

Gemiste vakantie en een lesje staatsrecht van de Hoge Raad

Prof. mr. R.J.B. Schutgens*

HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2723

Voor de staatsrechtelijk geïnteresseerde student is dit een prachtig arrest. Een werkneemster stelt de Staat op basis van de onrechtmatige daad voor zo'n € 1.200 aansprakelijk omdat de Nederlandse wet tijdens ziekte opgebouwde vakantie-uren deed vervallen, wat in strijd is met het EU-recht. De Staat voert enkele fundamentele constitutionele bezwaren tegen deze aansprakelijkstelling aan, waarop de Hoge Raad reageert met een principiële lesje staatsrecht. Hij verduidelijkt de omvang van zijn bevoegdheid om formele wetgeving te toetsen, zowel aan eenieder verbindend verdragsrecht (art. 94 Gw) als aan Unierecht. Ook legt hij uit wat deze toetsingsbevoegdheid betekent voor het overheidsaansprakelijkheidsrecht.

Een goed begrip van deze zaak vereist enig inzicht in wat arbeidsrechtelijke kwesties. Die komen eerst aan bod. Daarna volgen de kernoverwegingen van de Hoge Raad en mijn commentaar.

Casus en juridisch kader

Eiseres was schoonmaakster bij Hectas bedrijfsdiensten. In januari 2007 werd zij ziek en zij bleef dat tot 15 november 2010, toen haar arbeidsovereenkomst met wederzijds goedvinden werd beëindigd. Door haar ziekte heeft zij haar vakantie-uren niet kunnen opnemen. Deze zijn 'blijven staan' en moeten bij de beëindiging van haar contract dus in beginsel worden uitbetaald. Echter, conform artikel 7:635 lid 4 (oud) BW was een groot deel van haar vakantie-uren door haar ziekte vervallen. Volgens eiseres

is deze wetgeving in strijd met het Unierecht. Zij stelt de Staat aansprakelijk voor de tegenwaarde van de vervallen uren.

Op grond van artikel 7 van Richtlijn 2003/88 over de arbeidstijd moet het nationale recht werknemers een vakantie-aanspraak toekennen van minimaal vier weken per jaar 'overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie'. Ook het Nederlandse BW kende en kent werknemers dit minimum toe.¹ Tot 2012 bepaalde artikel 7:635 lid 4 (oud) BW echter in aanvulling daarop dat werknemers die langer dan een half jaar met ziekteverlof waren, hun minimale vakantieaanspraak slechts behielden over het laatste halfjaar waarin zij door ziekte niet konden werken. De tijdens een daarvoor gelegen ziekteperiode opgebouwde vakantie-uren vervielen.

Al in het arrest *Schultz-Hoff* uit 2009 overwoog het Hof van Justitie echter dat Richtlijn 2003/88 de minimum vakantieaanspraak toekent 'aan alle werknemers, ongeacht hun gezondheidstoestand' en dat de richtlijn in de weg staat aan nationale bepalingen volgens welke aan het einde van een arbeidsverhouding 'geen financiële vergoeding wegens niet opgenomen jaarlijkse vakantie met behoud van loon wordt betaald aan de werknemer' die tijdens zijn dienstverband ziek is geweest en daardoor 'geen gebruik heeft kunnen maken van zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon'.² Dat arrest borduurde voort op eerdere rechtspraak over de (eerdere, op rele-

* De auteur dankt zijn collegae Fleuren en De Waele voor hun kritische opmerkingen.

1 Zie art. 7:634 BW.

2 HvJ EU 20 januari 2009, ECLI:EU:C:2009:18 (*Schultz-Hoff*).

vante punten gelijklopende) Arbeidstijdenrichtlijn: in het *Bectu*-arrest uit 2001 overwoog het Hof al dat de jaarlijkse vier weken vakantie met behoud van loon 'een sociaal recht is dat (...) rechtstreeks aan alle werknemers is toegekend als een ter bescherming van hun veiligheid en hun gezondheid noodzakelijk minimumvoorschrift' en dat de richtlijn zich ertegen verzet dat lidstaten het ontstaan van dit recht laten afhangen van voorwaarden waardoor bepaalde werknemers van dit recht worden uitgesloten.³

Hoewel artikel 7 van de Richtlijn de nationale wetgever ruimte geeft om de minimaal aanspraak overeenkomstig lokale gebruiken te regelen, ging het verval van vakantiedagen bij ziekte het Hof dus (in 2009 en mogelijk al in 2001) te ver.

