR* 2001-I.
- EHRM 27 februari 2001, *Luca t. Italië*, *ECHR* 2001-II.
- EHRM 13 februari 2001, *Krombach t. Frankrijk*, *EHCR* 2001/22 m.nt. A.W. Heringa.
- EHRM 20 maart 2001, *Köksal t. Nederland*, *EHRC* 2001/33 m.nt. G. de Jonge.
- EHRM 22 maart 2001, *K.-H.W. t. Duitsland*, *EHRC* 2001/31, m.nt. H.L. Janssen.
- EHRM 3 mei 2001, *Kamer van Koophandel*, *EHRC* 2001/44 m.nt. A.W. Heringa.
- EHRM 4 mei 2001, *Kelly e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, *EHRC* 2001/40, m.nt. J.H. Gerards.
- EHRM 7 mei 2001, *Danderyds Kommun t. Zweden*, no. 52559/99, n.g.
- EHRM 10 mei 2001, *Z. e.a. t. Verenigd Koninkrijk*, *EHRC* 2001/46, m.nt. E. Brems.
- EHRM 19 juni 2001, *Kreuz t. Polen*, *EHRC* 2001/54, m.nt. A.W. Heringa.
- EHRM 26 juni 2001, *Akman t. Turkije*, *ECHR* 2001-VI.
- EHRM 28 juni 2001, *V.g.T. t. Zwitserland*, *EHRC* 2001/55, m.nt. L.F.M. Verhey.
- EHRM 24 juli 2001, *Van Nus t. Nederland*, no. 37538/97, n.g.
- EHRM 26 juli 2001, *Ilijkov t. Bulgarije*, no. 33977/96.
- EHRM 12 december 2001, *Bankovic e.a. t. België en 17 andere verdragsstaten*, *EHRC* 2002/13 m.nt. J. van der Velde
- EHRM 21 december 2001, *K.K.C. t. Nederland*, *EHRC* 2002/10.
- EHRM 21 december 2001, *Rinzivillo t. Italië*, *EHRC* 2001/14 m.nt. H.L. Janssen.
- EHRM 29 januari 2002, *Auerbach t. Nederland*, *NJCM-Bulletin* 2002, nr. 8, p. 1020 e.v. m.nt. T. Barkhuysen.
- EHRM 29 januari 2002, *Arends t. Nederland*, appl.no. 45618/99.
- EHRM 14 maart 2002, *Paul en Audrey Edwards t. Verenigd Koninkrijk*, *EHRC* 2002/36, m.nt. G. de Jonge.

- EHRM 26 maart 2002, Société Comabat t. Frankrijk, no. 51818/99.
- EHRM 16 april 2002, Stés Colas Est e.a. t. Frankrijk, *EHRC* 2002/46, m.nt. H.L. Janssen.
- EHRM 4 juni 2002, Wessels-Bergervoet t. Nederland, *EHRC* 2002/60, m.nt. M. Driessen.
- EHRM 11 juni 2002, Selim Sadak t. Turkije, *EHRC* 2002/61, m.nt. A.W. Heringa.
- EHRM 18 juni 2002, Öneriyildiz t. Turkije, *EHRC* 2002/64, m.nt. H.L. Janssen.
- EHRM 18 juni 2002, Woonbron, *NJB* 2002, nr. 35, *NJCM-Bulletin* 2003, nr. 6, p. 785-789, m.nt. L.F.M. Verhey.
- EHRM 2 juli 2002, Motais de Narbonne t. Frankrijk, *EHRC* 2002/71, m.nt. J.G.C. Schokkenbroek.
- EHRM 11 juli 2002, Christine Goodwin, *NJCM-Bulletin* 2003/3b, p. 330-341 m.nt. P. van Dijk
- EHRM 26 november 2002, E.e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2003/4, m.nt. H.L. Janssen.
- EHRM 17 december 2002, Venema t. Nederland, *EHRC* 2003/17.
- EHRM 8 april 2003, M.M. t. Nederland, *EHRC* 2003/45 m.nt. G. Mols.
- EHRM 10 april 2003, Mehemi t. Frankrijk, *EHRC* 2003/49, m.nt. A.M.L. Jansen.
- EHRM 29 april 2003, MacGlinchy e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2003/51, m.nt. G. de Jonge.
- EHRM 6 mei 2003, Appleby e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2003/55 en *AB* 2004, 319 m.nt. A.E. Schilder & J.G. Brouwer en *NJCM-Bulletin* 2005, p. 416 m.nt. R.J. Uhl.
