

Aan:

Alle Ministers

Datum

12 maart 2003

Doorkiesnummer

070-348 65 65

Onderwerp

Toepassing EG-richtlijnen door decentrale overheden;
ICER-advies en werkgroeprapport

1. Inleiding

Op 13 februari 2002 is door het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer aan de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) advies gevraagd over de toepassing van EG-richtlijnen door decentrale overheden. Een daarto ingestelde werkgroep heeft in antwoord op die vraag een rapport opgesteld, op basis waarvan de ICER advies heeft uitgebracht. De samenstelling van de werkgroep treft u aan als bijlage.

In wezen is de vraag die aan de ICER is voorgelegd simpel: indien een decentrale overheid¹ van oordeel is dat het nationale recht niet in overeenstemming is met een bepaling uit een EG-richtlijn, dient die decentrale overheid in een situatie waar dat betreffende recht moet worden toegepast (zonder dat een rechterlijke uitspraak kan worden afgewacht) de Europese of de nationale norm te hanteren?

De beantwoording van de vraag is evenwel minder eenvoudig. In verschillende situaties zal een verschillend antwoord moeten worden gegeven. De Europese rechtspraak is op dit gebied nog niet helemaal uitgekristalliseerd. Daarbij is het van belang de juridische feiten en de beleidsmatige argumenten goed uit elkaar te houden.

De voorliggende problematiek is juridisch complex en wordt bovendien in de literatuur en jurisprudentie doorspekt met terminologie voor specialisten. Geprobeerd is het advies zo toegankelijk mogelijk te formuleren. Een zekere mate van voorkennis van het Europese recht zal echter nodig blijken om het advies volledig tot zijn recht te kunnen laten komen. Om de toegankelijkheid voor de gebruiker te vergroten heeft de ICER een stroomschema ingevoegd

¹ Onder decentrale overheden worden verstaan de provincies, gemeenten en waterschappen (territoriaal gedecentraliseerde overheden), de openbare lichamen voor beroep en andere openbare lichamen, bedoeld in artikel 134 van de Grondwet, zoals publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties (PBO-organen) en, ten slotte, de niet onder dat artikel vallende andere zelfstandige bestuursorganen (functioneel gedecentraliseerde overheden). Hoewel ten aanzien van de laatstgenoemde categorie wel gesteld wordt dat er geen sprake is van decentralisatie en dat daarom de term 'decentrale overheden' wordt gereserveerd voor territoriaal gedecentraliseerde overheden, wordt in dit advies de term decentrale overheden ruim opgevat.

waar het “wanneer wat te doen” wordt weergegeven. Uit de aard van die schematische weergave volgt dat dat een simplificering van de materie met zich meebrengt.

Een eerste constatering die de ICER doet, is dat het onderzoek van de werkgroep geen aanleiding geeft te concluderen dat het hier om een in de praktijk veelvoorkomend of nijpend probleem zou gaan.

Er is echter een positief te waarden tendens waarneembaar, waarbij de bewustwording van het Europese recht ook bij decentrale overheden toeneemt. Het is dan ook niet onwaarschijnlijk dat de problematiek in de nabije toekomst vaker aan de orde zal komen. In dat licht beoogt dit ICER-advies een juridische verkenning te bieden waar centrale en decentrale overheden hun voordeel mee kunnen doen.

Een tweede constatering is, dat zodra vast staat dat het nationale en Europese recht met elkaar in strijd zijn, er een situatie is ontstaan waarbij per definitie niet beide rechtsgebieden tegelijkertijd gerespecteerd kunnen worden. Een decentrale overheid kan in de positie terechtkomen dat er toch een keuze moet worden gemaakt. De ICER benadrukt in haar advies dat naast de juridische analyse die richting kan geven aan die keuze, er tevens intensieve samenwerking tussen de centrale overheid en de decentrale overheden zal moeten zijn om de eenheid van de toepassing van het recht gezamenlijk te kunnen bewaken. Het Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden kan daarbij een nuttige rol vervullen.

De ICER onderscheidt in de analyse van het vraagstuk de volgende elementen, waarmee ook de indeling van voorliggend advies wordt bepaald.

- a. Het weergeven van enkele algemene vraagstukken die de context voor de beantwoording van de vraag bepalen (paragraaf 2).
- b. Een stapsgewijze analyse van de kernvraag (paragraaf 3) en een vereenvoudigde samenvatting daarvan in een stroomschema (paragraaf 4).
- c. Een uitgebreidere bespreking van de aan de ICER voorgelegde vraag (paragraaf 5).
- d. Een uitgebreidere bespreking van het juridisch kader (paragraaf 6).
- e. De beantwoording van de aan de ICER gestelde vragen (paragraaf 7).

2. Bepalende algemene vraagstukken.

2.1 In het licht van dit advies moet het *beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht* voorop gesteld worden. Dit beginsel, gecombineerd met het feit dat er sprake is van een *geïntegreerde rechtsorde* waarin nationaal en Europees recht zijn verweven, maakt dat de Europese rechtsorde zich onderscheidt van ander internationaal recht.

De rechtspraak van het Hof van Justitie heeft duidelijk gemaakt dat het communautaire recht voorrang heeft boven elke nationale bepaling die daarmee in strijd komt. Bovendien wordt in de rechtspraak benadrukt dat alles moet worden gedaan om het *nuttig effect* van het Europese recht te verwezenlijken. Voor deze materie zijn de leerstukken van de *rechtstreekse werking* en *richtlijnconforme interpretatie* van belang. Voor een korte bespreking daarvan verwijst de ICER naar het rapport van de Werkgroep.

2.2 Elke lidstaat dient het beginsel van voorrang van het gemeenschapsrecht te respecteren, en dat betekent, mede in het licht van *het beginsel van de gemeenschapstrouw*, dat in beginsel elk met overheidsgezag bekleed orgaan in de lidstaten deze voorrangregel dient toe te passen. Er bestaat, zo blijkt uit de jurisprudentie van het Hof, een *eigen verantwoordelijkheid voor elk overheidsorgaan* om, binnen zijn bevoegdheden, het Europese recht correct toe te

passen. In de interne verhoudingen tussen de bestuurslagen in een lidstaat kan nooit een rechtvaardiging worden gevonden voor het schenden van het Europese recht. Elk geval van niet-toepassing van het Europese recht is derhalve een schending daarvan, ook als het overheidsorgaan niet anders kon dan deze te begaan.

2.3 Dit advies beperkt zich tot het instrument van EG-richtlijnen. Om tot werkelijke uitvoering te kunnen komen, dient een richtlijn vrijwel altijd eerst omgezet te worden in bepalingen van nationaal recht. In Nederland geschiedt dit normaliter door de centrale overheid - vanuit het Europees recht bezien overigens geen noodzaak. Binnen de Nederlandse staatsrechtelijke verhoudingen is de centrale overheid, en dikwijls de formele wetgever, verantwoordelijk voor het zorgdragen voor regelgeving ter implementatie van EG-richtlijnen. Andere overheden (en, dit terzijde, ook de centrale overheid in zijn rol als uitvoerende macht) moeten, vanwege die *verantwoordelijkheid voor de nationale regelgeving*, kunnen uitgaan van de juistheid van de door de wetgever opgestelde regelgeving. Dit geldt onverminderd voor implementatieregelgeving: er mag bij voorbaat van worden uitgegaan dat een richtlijn weloverwogen en correct is omgezet. Implementatie laat dikwijls ruimte aan de lidstaat om inhoudelijke keuzes te maken en om vorm en middelen te kiezen. Onenigheid over die keuzes bij de implementatie dient niet verward te worden met het constateren van evidente gebreken in de implementatie. Beleidsmatig onwenselijk zou zijn een situatie waarbij verschillende overheidsorganen, zonder voorafgaande rechterlijke toetsing, los van elkaar een eigen interpretatie zouden geven aan het Europese recht. In de aanbevelingen hierna wordt met dit argument rekening gehouden. Omdat er geen objectief criterium bestaat op grond waarvan bij voorbaat duidelijk gemaakt kan worden in welk geval er sprake is van een evidente schending van het Europese recht en in welk geval van een betwistbare schending, is een goede samenwerking tussen de decentrale overheden en de centrale overheid in deze kwesties een essentiële factor.

2.4 In alle gevallen waar een particulier een bepaald recht wordt ontzegd dat hem op grond van het Europese recht toekomt, ontstaat schadeplicht. Voor een korte beschrijving van het *beginsel van overheidsaansprakelijkheid* verwijst de ICER naar het rapport van de Werkgroep. Op grond van het Europese recht is het niet van belang of de schade wordt vergoed door een centrale of een decentrale overheid. De vraag of het de decentrale of de centrale overheid is die uiteindelijk opdraait voor de schadevergoeding wordt dan ook beheerst door het nationale recht. Het civiele regresrecht kan in bepaalde gevallen een instrument zijn om schade die de decentrale overheid aan een particulier vergoedt te verhalen op de centrale overheid. Hierbij speelt het hiervoor geschetste principe een rol dat een ieder, dus ook de decentrale overheid, mag vertrouwen op de juistheid van de nationale wetgeving. Duidelijk mag zijn, dat hier een benadering per geval zal moeten plaatsvinden.

3. Stapsgewijze analyse van de kernvraag

Kernvraag

“Indien een decentrale overheid van oordeel is dat het nationale recht niet in overeenstemming is met een EG-richtlijn, dient die decentrale overheid in een situatie waar dat betreffende recht moet worden toegepast dan de Europese of de nationale norm te hanteren?”

Volledigheidshalve moet hier benadrukt worden dat uit de aard van de vraag voortvloeit dat dit een situatie betreft waarin nog geen rechterlijk oordeel voorhanden is en ook niet afgewacht kan worden. Rechterlijke toetsing is uiteraard bij elke gekozen handelwijze achteraf mogelijk.

Stapsgewijze analyse

1. De oordeelsvorming: is er sprake van strijdigheid?

Zoals hiervoor al aangeduid zal het vaak niet om evidente gevallen van schending van een richtlijnbeeping gaan. Zelfs daar waar de implementatieregelgeving nog niet in werking is getreden, kan discussie ontstaan over de reikwijdte van de bestaande nationale regelgeving en de vraag of de relevante bepalingen van de richtlijn daarmee toch niet worden afgedekt. Anderzijds is inherent aan de probleemstelling, dat de decentrale overheid zich in een situatie bevindt waarin een concrete beslissing moet worden genomen. De decentrale overheid zal dus, eigener beweging of door een partij op dat spoor gezet, tot de conclusie kunnen komen dat naar haar mening het nationale recht en het Europese recht niet in overeenstemming zijn. De ICER adviseert om een dergelijke conclusie niet te trekken, dan nadat, bij voorkeur via het Kenniscentrum Europees recht en beleid voor decentrale overheden, contact is opgenomen met het voor de implementatie van de richtlijn in kwestie verantwoordelijke ministerie (zie aanbeveling 2). Uiteraard ligt de zaak eenvoudiger indien de (nationale of Europese) rechter al geconstateerd heeft dat er sprake is van strijdigheid. In dat geval is oordeelsvorming door het overheidsorgaan niet meer aan de orde.