Naar aanleiding van *Schultz-Hoff* verving de Nederlandse wetgever de genoemde regeling van artikel 7:635 lid 4 (oud) BW door de regel dat vakantiedagen pas vervallen een half jaar ná afloop van het jaar waarover zij zijn opgebouwd, tenzij de werknemer redelijkerwijs niet in staat is geweest dat verlof op te nemen.⁴ Deze regeling voldoet wel aan de Unierechtelijke vereisten. Immers, van gezonde werknemers kan best verwacht worden dat zij van het vorig jaar resterende vakantiedagen binnen zes maanden opnemen. Wie ziek is kan dat niet, zodat zijn vakantiedagen onder de nieuwe regeling behouden blijven. De nieuwe bepaling gold echter slechts voor nieuwe gevallen: de wetgever wilde werkgevers niet verplichten om vakantiedagen die zij reeds als vervallen konden beschouwen, alsnog te vergoeden.⁵

De werkneemster in deze zaak stelt daarom de Staat aansprakelijk voor de gemiste vakantie. Volgens haar leverde de uitvaardiging van artikel 7:635 lid 4 (oud) BW een onrechtmatige overheidsdaad op wegens schending van het Unierecht. De kantonrechter en het gerechtshof waren het met haar eens. In cassatie betoogt de Staat echter dat het uitvaardigen van formele wetgeving nooit een onrechtmatige daad kan opleveren. Bovendien stelt de Staat dat de regel uit *Staat/Van Gelder*, die wil dat de 'schuld' voor het uitvaardigen van een onverbindende lagere regeling in beginsel is gegeven, op formele wetgeving niet van toepassing zou zijn (uitleg volgt).

Kernoverwegingen

Onderdeel 1 bestrijdt het oordeel van het hof dat de Staat toerekenbaar onrechtmatig heeft gehandeld. Het voert in de eerste plaats aan dat strijd van wetgeving in formele zin met hogere regelgeving niet kan leiden tot een verplichting tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad omdat de gevolgen van die strijd beperkt zijn tot die welke zijn genoemd in art. 94 Grondwet, te weten dat die wetgeving geen toepassing kan vinden, en dat voor het overige het toetsingsverbod geldt van art. 120 Grondwet.

3.4.2 Deze klacht faalt. Het in art. 94 Grondwet bepaalde brengt mee dat wetgeving in formele zin moet worden getoetst aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van internationale volkenrechtelijke organisaties. Is wetgeving in formele zin in strijd met zulke bepalingen, dan heeft dat niet alleen tot gevolg dat de desbetreffende wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar

ook dat het uitvaardigen en handhaven van die wetgeving onrechtmatig is en daarom op grond van art. 6:162 BW de Staat verplicht tot betaling van schadevergoeding, mits aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad is voldaan.

Dat in dat geval aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad bestaat, strookt met de aan de art. 93 en 94 Grondwet ten grondslag liggende gedachte dat de daar genoemde bepalingen zoveel mogelijk in de nationale rechtsorde tot gelding moeten komen, zonder dat de wetgever daarin afzonderlijk behoefte te voorzien. Daarmee wordt verzekerd dat de rechtstoepassing in Nederland in overeenstemming is met die bepalingen, tot welk resultaat de Staat zich heeft verplicht door zich te binden aan de in deze artikelen genoemde verdragen en besluiten. De verplichting tot vergoeding van schade vormt bij uitstek een effectieve en adequate remedie bij niet-naleving van die bepalingen door de Staat.

Er is dan ook geen grond om voor het uitvaardigen en handhaven van wetgeving in formele zin een uitzondering te maken op het in art. 6:162 BW bepaalde. Het toetsingsverbod van art. 120 Grondwet brengt niet iets anders mee, nu dat verbod ziet op de toetsing van wetgeving in formele zin aan de Grondwet en aan fundamentele rechtsbeginselen, en dat verbod geen betrekking heeft op de toetsing aan bepalingen als bedoeld in art. 94 Grondwet (HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725, NJ 1989/469 (Harmonisatiewet)).

3.4.3 Anders dan het onderdeel betoogt, geldt het hiervoor in 3.4.2 overwogene ook bij strijd met rechtstreeks werkend Unierecht, welk recht krachtens het VWEU uit eigen hoofde in de lidstaten geldt (onder meer HvJEU 5 februari 1963, zaak C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, Jur. 1963, p. 7 (Van Gend & Loos) en HvJEU 15 juli 1964, zaak C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, Jur. 1964, p. 1207 (Costa/ENEL)) en dus ook in de Nederlandse rechtsorde (HR 2 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1797, NJ 2005/80). Er bestaat geen grond om voor dat recht een uitzondering te maken. Integendeel, het van het Unierecht deel uitmakende gelijkwaardigheidsbeginsel verzet zich juist daartegen.

