



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Aansprakelijkheid van lidstaten voor schendingen van het EU-migratierecht

van Ooik, R.H.

Publication date

2015

Document Version

Final published version

Published in

Asiel & Migrantenrecht

License

Other

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

van Ooik, R. H. (2015). Aansprakelijkheid van lidstaten voor schendingen van het EU-migratierecht. *Asiel & Migrantenrecht*, 6(5/6), 222-227.

<https://migratieweb.stichtingmigratierecht.nl/tijdschrift/amr/2015/5-6>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Aansprakelijkheid van lidstaten voor schendingen van het EU-migratierecht

Omdat het Unierecht ook rechten toekent aan tweedelanders en derdelanders, is de jurisprudentie over lidstaatsaansprakelijkheid voor schade van particulieren door schendingen van het EU-recht van belang voor de rechtspraktijk van het vreemdelingenrecht.¹ Wat zijn de ontwikkelingen in deze rechtspraak van HvJEU en Nederlandse rechters? Vooral bij schendingen door de Nederlandse wetgever of het Nederlandse bestuur blijkt het praktisch belang van deze vraag.

1. Rechtspraak inzake staatsaansprakelijkheid

Ik ga in op het belang voor het Europese vreemdelingenrecht van de HvJEU-rechtspraak over het beginsel van lidstaatsaansprakelijkheid (1.1), op de voorwaarden die vervuld moeten zijn wil de schadeactie slagen (1.2), op de aansprakelijkheid voor met het EU-recht strijdige nationale rechtspraak (1.3) en op enkele ontwikkelingen in de recente rechtspraak van het Hof van Justitie (1.4).

1.1 Het beginsel van staatsaansprakelijkheid

Het Verdrag kent bepalingen over de niet-contactuele aansprakelijkheid van de EU-Instellingen,² maar niet over de aansprakelijkheid van de lidstaten voor schendingen van EU-recht. Niettemin bepaalde het HvJEU in 1991, in het bekende *Francovich*-arrest,³ dat het een beginsel van EU-recht is dat de lidstaten de schade moeten vergoeden die particulieren lijden doordat een lidstaat, op toerekenbare wijze, een van zijn EU-verplichtingen niet nakomt. Het Hof van Justitie leidt dit beginsel van staatsaansprakelijkheid af uit het idee van de EU als eigen, autonome rechtsorde, de noodzaak 'volle werking' aan het EU-recht in de nationale rechtsorde te geven, en de algemene loyaliteitsplicht van (nu) art. 4 lid 3 VEU.⁴

In het latere arrest *Brasserie du Pêcheur/Factortame III* (hierna: *Brasserie*-arrest) werkt het Hof van Justitie enkele specifieke

aspecten van dit beginsel van staatsaansprakelijkheid nader uit, en zegt dan met name dat ook bij schending van rechtstreeks werkend EU-recht de lidstaat aansprakelijk kan zijn, en dat het beginsel van staatsaansprakelijkheid van toepassing is op schendingen van EU-recht door alle drie de staatsmachten: wetgever, bestuur en ook de nationale rechter.⁵

Doordat het Hof van Justitie in algemene bewoordingen over schendingen van (al) het EU-recht spreekt, betekent dit dat het *Francovich*-beginsel ook van toepassing is op schending door de EU-lidstaten, waaronder Nederland, van het EU-migratierecht. Met name valt dan te denken aan het niet of niet juist omzetten van de richtlijnen die rechten aan derdelanders geven, zoals de Gezinsherenigingsrichtlijn, de Opvangrichtlijn, de Erkenningsrichtlijn, Richtlijn 2003/109 over de rechten van (de grote groep) langdurig ingezetene derdelanders of ook Burgerschapsrichtlijn 2004/38, aangezien deze laatste ook rechten aan niet-EU-onderdanen geeft, met name rechten op gezinshereniging en gezinsvorming met (gemigreerde) EU-onderdanen. Maar ook schendingen van het EU-migratierecht dat vastligt in overeenkomsten tussen de EU en derde staten, kan tot aansprakelijkheid van de lidstaten leiden, aangezien het HvJEU deze overeenkomsten – en besluiten van daarbij ingestelde associatieraaden – ook tot het Europese recht rekent,⁶ waarmee het *Francovich*-beginsel ook van toepassing is op (schendingen

1 Daarmee bouwt deze bijdrage voort op eerdere bijdragen van Van Ooik aan (de voorganger van) dit tijdschrift: R.H. van Ooik, *Communautaire rechtsbescherming in migrantenzaken*, *Migrantenrecht* 1992, p. 187-193 en *Migrantenrecht* 1993, p. 3-5.

2 Thans art. 268 jo. 340, tweede en derde alinea, Verdrag betreffende de Werking van de EU (VWEU).

3 Gevoegde zaken C-6/90 & C-9/90, *Francovich and Bonifacci*, Jur. 1991, I-5357.

4 *Francovich*, ov. 37.