Mocht hierbij blijken dat de centrale overheid van mening is dat er juist en volledig is geïmplementeerd terwijl de decentrale overheid dat blijft betwijfelen, dan beveelt de ICER aan dat de visie van de centrale overheid wordt gevolgd. In dat geval zal de decentrale overheid in aansprakelijkheidskwesties (mocht de rechter achteraf bepalen dat de centrale overheid toch ongelijk had) ook in een sterke positie staan ten opzichte van de centrale overheid. Op grond van het Europese recht kan aan de decentrale overheid echter niet de verantwoordelijkheid ontzegd worden om het eigen inzicht te volgen. Blijkt evenwel de decentrale overheid achteraf ten onrechte van het nationale recht te zijn afgeweken, dan loopt de decentrale overheid al snel het risico dat zij de gevolgen voor haar rekening moet nemen.

2. Richtlijnconforme interpretatie?

De ICER beveelt aan dat de decentrale overheid allereerst nagaat of richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht een uitweg kan bieden. In feite worden daarmee de Europese en nationale regelgeving alsnog verzoend: er is geen sprake meer van strijdigheid. Richtlijnconforme interpretatie kan nooit zo ver gaan dat de nationale regelgeving ‘contra legem’ wordt toegepast. Het bevoegde gezag zal met deze wijze van opereren binnen de bevoegdheden moeten blijven die de nationale wetgeving hem geeft en bovendien de grenzen die de Europese rechtspraak geeft (beginselen van rechtszekerheid en van verbod op terugwerkende kracht) moeten respecteren. Daarbij moet met nadruk worden gewezen op de problematiek van de tripolaire rechtsverhouding die onder punt 8 hierna wordt beschreven. De beleidsruimte die het bevoegd gezag op grond van de nationale wetgeving heeft dient te worden benut om het resultaat van de richtlijn te verwezenlijken.

Omdat de onwenselijkheid van diversiteit in de uitvoering van Europese regelgeving hier een punt van aandacht is, en omdat bovendien de centrale overheid de nationale regelgeving in lijn zal willen brengen met de Europese, beveelt de ICER aan dat decentrale overheden ook in deze gevallen contact opnemen met het voor de implementatie verantwoordelijke ministerie.

3. Rechtstreekse werking of niet?

De decentrale overheid zal, als richtlijnconforme interpretatie geen uitweg biedt, vervolgens moeten beoordelen of de betreffende richtlijnbevestigingen rechtstreekse werking hebben of niet. Ook dit is overigens niet in alle gevallen een eenvoudige zaak, althans voor zover de rechter dat in casu niet al heeft uitgemaakt. De ICER beveelt daarom ook hier aan dat, met het oog op het voorkomen van diversiteit in de uitvoeringspraktijk, contact wordt gezocht met het voor de implementatie verantwoordelijke ministerie.

4. Geen rechtstreekse werking

Indien geen sprake is van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen, dient de decentrale overheid:

- a. de Europese bepaling toe te passen indien die bepaling zich rechtstreeks tot de decentrale overheid richt ; en
- b. in andere gevallen de nationale norm toe te passen, maar deze daarbij toch zoveel mogelijk richtlijnconform te interpreteren teneinde het resultaat van de richtlijn optimaal te bewerkstelligen.

5. Wel rechtstreekse werking

Indien sprake is van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen, moet onderscheid worden gemaakt tussen:

- a. een voor de particulier begunstigende richtlijnbevestiging, en
- b. een voor de particulier bezwarende richtlijnbevestiging.

6. Begunstigende richtlijnbevestigingen

In het geval het een begunstigende bepaling betreft, dient de decentrale overheid de Europese norm uit de richtlijn toe te passen (verticale werking).

7. Bezwarende richtlijnbevestigingen

In het geval het een bezwarende bepaling betreft, dient de decentrale overheid de nationale norm toe te passen (verbod op omgekeerde verticale werking). Een richtlijnbevestiging kan nooit uit zichzelf, zonder omzettingwetgeving, bepalend zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid of die strafrechtelijke aansprakelijkheid verzwaren. De ICER is van mening dat dit beginsel ook op het terrein van het bestuursrecht voor zover sprake is van een vergelijkbaar punitief karakter van toepassing moet worden geacht, hoewel jurisprudentie op dat vlak nog ontbreekt.

8. Tripolaire rechtsverhoudingen

In een rechtsverhouding waarbij naast de verticale verhouding tussen decentrale overheid en particulier ook een derde is betrokken (bijvoorbeeld een bezwaarmakende belanghebbende of een tegenpartij met wie de particulier in geschil is), ligt de zaak gecompliceerd. Wat voor de ene particulier begunstigend is, kan voor de andere bezwarend zijn. Hier is de Europese rechtspraak nog niet volledig uitgekristalliseerd, en kan de ICER dan ook slechts met terughoudendheid adviseren.

Vanuit dezelfde overweging waaruit het verbod op omgekeerde verticale werking voorkomt, namelijk dat richtlijnen zelf geen verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen, wordt in de analyse van de jurisprudentie van het Hof ook algemeen uitgegaan van een verbod op horizontale werking. Particulieren kunnen tegen elkaar geen beroep doen op een niet geïmplementeerde richtlijnbevestiging. Aan de rechtspraak van het Hof kan echter ook worden ontleend dat, daar waar de overheid vanwege de verticale werking een richtlijnbevestiging dient toe te passen, het geaccepteerd wordt dat er daardoor tevens horizontale effecten optreden. In

de relatie tussen particulieren blijft de verticale werking niet zonder betekenis (indirect horizontaal effect). Bovendien kan een derde-belanghebbende zich beroepen op voor hém gunstige rechtstreeks werkende bepalingen, die voor de (‘eerste’) particulier ongunstig uitwerkt in zijn rechtsverhouding met de overheid.

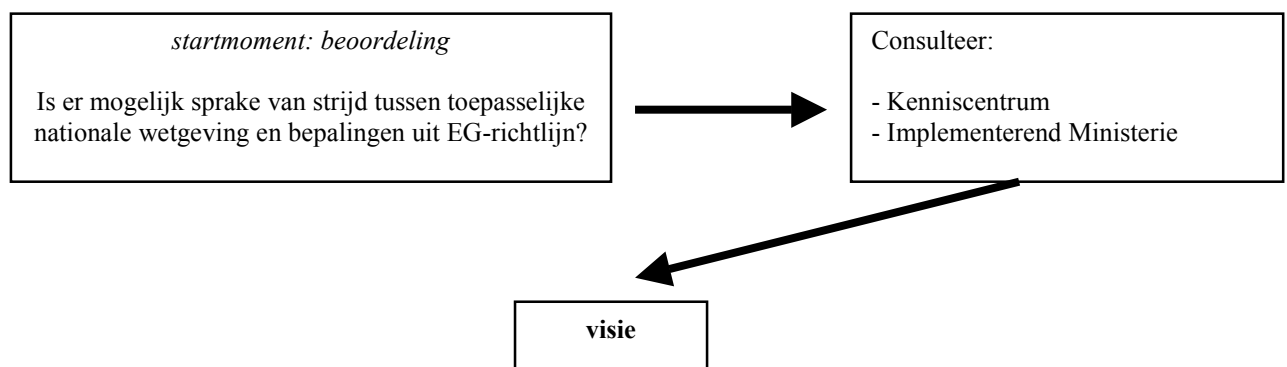
De ICER beveelt aan, met het noodzakelijke voorbehoud vanwege het op dit moment nog ontbreken van een eenduidige lijn in de Europese jurisprudentie, het indirecte horizontale effect in die zin beperkt toe te passen dat dit er nooit toe leidt dat handhavende maatregelen worden genomen om een niet in de nationale regelgeving omgezette norm af te dwingen. Indirect horizontaal effect kan zich bovendien per definitie alleen voordoen als neveneffect. Omdat hier een grijs gebied ligt (“Waar slaat indirect horizontaal nadeel om in de verboden vormen van horizontale of omgekeerde verticale werking?”), en vanwege het ontbreken van Europese jurisprudentie op dit punt, zouden decentrale overheden terughoudend moeten zijn met het eigener beweging toekennen van vergaand indirect horizontaal effect. De nationale rechtspraak biedt hierin overigens meer aanknopingspunten dan de Europese, waarbij het indirecte horizontale effect behoorlijk de ruimte lijkt te krijgen. Waar mogelijk verdient het daarom aanbeveling een rechterlijke uitspraak te verkrijgen. In al deze gevallen is overleg met het voor de implementatie verantwoordelijke ministerie aanbevelenswaardig.