3.4.4 Ook indien het gaat om een te late of onjuiste implementatie van een Europese richtlijn bestaat, anders dan het onderdeel aanvoert, geen grond voor een uitzondering. Weliswaar voert het onderdeel met juistheid aan dat strijd met een niet-tijdig geïmplementeerde richtlijn niet leidt tot het gevolg dat de nationale wetgeving buiten toepassing moet blijven, maar de niet-tijdige of onjuiste implementatie van een richtlijn komt in strijd met de verplichting van de Staat op grond van art. 4 lid 3 VEU en 288 derde volzin VWEU en is om die reden onrechtmatig (vgl. HR 21 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE8462, NJ 2003/691 (Waterpakt)). Dat geldt ook in het geval het gaat om wetgeving in formele zin.

3.5.1 Het onderdeel bevat voorts de klacht dat het hof ten onrechte is uitgegaan van de regel van het arrest *Staat/Van Gelder*, dat in beginsel de schuld is gegeven van het overheidslichaam dat het met een hogere regeling strijdig voorschrift heeft uitgevaardigd.

3.5.2 Deze klacht faalt. In het arrest *Staat/Van Gelder* is beslist dat indien een overheidslichaam een onrechtmatige daad pleegt door een met een hogere regeling strijdig voorschrift uit te vaardigen en op grond van dit voorschrift te handelen, daarmee in beginsel de schuld van het overheidslichaam is gegeven (lees thans: de toerekenbaarheid aan het overheidslichaam is gegeven). Er bestaat onvoldoende grond om deze regel niet toe te passen ingeval wetgeving in formele zin strijdt met rechtstreeks werkend internationaal recht of met de verplichting tot implementatie van een Europese richtlijn. De wetgever in formele zin en dus de Staat draagt immers de verantwoordelijkheid ervoor te zorgen dat de door hem uitgevaardigde wetgeving daarmee in overeenstemming is. Het ligt op de weg van de Staat de feiten en omstandigheden te stellen die in het voorliggende geval een uitzondering op het in dat arrest genoemde beginsel rechtvaardigen.

3 HvJ EU 26 juni 2001, ECLI:EU:C:2001:356 (*Bectu*).

4 Art. 7:640a BW.

5 Zie art. 225 Overgangswet Nieuw BW.

3.5.3 Het hof heeft in dit geval geen grond aanwezig geoordeeld voor een uitzondering op het beginsel van genoemd arrest. Dat geeft geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting. De Staat diende immers in elk geval na het hiervoor in 3.1 onder (v) genoemde Bectu-arrest van het HvJEU rekening te houden met de uitleg van art. 7 van Richtlijnen 93/104 en 2003/88 die het HvJEU met zoveel woorden heeft gegeven in het arrest Schultz-Hoff. In het Bectu-arrest is uitdrukkelijk overwogen (punt 53) dat de uitdrukking in art. 7 lid 1 Richtlijn ‘overeenkomstig de in de nationale wetten en/of gebruiken geldende voorwaarden voor het recht op en de toekenning van een dergelijke vakantie’ slechts betrekking heeft op de toepassingsmodaliteiten van de jaarlijkse vakantie en dat de nationale regelingen het ontstaan zelf van het recht op vakantie niet van enigerlei voorwaarde afhankelijk mogen stellen.

3.5.4 Het hof heeft dus terecht geoordeeld dat sprake is van een toerekenbare onrechtmatige daad van de Staat. Daaruit volgt, anders dan het onderdeel betoogt, dat voor het hof geen aanleiding bestond om de vordering van [verweerster] nog (mede) te beoordelen aan de hand van de maatstaven die door het HvJEU zijn ontwikkeld voor de aansprakelijkheid van de lidstaten voor de niet-naleving van het Unierecht (onder meer HvJEU 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428, NJ 1994/2 (Francovich) en het hiervoor in 3.2.2 genoemde arrest Brasserie du Pêcheur).

Noot

De Hoge Raad stipt in een paar bondige overwegingen een aanzienlijke hoeveelheid complexe leerstukken aan. Hieronder lopen wij de route van de Hoge Raad rustig na, via de gewone wetgevingsaansprakelijkheid (punt 1), langs het verweer van de Staat dat zijn grond vond in de bijzondere eigenschappen van de wet in formele zin (punt 2), met een tussenstop bij *Francovich* (punt 3) en de toetsing van wetten aan regulier verdragsrecht (punt 4) naar het duidelijke eindstation: de Staat is aansprakelijk (punt 5). Tot slot maak ik een opmerking over de leer van de ‘automatische toerekening’ van onrechtmatige overheidsdaden (punt 6).