5 Gevoegde zaken 46/93 en 48/93, *Brasserie du Pêcheur/Factortame*, Jur. 1996, I-1029, ov. 20 en ov. 34.

6 Zaak 12/86, *Demirel*, Jur. 1987, 3719, ov. 7 ('dat de bepalingen van een dergelijke overeenkomst vanaf de inwerkingtreding ervan een integrerend bestanddeel der communautaire rechtsorde vormen') en zaak 192/89, *Sevince*, Jur. 1990, 3461, ov. 9 ('dat de besluiten van de associatieraad, door hun rechtstreekse samenhang met de overeenkomst waaraan zij uitvoering geven, op dezelfde voet als de overeenkomst zelf vanaf hun inwerkingtreding een integrerend bestanddeel van de communautaire rechtsorde vormen').

van) dergelijke overeenkomsten. Met name valt te denken aan schendingen van Besluit 1/80 van de Associatieraad EEG-Turkije dat in art. 6 aan Turkse werknemers en in art. 7 aan hun gezinsleden, onder voorwaarden, een recht op verblijf en op arbeid toekent.

1.2 Voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid

Het Hof van Justitie geeft in het *Francovich*-arrest ook aan dat voor een geslaagde actie uit staatsaansprakelijkheid de nationale rechter moet nagaan of er is voldaan aan de volgende drie voorwaarden:

- de richtlijn moet beogen rechten toe te kennen aan particulieren;
- de inhoud van die rechten is vast te stellen op basis van de richtlijn zelf;
- er is een causaal verband tussen schade (bij de particulier) en de schending van EU-recht (door de lidstaat).⁷

Op basis van Francovich (1991) moet een lidstaat de schade van een particulier vergoeden die is ontstaan doordat hij op toerekenbare wijze een EU-verplichting niet nakomt.

Deze drie *Francovich*-voorwaarden waren echter te veel toegespitst op de schending in kwestie, namelijk het (door Italië) in het geheel niet-omzetten van een bepaalde Europese richtlijn. In het latere arrest *Brasserie du Pêcheur*, dat om schending van verdragsbepalingen ging,⁸ waar een richtlijn dus helemaal niet speelde, komt het HvJEU (daarom) met algemener geformuleerde voorwaarden voor het vaststellen van staatsaansprakelijkheid. Voor een dergelijke aansprakelijkheid moet worden voldaan aan de volgende voorwaarden:

- de geschonden EU-rechtsregel beoogt rechten aan particulieren toe te kennen (dus een relativiteitseis of een *Schutznorm*-vereiste);
- er is sprake van een voldoende gekwalificeerde schending (VGS);
- er is sprake van een direct causaal verband tussen schade en schending.

Wat betreft de tweede voorwaarde noemt het Hof van Justitie een aantal factoren die de nationale rechter zouden kunnen helpen bij zijn beslissing of sprake is van een VGS: de mate van duidelijkheid en nauwkeurigheid van de geschonden EU-regel; de omvang van de beoordelingsmarge die de geschonden regel de nationale instanties laat; of al dan niet opzettelijk een schending is begaan of schade is veroorzaakt; of een eventuele rechtsdwaling al dan niet verschoonbaar is; of de handelwijze van een EU-instelling heeft kunnen bijdragen tot het verzuim van de lidstaat; de vaststelling of de instandhouding van met het EU-recht strijdige nationale maatregelen of praktijken.

In ieder geval is een schending van het EU-recht voldoende gekwalificeerd, wanneer zij verder is blijven bestaan in weerwil van een HvJEU-uitspraak of vaste rechtspraak van dit Hof.⁹ Daarentegen mag het enkele stellen van prejudiciële vragen geen invloed hebben op de vraag of er al dan niet sprake is van een VGS.¹⁰

Van belang is dat het Hof van Justitie in *Brasserie* ook zegt dat een lidstaat onder *minder strenge* voorwaarden aansprakelijk kan zijn: 'De drie hierboven bedoelde voorwaarden zijn noodzakelijk en voldoende om voor particulieren een recht op schadevergoeding in het leven te roepen, wat evenwel niet uitsluit, dat naar nationaal recht de staat onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn'.¹¹

Na het *Brasserie*-arrest leken er twee sets van ieder drie voorwaarden te bestaan, namelijk de – hierboven genoemde – drie voorwaarden van het *Francovich*-arrest voor het niet-omzetten van richtlijnen, en de drie – eveneens genoemde – voorwaarden van het *Brasserie*-arrest voor alle andere soorten schendingen van het EU-recht door lidstaten. Echter, in het *Dillenkofer*-arrest¹² heeft het Hof van Justitie aangegeven dat er niet echt een verschil zit tussen de sets van voorwaarden van *Francovich* en die van *Brasserie*: want hoewel de VGS in *Francovich* niet expliciet werd genoemd, was het

volgens het Hof van Justitie duidelijk uit het soort schending – in het geheel niet omzetten van een richtlijn, ter zake waarvan Italië over geen enkele beleidsvrijheid beschikte – dat die schending automatisch voldoende gekwalificeerd was.¹³ Beschikt een lidstaat daarentegen wel over de nodige beleidsvrijheid, dan is een 'gewone' schending niet voldoende voor staatsaansprakelijkheid, maar dient deze schending ernstig, voldoende gekwalificeerd te zijn – en dan worden de eerder genoemde factoren van het *Brasserie*-arrest van belang. De drie *Brasserie*-voorwaarden zijn dus de regel, de drie voorwaarden van *Francovich* moeten toegepast worden alleen in het geval van (schade door) het geheel niet omzetten van een richtlijn; ik spreek daarom hierna van de *Brasserie*-voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid, maar – nog steeds – van het *Francovich*-beginsel van staatsaansprakelijkheid (omdat het beginsel in latere rechtspraak niet in belangrijke mate is gewijzigd).