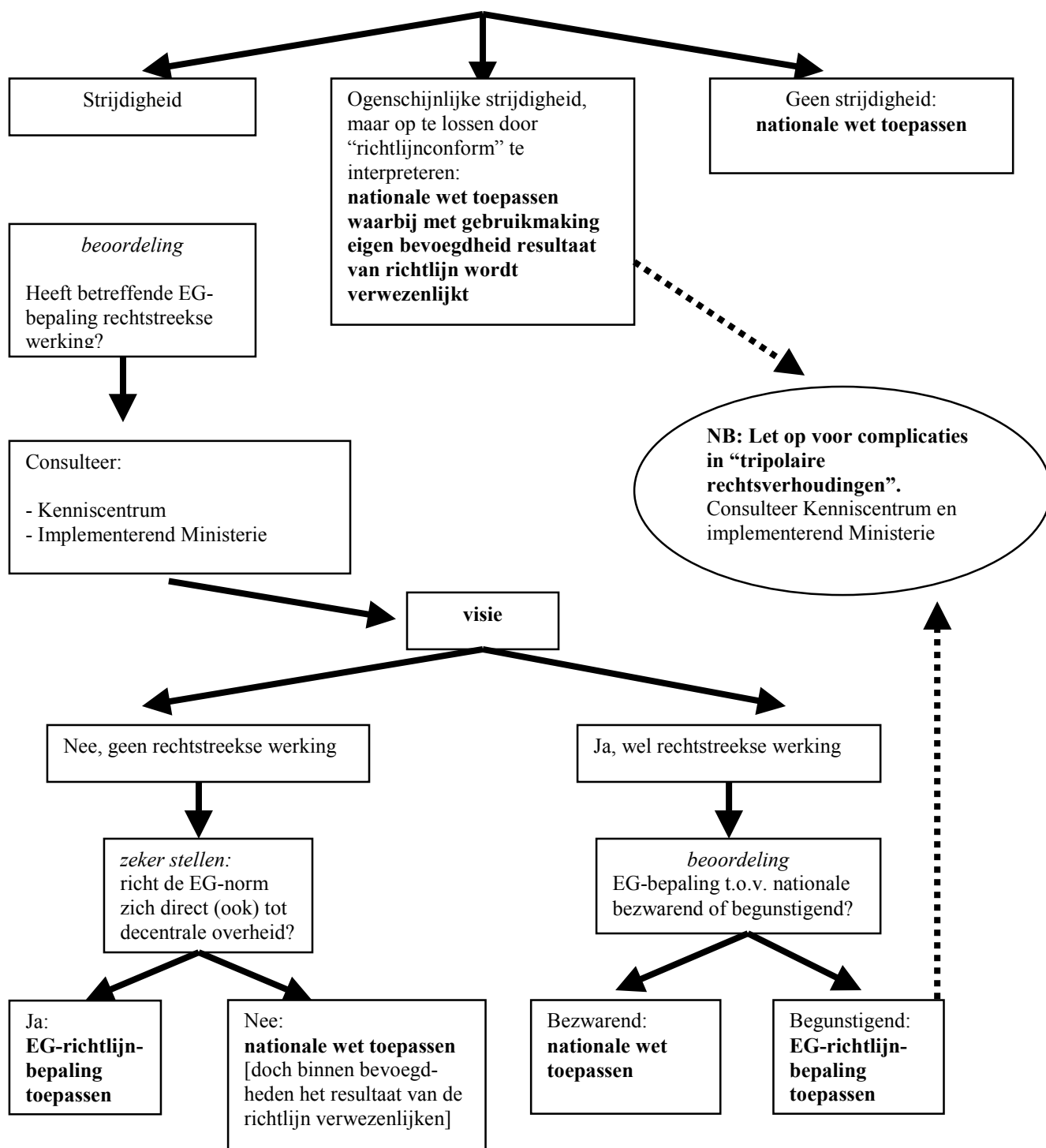
9. Overheidsaansprakelijkheid

In alle gevallen waar een particulier een bepaald recht wordt ontzegd dat hem op grond van een Europese bepaling toekomt, ontstaat schadeplicht. Decentrale overheden kunnen ten opzichte van particulieren (risico-)aansprakelijk zijn voor alle schendingen van EG-recht, inclusief het niet nakomen van de op hen rustende verplichting om rechtstreeks werkende EG-richtlijnbevestigingen toe te passen in afwijking van nationale regelgeving. Als de schade wordt geclaimd bij een decentrale overheid die in redelijkheid niet anders kon dan de nationale norm toe te passen, is het denkbaar dat de decentrale overheid de schade kan verhalen op de centrale overheid. De positie van de decentrale overheid zal sterker zijn naarmate er meer aanleiding was om op de juistheid van de nationale wetgeving te vertrouwen. Dit vertrouwen is des te meer gerechtvaardigd indien de decentrale overheid een advies van de centrale overheid heeft opgevolgd om de nationale regelgeving toe te passen. Negeert de decentrale overheid op eigen initiatief een Europese bepaling, of wordt de eigen beleidsruimte ten onrechte niet gebruikt om het doel van een richtlijn te verwezenlijken, dan zal de positie zwakker zijn. Ook het ten onrechte negeren van de nationale regelgeving kan uiteraard een grondslag voor schadevergoeding zijn. Over deze vorm van regres, die op grond van het BW zou kunnen plaats vinden, heeft de Hoge Raad overigens nog geen uitspraak gedaan.

4. Vereenvoudigd stroomschema

De stapsgewijze analyse is, in versimpelde samenvatting, in een stroomschema weer te geven.





5. Uitgebreidere bespreking van de aan de ICER voorgelegde vragen.

Op 13 februari 2002 is door het Ministerie van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer aan de Interdepartementale Commissie Europees Recht (ICER) advies gevraagd over de toepassing van EG-richtlijnen door decentrale overheden.

Achtergrond voor deze adviesaanvraag is de praktijk dat Nederlandse rechters nationale regelgeving EG-richtlijnconform toepassen wanneer de desbetreffende richtlijn niet correct, niet volledig of niet tijdig is omgezet. Zij beslechten daarmee dan een geschil over de

interpretatie van Nederlandse regelgeving in de verhouding tot het Europese recht. Vaak is hierbij een decentrale overheid betrokken. Dit advies ziet op de situatie waarin nog geen rechterlijk oordeel voorhanden is over een mogelijk omzettingsgebrek, maar decentrale overheden niettemin beslissingen moeten nemen. Positief te waarderen is de trend die toont dat er sprake is van een toenemend bewustzijn van de betekenis van het Europese recht bij de decentrale overheden, waardoor deze vraag steeds vaker aan de orde zal kunnen komen. De vraag is dan wat prevaleert: het nationale omzettingsrecht of de richtlijn. Hierbij gevoegd het feit dat zo'n decentrale overheid rechtsrelaties heeft met vele andere spelers, maakt dat het niet altijd duidelijk is voor alle betrokkenen hoe hierop gereageerd moet worden. Dit roept vragen op over de verhouding tussen de centrale en de decentrale overheid, en hun beider verhouding tot de communautaire regelgeving.

De volgende (fictieve) voorbeelden, in de sfeer van het milieurecht, kunnen het vraagstuk verhelderen:

Voorbeeld 1.

Een bedrijf wil in verband met het voorkomen van sabotage bepaalde gegevens van een veiligheidsrapport niet openbaar maken. Het bevoegd gezag vraagt zich af of deze vertrouwelijkheidsgrond, die is opgenomen in de Seveso-II-richtlijn², is opgenomen in de Nederlandse regelgeving. De vraag is dan of, indien die grond in de Nederlandse regelgeving ontbreekt, de decentrale overheid die grond toch kan of zelfs moet toepassen.

Voorbeeld 2.

Door de centrale overheid wordt een gebied (ten onrechte) niet aangewezen in het kader van de habitat- en vogelrichtlijn. Wat is de doorwerking hiervan in de besluitvorming van de verschillende partijen: de centrale overheid (die de planologische kernbeslissing neemt), de provincie (die het structuurplan opstelt) en de gemeente (die het bestemmingsplan opstelt en bijvoorbeeld moet beslissen op een aanvraag om een milieuvergunning)?

Voorbeeld 3.

Een gemeente krijgt een vergunningaanvraag voor een inrichting, die zij op grond van de Interimwet ammoniak en veehouderij (Iav) moet beoordelen. Gesteld dat de Iav op sommige punten in strijd is met de IPPC-richtlijn³ en in dit geval op grond van de Iav wel een vergunning zou kunnen worden verleend, maar bij rechtstreekse toepassing van de IPPC-richtlijn niet. Bij vergunningverlening op grond van de Iav zal bezwaar worden aangetekend wegens strijd met de IPPC-richtlijn, maar bij vergunningweigering zal bezwaar worden aangetekend wegens strijd met de Iav. Wat moet de gemeente doen?

Dit advies vormt het spiegelbeeld van het advies "Communautaire verplichtingen van decentrale overheden" van de Interdepartementale commissie voor constitutionele aangelegenheden en wetgevingsbeleid (ICCW) van september 1999 en het ICER-advies "Europese dimensie van toezicht" van 6 oktober 2000 (ICER 2000-56). Waar in deze adviezen is gezien welke toezichtsarrangementen aan de orde (kunnen) zijn bij niet-naleving van Europeesrechtelijke verplichtingen door decentrale overheden, is in dit advies de omgekeerde situatie aan de orde: de decentrale overheden wensen Europeesrechtelijke verplichtingen na te leven, maar zijn daarbij van mening dat de centrale overheid niet tijdig, niet juist of onvolledig aan haar omzettingsplicht heeft voldaan. Bijvoorbeeld in het geval dat

² Richtlijn 96/89/EG van 9 december 1996 betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken (PbEG 1997, L 10, rectificatie PbEG L 124)

³ Richtlijn 96/61/EG van 24 September 1996 inzake geïntegreerde preventie en bestrijding van verontreiniging (PbEG L 257)

een gemeente of provincie rechtstreeks een norm uit een richtlijnbe­paling toepast omdat zij van mening is dat de richtlijnbe­paling niet tijdig of niet juist is omgezet door de centrale overheid waardoor met de Europese norm strijdige nationaalrechtelijke bepalingen buiten toepassing zouden moeten worden gelaten. De vraag doet zich dan voor hoe de centrale overheid en de decentrale overheden in een dergelijke situatie moeten handelen.

In het geval dat decentrale overheden zelfstandig EG-richtlijnbe­palingen toepassen en nationale regelgeving EG-conform toepassen, groeit de kans dat het EG-recht niet steeds op dezelfde wijze wordt toegepast. Immers, richtlijnbe­palingen zijn niet altijd even helder geformuleerd of scheppen beleidsvrijheid. Ook bestaat de kans dat door decentrale overheden bepalingen uit het EG-verdrag, andere verwante EG-besluiten of EG-jurisprudentie over het hoofd worden gezien.

Deze ontwikkeling zou in het uiterste geval kunnen leiden tot willekeur, strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en onjuiste toepassing van de desbetreffende richtlijnen.

Aan de andere kant is een actieve rol van de decentrale overheden in het (zelfstandig) toepassen van het Europese recht een ontwikkeling die, ook door de centrale overheid, toe te juichen is. Uit de rechtspraak van het Hof van de EG volgt immers dat elk met overheidsgezag bekleed orgaan gehouden is om, binnen de grenzen van zijn mogelijkheden, de toepassing van het Europese recht te garanderen⁴. Het is dan ook positief te waarderen dat decentrale overheden alert zijn op een juiste toepassing van het EG-recht.

Hoe dan ook is het van belang te weten in welke gevallen decentrale overheden op grond van het Europese recht verplicht te zijn een niet (dat wil zeggen niet tijdig, juist of volledig) geïmplementeerde richtlijnbe­paling toe te passen, of aan die verplichting Europeesrechtelijke of nationaalrechtelijke grenzen of voorwaarden zijn verbonden en of er wellicht gevallen zijn dat de decentrale overheid toch gehouden is de met de EG-richtlijn strijdige nationale norm toe te passen. Daarbij komt de vraag naar boven of - en zo ja bij wie - de burger die een norm uit een richtlijnbe­paling niet toegepast ziet, een schadevergoeding kan eisen.

De kernvraag bij het voorgaande is:

“Indien een decentrale overheid van oordeel is dat het nationale recht niet in overeenstemming is met een EG-richtlijn, dient die decentrale overheid in een situatie waar dat betreffende recht moet worden toegepast dan de Europese of de nationale norm te hanteren?”

Volledigheidshalve moet hier benadrukt worden dat uit de aard van de vraag voortvloeit dat dit een situatie betreft waarin nog geen rechterlijk oordeel voorhanden is en ook niet afgewacht kan worden. Rechterlijke toetsing is uiteraard bij elke gekozen handelwijze achteraf mogelijk.