- EHRM 6 mei 2003, Tahsin Acar t. Turkije, *EHRC* 2003/53, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 8 juli 2003, Lyons e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *NJ* 2005/195 m.nt. E.A. Alkema.
- EHRM 8 juli 2003, Hatton e.a. t. Verenigd Koninkrijk, *AB* 2003, 445, m.nt. A. Woltjer.
- EHRM 15 juli 2003, Ernst e.a. t. België, *EHRC* 2003/76, m.nt. V.V.R. van Bogaert.
- EHRM 23 september 2003, Radio France e.a. t. Frankrijk, appl. no. 53984/00.
- EHRM 25 september 2003, Vasileva t. Denemarken, *EHRC* 2003/88, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 23 oktober 2003, Baars t. Nederland, *EHRC* 2003/97, m.nt. G. Mols.
- EHRM 28 oktober 2003, Steur t. Nederland, *EHRC* 2003/96 m.nt. T. Spronken.
- EHRM 31 oktober 2003, *NJ* 2005, 196 m.nt. E.A. Alkema.
- EHRM 27 januari 2004, H.A.L. t. Finland, *EHRC* 2004/30, m.nt. A.M.L. Jansen.
- EHRM 3 februari 2004, Menher t. Frankrijk, *EHRC* 2004/25, m.nt. F. Fernhout.
- EHRM 8 april 2004, Assanidze t. Georgië, *EHRC* 2004/52 m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 8 juli 2004, Ilaşcu e.a. tegen Moldavië en Rusland, *EHRC* 2004/85 m.nt. M. Gondek.
- EHRM 13 juli 2004, Pla en Puncernau t. Andorra, *EHRC* 2004/87, m.nt. E. Brems en *NJ* 2005, 508, m.nt. J. de Boer.
- EHRM 5 oktober 2004, Presidential Party of Mordovia t. Rusland, *EHRC* 2004/101, m.nt. J.L.W. Broeksteeg.
- EHRM 26 oktober 2004, Hutten t. Nederland, no. 56698/00, n.g.
- EHRM 9 november 2004, Del Latte t. Nederland, *EHRC* 2005/2, m.nt. F. Fernhout.
- EHRM 10 november 2004, Pizzati t. Italië, *EHRC* 2005/22, *AB* 2005, 257 m.nt. T. Barkhuysen, *JB* 2005, 1 m.nt. A.M.L. Jansen en *EHRC* 2005/22 m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 16 november 2004, Moreno Gomez t. Spanje, *EHRC* 2008/85, m.nt. C. Backes en *AB* 2004, 453, m.nt. T. Barkhuysen.
- EHRM 18 november 2004, Prokovich t. Rusland, *EHRC* 2005/8, m.nt. C.A. Adriaansens.
- EHRM 30 november 2004, Öneriyildiz, *AB* 2005, 43 m.nt. A.J.Th. Woltjer.
- EHRM 21 december 2004, Palek en Derkach t. Oekraïne, no. 34297/02 en 39574/02.
- EHRM 15 februari 2005, Steel en Morris t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2005/37, m.nt. J.H. Gerards.
- EHRM 1 maart 2005, Woś t. Polen, *AB* 2006, 258 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.
- EHRM 18 maart 2005, *NJ* 2005, 201 m.nt. E.A. Alkema.
- EHRM 31 mei 2005, Akdeniz t. Turkije, no. 25165/94.
- EHRM 7 juni 2005, Kilinc t. Turkije, *EHRC* 2005/79.
- EHRM 16 juni 2005, Storck t. Duitsland, *EHRC* 2005/82, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 26 juli 2005, Siliadin t. Frankrijk, *EHRC* 2005/103, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 28 september 2005, Broniowski t. Polen, *EHRC* 2005/110 m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 29 september 2005, Van Houten t. Nederland, no. 25149/03.
- EHRM 6 oktober 2005, Lucenda t. Slovenië, *EHRC* 2005/114 m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 11 oktober 2005, Sychev t. Oekraïne, no. 4773/02.
- EHRM 10 november 2005, Ramsahai t. Nederland, *EHRC* 2005/124.