1 Overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige regelgeving

In de kern zijn de regels voor de wetgevingsaansprakelijkheid van de overheid verrassend eenvoudig. Zij liggen besloten in twee arresten.

Een klassieker is *Pocketbooks II* uit 1969.⁶ Die zaak draaide om een ministeriële regeling die het kruideniers verbod om boeken te verkopen. Deze regeling moest de traditionele boekhandel beschermen, maar de strafrechter verklaarde haar onverbindend wegens strijd met de drukpersvrijheid van artikel 7 van de Grondwet. Twee groot-handelaren die een systeem voor de verkoop van pocketbooks bij de kruidenier hadden opgezet, wilden hun door het (onverbindend gebleken) verbod veroorzaakte schade vergoed zien. Dat bleek mogelijk: volgens de Hoge Raad kan de Staat op grond van de onrechtmatige daad worden

aangesproken voor tekortkomingen bij de uitoefening van zijn regelstellende functie.

In 1986 kwam *Staat / Van Gelder*.⁷ Daar had een onverbindende AMvB-bepaling schade veroorzaakt. De Staat voerde het verweer dat de rechterlijke onverbindendverklaring berustte op een voor hem moeilijk voorzienbare interpretatie van de wet waaraan de betrokken AMvB was getoetst. Hem zou niets te verwijten zijn omdat hij bij uitvaardiging van de AMvB niet kon vermoeden dat deze het bij de rechter niet zou redden. Volgens de Hoge Raad echter levert het uitvaardigen van een regeling die later onverbindend wordt verklaard, een onrechtmatige daad op waarvoor de ‘schuld in beginsel is gegeven’. In de terminologie van artikel 6:162 lid 3 (nieuw) BW heet het, dat een onrechtmatige daad bestaande in de uitvaardiging van een onverbindende regeling op grond van de verkeersopvattingen altijd aan de overheid moet worden toegerekend, ongeacht of haar een verwijt kan worden gemaakt.⁸

De zaak van de schoonmaakster met ziekteverlof leek dus een abc'tje: de Staat heeft een wet uitvaardigd die in strijd bleek met hoger recht, en of hem daarvan een verwijt treft, maakt voor zijn aansprakelijkheid niet uit.

2 Andere regels voor formele wetgeving?

Toch zag de Staat dat anders. Hij wijst erop dat de twee kernarresten (net als trouwens de meeste andere arresten over wetgevingsaansprakelijkheid) draaiden om lagere regelgeving. Voor formele wetgeving, zoals het gewraakte artikel 7:635 BW, geldt echter het toetsingsverbod van artikel 120 Gw: de rechter mag deze niet toetsen aan de Grondwet, het Koninkrijksstatuut of algemene rechtsbeginselen. De Staat ziet de *bevoegdheid* van artikel 94 Gw (om in concrete gevallen de toepassing van de wet aan een ieder verbindend verdragsrecht te toetsen) en de bevoegdheid tot toetsing aan EU-recht als beperkte uitzonderingen op artikel 120 Gw, dat als hoofdregel een algemeen verbod van toetsing van de formele wet zou inhouden. Het zou de rechter daarom ook verboden zijn om de Staat voor uitvaardiging van formele wetgeving op basis van artikel 6:162 BW tot schadevergoeding te veroordelen. De enige mogelijkheid om de Staat voor formele wetgeving aansprakelijk te stellen, aldus nog steeds de Staat, is gelegen in het EU-recht: het leerstuk uit het arrest *Francovich* van het Hof van Justitie, dat op zijn beurt kennelijk ook een beperkte uitzondering op de (door de Staat gepostuleerde) hoofdregel van niet-toetsing zou inhouden.⁹

Volgens *Francovich* moeten burgers hun eigen overheid aansprakelijk kunnen stellen als de nationale wetgever een Europese richtlijn niet of onjuist heeft geïmplementeerd. *Francovich* en daarop voortbouwende arresten

6 HR 24 januari 1969, NJ 1969/316 (*Pocketbooks II*). Zo overigens ook het veel minder bekende, maar oudere HR 25 januari 1952, NJ 1952/125 (*Stop te Lobith*); daarover J.W.A. Fleuren & J.J.J. Sillen, ‘Toetsings- en uitspraakbevoegdheden bij de actie wegens onrechtmatige wetgeving in formele zin’,

in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 147.