Doordat het Hof de drie *Brasserie*-voorwaarden voor staatsaansprakelijkheid van toepassing acht op schendingen van al het (materiële) EU-recht, gelden deze drie voorwaarden ook voor aansprakelijkheid van lidstaten wegens schending van het EU-migratierecht. Dus ook in schadeacties in verband met geschonden EU-rechten van tweedelanders of derdelanders moet, door de nationale rechter, gekeken worden of het betrokken Europese migratierecht, bijvoorbeeld de richtlijn over gezinshereniging, over de opvang van asielzoekers, over erkenning als vluchteling, et cetera beoogt rechten toe te kennen aan de procederende vreemdeling (eerste *Brasserie*-voorwaarde), of de betrokken lidstaat dit EU-migratierecht op voldoende gekwalificeerde heeft geschonden,¹⁴ en of er een oorzakelijk verband bestaat tussen de schade die de tweede- of derdelander zegt te

schadevergoeding van ruim € 100.000 wegens loonderving en van € 20.000 wegens immateriële schade heeft toegekend.

11 *Brasserie*, ov. 66. Zie nader paragraaf 2.1.

12 Gevoegde zaken C-178/94, C-179/94, C-188/94, C-189/94 en C-190/94, Dillenkofer e.a. Jur. 1996, I-4849.

13 *Dillenkofer*, ov. 23-29 ('dat het uitblijven binnen de daartoe vastgestelde termijn van elke maatregel van omzetting van een richtlijn ter verwezenlijking van het door deze richtlijn voorgeschreven resultaat, op zich een gekwalificeerde schending van het gemeenschapsrecht vormt').

14 Maar niet in Nederland, zie paragraaf 2.1.

7 *Francovich*, ov. 40.

8 Namelijk artikel 34 VWEU over het vrij verkeer van goederen en artikel 49 VWEU over de vrijheid van vestiging.

9 *Brasserie*, ov. 56 en 57.

10 Zaak C-244/13, *Ogieriakhi*, arrest van 10 juli 2014. In zijn blog op *EU Law Analysis* van 16 januari 2015 over dit arrest vermeldt S. Peers dat de schadeactie slaagde en dat de Ierse High Court na dit arrest aan *Ogieriakhi* een

hebben geleden en de schending van het EU-migratierecht door de betrokken lidstaat.

1.3 Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak

Tot slot moet het *Köbler*-arrest als het vierde standaardarrest over de materie worden genoemd (na *Francovich*, *Brasserie* en *Dillenkofer*).¹⁵ In deze zaak gaat het om de aansprakelijkheid van lidstaten voor schending van EU-recht door de nationale rechter. Dat het beginsel van staatsaansprakelijkheid ook van toepassing is op schendingen van EU-recht door nationale rechters valt al duidelijk af te leiden uit het *Brasserie*-arrest, dat – zoals eerder vermeld – alle drie de staatsmachten noemde en dat bovendien, wat de rechterlijke macht betreft, geen onderscheid maakte tussen de hoogste en lagere (nationale) rechters.

Toch zegt het Hof van Justitie in *Köbler* dat het beginsel van staatsaansprakelijkheid weliswaar van toepassing is op de derde staatsmacht, maar daarbinnen alleen op de hoogste nationale rechters: 'Het beginsel dat een lidstaat verplicht is de schade te vergoeden die particulieren hebben geleden als gevolg van een schending van het gemeenschapsrecht die aan hem kan worden toegerekend, is eveneens van toepassing indien de betrokken schending voortvloeit uit een beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende rechterlijke instantie'.¹⁶ Een lidstaat kan dus niet aansprakelijk worden gehouden voor 'EU-fouten' van lagere rechters; het idee is blijkbaar dat partijen dan maar in hoger beroep hadden moeten gaan om de schending van EU-recht door die lagere rechter aan de kaak te stellen. Daarentegen spreekt het Hof wel in het algemeen van 'een schending van het gemeenschapsrecht' door hoogste nationale rechters, zodat het beginsel niet alleen geldt – zoals wel gedacht – voor het niet-stellen van prejudiciële vragen (ex art. 267 VWEU), maar voor alle schendingen van het (materiële) EU-recht. Zo ging het in de *Köbler*-casus om schending door een hoogste Oostenrijkse rechter van de regels over het verkeer van werknemers.

het Europese migratierecht (in verdragsbepalingen, richtlijnen, verordeningen, et cetera) verkeerd toepast of er in het geheel geen aandacht aan besteedt (ondanks het beroep op de Europese regels door de advocaat). Het beginsel is al niet van toepassing als het een uitspraak van een lagere vreemdelingenrechter betreft, en voor schadevergoeding wegens onrechtmatige rechtspraak van de hoogste nationale vreemdelingenrechters gelden de besproken zeer strenge *Köbler*-voorwaarden, met name de (nog verder aangescherpte) tweede voorwaarde.

1.4 Recentere rechtspraak

Na de vier 'grote' arresten van het Hof keert het beginsel van staatsaansprakelijkheid, en de daarbij horende voorwaarden, in latere rechtspraak – uiteraard – nog veelvuldig terug, maar toch zou ik deze latere rechtspraak meer als toepassingen van de vier grote standaardarresten willen kwalificeren. Niettemin twee opmerkingen over de rechtspraak van het HvJEU uit deze latere periode.