- EHRM 15 november 2005, Pye Ltd., *EHRC* 2006/4, m.nt. J.M. Milo.
- EHRM 23 maart 2006, Van Vondel t. Nederland, *EHRC* 2006/80 m.nt. S.C. Loeffen.
- EHRM 29 maart 2006, Scordino t. Italië, *EHRC* 2006/61 m.nt. J. van der Velde en *AB* 2006, 294 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.
- EHRM 8 juni 2006, Sürmeli t. Duitsland, *EHRC* 2006/100 m.nt. A.M.L. Jansen.
- EHRM 8 juni 2006, Woś t. Polen, *EHRC* 2006/99.
- EHRM 19 juni 2006, Hutten-Czapska t. Polen, *EHRC* 2006/106 m.nt. C.A. Adriaansens.
- EHRM 4 juli 2006, Zarb t. Malta, *EHRC* 2006/108, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 6 juli 2006, Salah t. Nederland, *AB* 2007, 76 m.nt. B.P. Vermeulen en *EHRC* 2007/36 m.nt. A.J. Th. Woltjer.
- EHRM 6 juli 2006, Baybasin t. Nederland, *EHRC* 2006/116 m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 18 juli 2006, Keegan t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2006/119, m.nt. G.E. Van Maanen.
- EHRM 26 september 2006, Wainwright t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2006/130, m.nt. G. de Jonge.
- EHRM 26 september 2006, Fleri Soler en Camilleri t. Malta, *EHRC* 2006/138 m.nt. C.A. Adriaansens.
- EHRM 26 september 2006, Campoloro, *AB* 2007, 83 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.
- EHRM 4 oktober 2006, Association SOS Attentats en de Boëry t. Frankrijk, *EHRC* 2006/139.
- EHRM 5 oktober 2006, Trocellier t. Frankrijk, *EHRC* 2007/23, m.nt. A.C. Hendriks.
- EHRM 2 november 2006, Giacomelli t. Italië, *EHRC* 2007/7, m.nt. M. Peeters en *AB* 2008, 23 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.
- EHRM 30 november 2006, Veraart t. Nederland, *EHRC* 2007/17 m.nt. J.H. Gerards.
- EHRM 7 december 2006, Österreichischer Rundfunk t. Oostenrijk, no. 35841/02.
- EHRM 11 januari 2007, Salah Sheekh t. Nederland, *AB* 2007, 76 m.nt. B.P. Vermeulen en *EHRC* 2007/36 m.nt. A. Woltjer.
- EHRM 11 januari 2007, Kuznetsov e.a. t. Rusland, no. 184/02.
- EHRM 8 maart 2007, Salah t. Nederland no. 8196/02.
- EHRM 15 mei 2007 (Grand Chamber), Ramsahai e.a. t. Nederland, *EHRC* 2007/83, m.nt. G. de Jonge.
- EHRM 29 juni 2007, Folgerø e.a. t. Noorwegen, *Reports* 2007-III.
- EHRM 5 juli 2007, Sara Lind Eggertsdóttir t. IJsland, *EHRC* 2007/115 m.nt. M.F.J.M. de Werd.
- EHRM 19 juli 2007, Krasov en Skuratov t. Rusland, *EHRC* 2007/118 m.nt. J.L.W. Broeksteeg.
- EHRM 26 juli 2007, Peev t. Bulgarije, *EHRC* 2007/120, m.nt. H.L. Janssen.
- EHRM 30 augustus 2007, Pye t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2007/122, m.nt. J.M. Milo.
- EHRM 7 september 2007, Baybasin t. Nederland, *AB* 2007/77 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.
- EHRM 11 september 2007, L. t. Litouwen, *EHRC* 2007/131.
- EHRM 4 oktober 2007, Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) t. Zwitserland, *EHRC* 2007/140, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 25 oktober 2007, Van Vondel t. Nederland, *EHRC* 2007/145, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 4 december 2007, Dickson t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2008/13 m.nt. E. Brems en *NJCM-bulletin* 2008, p. 393 m.nt. A.C. Hendriks & F.M.J. den Houdijker.
- EHRM 13 december 2007, Islamic Republic of Iran Shipping Lines t. Turkije, *EHRC* 2008/24.
- EHRM 20 december 2007, El Majjaoui en Stichting Touba Moskee t. Nederland, *EHRC* 2007/36 m.nt. A.J. Th. Woltjer.
- EHRM 23 januari 2008 (GK), Saadi t. Italië, *JV* 2008/131 m.nt. J. Wouters.
- EHRM 5 februari 2008, Ramanauskas t. Litouwen, *EHRC* 2008/51, m.nt. T. Spronken.
- EHRM 15 februari 2008, Arvanitaki-Roboti e.a. t. Griekenland, *EHRC* 2008/56 m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 26 februari 2008, Fåggerskiöld t. Zweden, *AB* 2008/225, m.nt. T. Barkhuysen.
- EHRM 27 maart 2008, Shtukurov t. Rusland, *EHRC* 2008/74, m.nt. C. Forder.
- EHRM 1 april 2008, Valentin Dumitrescu t. Roemenië, appl.no. 36820/02.
- EHRM 2 april 2008, Kemp e.a. t. Luxemburg, *EHRC* 2008/78 m.nt. R. Fernhout.
- EHRM 10 april 2008, Wasserman t. Rusland, *EHRC* 2008/76, m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 28 april 2008, Hutten-Czapska t. Polen, *EHRC* 2008/87, m.nt. J. van der Velde.