7 HR 9 mei 1986, NJ 1987/252 (*Staat / Van Gelder*).

8 HR 31 mei 1991, AB 1992/290 (*Van Gog / Nederweert*) geeft een vergelijkbare regel voor vernietig-

de beschikkingen. Beide arresten werden gewezen onder het Oud BW, dat ervan uit ging dat voor aansprakelijkheid altijd schuld was vereist.

9 HvJ EG 19 november 1991, NJ 1994/2 (*Francovich*).

geven echter slechts een *ondergrens* voor de overheidsaansprakelijkheid: in ieder geval dát moet in de nationale staat mogelijk zijn. Het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht mag echter best ‘burgervriendelijker’ zijn en het is dat in Nederland doorgaans ook. Een belangrijk verschil tussen de *Francovich*-criteria en het Nederlandse overheidsaansprakelijkheidsrecht is, dat onder *Francovich* pas overheidsaansprakelijkheid bestaat voor overtredingen van het Unierecht als die een ‘voldoende gekwalificeerde schending’ inhouden. Alleen een ‘kenmerkende en ernstige’ miskennis van het Unierecht hoeft tot aansprakelijkheid te leiden. Dit criterium biedt (anders dan *Staat/Van Gelder*) de overheid de ruimte voor een verweer met de strekking: ik kon deze draai in de jurisprudentie niet voorzien, dus ik kon er niets aan doen.

Nu leek juist in het geval van de Arbeidstijdenrichtlijn een dergelijk verweer (mij) niet zonder meer kansloos. De richtlijn zegt immers nergens met zoveel woorden dat het verval van vakantiedagen niet zou mogen; het hof baseerde dat oordeel veeleer op de systematiek en strekking van de richtlijn dan op de tekst daarvan. Zulk soort interpretaties zijn vooraf niet altijd goed te voorzien.¹⁰

Het verweer van de Staat kwam dus op het volgende neer: naar Nederlands recht mag de rechter de uitvaardiging van formele wetgeving niet als onrechtmatige daad kwalificeren. Voor formele wetgeving blijft slechts een mogelijkheid van aansprakelijkheid over op basis van *Francovich*, maar daarbij is een gekwalificeerde schending vereist. Daarvan was hier geen sprake, omdat de interpretatie van de geschonden richtlijnbevestiging voor discussie vatbaar was.

3 *Francovich* of artikel 6:162 BW?

Voor de Hoge Raad was dus de vraag wat hij nu moest of mocht toepassen: het (voor de Staat wellicht gunstige) arrest *Francovich* of het soepelere artikel 6:162 BW, zoals uitgewerkt in *Pocketbooks* en *Staat/Van Gelder*?

Voor de beantwoording van deze vraag moet het Unierechtelijke beginsel van nationale procedurele autonomie in het oog worden gehouden. Op grond van dit beginsel wordt het Unierecht (binnen de nationale rechtsorde) bij de nationale rechter afgedwongen, en binnen de kaders van het *nationale* procesrecht. Daarbij gelden wel twee randvoorwaarden. Het nationale procesrecht moet de burger in staat stellen om het Unierecht voldoende effectief kunnen te kunnen afdwingen (het doeltreffendheidsbeginsel) en het mag niet zo zijn dat vergelijkbare claims die wortelen in het nationale recht eenvoudiger zijn af te dwingen dan aan het EU-recht ontleende claims (het gelijkwaardigheidsbeginsel).¹¹

Het arrest *Francovich* is in feite terug te voeren op het genoemde doeltreffendheidsbeginsel: een effectieve handhaving van het Unierecht vereist mede dat de burger

(evidente en ernstige) schendingen van dat Unierecht door zijn overheid via het aansprakelijkheidsrecht kan laten redresseren. Voor lidstaten die traditioneel een heel terughoudend overheidsaansprakelijkheidsrecht kennen, vormen de minimumvereisten van *Francovich* dus een factor van betekenis. In landen waar het nationale overheidsaansprakelijkheidsrecht ‘burgervriendelijker’ is, mag de nationale rechter die nationale regels ook op schendingen van het Unierecht toepassen. Sterker nog: als vergelijkbare, niet-Unierechtelijke claims onder de nationale criteria gemakkelijker kunnen worden afgedwongen, dan móet de rechter dat nationale aansprakelijkheidskader ook op het Unierecht toepassen. Het gelijkwaardigheidsbeginsel vereist dat.