Gelet op het voorgaande is het van belang dat de ICER zich over een aantal vragen buigt en advies uitbrengt over enkele bijzondere aspecten van de toepassing van EG-richtlijnen door decentrale overheden. In ieder geval dient ingegaan te worden op de volgende vragen die aan de ICER zijn voorgelegd:

- 1) *Hoe moeten de decentrale en de centrale overheid in de verschillende rechtsrelaties handelen? De volgende rechtsrelaties zijn te onderscheiden:*
 - a. *centrale overheid (wetgever)-decentrale overheid (vergunningverlener);*
 - b. *decentrale overheid (vergunningverlener)-justitiabele (vergunningaanvrager);*

⁴ Zie zaak 380/87, Balsamo, Jur. 1989, blz. 2511, punt 17. Zie ook zaak 30/87, Bodson, Jur. 1988, blz. 2507, punt 33.

- c. *decentrale overheid (vergunningverlener)- justitiabele (derde- belanghebbende);*
- d. *justitiabele (vergunningaanvrager)-justitiabele (derde-belanghebbende).*
- 2) a. *In welke gevallen kan voor de decentrale overheid een verplichting ontstaan om eventuele schade te vergoeden? Mag deze zich bij het al dan niet toepassen van (niet juist en/of tijdig geïmplementeerde) EG-regelgeving laten leiden door aansprakelijkheidskwesties?*
- 3) *Zijn er gevallen denkbaar waarin de decentrale overheid de schade op de centrale overheid kan verhalen?*
- 4) *Geldt de antwoorden op de vorige vragen ook voor zelfstandige bestuursorganen (zbo's)?*
- 5) *Kunnen en/of moeten decentrale overheden EG-richtlijnbevestigingen ook handhaven indien die niet of onjuist zijn geïmplementeerd?*

De ICER acht de eerste vraag te specifiek op de situatie van vergunningsverlening geformuleerd en neemt daarom – in overleg met de steller van de vraag – de vrijheid deze vraag in algemene zin te herformuleren zonder afbreuk te doen aan de inhoud van de eerste vraag. In de overige vragen brengt de ICER in de formulering geen wijzigingen aan. De eerste vraag luidt dan als volgt:

- 1) *Hoe moet de decentrale overheid handelen*
 - a. *in een rechtsverhouding die uitsluitend tussen decentrale overheid en particulier speelt;*
 - en
 - b. *in een rechtsverhouding waarbij naast de verticale verhouding tussen decentrale overheid en particulier ook een derde is betrokken?*

6. Algemeen juridisch kader

6.1 Terminologie

Voor een goed begrip van het ICER-advies is het van belang de gebruikte terminologie nader te verklaren. De term 'Staat' is gebruikt om het Koninkrijk der Nederlanden in zijn hoedanigheid van internationaal rechtspersoon aan te duiden.

Onder de term 'overheid' worden verstaan de natuurlijke personen of rechtspersonen aan wie publiekrechtelijke bevoegdheden zijn toegekend; onder de term 'centrale overheid' de regering en haar ministers; en onder de term 'decentrale overheid' de provincies, gemeenten en waterschappen (territoriaal gedecentraliseerde overheden), de openbare lichamen voor beroep en andere openbare lichamen, bedoeld in artikel 134 van de Grondwet, zoals publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties (PBO-organen) en, ten slotte, de niet onder dat artikel vallende andere zelfstandige bestuursorganen (functioneel gedecentraliseerde overheden). Hoewel ten aanzien van de laatstgenoemde categorie wel gesteld wordt dat er geen sprake is van decentralisatie en dat daarom de term 'decentrale overheden' wordt gereserveerd voor territoriaal gedecentraliseerde overheden, wordt in dit advies de term decentrale overheden ruim opgevat.

Deze begripsomschrijvingen sluiten aan bij de jurisprudentie van het HvJEG dat het begrip "staat" of "overheid" ook ruim uitlegt. Onder deze begrippen dient, volgens het Hof, te worden verstaan: "in elk geval, ongeacht zijn juridische vorm, een lichaam (...) dat krachtens een overheidsmaatregel is belast met de uitvoering van een dienst van openbaar belang, onder toezicht van de overheid, en dat daartoe over bijzondere, verder gaande bevoegdheden

beschikt dan die welke voortvloeien uit de regels die in de betrekkingen tussen particulieren gelden⁵.

In het advies wordt de term 'implementatie' gebruikt voor de omzetting en ook de uitvoering van besluiten van organen van de Europese Unie; de term 'rechtstreeks toepasselijk' voor bepalingen van communautaire regelgeving die verbindend zijn in de Nederlandse rechtsorde zonder dat zij behoeven te worden omgezet in nationale regelgeving; de term 'rechtstreekse werking' voor bepalingen van communautaire regelgeving waarop door een particulier voor de nationale rechter een beroep kan worden gedaan. Er is, zoals onder paragraaf 4.2 nader wordt uitgewerkt, in ieder geval sprake van rechtstreekse werking wanneer het gaat om een duidelijk bepaalde verplichting voor de lidstaten, die niet van enig voorbehoud afhankelijk is, nadere rechtshandelingen van de communautaire instellingen of van de lidstaten niet nodig zijn om de verplichting te kunnen naleven, aan de lidstaten geen beleidsvrijheid mag zijn gelaten bij de uitvoering van die verplichting en de implementatietermijn van een richtlijn is verstreken. Onder 'omzetting' wordt in het advies verstaan het omzetten van communautaire regelgeving, met name door het uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften. Omzetting van een communautaire richtlijn in nationale regelgeving is in elk geval noodzakelijk, indien de betrokken richtlijn rechten toekent of verplichtingen oplegt aan particulieren, om de uitvoering van de communautaire regelgeving geheel of ten dele te delegeren aan decentrale overheden dan wel om de medewerking van decentrale overheden te verzekeren. Onder de 'uitvoering van communautaire regelgeving' verstaat dit advies het treffen van alle noodzakelijke maatregelen door Nederlandse overheden om de volle werking van het communautair recht te garanderen, met uitzondering van het uitvaardigen van algemeen verbindende voorschriften. In dit verband moet met name worden gedacht aan de aanwijzing van instanties belast met de uitvoering van het communautair recht, het in de praktijk daadwerkelijk toepassen ervan en het treffen van voorzieningen voor de handhaving van het communautair recht. Met de term richtlijnconforme interpretatie, ten slotte, wordt bedoeld nationale uitvoeringswetgeving zoveel mogelijk uit te leggen in het licht van de bepalingen van de betrokken richtlijn.

6.2 Algemeen kader

Voordat (in paragraaf zeven) de vragen zullen worden beantwoord, zal eerst het algemeen kader worden aangegeven dat van toepassing is bij de uitvoering van communautaire regelgeving door decentrale overheden. In dit algemeen kader wordt ingegaan op de jurisprudentie van het Hof van Justitie en de relevante regelgeving. De volgende voor de beantwoording van de vragen relevante onderwerpen komen hierbij aan bod. Ten eerste de doorwerking van het Europese recht naar decentrale overheden en hun verantwoordelijkheid voor communautaire verplichtingen (paragraaf 6.2.1). Vervolgens wordt ingegaan op de mogelijkheden voor decentrale overheden om toepassing te geven aan rechtstreeks werkende richtlijnbeoordelingen en de mogelijke plicht voor decentrale overheden om al dan niet richtlijnconform te interpreteren (paragraaf 6.2.2). Ook wordt kort ingegaan op de jurisprudentie omtrent het handhaven van EG-normen (paragraaf 6.2.3). Tot slot wordt ingegaan op communautaire invloed op het overheidsaansprakelijkheidsrecht en de aansprakelijkheidsrisico's van decentrale overheden (paragraaf 6.2.4 en 6.2.5)

6.2.1 Decentrale overheden als zelfstandige dragers van communautaire verplichtingen

Decentrale overheden kunnen bij de uitvoering van communautaire regelgeving zijn betrokken omdat zij, op grond van de wettelijke verdeling van bevoegdheden binnen

⁵ Zaak C-188/89, Jur. 1990, Foster, blz. I-3348, punt 20

Nederland, communautaire regelgeving zelf rechtstreeks moeten uitvoeren (autonomie) of omdat zij uitvoering moeten geven aan Nederlandse regelgeving die dient ter omzetting van communautaire regelgeving (medebewind). Communautair gezien is het onderscheid tussen autonomie en medebewind niet van belang. De communautaire verplichting tot uitvoering van communautaire regelgeving kan gericht zijn tot de lidstaat, maar in voorkomende gevallen ook tot het bevoegd gezag of door de lidstaat aan te wijzen instanties en derhalve rechtstreeks tot decentrale overheden.

Evenals bij de omzetting van communautaire regelgeving in nationale regelgeving ligt het in de rede dat een lidstaat ook de uitvoering van het gemeenschapsrecht mag delegeren. Ook bij de uitvoering van communautaire regelgeving door decentrale overheden geldt dat vanuit communautair perspectief centrale overheid en decentrale overheden één geheel vormen en de interne verdeling van bevoegdheden een nationale aangelegenheid is. Vanuit Europeesrechtelijk perspectief is "de lidstaat" verantwoordelijk voor correcte uitvoering van EU-regelgeving. Zelfs in een federale structuur is, volgens een vaste lijn in de jurisprudentie van het Hof⁶, de lidstaat als zodanig aanspreekbaar op implementatiefouten (in omzetting en uitvoering) in een deelstaat. Juist omdat de EU zich niet bekommert om de interne bevoegdheidsverdeling in een lidstaat, zal een ingebrekestelling altijd geadresseerd zijn aan de Permanente Vertegenwoordiging bij de EU in Brussel, waarbij de centrale overheid als eerste in beeld komt. Ook een veroordelend arrest van het Hof zal altijd luiden dat "de lidstaat zijn verplichtingen niet is nagekomen". Het niet uitvoeren van een communautaire verplichting door een decentrale overheid levert daarom hoe dan ook een schending van het Europese recht door de lidstaat op.

Uit het Europese recht kunnen al dan niet rechtstreeks bevoegdheden en verplichtingen voor de decentrale overheid voortvloeien. De verschillende aanbestedingsrichtlijnen vormen een voorbeeld van richtlijnen die zich rechtstreeks tot de decentrale overheden richten⁷. Een voorbeeld waar hier juist geen sprake van is, betreft de Notificatierichtlijn 98/34/EG⁸. Deze richtlijn richt zich voor de melding van technische voorschriften uitsluitend tot de lidstaten⁹. Problematisch is te bepalen welke regels bij een (vermeend) niet-correcte omzetting moeten worden gevolgd door de decentrale overheden. Duidelijk is dat decentrale overheden voortdurend alert moeten blijven, ook als een richtlijn door de centrale wetgever is omgezet.