- EHRM 29 april 2008, Burden en Burden tegen het Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2008, 90 m.nt. J.H. Gerards, *AB* 2008/213 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NJ* 2008/306 m.nt. E.A. Alkema en *NJCM-bulletin* 2008, nr. 7, p. 1018 e.v. m.nt. J. Uzman.
- EHRM 24 juni 2008, Adamsons t. Letland, *EHRC* 2008/98, m.nt. J.L.W. Broeksteeg.
- EHRM 17 juli 2008, Kaic e.a. t. Kroatië, *EHRC* 2008/115.
- EHRM 8 juli 2008, The Georgian Labour Party t. Georgië, *EHRC* 2008/122 m.nt. J.L.W. Broeksteeg.
- EHRM 12 november 2008, Demir en Baykara t. Turkije, *EHRC* 2009/4, m.nt. F. Dorssemont & J.H. Gerards.
- EHRM 18 november 2008, Tanase en Chirtoaca t. Moldavië, *EHRC* 2009/5, m.nt. J.L.W. Broeksteeg.
- EHRM 16 december 2008, Khurshid Mustafa en Tarzibachi t. Zweden, *EHRC* 2009/17, m.nt. J.H. Gerards en *AB* 2009/268, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.
- EHRM 8 januari 2009, Iribarren Pinillos t. Spanje, *EHRC* 2009/27 m.nt. M.K.G. Tjepkema.
- EHRM 15 januari 2009, Tomašić e.a. t. Kroatië, *NJ* 2009, 544 m.nt. P.J. Boon.
- EHRM 27 januari 2009, Luganskvugillya t. Oekraïne, no. 23938/05.
- EHRM 3 maart 2009, M.C.E.A. Voorhuis t. Nederland, no. 28692/06, n.g.
- EHRM 5 maart 2009, Colak en Tsakiridis t. Duitsland, *EHRC* 2009/53, m.nt. A.C. Hendriks.
- EHRM 17 maart 2009, Houtman en Meeús t. België, no. 22945/07.
- EHRM 28 mei 2009, Bigaeva t. Griekenland, no. 26713/05.
- EHRM 2 juni 2009, Codarcea t. Roemenië *GJ* 2009/98, m.nt. A.C. Hendriks.
- EHRM 11 juni 2009, Petkov e.a. t. Bulgarije, *EHRC* 2009/98 m.nt. J.L.W. Broeksteeg.
- EHRM 16 juni 2009, Alfred Mol t. Nederland, no. 10470/07, n.g.
- EHRM 30 juni 2009, Van Hout t. Nederland, no. 20500/07, n.g.
- EHRM 8 oktober 2009, Maksimov t. Azerbeidzjan, *EHRC* 2010/4 m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 15 oktober 2009, Prezec t. Kroatië, *EHRC* 2010/6 m.nt. G. Mols.
- EHRM 3 november 2009, Lautsi e.a. t. Italië, *EHRC* 2010/8 m.nt. H.M.T.D. ten Napel.
- EHRM 19 november 2009, Tonchev t. Bulgarije, *EHRC* 2010/12 m.nt. R. van de Westelaken.
- EHRM 23 maart 2010, Krops t. Nederland, no. 26748/07, n.g.
- EHRM 29 maart 2010, Medvedyev e.a. t. Frankrijk, *EHRC* 2010/63 m.nt. J. van der Velde.
- EHRM 18 mei 2010, Roovers t. Nederland, no. 22523/08, n.g.
- EHRM 18 mei 2010, Elci t. Nederland, no. 20528/07, n.g.
- EHRM 18 mei 2010, Çuban t. Nederland, no. 31103/06, n.g.
- EHRM 20 mei 2010, Lolas t. Kroatië, *EHRC* 2010/88 m.nt. G.J. van der Heide.
- EHRM 14 september 2010, Sanoma uitgevers t. Nederland, *EHRC* 2010/136 m.nt. W.F. Korthals Altes.
- EHRM 6 oktober 2010, Hirst t. Verenigd Koninkrijk, *EHRC* 2005/115, m.nt. J.L.W. Broeksteeg.
- EHRM 12 oktober 2010, Siewnath t. Nederland, no. 23784/08, n.g.
- EHRM 21 oktober 2010, Saliyev t. Rusland, *EHRC* 2011/15 m.nt. C. de Kruif.
- EHRM 9 november 2010, Demirbas t. Turkije, *EHRC* 2011/31, m.nt. J.L.W. Broeksteeg en *AB* 2012/21 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.
- EHRM 18 maart 2011, Lautsi e.a. t. Italië, *EHRC* 2011/86 m.nt. Ch. Samkalden & P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt.
- EHRM 5 april 2011, Nelissen t. Nederland, no. 6051/07, n.g.
- EHRM 21 juli 2011, Fabris t. Frankrijk, *EHRC* 2011/139.
- EHRM 14 februari 2012, Romet t. Nederland, *EHRC* 2012/87 m.nt. M.M. Groothuis.
- EHRM 23 februari 2012, Hirsi t. Italië, *EHRC* 2012/91, m.nt. A. Terlouw & H. Pankratz.
- EHRM 27 maart 2012, Mannai t. Italië, *EHRC* 2012/131 m.nt. E. Rieter.