Voor het verweer van de Staat in de onderhavige zaak betekent dit het volgende. Zou de Staat gelijk hebben en kan uitvaardiging van formele wetgeving nooit een onrechtmatige daad opleveren, dan bestaat er in feite geen nationaal, Nederlands aansprakelijkheidsregime voor de wet in formele zin. Het voor de overheid gunstigere *Francovich* zou in dit geval dan inderdaad de enige ingang naar overheidsaansprakelijkheid zijn. Zou formele wetgeving bij ‘vergelijkbare claims’ daarentegen wél een onrechtmatige daad kunnen opleveren, dan vereist het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel juist dat die soepelere Nederlandse onrechtmatige daad ook op schendingen van het Unierecht wordt toegepast. Welnu, op basis van artikel 94 Gw kan de formele wet worden getoetst aan regulier (een ieder verbindend) verdragsrecht. Deze toetsing kan bij uitstek aanleiding zijn voor ‘vergelijkbare claims’. Daarom beantwoordde de Hoge Raad in het hier geannoteerde arrest eerst de vraag of de uitvaardiging van een wet in formele zin in strijd met een gewone (een ieder verbindende) verdragsbepaling, een onrechtmatige daad kan opleveren (zie r.o. 3.4.2 en het volgende punt). Pas daarna kwam hij toe aan de beoordeling van de onrechtmatigheid van de schending van de Arbeidstijdenrichtlijn door de Nederlandse wetgever (punt 3).

4 De formele wet en claims, berustend op regulier internationaal recht

Sinds 1953 is de Nederlandse rechter bevoegd om alle nationale regelgeving te toetsen aan een ieder verbindend verdragsrecht. In de formulering van het huidige artikel 94 Gw:

Binnen het Koninkrijk geldende wettelijke voorschriften vinden geen toepassing, indien deze toepassing niet verenigbaar is met een ieder verbindende bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties.

Deze bepaling is van toepassing op het internationale recht, niet op het Unierecht. Dat recht werkt weliswaar rechtstreeks in onze rechtsorde door, maar het doet dat

¹⁰ Zo ook A-G Keus, in punt 2.49 van zijn conclusie bij het arrest. De Hoge Raad denkt er, als ik r.o. 3.5.3 goed begrijp, anders over. Zie punt 6 van deze annotatie.

¹¹ Het fundament van dit leerstuk is gelegd in HvJ EG 16 december 1976, zaak 33/76, *Jur.* 1976, p. 1989 (*Rewe*).

krachtens beginselen van Unierecht die teruggaan op de arresten *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL*.¹²

Nu schreeuwt artikel 94 Gw door zijn formulering haast om de volgende a contrario-redenering. Als de *toepassing* van een nationaal voorschrift in strijd is met een ieder verbindend verdragsrecht, dan moet de rechter dat voorschrift *buiten toepassing* laten, en dus – zou men kunnen denken – mag méér dan buiten toepassing laten kennelijk niet. De rechterlijke beoordeling zou in deze redenering beperkt moeten blijven tot de toepassing van een wettelijke regeling in het concrete geval. Méér dan dat – bijvoorbeeld: onverbindend verklaren, ‘buiten werking stellen’, de uitvaardiging van de wet als onrechtmatige daad bestempelen – mag de rechter in deze redenering niet.

Inderdaad werden de woorden ‘vinden geen toepassing’ in 1953 in (de voorloper van) artikel 94 Gw welbewust gekozen.¹³ De formulering moest destijds uitdrukken dat de ‘leer van de onsplitsbare wilsverklaring’ niet gold bij toetsing van nationale regelingen aan verdragsrecht. Onder die beruchte leer verklaarde de rechter een wettelijk voorschrift in zijn geheel onverbindend als dat voorschrift in een beperkt aantal gevallen in strijd was met hoger recht, maar die beperkte categorie gevallen volgens hem niet goed van het voorschrift viel af te splitsen. Een klassiek voorbeeld is de Wilnisser visser. De APV van Wilnis verbood in algemene zin het vissen op zondag. Dit verbod bestreek dus ook vissers die zich zondags op een aan het zicht onttrokken, niet openbare plaats met de hengelsport inlieten. Dát mocht de raad niet verbieden. Zijn regelstellende bevoegdheid is kort gezegd beperkt tot de openbare ruimte. Tegenwoordig zou de rechter een dergelijk verbod waarschijnlijk voor deze ‘privé-vissers’ buiten toepassing laten en het op anderen blijven toepassen, maar de Hoge Raad van 1922 meende met zo’n afsplitsing op de stoel van de gemeenteraad te gaan zitten. Daarom verklaarde hij de bepaling in haar geheel onverbindend. De Wilnisser visser had geluk: hoewel hij in het openbaar had gevestigd, ging hij vrijuit.