6.2.2 Rechtstreekse werking, richtlijnconforme interpretatie en de toepassing ervan in verschillende rechtsrelaties

Decentrale overheden kunnen zich onder hierna uit te werken omstandigheden tegenover de centrale overheid beroepen op communautaire verplichtingen en bij een conflict tussen de nationale wetgeving en communautaire voorschriften het nationaal recht buiten toepassing laten of hieraan een interpretatie en toepassing geven welke in overeenstemming is met de bepalingen van het EG-recht. Eén en ander vloeit voort uit de hierna te noemen jurisprudentie van het Hof met betrekking tot de rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen en met betrekking tot de 'richtlijnconforme' interpretatie van op zichzelf niet rechtstreeks werkende bepalingen van richtlijnen. De afdwingbaarheid in rechte van het Gemeenschapsrecht ten laste van decentrale overheden, bevestigt dat, ook al kan de Commissie de decentrale overheden niet rechtstreeks aanspreken ex artikel 226 EG (inbreukprocedure), deze overheden als

⁶ Zie recentelijk arrest van 14 mei 2002, zaak C-383/00, Commissie/ Duitsland, nog niet gepubliceerd in de jurisprudentie, punt 18, waar deze lijn nogmaals bevestigd wordt.

⁷ Zie bijvoorbeeld artikel 1, sub b, van Richtlijn Diensten (Richtlijn 92/50/EEG). (PbEG 1992, L 209/1).

⁸ Richtlijn 98/34/EG van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PbEG 1998, L 204/37).

⁹ De richtlijn stelt namelijk een meldingsplicht aan maatregelen die gelden "in een lidstaat of in een groot deel van een lidstaat", waardoor in Nederland maatregelen van provincies, gemeenten en waterschappen niet onder de meldingsplicht vallen.

zelfstandige dragers van communautaire verplichtingen moet worden aangemerkt (zie ook hiervoor).

6.2.2.1 Rechtstreekse werking van EG-richtlijnbevestigingen en de toepassing ervan in verschillende rechtsrelaties

Hieronder volgt een samenvatting van jurisprudentie van het Hof van Justitie die van belang is voor het vraagstuk 'rechtstreekse werking van richtlijnbevestigingen'. Vervolgens wordt nader ingegaan op deze jurisprudentie en op de praktische betekenis ervan voor de toepassing van richtlijnbevestigingen door decentrale overheden.

De relevante jurisprudentie laat zich als volgt samenvatten:

- a. wanneer de bevestigingen van een richtlijn inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig lijken te zijn, kunnen particulieren zich op die bevestigingen beroepen tegenover elk nationaal voorschrift dat niet met die richtlijn in overeenstemming is. De rechten welke de richtlijn beoogt toe te kennen aan particulieren en welke deze moeten kunnen doen gelden tegenover de Staat, moeten worden erkend (zaak 8/81, Becker, Jur. 1982, blz. 53; zaak 103/88, Fratelli Costanzo, Jur. 1989, blz. 1839; zaak C-319/97, Kortas, Jur. 1999, blz. I-3143);
- b. wanneer de bevestigingen van een richtlijn aan de lidstaten een beoordelingsruimte laten, mogen de nationale uitvoeringsmaatregelen deze beoordelingsruimte niet overschrijden (zaak 51/97, VNO, Jur. 1977, blz. 113; zaak C-72/95, Kraaijeveld, Jur. 1996, blz. I-5431);
- c. na de voor uitvoering van een richtlijn gestelde termijn mag een lidstaat zijn nationale, nog niet aan die richtlijn aangepaste, wetgeving niet toepassen op degene die overeenkomstig de bevestigingen van die richtlijn handelt (zaak 148/87, Ratti, Jur. 1978, blz. 1646; gevoegde zaken C-178, 188-190/94, Dillenkofer, Jur. 1996, blz. I-1848; zaak C-319/96, Brinkmann, Jur. 1998, blz. I-5255);
- d. bevestigingen van richtlijnen kunnen worden ingeroepen tegen *alle* overheidsorganen (zie onder meer zaak 103/88, Costanzo, Jur. 1989, blz. 1839; zaak 142/84, Marshall, Jur. 1986, blz. 723; zaak 224/84, Johnston, Jur. 1986, blz. 1651);
- e. lidstaten mogen tijdens de implementatietermijn van richtlijnen geen regelingen vaststellen die met de richtlijn strijdig zijn, indien en voor zover deze niet meer tijdig, dat wil zeggen vóór het verstrijken van de implementatietermijn kunnen worden aangepast. Dit geldt alleen, indien ook daadwerkelijk vaststaat dat er van een dergelijke strijdigheid sprake is (zaak C-129/96, Inter Environnement Wallonie, Jur. 1997, blz. I-7411 en zaak C-477/98, Eurostock, Jur. 2000, blz. I-1695);
- f. aan particulieren kunnen richtlijnen uit zichzelf geen verplichtingen opleggen en een bevestiging van een richtlijn kan als zodanig niet tegenover een particulier worden ingeroepen (zaak 152/84, Marshall, Jur. 1986, blz. 723; zaak 80/86, Kolpinghuis, Jur. 1987, blz. 3969; zaak C-168/95, Arcaro, Jur. 1996, blz. I-4705);
- g. een particulier kan zich ten opzichte van een andere particulier in een geschil niet beroepen op bevestigingen van een richtlijn (zaak 152/84, Marshall, Jur. 1986, blz. 723; zaak 221/88, Busseni, Jur. 1990, blz. I-485; zaak C-91/92, Faccini Dori, Jur. 1994, blz. I-3325);

- h. daarentegen kan een particulier zich ten opzichte van een andere particulier wel beroepen op de onverbindendheid van nationale regelgeving met een richtlijn (zaak C-194/94, CIA Securitel, Jur. 1996, blz. I-2201);
- i. een richtlijn kan niet uit zichzelf en onafhankelijk van een door een lid-staat ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde nationale wet bepalend zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid van degene die in strijd met haar bepalingen handelen, noch deze aansprakelijkheid verzwaren (zaak 80/86, Kolpinghuis, Jur. 1987, blz. 396; zaak C-168/95, Arcaro, Jur. 1996, blz. I-4705).

Bepalend voor het antwoord op de vraag in welke rechtsrelaties (rechtstreeks werkende) richtlijnbevestigingen door decentrale overheden mogen worden toegepast is de rechtsgrondslag voor richtlijnen, artikel 249 van het EG-Verdrag (voorheen artikel 189)¹⁰.

Verticale werking van richtlijnbevestigingen en het verbod op omgekeerde verticale werking

Het Hof van Justitie heeft in diverse (hiervoor genoemde) uitspraken geoordeeld dat particulieren zich (bij gebrekkige implementatie) ten opzichte van de overheid op richtlijnbevestigingen kunnen beroepen wanneer die bepalingen inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn.¹¹ Dit wordt de verticale werking van richtlijnbevestigingen genoemd. De redenering van het Hof is dat het onverenigbaar zou zijn met de dwingende werking die in artikel 249 EG-Verdrag aan de richtlijn wordt toegekend, om principieel uit te sluiten dat de daarbij opgelegde verplichting door betrokken personen kan worden ingeroepen. Hieraan heeft het Hof de gevolgtrekking verbonden dat een lidstaat die door de richtlijn voorgeschreven uitvoeringsmaatregelen niet tijdig heeft getroffen het feit dat hij zijn verplichtingen niet is nagekomen niet aan particulieren kan tegenwerpen.

Omgekeerd is het volgens het Hof niet mogelijk dat de overheid zich ten opzichte van particulieren beroept op een richtlijnbevestiging die gebrekkig is omgezet in nationale regelgeving.¹² Dit wordt het verbod op omgekeerde verticale werking genoemd.¹³ De redenering hier is dat, gelet op artikel 249 van het EG-Verdrag, het dwingende karakter van een richtlijn slechts bestaat ten aanzien van “elke lidstaat waarvoor zij bestemd is”, waaruit volgt dat een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen. De achterliggende gedachte is dat een staat geen voordeel mag hebben bij miskennis van het gemeenschapsrecht.

Directe en indirecte horizontale werking van richtlijnbevestigingen

In een aantal uitspraken heeft het Hof geoordeeld over de vraag of een richtlijn, die uit haar aard en volgens vaste rechtspraak uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen, bij gebreke van omzettingsmaatregelen in geschillen tussen particulieren kan worden ingeroepen. Het Hof oordeelde hierover dat indien de rechtspraak over de verticale werking van richtlijnbevestigingen zou worden uitgebreid tot de betrekkingen tussen particulieren (directe horizontale werking) dit erop neer zou komen dat aan de gemeenschap de bevoegdheid wordt toegekend met onmiddellijke werking de particulieren verplichtingen op te leggen door middel van een richtlijn, terwijl zij dit alleen kan wanneer haar de

¹⁰ Artikel 249 van het EG-Verdrag bepaalt, voorzover van belang, dat een richtlijn verbindend is ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch dat aan de nationale instanties de bevoegdheid wordt gelaten vorm en middelen te kiezen.

¹¹ Zie de hiervoor genoemde uitspraken Becker, Fratelli Costanzo, Kortas, Marshall en Johnston.

¹² Zie de hiervoor genoemde uitspraken Marshall, Kolpinghuis, Arcaro en Busseni.

¹³ Dit verbod wordt ook door de nationale rechter gerespecteerd, zie ABR 29 mei 2001, JB 2001, nr. 179.

bevoegdheid is toegekend om verordeningen vast te stellen¹⁴. In dit soort gevallen, indien de omzetting van de richtlijn gebreken kent, zal door toepassing van decentrale overheden van artikel 10 EG-Verdrag en via richtlijnconforme interpretatie van de rechter tot een oplossing moeten worden gekomen. Als het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet via uitlegging kan worden bereikt, is de lidstaat gehouden tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt doordat een richtlijn niet is omgezet. Het toepassen van richtlijnbevestigingen in particuliere rechtsrelaties druist, zo blijkt uit deze uitspraken, te zeer in tegen de aard van de richtlijnbevestiging, zoals neergelegd in artikel 249 van het EG-Verdrag.

Dat neemt niet weg dat het invoeren van richtlijnbevestigingen tegenover de overheid door een particulier (de geoorloofde verticale werking) gevolgen kan hebben voor andere betrokken particulieren. Over de horizontale effecten die in zo'n geval kunnen optreden heeft het Hof zich tot nu toe niet afwijzend uitgelaten. Volgens de literatuur heeft het Hof de aanvaardbaarheid van deze werking zelfs impliciet geaccepteerd in de zaken *Fratelli Costanzo*, *Kraaijeveld en Bozen*¹⁵. Overigens krijgt het indirecte horizontale effect in de nationale bestuursrechtelijke rechtspraak duidelijk meer ruimte¹⁶. Waar mogelijk verdient het daarom aanbeveling een rechterlijke uitspraak te krijgen.

Tussenconclusie toepassing rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen

De ICER leidt uit deze rechtspraak voor de decentrale overheid het volgende af.