**HR**

- HR 15 december 1915, *NJ* 1916, p. 407.
- HR 3 maart 1919, *NJ* 1919, p. 371.
- HR 20 maart 1924, *NJ* 1924, 511.
- HR 20 november 1924, *NJ* 1925, p. 89-91.
- HR 24 januari 1930, *NJ* 1930, 299 m.nt. E.M. Meijers.

- HR 24 mei 1935, *NJ* 1935, p. 1497 m.nt. E.M. Meijers.
- HR 16 juni 1950, Haarlemmermeerse woonruimtevoordering, *NJ* 1951, 653 m.nt. D.J. Veegens en *Arb*, p. 910.
- HR 28 november 1952, *NJ* 1953, 800 m.nt. D.J. Veegens.
- HR 6 april 1979, Knabbel en Babbel, *NJ* 1980, 34 m.nt. C.J.H. Brunner, *AB* 1979, 356 m.nt. J.R. Stellinga en *RvdW* 1979, nr. 59.
- HR 25 november 1983, *NJ* 1984, 297 m.nt. W.H. Heemskerk.
- HR 10 februari 1984, *NJ* 1985, 102, m.nt. M. Scheltema en *RvdW* 1984, 46.
- HR 9 mei 1986, Keulen BV/Bouwfonds Limburgse Gemeenten, *NJ* 1986, 792, m.nt. W.C.L. van der Grinten
- HR 9 mei 1986, Staat/Van Gelder, *NJ* 1987, 252 M. van Scheltema, *BNB* 1986/300 m.nt. H.J. Hofstra en *AB* 1986, 429 m.nt. F.H. van der Burg.
- HR 30 mei 1986, *NJ* 1986, 688.
- HR 26 september 1986 (Hoffman-La Roche), *NJ* 1987, 253 m.nt. M. Scheltema.
- HR 1 mei 1987, *AB* 1987, 370, m.nt. F.H. van der Burg, *NJ* 1988, 949 m.nt. M. Scheltema, *Gst.* 1988/6852, p. 133 m.nt. L.J.A. Damen
- HR 13 mei 1988, *AB* 1988, 468, m.nt. F.H. van der Burg en *NJ* 1989, 896, m.nt. W. Konijnenbelt.
- HR 14 april 1989, *AB* 1989, 207, m.nt. F.H. van der Burg.
- HR 26 januari 1990, *AB* 1990, 251, m.nt. F.H. van der Burg.
- HR 31 mei 1991 (Van Gog/Nederweert), *NJ* 1993, 112, m.nt. C.J.H. Brunner.
- HR 11 oktober 1991, *NJ* 1993, 165, m.nt. C.J.H. Brunner en C en *RvdW* 1991, nr. 218.
- HR 10 april 1992, *NJ* 1992, 446.
- HR 25 september 1992, *AB* 1993, 131, *NJ* 1994, 767 en *Gst.* (1992)69553, p. 620 m.nt. H.Ph.J.A.M. Hennekens.
- HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 638 m.nt. M. Scheltema en *AB* 1993, 40 m.nt. F.H. van der Burg.
- HR 11 december 1992, Vlissingen/Rize, *NJ* 1994, 639.
- HR 7 mei 1993, *NJ* 1995, 259, m.nt. E.A. Alkema, *AB* 1993, 440 m.nt. T. Loenen en *NJCM-Bulletin* 1993, p. 694-699 m.nt. A.W. Heringa.
- HR 22 oktober 1993, Staat/Magnus, *NJ* 1995, 717.
- HR 2 september 1994, *NJ* 1995, 660 m.nt. R.A. Morzer Bruyns.
- HR 7 oktober 1994, Zomerhuisjes, *NJ* 1995, 719.
- HR 8 december 1995, *NJ* 1997, 163.
- HR 19 januari 1996, *NJ* 1997, 201 m.nt. J.B.J.M. ten Berge en *Gst.* 1996-7035, 4.
- HR 10 mei 1996, *NJ* 1996, 578.
- HR 28 juni 1996, *NJ* 1997, 102 m.nt. J.W. Zwemmer.
- HR 28 maart 1997, *NJ* 1998, 418 m.nt. J.B.J.M. ten Berge.
- HR 11 oktober 1996, *NJ* 1997, 165 m.nt. M. Scheltema, *AB* 1997, 1 m.nt. Th.G. van der Drupsteen en *JB* 1997, 241 m.nt. E.V.D.L.
- HR 15 januari 1999, Van der Endt/Staat, *NJ* 1999, 306.
- HR 17 december 1999, *AB* 2000, 89 m.nt. P.J.J. van Buuren.
- HR 14 april 2000, *AB* 2001, 135, m.nt. T. A. van Kampen.
- HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 639 m.nt. A.R. Bloembergen, *JB* 2000, 175 m.nt. G.E. van Maanen en *Gst.* 7125, 3, p. 422 (m. naschr. H. Heemskerk).
- HR 16 november 2001, *NJ* 2002, 469, m.nt. T. Koopmans & E.A. Alkema.
- HR 28 juni 2002, *NJ* 2002, 577 m.nt. T. Koopmans
- HR 15 november 2002, *AB* 2003, 95 m.nt. P.J.J. van Buuren.
- HR 31 januari 2003, *NJ* 2003, 213, m.nt. W.H. Heemskerk.
- HR 31 oktober 2003, *NJ* 2005, 196, m.nt. E.A. Alkema.
- HR 7 mei 2004, *AB* 2005, 127 m.nt. F.J. van Ommeren en *NJ* 2006, 281 m. nt. J. Hijma
- HR 9 juli 2004, *AB* 2005, 23 m.nt. G.A. van der Veen.
- HR 2 november 2004, *NJ* 2005/80, m. nt. E.A. Alkema.
- HR 18 maart 2005, *NJ* 2005, 201, m.nt. E.A. Alkema.
- HR 27 september 2005, *LJN* AS8858, *NJ* 2007, 453.
- HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 en 527 m.nt. C.C. van Dam en *RvdW* 2006, 943.
- HR 13 april 2007, *NJ* 2008, 576 m.nt. J.B.M. Vranken.

HR 6 juni 2008, *AB* 2008/214, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven.  
HR 8 juli 2008, *LJN* BC7418.  
HR 18 december 2009, *VR* 2010, 34.  
HR 23 april 2010 *LJN* BL4084, *RvdW* 2010/580.  
HR 9 juli 2010, Leges Turkse migranten, *AB* 2011, 11 m.nt. G.A. van der Veen en *JB* 2010/174 m.nt. R.J.B. Schutgens.  
HR 17 december 2010, *NJ* 2012, 155 m.nt. T. Hartlief en *JB* 2011, 93 m.nt. R.J.B. Schutgens.  
HR 8 juli 2011, *AB* 2011, 298 m.nt. F.J. van Ommeren en G.A. van der Veen, *JB* 2011, 186 en *NJ* 2011, 463.  
HR 10 juni 2011, *AB* 2011, 184 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.  
HR 24 juni 2011, *RvdW* 2011, 802.  
HR 23 december 2011, *NJB* 2012/187.

**ABRS**

ABRS 15 december 1994, *AB* 1996/29 m.nt. van C.h.Backes, *Men R* 1995/5, 57 m.nt. J.H. Jans.