Welnu, toen de rechter vanaf 1953 de opdracht kreeg om nationale regelgeving aan verdragsrecht te toetsen, was de grondwetgever er beducht voor dat de rechter op een vergelijkbare wijze allerhande wetgeving in algemene zin onverbindend zou verklaren, ook als zij slechts in specifieke gevallen met verdragsrecht in strijd zou komen. Om

dit te voorkomen, werd (de voorloper van) artikel 94 Gw¹⁴ bewust beperkt geformuleerd: de rechter moest de *toepassing* van de wet toetsen. Hij moest haar zeker niet (als onsplitsbare wilsverklaring) in haar geheel onverbindend verklaren. Het verweer dat de Staat in deze zaak voerde, grijpt deels terug op deze gedachten uit de jaren vijftig.

Bij de grondwetwijziging van 1983 is de bevoegdheid van artikel 94 echter opnieuw uitgebreid onderwerp van debat geweest. De grondwetgever constateerde toen dat zich reeds verschillende gevallen hadden voorgedaan waarin rechters een wettelijk voorschrift als zodanig (en niet slechts de concrete toepassing daarvan) hadden getoetst aan verdragsrecht. De grondwetgever onderschreef deze werkwijze en men overwoog uitdrukkelijk dat artikel 94 Gw de rechter bevoegd maakt om zowel de concrete toepassing van een regeling als de regeling als zodanig aan een ieder verbindend verdragsrecht te toetsen.¹⁵ In latere arresten gebeurt dat laatste dan ook met enige regelmaat, óók ten aanzien van wetgeving in formele zin.¹⁶ Zo overwoog de Hoge Raad in het arrest over de Fierensmarge (een bepaalde fiscale faciliteit) eenvoudigweg dat de gewraakte formeel-wettelijke bepaling ‘onverbindend’ was.¹⁷ Het is niet zo’n grote stap van onverbindendverklaring van de wet als zodanig naar de mogelijkheid dat de uitvaardiging van die wet een onrechtmatige daad kan opleveren.¹⁸ Toch was er bij mijn weten nog geen arrest waarin dit zo expliciet gebeurde als de Hoge Raad dat nu doet.¹⁹

5 Wetgevingsaansprakelijkheid bij schending van het Unierecht

De overheidsaansprakelijkheid voor schade, veroorzaakt door formele wetgeving die in strijd is met (regulier) internationaal recht, kan dus op basis van artikel 6:162 BW worden beoordeeld. Nu deze ‘vergelijkbare claims’ worden berecht op basis van het Nederlandse onrechtmatige-daadsrecht, moet krachtens het Unierechtelijke gelijkwaardigheidsbeginsel ook schade, veroorzaakt door wetgeving die in strijd is met een Europese richtlijn op basis van dit soepele Nederlandse regime worden beoordeeld. Dat wisten we eigenlijk al: die onrechtmatige daad is doorgaans burgerfreundelijker dan *Francovich* en dus hebben wij de Europese minimumcriteria zelden nodig.²⁰ Het hier geannoteerde arrest stelt echter buiten twijfel

12 Als docent inleiding doet het mij plezier om de beide rechtsregimes in één arrest vergeleken te zien. Ik leg de propedeuten ieder jaar op hoge toon uit dat de doorwerking van internationaal recht en die van Unierecht op een verschillende grondslag berust. Dat helpt maar weinig: op tentamen meldt zo’n 60% van de studenten dat het EVRM doorwerkt op basis van *Costa/ENEL*, ook als ik op college zég dat 60% dit altijd fout doet.

13 Zie voor een mooie bespreking van deze overwegingen J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen* (diss. Nijmegen), Den Haag: BJu 2004, p. 184-188.

14 Althans de conclusie die aan toetsing mocht worden verbonden.

15 *Kamerstukken II 1979/80, 15049 (R 1100)*, 7, p. 19; zie ook mijn diss: R.J.B. Schutgens, *Onrechtmatige wetgeving*, Deventer: Kluwer 2009, p. 12-13.

16 Overigens is de formulering van art. 94 Gw daarmee nog niet zinloos geworden: de rechter kan die nog altijd opvatten als een waarschuwing om bij toetsing aan verdragsrecht het nationale voorschrift zo mogelijk te splitsen.