Indien geen sprake is van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen, dient de decentrale overheid:

- a. de Europese bevestiging toe te passen indien die bevestiging zich rechtstreeks tot de decentrale overheid richt; en
- b. in andere gevallen de nationale norm toe te passen, daarbij door richtlijnconform te interpreteren de verwezenlijking van het resultaat van de richtlijn zoveel mogelijk te bewerkstelligen.

Indien sprake is van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen, moet onderscheid worden gemaakt tussen:

- a. een voor de particulier begunstigende richtlijnbevestiging, en
- b. een voor de particulier bezwarende richtlijnbevestiging.

In het geval het een begunstigende bevestiging betreft, dient de decentrale overheid de Europese norm uit de richtlijn toe te passen (verticale werking).

In het geval het een bezwarende bevestiging betreft, dient de decentrale overheid de nationale norm toe te passen (verbod op omgekeerde verticale werking). Een richtlijnbevestiging kan nooit uit zichzelf, zonder omzettingswetgeving, bevestigend zijn voor de strafrechtelijke aansprakelijkheid of die strafrechtelijke aansprakelijkheid verzwaren. De ICER is van mening dat dit beginsel ook op het terrein van het bestuursrecht van toepassing moet worden geacht, hoewel jurisprudentie op dat vlak nog ontbreekt.

¹⁴ Zie overweging 24 van *Faccini Dori*.

¹⁵ C. Backes, AB 2000, 39; Jans e.d., *Europees milieurecht in Nederland*, blz. 268 en J.H.Jans en J.M. Prinszen, "Direct Effect: Convergence of Divergence? A comparative Perspective" in *Direct Effect, Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, J.M. Prinszen en A. Schrauwen, Groningen 2002, blz. 116.

¹⁶ Zie bijvoorbeeld AGvB 29 november 1991, M en R, blz. 472; Vz AGvB 19 december 1991, G05.01.1179.P90 en B05.91.0758, AB 1992, nr. 122; ABR 7 augustus 1997, M en R Jurisprudentie 1997, nr. 125; Vz ABR 11 september 2001, 200103458/1, AB 2001, nr. 391 en ABR 11 juli 2001, nr. 200004042/1.

6.2.2.2 Richtlijnconforme interpretatie

Het is vaste rechtspraak van het Hof dat de uit een richtlijn voortvloeiende verplichting van de lidstaten om het daarmee beoogde doel te verwezenlijken geldt voor alle met overheidsgezag beklede instanties (zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jur. 1984, blz. 1891).

Hieruit leidt de ICER af dat ook decentrale de nationale wetgeving moeten interpreteren in het licht van de bepalingen van richtlijnen (zaak 14/83, Von Colson en Kamann, Jur. 1984, blz. 1891; zaak 80/86, Kolpinghuis, Jur. 1987, blz. 3969; zaak 106/89, Marleasing, Jur. 1990, blz. I-4135). De ICER is van mening dat de decentrale overheid bij vermeende strijdigheid tussen nationale wetgeving en EG-regelgeving eerst zelf moet nagaan of richtlijnconforme interpretatie een uitweg kan bieden¹⁷. In feite worden daarmee de Europese en nationale regelgeving alsnog verzoend: er is geen sprake meer van strijdigheid. Richtlijnconforme interpretatie kan echter nooit zo ver gaan dat de nationale regelgeving 'contra legem' wordt toegepast¹⁸. Het bevoegde gezag zal met deze wijze van opereren binnen de bevoegdheden moeten blijven die de nationale wetgeving hem geeft en bovendien de grenzen die de Europese rechtspraak geeft (beginselen van rechtszekerheid en van verbod op terugwerkende kracht) moeten respecteren. Daarbij moet met nadruk worden gewezen op de problematiek van de rechtspraak van richtlijnbevestigingen in verschillende rechtsrelaties die hiervoor is beschreven. De beleidsruimte die het bevoegd gezag op grond van de nationale wetgeving heeft dient te worden benut om het resultaat van de richtlijn te verwezenlijken.

6.2.3 Handhaving

Voor zover richtlijnen op tijd zijn geïmplementeerd, staat het de lidstaten vrij, dus ook de decentrale overheden, te kiezen voor bestuursrechtelijke, strafrechtelijke of bestuursrechtelijke handhaving van EG-bepalingen of een combinatie van die regimes¹⁹. Wanneer richtlijnen evenwel niet op tijd zijn geïmplementeerd, mogen geen handhavende maatregelen worden getroffen op basis van niet (tijdig) omgezette normen van een richtlijn. Dit volgt uit de hiervoor genoemde arresten Marshall, Kolpinghuis en Arcaro. De ICER is van mening dat dit zowel voor strafrechtelijke als bestuursrechtelijke handhaving geldt, hoewel jurisprudentie op het laatstgenoemde rechtsgebied nog ontbreekt (zie ook hiervoor).

6.2.4 Communautaire invloed op het overheidsaansprakelijkheidsrecht in Nederland

Het EG-Hof van Justitie heeft in een reeks van uitspraken het beginsel van overheidsaansprakelijkheid voor schendingen van EG-recht erkend²⁰. Deze aansprakelijkheid heeft betrekkingen op alle mogelijke schendingen van gemeenschapsrecht. Het maakt daarbij niet uit door welk orgaan van een lidstaat de schending is gepleegd: het kan gaan om een orgaan van het centrale of decentrale bestuur, om de wetgever en om de rechter. Ten slotte is evenmin van belang of de schending is gepleegd door een besluit of beschikking, door een wet in formele of materiële zin of door een andere overheidshandeling.

De voorwaarden waaronder deze communautaire aansprakelijkheid van de lidstaat ontstaat, zijn eveneens door het Hof vastgesteld. In de eerste plaats moet de geschonden regel van EG-

¹⁷ Zie de hiervoor genoemde uitspraak Von Colson en Kamann waarin in punt 26 uitdrukkelijk wordt gezegd dat de richtlijnconforme interpretatie, naast rechters, ook geldt voor "alle met overheidsgezag beklede instanties" (m.a.w. ook decentrale overheden). Zie ook S.Prechal, *Directives in European Community Law*, Oxford 1995, blz. 205.

¹⁸ Zie ook S. Prechal, o.c., blz. 217, 227, 347, 348.

¹⁹ ICER-advies EG-eisen aan handhaving (ICER 2001-01/06), punt 3 en het daarbij behorende rapport, blz. 8.

²⁰ Gevoegde zaken C-6/90, Francovich, Jur. 1991, blz. I-5357; Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pêcheur en Factortame III, Jur. 1996, blz. I-1029; Gevoegde zaken C-178, t/m C-190/94, Dillenkofer, Jur. 1996, blz. I-4845 zaak C-392/93, British Telecommunications, Jur. 1996, blz. I-1631; zaak C-5/94, Hedley Thomas, Jur. 1996, blz. I-2553; zaak C-319/96, Brinkmann Tabakfabrikaten, Jur. 1998, blz. I-5255.

recht ertoe strekken aan particulieren rechten toe te kennen. In de tweede plaats moet de schending voldoende gekwalificeerd zijn. Of er sprake is van een voldoende gekwalificeerde schending hangt af van de mate van beoordelings- of beleidsruimte die het EG-recht aan de lidstaat laat. Is er (vrijwel) geen beoordelingsruimte dan is elke schending voldoende gekwalificeerd. Laat het EG-recht de lidstaat meer ruimte dan is er pas sprake van aansprakelijkheid wanneer de lidstaat de grenzen waarbinnen zijn discretionaire bevoegdheid moet blijven kennelijk en ernstig heeft miskend. In de derde en laatste plaats moet er een direct causaal verband bestaan tussen de schending en de door particulieren geleden schade. Nadien heeft het Hof in de Oostenrijkse zaak Konle uitgemaakt dat in een federatie de schade toegebracht aan particulieren door met het gemeenschapsrecht strijdige nationale maatregelen niet per se door de bondsstaat moet worden vergoed. Wanneer het nationale recht van de lidstaat de mogelijkheid kent om decentrale overheden aansprakelijk te stellen voor de door hen toegebrachte schade, verzet het gemeenschapsrecht zich daar niet tegen als de schade maar wordt vergoed.²¹

Voor Nederland is de rechtspraak van het Hof niet ingrijpend omdat de communautaire voorwaarden voor het ontstaan van aansprakelijkheid moeten worden gezien als minimumvereisten²². De communautaire grondslag sluit niet uit dat een staat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk kan zijn. Voor Nederland geldt voor onrechtmatige besluitvorming en onrechtmatige wetgeving risico-aansprakelijkheid, waarbij het niet uitmaakt of de overheid enig verwijt kan worden gemaakt van het onrechtmatig handelen en al evenmin of het gaat om ernstige of minder ernstige schending van het recht. Ook onzekerheden omtrent de betekenis van wettelijke voorschriften en wijzigingen in de jurisprudentie komen voor rekening en risico van de overheid²³. Dit verder gaand aansprakelijkheidsregime moet in Nederland op alle schendingen van recht, ook die van EG-recht, worden toegepast.

Het nationale recht blijft ook van belang voor de verdere uitwerking en processuele inbedding van de op het communautair recht gebaseerde aansprakelijkheidsacties. Vanwege het uitgangspunt van nationale procesrechtelijke autonomie worden zaken als de bevoegde rechter, het toepasselijke procesrecht en de mogelijkheid van regres tussen overheden wanneer een schending van het EG-recht aan diverse overheden kan worden toegerekend, door het nationale recht bepaald. Daarbij geldt dat op het EG-recht gebaseerde schadevorderingen door het nationale recht niet ongunstiger mogen worden behandeld dan soortgelijke op het nationale recht gebaseerde vorderingen (beginsel van non-discriminatie of equivalentie) en dat het nationale procesrecht het verkrijgen van schadevergoeding niet uiterst moeilijk of onmogelijk maakt (beginsel van effectiviteit).

6.2.5 De aansprakelijkheidsrisico's voor decentrale overheden ten opzichte van particulieren

In het voorgaande is vastgesteld dat decentrale overheden op grond van het EG-recht aansprakelijk zijn voor hun schendingen van het EG-recht, maar dat deze aansprakelijkheid voor het overige wordt bepaald door het nationale recht. In het navolgende wordt aandacht besteed aan de situatie dat een decentrale overheid EG-recht schendt als gevolg van een met het EG-recht strijdige regeling. In het kader van de adviesaanvraag wordt alleen gekeken naar de situatie dat de nationale regelgeving een EG-regelgeving schendt omdat de richtlijn niet of niet correct is omgezet.

Voor deze schendingen moeten drie vragen worden beantwoord. Ten eerste, is de decentrale overheid in deze situatie verplicht het EG-recht, meer in het bijzonder een richtlijn,

²¹ Zaak C-302/97, Konle, Jur. 1999, blz. I-3099, punt 63.

²² Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93, Brasserie du Pêcheur en Factortame III, Jur. 1996, blz. I-1029, punt 66.