Het Hof van Justitie zegt steeds dat de drie *Brasserie*-voorwaarden door de nationale rechter moeten worden toegepast op de casus, maar toch valt op dat het in zijn prejudiciële uitspraak soms zelf een of meer van deze voorwaarden toepast. Het gaat dan om de eerste voorwaarde (relativiteit) en/of de twee voorwaarde (een VGS). Daarentegen laat het Hof van Justitie de vraag naar de causaliteit tussen schending en schade (de derde voorwaarde) wel altijd over aan de nationale rechter. Zo stelde het Hof van Justitie in het *Faccini Dori*-arrest zelf vast dat de betrokken (colportage)richtlijn beoogde rechten aan particulieren toe te kennen, en dat de inhoud van deze rechten op basis van die richtlijn kon worden vastgesteld.¹⁸ En in een zaak over een arbeidsongeval in Finland stelde het Hof van Justitie eerst dat de voorwaarden voor het vaststellen van de aansprakelijkheid van de lidstaten voor schade die aan particulieren is toegebracht door

Als een nationale rechter het Europese migratierecht verkeerd toepast of er geen aandacht aan besteedt, kan de vreemdeling zelden schadevergoeding krijgen.

Inzake de voorwaarden verwijst het Hof van Justitie naar de drie *Brasserie*-voorwaarden, maar toch lijkt het de tweede voorwaarde (een VGS) aan te scherpen wanneer de schending van EU-recht door een hoogste rechter wordt begaan. Het spreekt dan niet van een voldoende gekwalificeerde schending, maar van een *kennelijke* (een manifeste) schending: 'In het bijzonder met betrekking tot de tweede voorwaarde en de toepassing ervan bij de beoordeling van een eventuele staatsaansprakelijkheid op grond van de beslissing van een in laatste aanleg rechtsprekende nationale rechterlijke instantie, moet rekening worden gehouden met de specifieke aard van de rechterlijke functie en met de gerechtvaardigde eisen van rechtszekerheid (...). De staat kan voor een schending van het gemeenschapsrecht door een dergelijke beslissing slechts aansprakelijk worden gehouden in het uitzonderlijke geval waarin de rechter het toepasselijke recht kennelijk heeft geschonden'.¹⁷

Toegespitst op het EU-migratierecht, betekent het voorgaande dat het zo goed als onmogelijk is voor de vreemdeling om schadevergoeding van een lidstaat te krijgen als een nationale rechter

schending van het Unierecht, in beginsel door de nationale rechterlijke instanties moeten worden toegepast – maar dit 'overeenkomstig de door het Hof voor deze toepassing verstrekte richtsnoeren'. Het is daarom dat het Hof van Justitie zijn eigen oordeel niet in de plaats kan stellen van dat van de nationale rechters, maar het Hof van Justitie kan aan deze rechters wel 'richtsnoeren en aanwijzingen' geven voor de toepassing van het staatsaansprakelijkheidsbeginsel.¹⁹

Belangrijk uit de periode na de grote arresten is ook het *Dominguez*-arrest,²⁰ dat met name over de relatie tot de andere twee doorwerkingsmechanismen gaat, namelijk rechtstreekse werking van EU-recht en EU-conforme interpretatie van nationaal recht.²¹ Volgens het Hof van Justitie in deze zaak moet de nationale rechter eerst onderzoeken of een met het EU-recht conforme uitleg aan het nationale recht gegeven kan worden. Lukt dat niet, dan dient de nationale rechter te onderzoeken of de betrokken

15 Zaak C-224/01, *Köbler*, Jur. 2003, I-10239, arrest van 30 september 2003.

16 *Köbler*, ov. 50.

17 *Köbler*, ov. 53.

18 Zaak C-91/92, *Faccini Dori*, Jur. 1994, I-3325, arrest van 14 juli 1994, ov. 28.

19 Zaak C-318/13, *X*, arrest van 3 september 2014, ov. 43-44.

20 Zaak C-282/10, *Maribel Dominguez*, arrest van 4 januari 2012.

21 Op deze twee andere handhavingsmechanismen kan in deze bijdrage niet uitgebreid worden ingegaan, zie daarover bijvoorbeeld de dissertatie van J. Prinssen, *Doorwerking van Europees recht. De verhouding tussen directe werking, conforme interpretatie en overheidsaansprakelijkheid*, Kluwer 2004.

EU-bepaling rechtstreekse (of: directe) werking heeft. En lukt dat ook niet, dan komen we uit bij het hier besproken handhavingsmechanisme: de benadeelde particulier, die zich dus noch indirect noch direct op de EU-norm kan beroepen, kan nog een *Francovich*-schadeactie tegen de lidstaat instellen.²²

Indien wij opnieuw toespitsen op het EU-migratierecht, dan betekent het hierboven genoemde eerste aandachtspunt dat de nationale vreemdelingenrechter de drie Brasserie-voorwaarden zelf moet toepassen, maar toch nuttige hulp van het HvJEU kan krijgen, althans wat betreft de vraag of aan de eerste en de tweede Brasserie-voorwaarden is voldaan. Hij kan deze hulp krijgen door prejudiciële vragen te stellen (ex art. 267 VWEU) en te vragen of het Hof van Justitie ‘richtsnoeren en aanwijzingen’ inzake deze eerste twee voorwaarden wil geven. Bijvoorbeeld of de Terugkeerrichtlijn beoogt rechten toe te kennen aan particulieren, en zo ja welke.