**ABRvS**

ABRvS 23 januari 1995.  
ABRvS 21 april 1995, *AB* 1995, 422, m.nt. H.M.T. Holtmaat en *JB* 1995, 146 m.nt. F.A.M. Stroink.  
ABRvS 7 juli 1995, *AB* 1997/117.  
ABRvS 30 november 1995, *JB* 1995, 337 en *AB* 1996, 136.  
ABRvS 25 juli 1996, *JB* 1996, 189.  
ABRvS 6 mei 1997, *AB* 1997, 229 m.nt. P.J.J. van Buuren.  
ABRvS 31 maart 2000, *Men R* 2000/10, nr. 105 m.nt. J.H. Jans.  
ABRvS 3 november 2000, *JB* 2000, 348 en *AB* 2001, 75.  
ABRvS 11 juli 2001 *Men R* 2001/38.  
ABRvS 19 december 2001, *JB* 2002, 49 m.nt. H. Peters.  
ABRvS 13 november 2002, *AB* 2003, 26 en *AB* 2003, 27 m.nt. M.P. Jongma, *Men R* 2003/4, nr. 39 m.nt. J.H. Jans, en *JB* 2003, 11.  
ABRvS 26 februari 2003, *Men R* 2003/9, nr. 92 m.nt. J.H. Jans.  
ABRvS 19 november 2003, *AB* 2004, 27 m.nt. A.M.L.J. Jansen.  
ABRvS 17 december 2003, *AB* 2004, 262.  
ABRvS 14 januari 2004, *AB* 2004, 239 m.nt. TN.  
ABRvS 29 september 2004, *GJ* 2004/46 en *JB* 1996, 189.  
ABRvS 10 november 2004, *AB* 2005/40.  
ABRvS 15 december 2004, *AB* 2005, 54 m.nt. A.A.J. de Gier en *JB* 2005, 58 m.nt. R.J.N. Schlössels.  
ABRvS 9 november 2005, *Men R* 2006/1, nr. 9 m.nt. J.H. Jans.  
ABRvS 7 december 2005, *Men R* 2006/2, nr. 19 m.nt. J.H. Jans, *AB* 2006, 67 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JM* 2006/7 m.nt. Van der Meijden en *Gst.* 2006, 91 m.nt. J. Meulman.  
ABRvS 11 januari 2006, *AB* 2006, 208 m.nt. W. den Ouden en *Gst.* 2006, 98, p. 372 m.nt. R.J.M. van den Tweel.  
ABRvS 1 februari 2006, *LJN* AV0959.  
ABRvS 8 maart 2006, *Gst.* 2006, 119 m.nt. J.W.M. Engels.  
ABRvS 3 mei 2006, *LJN* AW7309 (hoger beroep).  
ABRvS 2 augustus 2006, zaaknummers 200502380/1, 200502391/1, 200502437/1, 200502699/1, 200502784/1, 200502825/1, 200502846/1, 200502865/1, 200502880/1, 200502893/1, 200502969/1, 200502975/1, 200503091/1, 200503130/1, 200504902/1, 200504903/1, 200504904/1 en 200504905/1.  
ABRvS 30 augustus 2006, zaaknummers 200502898/1, 200502851/1 en 200505580/1.  
ABRvS 11 oktober 2006, *LJN* AY9918.  
ABRvS 18 april 2007, zaaknummers 200605049/1 en 200607070/1.  
ABRvS 13 juni 2007, *AB* 2007, 261 m.nt. A.M.L. Jansen.  
ABRvS 1 augustus 2007, zaaknummer 200608503/1.  
ABRvS 4 juni 2008, *AB* 2008, 229 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2008, 146, m.nt. A.M.L. Jansen en *USZ* 2008, 211, m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.



ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 70 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, *NJB* 2009, 13.  
 ABRvS 3 december 2008, *AB* 2009, 65 m.nt. T. Barkhuysen & L. di Bella.  
 ABRvS 24 december 2008, *AB* 2009, 96 m.nt. W. den Ouden, *JB* 2009, 42 m.nt. C.L.G.F.H. Albers  
 en *USZ* 2009, 75 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.  
 ABRvS 4 maart 2009, *LJN* BH4667.  
 ABRvS 22 april 2009, *LJN* BI1842, *JG* 2009, m.nt. T. Barkhuysen & C. de Kruif, *JB* 2009, 144 m.nt.  
 J.L.W. Broeksteeg en *NJB* 2009, 890.  
 ABRvS 12 mei 2010, *JB* 2010, 213 en *JV* 2010, 301.  
 ABRvS 12 mei 2010, *LJN* BM4167.  
 ABRvS 12 mei 2010, *AB* 2010, 185 en *NJB* 2010, 1118.  
 ABRvS 28 juli 2010, *AB* 2011, 240 m.nt. B.P.M. van Ravels.  
 ABRvS 22 december 2010, *AB* 2011, 169 m.nt. J. Uzman & A.E.M. Leijten.  
 ABRvS 2 maart 2011, *LJN* BP 6311.  
 ABRvS 4 mei 2011, *AB* 2011/318, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven

#### **CRvB**

CRvB 30 maart 1995, *AB* 1995, 334, m.nt. R.M. van Male en *JB* 1995, 99 m.nt. F.A.M. Stroink  
 CRvB 3 november 1998, *RSV* 1999, 20.  
 CRvB 28 juni 2002, *AB* 2003, 9 en *JB* 2002, 232.  
 CRvB 4 juli 2003, *RSV* 2003, 211, *USZ* 2003, 267, *AB* 2003, 450 m.nt. H.E. Bröring.  
 CRvB 21 oktober 2004, *LJN* AR4862.  
 CRvB 8 december 2004, *AB* 2005, 73 m.nt. H.E. Bröring.  
 CRvB 31 juli 2007, *LJN* BB3560.  
 CRvB 3 januari 2008, *LJN* BC1705, *AB* 2008, 211 m.nt. A.M.L. Jansen.  
 CRvB 11 juli 2008, *AB* 2008, 241 m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, *JB* 2008, 172 m.nt. A.M.L. Jansen,  
*USZ* 2008, 238 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.  
 CRvB 26 januari 2009, *JB* 2009, 66 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.  
 CRvB 8 oktober 2009, *JB* 2009, 276 m.nt. R.J.N. Schlössels.  
 CRvB 21 april 2010, *JB* 2010, 164.  
 CRvB 28 april 2010, *JB* 2010, 168.  
 CRvB 15 december 2010, *JB* 2011, 70.

#### **CBb**

CBb 13 augustus 1993, Van der Laan, *UCB* 1993, 59.  
 CBb 5 januari 1995, *AB* 1995, 537 m.nt. J.H. van der Veen.  
 CBb 17 mei 2006, *AB* 2006/313 m.nt. A.P.W. Duijkersloot.  
 CBb 14 december 2006, *AB* 2007, 136 m.nt. P.C. Adriaanse & W. den Ouden.  
 CBb 10 juli 2007, *AB* 2008, 68 m.nt. P.C. Adriaanse & W. den Ouden.  
 CBb 3 maart 2009, *LJN* BH6281.  
 CBb 29 mei 2009, *LJN* BI5903, *AB* 2009, 282 m.nt. A.P.W. Duijkersloot.  
 Vz. CBb 22 jnuï 2010, *LJN* BN0348.