²³ Onder meer: HR 24 januari 1969, Pocketbook II, AB 1969, blz. 194; Van Gelder, AB 1986, 429, m.n.t FH vdB.

zelfstandig toe te passen en daarbij de hiermee strijdige regeling buiten toepassing te laten? In de tweede plaats- als de eerste vraag positief moet worden beantwoord- levert het niet nakomen van deze verplichting aansprakelijkheid op voor de decentrale overheid? In de derde plaats- als de tweede vraag ook positief moet worden beantwoord- hoe zit het met de verdeling van aansprakelijkheid en de mogelijkheid van regres tussen de decentrale overheid en de centrale overheid die de met het EG-recht strijdige regeling heeft vastgesteld?

De eerste vraag zal in bepaalde gevallen bevestigend moeten worden beantwoord. Bijvoorbeeld in zaak 103/88, Fratelli Costanzo²⁴ heeft het Hof uitgemaakt, dat (ook) decentrale overheden verplicht zijn rechtstreeks werkende bepalingen van een richtlijn toe te passen en de met de richtlijn strijdige nationale regelgeving buiten toepassing te laten (zie bespreking van de verticale werking hiervoor). Komt de decentrale overheid deze toepassingsplicht niet na, dan zal het met de richtlijn strijdige besluit worden vernietigd. Een illustratie hiervan biedt een uitspraak van de AbRS van 13 juli 1999²⁵. In casu hadden Burgemeester en Wethouders van Delfzijl vergunning verleend voor een vleesvarkensbedrijf waarbij conform de nationale regelgeving geen milieu-effectrapportage (m.e.r.) had plaatsgevonden. De Afdeling stelde vast dat de nationale m.e.r.-regelgeving voorzover daarin geen m.e.r.-plicht voor het oprichten van stallen was voorgeschreven, in strijd was met rechtstreeks werkende bepalingen van de EG-m.e.r.-richtlijn en derhalve buiten toepassing moest blijven. Burgemeester en Wethouders hadden daarom bij verlening van de vergunning de m.e.r.-richtlijn zelf moeten toepassen. Nu dit niet was gebeurd werd de vergunning vernietigd.

De tweede vraag- die naar de aansprakelijkheid voor de niet nakoming van deze decentrale toepassingsplicht- is eenvoudig te beantwoorden. Zoals bij alle schendingen van recht door overheden het geval is, is de decentrale overheid ook aansprakelijk voor de schendingen van de communautaire toepassingsplicht met betrekking tot richtlijnen²⁶. Daarbij maakt het niet uit dat de decentrale overheid geen verwijt kan worden gemaakt, omdat zij tot deze schending "gedwongen" is door de nationale regelgeving. Het nationale aansprakelijkheidsrecht gaat immers uit van risico-aansprakelijkheidsrecht waarbij de schuldvraag geen rol speelt.

Ten slotte is er de vraag naar de verdeling van de aansprakelijkheid. Deze vraag is relevant omdat in de hier besproken situatie behalve de decentrale overheid wegens het niet nakomen van de toepassingsplicht ook de nationale overheid, de Staat, aansprakelijk is omdat deze nationale regelgeving heeft vastgesteld die in strijd is met het EG-recht, dan wel heeft nagelaten EG-recht tijdig en correct te implementeren.

Welke van beide overheden aansprakelijk wordt gesteld wordt eerst en vooral bepaald door de particulier die zijn schade vergoed wil hebben. Hij kan de Staat voor de burgerlijke rechter dagen op grond van onrechtmatige -namelijk met het EG-recht strijdige- (niet) wetgeving. Hij kan ook de decentrale overheid aanspreken wegens het verzaken van de verplichting om het EG-recht zelfstandig toe te passen. Heeft de schending van deze verplichting plaatsgevonden bij het nemen van een bij de bestuursrechter appellabel besluit, dan kan deze schadevordering via artikel 8:73 Algemene wet bestuursrecht (Awb), dan wel via de weg van het uitlokken van een zelfstandig schadebesluit bij de bestuursrechter aanhangig worden gemaakt. De particulier kan er ook voor kiezen om de claim tegen de decentrale overheid bij de burgerlijke rechter in

²⁴ Jur. 1989, blz. 1839. Zie ook zaak C-435/97, Bozen/WWF, Jur. 1999, blz. I-5613.

²⁵ AbRS 13 juli 1999, AB 1999, 441, m.nt. ChB.

²⁶ zie bijv. Rb. Utrecht 25 oktober 1995, JB 1995, 305, m.nt. Lefevère, Rawb 1996, 24, m.nt. De Lange.

te dienen.²⁷ Wordt de schadevordering ingesteld tegen de decentrale overheid, dan staat deze overheid voor de vraag hoe zij de schadevergoeding kan verhalen op de Staat. Deze vraag moet worden opgelost met behulp van het nationale recht. Omdat het bestuursrecht op dit punt geen voorziening biedt, moet de decentrale overheid daarbij gebruik maken van het privaatrecht. Is de decentrale overheid reeds tot schadevergoeding veroordeeld dan zal zij een actie uit onrechtmatige daad moeten instellen bij de burgerlijke rechter tegen de Staat (art. 6:162 BW). Worden beide overheden door een particulier bij de burgerlijke hoofdelijk aansprakelijk gesteld, dan is er het instrument van regres of verhaal op grond van artikel 6:10 BW. Ten slotte is het, in het geval de decentrale overheid bij de burgerlijke rechter aansprakelijk wordt gesteld, mogelijk dat deze overheid de Staat in dezelfde procedure in vrijwaring oproept (art. 68 e.v. Rv.). Vermeld verdient evenwel dat over deze vormen van regres de Hoge Raad nog geen uitspraak heeft gedaan²⁸.

7. Beantwoording van de vragen

Op grond van het bovenstaande komt de ICER tot de volgende beantwoording van de aan haar voorgelegde vragen.

Eerste vraag onder a

Uitgangspunt is dat vertrouwd mag worden op de juistheid van de nationale wetgeving. De ICER wijst op de noodzaak van overleg tussen decentrale en centrale overheid in deze kwesties.

Hoewel de literatuur hierover niet eensluidend is en de jurisprudentie geen eenduidig antwoord geeft, is de ICER van mening dat de decentrale overheid ook eigener beweging (dat wil zeggen: zonder rechterlijke uitspraak) allereerst na zou moeten gaan of richtlijnconforme interpretatie een uitweg kan bieden. In feite worden daarmee de Europese en nationale regelgeving verzoend: door de conforme interpretatie biedt de nationale regelgeving alsnog een juiste implementatie. Richtlijnconforme interpretatie kan echter nooit zo ver gaan dat de nationale regelgeving ‘contra legem’ wordt toegepast. Het bevoegde gezag zal met deze wijze van opereren bovendien binnen de bevoegdheden moeten blijven die de nationale wetgeving hem geeft en daarbij de grenzen die de Europese rechtspraak geeft (beginselen van rechtszekerheid en van verbod op terugwerkende kracht) moeten respecteren. De beleidsruimte die het bevoegd gezag op grond van de nationale wetgeving heeft dient te worden benut om het resultaat van de richtlijn te verwezenlijken.

De decentrale overheid zal, als richtlijnconforme interpretatie geen uitweg biedt, vervolgens moeten beoordelen of de betreffende richtlijnbepalingen rechtstreekse werking hebben of niet.

Indien geen sprake is van rechtstreeks werkende richtlijnbepalingen, dient de decentrale overheid:

a. de Europese bepaling toe te passen indien die bepaling zich rechtstreeks tot de decentrale overheid richt; en

²⁷ HR 17 december 1999, Raatgever, JB 2000, 4, m. nt. FAMS; AB 2000, 89, m.nt. PvB.

²⁸ Wel echter de lagere rechtspraak met betrekking tot regres van een decentrale overheid op de centrale overheid: Rb. Utrecht 25 oktober 1995, Lubsen t. Staat en gemeente Abcoude, JB 1995/ 305, m. nt. J. Lefevère.

b. in andere gevallen de nationale norm toe te passen, maar deze toch zoveel mogelijk richtlijnconform te interpreteren teneinde het beoogde resultaat van de richtlijn optimaal te bewerkstelligen.

Indien sprake is van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen, moet onderscheid worden gemaakt tussen:

- a. een voor de particulier begunstigende richtlijnbevestiging, en
- b. een voor de particulier bezwarende richtlijnbevestiging.

In het geval het een begunstigende bevestiging betreft, dient de decentrale overheid de Europese norm uit de richtlijn toe te passen (verticale werking).

In het geval het een bezwarende bevestiging betreft, dient de decentrale overheid de nationale norm toe te passen (verbod op omgekeerde verticale werking).

Eerste vraag onder b

De situatie, die in het tweede deel van de eerste vraag aan de orde is, ligt gecompliceerd, omdat in de rechtsverhouding die bij deze vraag aan de orde is, naast de verticale verhouding tussen decentrale overheid en particulier ook een derde betrokken is. De derde kan bijvoorbeeld betreffen een bezwaarmakende belanghebbende of een tegenpartij met wie de particulier in geschil is. Wat voor de ene particulier begunstigend is, kan voor de andere bezwendend zijn. Hier is de rechtspraak nog niet volledig uitgekristalliseerd, en kan de ICER dan ook slechts met terughoudendheid adviseren.

Vanuit dezelfde overweging waaruit het verbod op omgekeerde verticale werking voorkomt, namelijk dat richtlijnen zelf geen verplichtingen aan particulieren kunnen opleggen, wordt in de analyse van de jurisprudentie van het Hof ook algemeen uitgegaan van een verbod op horizontale werking. Particulieren kunnen tegen elkaar geen beroep doen op een niet geïmplementeerde richtlijnbevestiging. Aan de rechtspraak van het Hof kan echter ook worden ontleend dat, daar waar de overheid vanwege de verticale werking een richtlijnbevestiging dient toe te passen, het geaccepteerd wordt dat er daardoor tevens horizontale effecten optreden. In de relatie tussen particulieren blijft de verticale werking niet zonder betekenis (indirect horizontaal effect). Bovendien kan een derde-belanghebbende zich beroepen op voor hém gunstige rechtstreeks werkende bevestigingen, die voor de ('eerste') particulier ongunstig uitwerkt in zijn rechtsverhouding met de overheid.

De ICER beveelt aan, met de noodzakelijke terughoudendheid vanwege het op dit moment nog ontbreken van een eenduidige lijn in Europese jurisprudentie, het indirecte horizontale effect in die zin beperkt toe te passen dat dit er nooit toe leidt dat handhavende maatregelen worden genomen waarmee een niet in de nationale regelgeving omgezette norm wordt afgedwongen. Indirect horizontaal effect kan zich bovendien per definitie alleen voordoen als neveneffect. Omdat hier een grijs gebied ligt ("Waar slaat indirect horizontaal nadeel om in de verboden vormen van horizontale of omgekeerde verticale werking?"), en vanwege het ontbreken van Europese jurisprudentie op dit punt, zouden decentrale overheden terughoudend moeten zijn met het eigener beweging toekennen van vergaand indirect horizontaal effect. De nationale rechtspraak biedt hierin overigens meer aanknopingspunten dan de Europese, waarbij het indirecte horizontale effect behoorlijk de ruimte lijkt te krijgen. Waar mogelijk verdient het daarom aanbeveling een rechterlijke uitspraak te verkrijgen. Ook in deze gevallen is overleg met het voor de implementatie verantwoordelijke ministerie aanbevelenswaardig.