De nationale vreemdelingenrechter kan het HvJEU prejudicieel vragen om richtsnoeren en aanwijzingen inzake de eerste twee ‘Brasserie-voorwaarden’.

Het tweede aandachtspunt, toegespitst op vreemdelingenzaken, betekent dat ook de nationale vreemdelingenrechter eerst zijn (gehele) nationale recht moet *screenen* om na te gaan of het conform de eisen van het EU-migratierecht kan worden uitgelegd. Lukt dat niet, dan moet hij de rechtstreekse werking daarvan onderzoeken.

Hier moet worden opgemerkt dat vreemdelingenzaken steeds zogenoemde verticale geschillen zijn (particulier/vreemdeling tegen de lidstaat). Dit betekent dat het Europese migratierecht dat in richtlijnen vastligt – en dat is een groot deel – niet afstuit op het verbod van horizontale werking van richtlijnen.²³ De nationale vreemdelingenrechter moet wel onderzoeken of de omzettingstermijn van de richtlijn is verstreken en of de ingeroepen bepaling van de richtlijn voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is.

Wat betreft deze laatste voorwaarde (voor verticale rechtstreekse werking van richtlijnen), zij opgemerkt dat het HvJEU al heeft bepaald dat veel migratierichtlijnen inderdaad rechtstreeks inroepbare rechten voor tweede- en derdelanders bevatten. Zo is het vaste rechtspraak dat Burgerschapsrichtlijn 2004/38 rechtstreeks werkende rechten aan Unieburgers en hun familieleden toekent, en dat derdelanders aan de nieuwe richtlijnen en verordeningen op grond van de artikelen 78 en 79 VWEU verschillende direct werkende rechten op verblijf, arbeid en/of toegang kunnen ontlenen.²⁴ Al langer weten we dat het Turks associatierecht verschillende rechtstreeks werkende bepalingen bevat, zoals de meeste bepalingen van Besluit 1/80 en de *standstill*-bepaling van art. 41, lid 1, van het Aanvullend Protocol.²⁵

In vergelijking met civiele zaken, zal er daarom – vanwege de mogelijkheid van een rechtstreeks beroep op het EU-migratierecht – in vreemdelingenzaken iets minder vaak aan

het derde doorwerkingsmechanisme, de *Francovich*-schadeactie, worden toegekomen. Bij weigering van de nationale rechter om direct werkende EU-rechten te erkennen, is echter de actie uit staatsaansprakelijkheid, wegens de als gevolg van die weigering ontstane schade, nog de enige optie voor de vreemdeling.

2. *Francovich*-aansprakelijkheid in Nederlandse rechtspraak

In Nederland vertalen *Francovich*-acties zich in schadeacties van particulieren tegen de Staat der Nederlanden op basis van overheidsaansprakelijkheid ex art. 6:162 BW, voor in eerste instantie de Rechtbank Den Haag. Er wordt hierna gekeken naar *Francovich*-acties tegen de Nederlandse wetgever en het Nederlands bestuur (2.1); daarna naar *Köbler*-acties in Nederland, dus aansprakelijk-

heid van de Nederlandse Staat wegens onrechtmatige rechtspraak (2.2).

2.1 *Francovich*-acties tegen Nederlandse wetgever/bestuur
In de Nederlandse rechtspraak zijn er weinig *Francovich*-acties tegen de Nederlandse staat (wetgever en bestuur) aan te treffen, en nog minder geslaagde acties. Zo weigerde de Rechtbank Den Haag om schadevergoeding toe te kennen aan Stichting Energyclaim omdat de betrokken richtlijn (over energieprestaties van gebouwen) niet zou beogen de belangen van de betrokken energiecertificaatbedrijven te behartigen. Er was daarmee volgens de rechtbank niet aan de eerste *Brasserie*-voorwaarde voldaan, de geschonden EU-rechtsregel moet beogen rechten aan de betrokken particulieren toe te kennen.²⁶

Het relativiteitsvereiste vormde ook een probleem in een uitspraak van de Rechtbank Den Haag/zzp Haarlem, waar het ging om de vraag of Burgerschapsrichtlijn 2004/38 er toe strekte om de vermogensbelangen van familieleden van burgers van de Unie te beschermen. De rechtbank oordeelde: ‘In lijn met voornoemde uitspraak van de Hoge Raad [die ging over het recht op arbeid in het VN-Vluchtelingenverdrag, RvO] oordeelt de rechtbank daarom dat de aan eiser verleende vergunning voor het doel “familie lid van een burger van de Unie” niet strekt tot bescherming van enig vermogensrechtelijk belang van eiser. Het belang van eiser om inkomen uit arbeid te kunnen verwerven speelt bij de beoordeling tot toelating als familie lid van een burger van de Unie geen rol en verweerder dient bij zijn beslissing omtrent de toelating als familie lid van een burger van de Unie hiermee geen rekening te houden. Gelet op het voorgaande heeft verweerder zich dan ook terecht op het standpunt gesteld dat aan het relativiteitsvereiste niet is voldaan’.²⁷

Deze uitspraak is een voorbeeld waarin de lagere rechter met een beroep op het relativiteitsvereiste – zonder overigens de *Francovich*/Brasserie-rechtspraak ook maar te noemen – een vordering tot vergoeding van inkomensderving ten gevolge van het niet toekennen van een Unierechtelijk verblijfsrecht afwees.