#### **CBS**

CBS 7 november 1994, Van Ingen Scholten *SEW* 1995, p. 92, m.nt. R.H. van Ooink.  
 CBS 15 februari 2000, Meeusen, *AB* 2000/182, m.nt. SEW.

#### **Gerechtshof**

Hof Amsterdam 30 juni 1961, *NJ* 1962, 468.  
 Hof te 's-Gravenhage 26 februari 1982, *NJ* 1984, 66.  
 Hof 's-Gravenhage 8 maart 2001, *Gst.* 7145,4 (Weerselo)  
 Hof 's-Gravenhage 18 april 2007, *Gst.* 2007, 151 (VNG/Staat).  
 Hof te Arnhem 18 november 2008, *LJN* BG4586.  
 Hof te Den Haag, 5 juli 2011, *JA* 2011, 14 en *NJF* 2011, 290.

**Rechtbank**

- Rb. te Maastricht 27 mei 1971, *NJ* 1971, 497.  
Pres. Rb. te Den Haag 8 september 1981, *AB* 1981, 532 m.nt. J.R. Stellinga en *NJ* 1982, 129.  
Pres. Rb. 's-Gravenhage 22 april 1983, *NJ* 1984, 67 m.nt. W.H. Heemskerk.  
Rb. 's-Hertogenbosch 10 april 1987, *NJ* 1988, 461.  
Rb. Utrecht 25 oktober 1995, *JB* 1995, 305.  
Rb. Amsterdam 11 september 1996, *Rawb* 1997, nr. 23 m.nt. R. de Lange en *JB* 1996, 237 m.nt. M.L.H.K. Claes *JB* 1996, 226.  
Rb. Arnhem 1 april 1999, *NJkort* 1999, 49.  
Pres. Rb. Maastricht 30 september 1999, *LJN* AA4892.  
Rb. Groningen 22 januari 2003, *NJ* 2003, 169 en *Gst.* 2004, 5.  
Rb. 's-Gravenhage 24 december 2003, *JB* 2004, 69 m.nt. C.L.G.F.H. Albers en *NJCM-bulletin* 2004, p. 698-722 m.nt. T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik.  
Rb. Amsterdam 13 juli 2004, *Absint*, *NJ* 2004, 564.  
Vz. Rb. Groningen 3 september 2004, *LJN* AQ8920.  
Rb. Arnhem 6 juli 2005, *LJN* AU6309.  
Rb. Arnhem 6 juli 2005, *LJN* AU6309 (beroep).  
Rb. 's-Gravenhage 9 november 2005, *LJN* AU5877, *NJF* 2006, 47.  
Rb. Arnhem, 20 september 2006, *LJN* AZ1195.  
Rb. Rotterdam 7 november 2006, *LJN* AZ4892 en *LJN* AZ4904.  
Rb. 's-Gravenhage 13 december 2006, *NJ* 2007, 197.  
Rb. Utrecht 21 december 2006, *LJN* AZ5018 en *LJN* AZ5013.  
Rb. Utrecht, 21 januari 2008, *LJN* BC3127.  
Rb. 's-Gravenhage 12 februari 2008, *LJN* BC4913.  
Rb. Rotterdam 22 september 2010, *LJN* BO1693, *NJF* 2010/497



## Curriculum vitae

Christien (Chris) de Kruif werd geboren op 3 september 1975 in De Bilt. Na de lagere school in Noord-Brabant (Someren), doorliep zij in Gent de Sint-Bavo-humaniora.

In Leiden studeerde zij in 2001 af in het Civiel recht en het Staats- en bestuursrecht. Van 2001 tot 2006 was Chris advocaat te Amsterdam. Daar werkte zij eerst in de advies- en procespraktijk Gereguleerde Markten bij Stibbe en vervolgens bij het niche-kantoor Brinkhof, dat ze mee heeft helpen opzetten.

Na de advocatuur werkte zij een half jaar als vrijwilliger in Moldavië. Daar gaf ze cursussen Engels en zette ze diverse vrijwilligersprojecten op. Met ingang van augustus 2006 is Chris als onderwijs- en onderzoeksmedewerker verbonden aan de Afdeling staats- en bestuursrecht van de Universiteit Leiden. In het najaar van 2007 begon zij aan haar promotieonderzoek. Chris publiceert op het gebied van de veellagige rechtsorde en de interactie tussen rechtsorden. In het bijzonder gaat haar aandacht uit naar vraagstukken op het snijvlak van het burgerlijk en bestuursrecht waaronder het onderlinge overheidsaansprakelijkheidsrecht. Zij is daarnaast sinds juni 2008 lid van het bestuur van Amnesty Nederland.