Tweede vraag

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.

Strikt juridisch gezien mag de decentrale overheid zich niet laten leiden door aansprakelijkheidskwesties bij het beantwoorden van de vraag of een richtlijnnorm moet worden toegepast of niet; die vraag wordt zoals hiervoor werd aangegeven door andere factoren bepaald. In de praktijk is het aan te bevelen bewust om te gaan met aansprakelijkheidsvragen. Zoals onder vraag drie wordt besproken kan de opstelling van de decentrale overheid van belang zijn bij de latere vraag welk overheidsorgaan uiteindelijk de schade moet dragen.

Derde vraag

Denkbaar is dat de decentrale overheid de schade, veroorzaakt door het onjuist toepassen van een EG-richtlijn, op de centrale overheid kan verhalen. Dat zullen met name gevallen zijn waarin de decentrale overheid een EG-richtlijn schendt die niet correct door de centrale overheid is omgezet in nationaal recht. In de beantwoording van de eerste vraag is al duidelijk geworden dat er gevallen zijn waar de decentrale overheid de richtlijnnorm niet mag toepassen. Daarbij is ook het beginsel van belang dat de decentrale overheid mag vertrouwen op de juistheid van de nationale regelgeving. Wordt in een geval als hier bedoeld een schadevordering ingesteld tegen de decentrale overheid, dan staat deze voor de vraag of en hoe zij de schade kan verhalen op de centrale overheid. Deze vraag moet in beginsel worden opgelost aan de hand van het nationaal recht. Omdat het bestuursrecht voor deze gevallen geen voorziening heeft getroffen, moet de decentrale overheid zich bedienen van het civiele recht. De decentrale overheid die is veroordeeld tot schadevergoeding zal dan een actie uit onrechtmatige daad kunnen instellen bij de burgerlijke rechter tegen de centrale overheid, de Staat (art. 6:162 BW). Over de vraag of een dergelijke regresactie voor de decentrale overheid resultaat kan opleveren is nog geen rechtspraak van de Hoge Raad voorhanden. Wel is er lagere rechtspraak waarin het standpunt wordt ingenomen dat decentrale overheden schadevergoeding als gevolg van het niet nakomen van hun toepassingsverplichting van EG recht op de Staat kunnen verhalen, indien de decentrale overheid door de nationale regelgeving werd gedwongen tot de onrechtmatige besluitvorming. Deze lagere rechtspraak vindt inmiddels ook steun in de literatuur.

De ICER komt, gelet op het voorgaande, met betrekking tot de derde vraag tot de volgende conclusies.

Decentrale overheden kunnen ten opzichte van particulieren (risico-)aansprakelijk zijn voor alle schendingen van EG-recht, inclusief het niet nakomen van de op hen rustende verplichting om rechtstreeks werkende EG-richtlijnbepalingen toe te passen in afwijking van nationale regelgeving. Uit literatuur en jurisprudentie kan worden afgeleid dat indien decentrale overheden in het laatste geval door de (onrechtmatige) nationale regelgeving

worden gedwongen tot het schenden van EG-recht, een eventuele schadevergoeding mogelijk kan worden verhaald op de Staat. De positie van de decentrale overheid zal sterker zijn naarmate er meer aanleiding was om op de juistheid van de nationale wetgeving te vertrouwen. Dit vertrouwen is des te meer gerechtvaardigd indien de decentrale overheid een advies van de centrale overheid heeft opgevolgd om de nationale regelgeving toe te passen. Negeert de decentrale overheid op eigen initiatief een Europese bepaling, of wordt de eigen beleidsruimte ten onrechte niet gebruikt om het doel van een richtlijn te verwezenlijken, dan zal de positie zwakker zijn. Ook het ten onrechte negeren van de nationale regelgeving kan uiteraard een grondslag voor schadevergoeding zijn.

Vierde vraag

De antwoorden op de vorige vragen gelden naar de mening van de ICER ook voor zelfstandige bestuursorganen. Hoewel ten aanzien van de zelfstandige bestuursorganen wel gesteld wordt dat er geen sprake is van decentralisatie en dat daarom de term 'decentrale overheden' wordt gereserveerd voor territoriaal gedecentraliseerde overheden, wordt in dit advies de term decentrale overheden ruim opgevat (zie ook hiervoor, § 3, terminologie). omdat deze worden opgevat als functioneel gedecentraliseerde overheden en daarmee vallen onder het begrip "de lidstaat". Alle organen van de lidstaat, derhalve de organen van de centrale overheid, alsmede de organen van de (territoriaal of functioneel) gedecentraliseerde overheden zijn gehouden het gemeenschapsrecht correct toe te passen. Aangaande de verplichting om eventuele schade te vergoeden, moet evenwel een uitzondering worden gemaakt voor zelfstandige bestuursorganen ten opzichte van de overige decentrale overheden. De plicht tot schadevergoeding veroorzaakt door zelfstandige bestuursorganen moet worden aangerekend aan de centrale overheid omdat deze de uitoefening van een bestuurstaak heft opgedragen aan een zelfstandig bestuursorgaan en daarom verantwoordelijk blijft voor de uitoefening van deze taak (vgl. Aanwijzingen nrs. 124a-124z van de Aanwijzingen voor de regelgeving).

Vijfde vraag

Ook voor het antwoord op de vijfde vraag dient te worden onderscheiden tussen rechtstreeks en niet-rechtstreeks werkende bepalingen.

Indien sprake is van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen, moet onderscheid worden gemaakt tussen:

- a. een voor de particulier begunstigende richtlijnbevestiging, en
- b. een voor de particulier bezwarende richtlijnbevestiging.

In het geval het een begunstigende bepaling betreft, dient de decentrale overheid de Europese norm uit de richtlijn toe te passen (verticale werking). In situaties waarin handhavend wordt opgetreden zal echter zelden of nooit sprake kunnen zijn van begunstiging.

In het geval het een bezwarende bepaling betreft, dient de decentrale overheid de nationale norm toe te passen, waar mogelijk richtlijn-conform geïnterpreteerd (verbod op omgekeerde verticale werking). Hoewel de Europese rechtspraak hier alleen voorbeelden uit de strafrechtelijke handhaving kent, moet volgens de ICER worden aangenomen dat voor bestuursrechtelijke handhaving hetzelfde geldt. Een richtlijnbevestiging kan nooit uit zichzelf, zonder omzettingwetgeving, bepalend zijn voor de strafrechtelijk aansprakelijkheid of die strafrechtelijke aansprakelijkheid verzwaren. De richtlijnconforme interpretatie mag er bovendien niet toe leiden dat de beginselen van rechtszekerheid en van het verbod op terugwerkende kracht worden geschonden. Dit lijkt bij voorbaat dan ook een hypothetische kwestie.

Bij dit alles moet ook nog worden gewezen op hetgeen al in antwoord op de eerste vraag onder b werd gesteld: het indirecte horizontale effect mag niet zo ver gaan dat handhavende maatregelen worden genomen waarmee een niet in de nationale regelgeving omgezette norm wordt afgedwongen.

Indien geen sprake is van rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen, is er naar de mening van de ICER geen ruimte voor de decentrale overheid om handhavend op te treden op de Europese norm.

Alles overziend doet de ICER aan elk met handhavingsbevoegdheid bekleed gezag de aanbeveling om niet op te treden ter handhaving van een voor de particulier bezwarende norm uit een EG-richtlijn, welke niet is omgezet in bepalingen van nationaal recht.

Literatuurlijst:

- J.A.Winter, Gevolgen van het Gemeenschapsrecht voor de lagere overheden in Nederland, RegelMaat 1991, blz. 54.
- M. Claes, Aansprakelijkheid van de Staat wegens schending van het gemeenschapsrecht, Jurisprudentie bestuursrecht 1996, afl. 14, blz. 970 e.v.
- R.J.G.M. Widdershoven, Aansprakelijkheid van decentrale overheden voor schendingen van gemeenschapsrecht, Ned. Tijdschrift voor Bestuursrecht 1997, blz. 87 e.v.
- B. Hessel en K.J.M. Mortelmans, Het recht van de Europese Gemeenschappen en de decentrale overheden in Nederland, Deventer 1997, blz. 102.
- J.W. van de Gronden, De implementatie van het EG-milieurecht door Nederlandse decentrale overheden, Deventer 1998
- B. Hessel, Bouwen aan een stad in Europa. Europeesrechtelijk gereedschap voor Leidsche Rijn en Utrecht, Deventer 1999.
- R.J.G.M. Widdershoven, Decentrale overheden, het EG-recht en de aansprakelijkheidsrisico's, de Gemeentestem 2000, blz. 241 e.v.
- J. Gerards, Naleving van het Europese recht door de decentrale overheden: naar een herzien stelsel van toezicht, SEW 2000, blz. 208.
- A.E.Kellermann e.a. , Europees recht en de decentrale overheden in Nederland en België, Den Haag 2002 (verslag symposium van 7 september 2001).
- J.E.M. Polak e.a., Overheidsaansprakelijkheid anno 2002: de stand van de rechtsontwikkeling, Overheid en aansprakelijkheid 2002, blz. 2 e.v.
- T.Hartlief, Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal 2002, blz. 15 e.v.
- J.H. Jans e.a., Inleiding tot het Europees bestuursrecht, Nijmegen 1999.
- J.H. Jans e.a., Europees milieurecht in Nederland, Den Haag 2000
- S. Prechal, Directives in European community law, Oxford 1995
- M. Lenz, D. Sif Tynens en L. Young, Horizontal What? Back to Basics, EL Rev. 2000, blz. 509 e.v.
- J.M. Prinssen en A. Schrauwen, Direct Effect, Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine, Groningen 2002.
- ICER-advies De Europese dimensie van toezicht (ICER 2000-56)
- ICER-advies EG-eisen aan handhaving (ICER 2001-01-06)

Samenstelling werkgroep

Mr. J.M. van der Voet (VROM, Voorzitter)

Mr. N. Bel (BZ)

Mr. F.A.N.J. Goudappel (Ju.)

Mr. M. Kromjongh (LNV)

Mr. K. Sevinga (V&W)

Mr. drs. C.R. van Strijen (BZK)

Mr. L.B.A. Wöltgens (VROM)

Mr J.S. van den Oosterkamp (BZ, tevens secretaris)

Met dank aan Mr. F. Hiltermann (VNG) voor zijn actieve bijdrage aan de werkgroep