22 *Dominguez*, ov. 23, 32 resp. 42-43.

23 Zie het eerder genoemde *Faccini Dori*-arrest. Let op dat indien de vreemdelingendienst (en niet de vreemdeling) zich op een richtlijn wil beroepen, dit ook niet mogelijk is; richtlijnen hebben ook geen zgn. omgekeerde verticale werking.

24 Zie bijv. inzake Richtlijn 2003/109 (langdurig ingezetenen derdelanders), arrest Commissie/Nederland (C-508/10, ov. 68); inzake Richtlijn 2004/114 (Studentenrichtlijn), het arrest Sommer (C-15/11, ov. 42) en het arrest Ben Alaya (C-491/13, ov. 31 en dictum); en inzake de Schengen Grenscode Verordening 562/2006, het arrest *Air Baltic* (C-575/12, ov. 69).

25 Onder meer zaak 192/89, *Sevince*, Jur. 1990, 3461 (inzake art. 6 Besluit 1/80) en zaak C-16/05, *Tum en Dari*, Jur. 2007, I 7415 (inzake art. 41 lid 1 van het AP).

26 Uitspraak Rb. Den Haag van 14 mei 2014, ECLI: RBDHA: 2014: 5878.

27 Uitspraak Rb. Den Haag, zzp Haarlem, van 20 november 2013, JV 2014/167 met (kritische) noot van E. Steyger (ECLI:NL:RBDHA:2013:19016).

Een (zeldzaam) geval waarin de schadeactie tegen de Nederlandse staat wel succesvol was, had betrekking op de niet-implementatie van de Arbeidstijdenrichtlijn op het punt van het recht van werknemers op minimaal vier weken doorbetaalde vakantie (art. 7 van deze richtlijn). Nederland had voor zieke werknemers bepaalde uitzonderingen op dit recht op doorbetaalde vakantie gemaakt. De rechtbank in Den Haag²⁸ vond de tekst van de richtlijn niet helder genoeg om tot een voldoende gekwalificeerde schending (VGS) door Nederland te concluderen – maar de richtlijn was later door het HvJEU verduidelijkt in die zin dat ook (langdurig) zieke werknemers altijd recht hebben op minstens vier weken doorbetaalde vakantie. De Nederlandse wetgever had daarom binnen een redelijke termijn na deze HvJEU-rechtspraak de implementatiewetgeving van de richtlijn (in het BW) moeten aanpassen. Nu dit niet was gebeurd, vond de rechtbank dat er sprake was van een VGS van de – door het HvJEU verduidelijkte – arbeidstijdenrichtlijn door de Nederlandse overheid, en dus van aansprakelijkheid.

Deze uitspraak laat met name zien dat pas later een VGS kan ontstaan, doordat het Hof van Justitie met zijn rechtspraak de betekenis van EU-wetgeving, vooral richtlijnen en verordeningen, verduidelijkt. Daar dient dan door de nationale wetgevers binnen een redelijke termijn op te worden gereageerd, door aanpassing van de implementatiewetgeving. Gebeurt dat niet, dan kan dus ook nog vele jaren nadat een richtlijn is uitgevaardigd, staatsaansprakelijkheid ontstaan. Voor de berekening van de omvang van de schade is dan echter alleen de periode na de verduidelijking door het HvJEU relevant, en niet de schade opgelopen vanaf het einde van de omzettingstermijn van de richtlijn.

In Nederland is geen voldoende gekwalificeerde schending vereist maar volstaat een gewone schending van EU-recht, voor aansprakelijkheid en schadevergoedingsplicht.

In hoger beroep bevestigde het Gerechtshof Den Haag in deze zaak van de doorbetaalde jaarlijkse vakantie, dat de Nederlandse overheid aansprakelijk is.²⁹ Een belangrijk verschil met de eerdere uitspraak van de rechtbank/sector kanton in deze zaak was echter dat er volgens het hof in Nederland geen VGS nodig is, maar dat een 'gewone' schending van EU-recht volstaat voor aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat. De reden is dat krachtens nationaal/Nederlands recht de Staat der Nederlanden reeds bij een 'gewone' schending van een hogere rechtsregel aansprakelijk is (althans voor fouten door wetgever en bestuur). Het standaardarrest is *De Staat/Van Gelder*, waarin de Hoge Raad uitmaakte dat wanneer daarvan sprake is, de schuld en dus de aansprakelijkheid van de Staat voor schade vaststaat.³⁰ Dan moet ook voor schendingen van EU-recht de soepelere voorwaarde van een 'gewone' schending gelden.