17 HR 22 oktober 2010, *AB 2011/32*.

18 Art. 120 Gw gaat mijns inziens ook niet over de vraag of de rechter de uitvaardiging van formele wetgeving als onrechtmatige daad mag kwalificeren of niet. Art. 120 Gw beperkt voor formele wetgeving slechts het aantal toetsingsgronden maar doet niet af aan de mogelijkheden voor de rechter om (daar waar hij wél kan constateren dat een formele wet onverbindend is) naar art. 6:162 BW te grijpen om de vraag te beantwoorden hoe die geconstateerde overtreding van hoger recht gecompenseerd kan worden. De uitvaardiging van een formele wet die in strijd is met internationaal

of EU-recht levert dus gewoon een onrechtmatige daad op.

19 Dat gebeurt wel in het *Whv*-arrest (HR 16 november 2001, *NJ 2002/469*), maar die zaak ging strikt genomen over het niet aanbieden van nadeelcompensatie. Daarmee ging het dus eigenlijk over een ‘rechtmatige daad’.

20 Er is één duidelijke uitzondering: onrechtmatige rechtspraak. Het Nederlandse recht is op dit terrein van oudsher terughoudend; uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie blijkt daarentegen dat burgers onder omstandigheden een reële mogelijkheid moeten hebben de Staat aan te spreken als de hoogste nationale rechter het Unierecht heeft miskend. Zie HvJ EG 30 september 2003, *ECLI:EU:C:2003:513 (Köbler)*.

dat zelfs voor formele wetgeving die in strijd komt met Unierecht, de nationale aansprakelijkheidsmaatstaven gelden. Het belangrijkste gevolg daarvan is dat ook voor onrechtmatige formele wetgeving de toerekenbaarheid in beginsel is gegeven. Het nationale recht kent de eis van een gekwalificeerde schending immers niet.

6 Automatische toerekening in het overheidsaansprakelijkheidsrecht

Opmerkelijk zijn tot slot de rechtsoverwegingen 3.5.2 en 3.5.3. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.5.2 eerst, dat de regel uit *Staat/Van Gelder* ook op formele wetgeving van toepassing is, maar voegt daaraan toe dat het op de weg van de Staat ligt om feiten en omstandigheden te stellen die in het voorliggende geval een uitzondering op het in dat arrest genoemde beginsel rechtvaardigen. Kennelijk zijn er wel degelijk uitzonderingen denkbaar op de regel van 'automatische toerekening' van onrechtmatige daden aan de overheid. In de literatuur is wel betoogd dat het toerekeningsvereiste van artikel 6:162 lid 3 BW in het overheidsaansprakelijkheidsrecht geen rol meer speelt.²¹ Die opvatting moet wellicht genuanceerd worden.

Nog opmerkelijker is r.o. 3.5.3. Daar laat de Hoge Raad zich verleiden tot de uiteenzetting dat de Staat (volgens hem) al vanaf het *Bectu*-arrest in 2001 rekening moest

houden met de uitleg die het Hof van Justitie pas in 2009, in *Schultz-Hoff*, met zoveel woorden gaf. Volgens de Hoge Raad lag de uitleg die het Hof in 2009 aan de Richtlijn gaf, dus al duidelijk in het *Bectu*-arrest uit 2001 besloten, zodat de wetgever daar rekening mee had kunnen en moeten houden. In mijn ogen staat hier: de overheid treft hier *schuld*. Ik vind die overweging opmerkelijk omdat zij de suggestie versterkt dat de verwijtbaarheid van onjuiste wetsuitleg relevant is in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. Dat lijkt nog een stapje verder dan de opvatting dat de overheid in uitzonderingsgevallen kan bewijzen dat er onvoldoende grond is voor toepassing van de 'automatische toerekening' op grond van de verkeersopvattingen.

Zoek ik niet te veel achter deze korte overweging? Wellicht is zij slechts een reactie ten overvloede op het uitvoerige betoog van de Staat, dat de uitvaardiging van onrechtmatige wetgeving in dit geval niet verwijtbaar was en geen gekwalificeerde schending opleverde. Anderzijds: recent is de automatische toerekening van onrechtmatige overheidsdaden in de literatuur opnieuw ter discussie gesteld.²² Bovendien lijkt de Hoge Raad de laatste jaren restrictief bij het aannemen van overheidsaansprakelijkheid. Wellicht is de overweging een voorbode van een jurisprudentielijn waarin het toerekeningsvereiste weer een reële betekenis krijgt in het overheidsaansprakelijkheidsrecht. ■

21 M.W. Scheltema & M. Scheltema, *Gemeenschap-pelijk recht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht* (3e druk), Deventer: Kluwer 2013, p. 360.

22 L. Di Bella, *De toepassing van de vereisten van causaliteit, relativiteit en toerekening bij de onrechtmatige overheidsdaad* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2014, p. 159-184.