Chris heeft een passie voor onderwijs. Zij won diverse onderwijsprijzen en zet zich in verschillende fora in voor de verdere verbetering van de kwaliteit van het onderwijs. In augustus 2012 werd Chris aangesteld als universitair docent bij de Afdeling staats- en bestuursrecht. Per 1 september 2012 is zij daarnaast parttime aangesteld als opleidingsdirecteur van de Honours Academy van de Universiteit Leiden.



n de boekenreeks van het E.M. Meijers Instituut van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid, Universiteit Leiden, zijn in 2011, 2012 en 2013 verschenen:

- MI-189 M.R. Bruning, M.P. de Jong, T. Liefwaard, P.M. Schuyt, J.E. Doek & T.A.H. Doreleijers, *Wegwijs in het jeugdsanctierecht. Onderzoek naar het juridisch kader voor de zwaarste jeugdsancties in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 5850 621 4
- MI-190 J.P. van der Leun, E.R. Muller, N. van der Schee, P.M. Schuyt & M.A.H. van der Woude, *De vogel vrij. Liber amicorum prof.dr.mr. Martin Moerings*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2011, ISBN 978 90 5961 657 7
- MI-191 M. den Heijer, *Europe and Extraterritorial Asylum* (diss. Leiden) 2011
- MI-192 I. Ievdokymova, *The EU-US SWIFT agreement: which Fate under the Lisbon Data Protection Framework?*, Den Haag: Jongbloed 2011, ISBN 978 90 700 6253 8
- MI-193 R.G. Louw, *Het Nederlands hoger onderwijsrecht*, Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 132 8, eISBN 978 90 0060 050 8
- MI-194 O.P. van Vliet, *Convergence and Europeanisation. The Political Economy of Social and Labour Market Policies* (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 145 8, e-ISBN 978 94 0060 063 8
- MI-195 Y.M. van der Vlugt, *De Nationale ombudsman en behoorlijk politieoptreden* (diss. Leiden, Den Haag: Boom Lemma 2011, ISBN 978 90 5931 7 253
- MI-196 D. Allewijn, *Tussen partijen is in geschil... De bestuursrechter als geschilbeslechter*, (diss. Leiden, Den Haag: Sdu uitgevers 2011, ISBN 978 90 12 38728 6
- MI-197 M.L. Koemans, *The war on antisocial behaviour. Rationales underlying antisocial behaviour policies. Comparing British and Dutch discourse analyses*, (diss. Leiden), Amsterdam: Ponsen & Looijen 2011, ISBN 978 90 6464 501 3
- MI-198 M. Hagens, *Toezicht op menswaardige behandeling van gedetineerden in Europa. Een onderzoek naar de verhouding tussen het EHRM en het CPT bij de effectuering van het folterverbod*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2011, ISBN 978 90 585 0714 3
- MI-199 G.O. Reerink, *Toezicht Tenure security for Indonesia's urban poor, A socio-legal study on land, decentralisation, and the rule of law in Bandung*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2011, ISBN 978 90 8728 152 6, eISBN 978 94 0060 071 3
- MI-200 F. Schonewille, *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*. (diss. Leiden), Apeldoorn/ Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 94 466 0492 2
- MI-201 R.P. Orij, *Societal Determinations of Corporate Social Disclosures. An International Comparative Study*, (diss. Leiden), Leiden: Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 162 5, e-ISBN 978 94 0060 088 1
- MI-202 K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, (diss. Leiden), Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 434 9
- MI-203 T. Barkhuysen, W. den Ouden & M.K.G. Tjepkema (red.), *Coulant compenseren? Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, 978 90 1310 377 9
- MI-204 A.G. Castermans, K.J.O. Jansen, M.W. Knigge, P. Memelink & J.H. Nieuwenhuis (eds.), *Foreseen and unforeseen circumstances*, BWKJ nr. 27, Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 1310 959 7, eISBN 978 90 1310 960 3
- MI-205 A. Eleveld, *A critical perspective on the reform of Dutch social security law. The case of the life course arrangement*, (diss. Leiden) Leiden University Press 2012, ISBN 978 90 8728 174 8, e-ISBN 978 94 0060 112 3
- MI-206 C.P.M. Cleiren, M.J. Kunst, J.L. van der Leun, G.K. Schoep, J.M. ten Voorde, *Criteria voor strafbaarstelling in een nieuwe dynamiek. Symbolische legitimiteit versus maatschappelijke en sociaalwetenschappelijke realiteit*, Den Haag: Boom Lemma Uitgevers 2012, ISBN 978 90 5931 921 9
- MI-207 B.P. ter Haar, *Open Method of Coordination. An analysis of its meaning for the development of a social Europe*, (diss. Leiden), Amsterdam 2012, ISBN 978 94 6190 174 3
- MI-208 A.M. Reneman, *EU asylum procedures and the right to an effective remedy*, (diss. Leiden), Leiden 2012
- MI-209 C. de Kruif, *Onderlinge overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van Europees recht. De complexiteit van het adagium 'de veroorzaker betaalt' in een veellagige rechtsorde*, (diss. Leiden), Apeldoorn/ Antwerpen: Maklu-Uitgevers 2012, ISBN 978 90 466 0570 7
- MI-210 R. Simarmata, *Indonesian Law and Reality in the Delta. A Socio-Legal Inquiry into Laws, Local Bureaucrats and Natural Resources Management in the Mahakam Delta, East Kalimantan*, (diss. Leiden) ??????????
- MI-211 P.J.P.M. van Lochem, *Rechtsrelativering. Een verkenning op het terrein van het overheidshandelen*, (diss. Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, ISBN 978 90 8974 729 7
- MI-212 J.E. van den Brink, *De uitvoering van Europese subsidieregelingen in Nederland. Juridische knelpunten en uitdagingen*, (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, ISBN 978 90 13 10886 6
- MI-213 F.M.J. den Houdijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU*, (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2012, ISBN 978 90 5850 880 5
- MI-214 C.M. Smyth, *The Common European Asylum System and the Rights of the Child: An Exploration of Meaning and Compliance*, (diss. Leiden), Leiden 2013

Zie voor de volledige lijst van publicaties: [www.law.leidenuniv.nl/onderzoek](http://www.law.leidenuniv.nl/onderzoek)