In de woorden van het hof Den Haag: 'Naar Nederlands recht levert het uitvaardigen en handhaven van een met hogere regelgeving strijdige regeling een onrechtmatige daad op. Met het uitvaardigen en handhaven van een dergelijke regeling, staat niet alleen de onrechtmatigheid, maar ook de schuld in beginsel vast (vgl. HR 9 mei 1986/252, LJN: AC0867). Nu niet bestreden is dat de in geding zijnde Nederlandse wetgeving betreffende de opbouw van vakantieaanspraken bij ziekte niet in overeenstemming was met hogere regelgeving, te weten de Richtlijn, volgt dááruit – uit

de toetsing aan de hogere regelgeving en dus niet aan artikel 6:162 BW – dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld. (...) Daar op basis van het nationale recht minder zware eisen gelden voor aansprakelijkheid, dan op basis van de Europese normen, behoeft de vraag of sprake is van een gekwalificeerde schending waaraan de Staat schuld heeft, niet te worden beantwoord'.³¹

In de al eerder genoemde *Energyclaim*-zaak komt de Rechtbank Den Haag op dit punt tot een zelfde conclusie: 'De vorderingen van EnergyClaim c.s. op dit punt betreffen een gestelde schending van Unierecht. Daarvoor gelden de door het HvJEU gestelde minimum-voorwaarden, te weten een voldoende gekwalificeerde schending, causaal verband en voorts dient de geschonden rechtsregel ertoe te strekken particulieren rechten toe te kennen. De rechtbank zal de vorderingen van EnergyClaim c.s. voor wat betreft het gestelde onrechtmatig handelen van de Staat echter toetsen aan het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht, nu de Staat naar Nederlands recht immers reeds onrechtmatig handelt en (wanneer aan de overige eisen van artikel 6:162 BW is voldaan) reeds aansprakelijk is voor de enkele vaststelling en handhaving van een nationale wettelijke regeling die in strijd is met hoger (Europees) recht (Hoge Raad 9 mei 1986, ECLI:NL:HR:AC0867, *Van Gelder*). In die zin is de Staat risicoaansprakelijk voor elke schending van Europees recht en wordt – anders dan in Europees recht – de eis van een 'voldoende gekwalificeerde schending' niet gesteld'.³²

Ik ben het eens met deze opvatting van rechtbank en hof te Den Haag. Zoals besproken, laat het *Brasserie*-arrest in overweging 66 expliciet toe dat lidstaten onder minder strenge voorwaarden aansprakelijk kunnen zijn ('wat evenwel niet uitsluit, dat naar nationaal recht de staat onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn'). In combinatie echter met het gelijkwaardigheidsbeginsel van de *Rewe/Comet*-rechtspraak³³ is er mijns inziens zelfs een *plicht* om schadevergoeding wegens schending van EU-recht onder dezelfde voorwaarden toe te kennen als in *Van Gelder*-acties, dus beroepen tot schadevergoeding tegen de Nederlandse staat wegens schending van (een hogere regel van) Nederlands recht. Anders zouden EU-vorderingen strenger worden behandeld dan vergelijkbare, maar puur nationale vorderingen. En dat mag niet van het HvJEU in de zaken *Rewe/Comet*: 'dat het een aangelegenheid is van de nationale rechtsorde van elke lidstaat om de bevoegde rechter aan te wijzen en de procesregels te geven voor de rechtsvorderingen met het oog op de bescherming van de rechten welke de justitiabelen aan de rechtstreekse werking van het gemeenschapsrecht ontnemen, met dien verstande dat deze regels niet ongunstiger mogen zijn dan die voor soortgelijke nationale vorderingen'.³⁴

Deze conclusie 'In Nederland geen VGS nodig, maar een gewone schending van EU-recht volstaat voor aansprakelijkheid van de Staat' kan belangrijke consequenties hebben, namelijk voor

28 Uitspraak Rb. Den Haag, sector kanton, van 6 februari 2012, LJN: BV7318.

29 Uitspraak Gerechtshof Den Haag, 15 oktober 2013, ECLI:NL:GHDHA:2013:3791. Zie later ook, over de omvang van de schade, Gerechtshof Den Haag, 28 januari 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:72.

30 HR 9 mei 1986/252, ECLI:NL:HR:1986:AC0867.

31 Uitspraak hof Den Haag van 15 oktober 2013, punten 4.3.

32 Rb. Den Haag van 14 mei 2014, ECLI: RBDHA: 2014: 5878, punt 4.10.

33 Zaak 33/76, *Rewe*. Jur 1976, 1989 en zaak 45/76, *Comet*, Jur. 1976, 2043.

34 *Rewe*, ov. 5; *Comet*, ov. 13.

schendingen die binnen de 'afstand' tussen een VGS en een gewone schending van Europees recht vallen. Als illustratie de (vreemdelingen)zaak van de rechtbank Middelburg over de 120% inkomenseis. Deze eis was gelet op het *Chakroun*-arrest van het HvJEU niet toegestaan, en vormde een schending van de Gezinsherenigingsrichtlijn (2003/86).³⁵ Maar toen een Oekraïense later schadevergoeding van de Nederlandse staat vroeg, wees de Rechtbank Den Haag/nevenzittingsplaats Middelburg deze claim af omdat er geen sprake zou zijn van een VGS: 'De rechtbank is van oordeel dat niet gesteld kan worden dat verweerder door het stellen van een inkomenseis van 120 % van het minimumloon de grenzen waarbinnen verweerder bij de uitoefening van zijn bevoegdheid dient te blijven, kennelijk en ernstig heeft miskend. In het gemeenschapsrecht is namelijk niet expliciet geregeld of de 120 % inkomenseis die een belemmering van het recht op gezinshereniging met zich kan brengen, kan worden gerechtvaardigd en dus in overeenstemming met het gemeenschapsrecht kan zijn. Deze vraag was in de rechtspraak van het Hof van Justitie vóór het arrest *Chakroun* evenmin beantwoord'.³⁶ De Nederlandse Staat had volgens de rechtbank dus niet op voldoende gekwalificeerde wijze de gezinsherenigingsrichtlijn geschonden en werd daarom niet aansprakelijk geacht jegens de vreemdeling; bij toepassing van het (soepelere) gewone schending-criterium lijkt mij dat de Nederlandse staat wel aansprakelijk zou zijn geweest voor de schade van de vreemdeling.

2.2. *Köbler*-acties wegens EU-schending door Nederlandse rechter

Uit het eerder besproken *Köbler*-arrest blijkt dat een lidstaat ook aansprakelijk kan worden gehouden voor schade bij een particulier als gevolg van EU-fouten door de hoogste rechter. Er dient dan wel aan zeer strenge voorwaarden te zijn voldaan, met name aan de eis van een kennelijke (in de zin van: manifeste) schending van EU-recht. In Nederland zijn enkele van deze acties tegen in feite, rechterlijke uitspraken ingesteld,³⁷ maar – bij mijn weten – zijn deze nog nooit succesvol gebleken.

Zo stelde de kantonrechter Den Haag in één van de vele zaken over de rechten van vliegtuigpassagiers ex een EU-verordening dat een collega-kantonrechter te Haarlem – die in hoogste instantie recht sprak – geen kennelijke schending van deze verordening kon worden verweten.³⁸

Evenals bij schendingen van EU-recht door de Nederlandse wetgever of het Nederlandse bestuur, rijst evenwel de vraag of we

in Nederland geen soepelere voorwaarden kennen dan de *Köbler*-voorwaarden, zodat een 'gewone' schending en geen kennelijke/manifeste schending van Europees recht nodig is. Dat is mijns inziens niet het geval: volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad kan de Nederlandse staat alleen aansprakelijk worden gesteld voor rechterlijke uitspraken indien deze zo vergaand fundamentele beginselen schenden dat niet meer gesproken kan worden van een eerlijk proces.³⁹ De *Köbler*-eis van een kennelijke schending lijkt me ongeveer even streng of zelfs nog iets soepeler dan de HR-eis.

3. Conclusies

Het Hof van Justitie van de EU heeft als derde doorwerkingsmechanisme van EU-recht in de nationale rechtsorde, naast rechtstreekse werking van EU-recht en de EU-conforme interpretatie van nationaal recht, de actie tot aansprakelijkheid van lidstaten voor schendingen van EU-recht uitgevonden. Deze Europese rechtspraak betreft zowel het beginsel van staatsaansprakelijkheid als zodanig, alsmede de voorwaarden voor die aansprakelijkheid. Aangezien de EU zich ook steeds meer bemoeit met het migratierecht, vooral inzake derdelanders, is kennis van deze *Francovich*-rechtspraak en de daarbij behorende *Brasserie*-voorwaarden, ook van belang voor de Nederlandse migratierechtspraktijk. Dit te meer omdat in Nederland een soepeler eis geldt voor aansprakelijkheid van de Nederlandse staat, indien althans de schending van de wetgever of het bestuur uitgaat: niet een 'voldoende gekwalificeerde schending' van EU-recht is nodig voor aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat, maar een gewone schending van dat Europese recht volstaat. Al oordeelt de Nederlandse rechter over deze versoepeling nog niet uniform, getuige de besproken 120% norm-uitspraak, waarin de eis van een VGS nog wel werd gesteld. Daarnaast dient ook aan de eerste en derde *Brasserie*-voorwaarde te zijn voldaan wil de vreemdeling geld terug zien: de eis van relativiteit en causaal verband tussen schending en schade.

Het praktisch belang van deze algemene Europese *legal remedy* voor de Nederlandse rechtspraktijk werkzaam op het terrein van het migratierecht, lijkt mij daarom vrij groot als het gaat om schendingen van het EU-migratierecht door de Nederlandse wetgever of het Nederlandse bestuur. Het praktisch belang van de *Francovich*-rechtspraak voor onjuiste rechtspraak van Nederlandse rechters lijkt mij daarentegen vanwege de strenge *Köbler*-voorwaarden van gering belang voor de rechtspraktijk.

35 ZaaK C-578/08, *Chakroun*, Jur. 2010, I-1839, arrest van 4 maart 2010.

36 Rb Den Haag, zp Middelburg, uitspraak van 2 februari 2012, *JV* 2012/140, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV2634 (ov. 12).

37 Bijv.: ECLI:NL:RBDHA:2013:BZ1150; ECLI:NL:PHR:2012:BU7276; ECLI:NL:PHR:2012:BU7264; ECLI:NL:PHR:2014:2342.

38 Rb. Den Haag, uitspraak van 15 april 2014, ECLI: NL: RBDHA:2014:5228, ov. 26.

39 Zie bijvoorbeeld de uitspraak van het hof Den Haag van 15 februari 2011, ECLI:NL:GHSGR: 2011:BP6837, punt 2.4.