

# De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde Europese rechtsorde

Rob Widdershoven

## 1 Inleiding

De richtlijn is het belangrijkste wetgevingsinstrument van de Unie, waarbij bovendien het samengestelde karakter van de Europese rechtsorde bij uitstek blijkt. In een richtlijn stelt de Europese wetgever het resultaat vast dat de lidstaten op een bepaald terrein moeten bereiken en dat voor hen verbindend is. Vervolgens is het aan de lidstaten om vorm en middelen te kiezen waarmee dat resultaat kan worden bereikt. Het kiezen van vorm en middelen geschiedt bij de omzetting van een richtlijn door de lidstaat in dwingend nationaal recht. Deze omzetting moet plaatsvinden binnen de in de richtlijn voorgeschreven termijn. Vervolgens moet de richtlijn via het nationale omzettingsrecht correct worden toegepast door het bestuur. In de praktijk gaat het in dit proces weleens mis en worden richtlijnen niet-tijdig of incorrect door de lidstaat omgezet of worden correct omgezette richtlijnen incorrect toegepast. In die gevallen rijst de vraag op welke wijze het resultaat van de richtlijn in de nationale rechtsorde toch kan worden gerealiseerd.<sup>1</sup>

In de recente zaak *Dominguez* geeft de grote kamer van het Hof van Justitie (hierna: het Hof) een mooi overzicht van de instrumenten die het in zijn rechtspraak heeft ontwikkeld, waarmee de nationale rechter ervoor kan zorgen dat een incorrect omgezette of toegepaste richtlijn toch doorwerkt in de nationale rechtsorde en dat particulieren de rechten die zij aan de richtlijn kunnen ontleen kunnen realiseren.<sup>2</sup> In de eerste plaats moet de nationale rechter beoordelen of richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht mogelijk is. Is dat niet mogelijk vanwege de beperkingen van dit instrument, dan moet hij vaststellen of de richtlijnbeperking rechtstreekse werking heeft en – zo ja – of zij door de betrokken particulier tegen de verweerder in het geding kan worden ingeroepen. Leidt ook dit instrument niet tot het door de richtlijn voorgeschreven resultaat, dan kan de particulier in voorkomend geval de overheid aansprakelijk stellen voor de schade die hij als gevolg van de schending van de richtlijn heeft geleden.

De zaak *Dominguez* is aanleiding om in deze bundel voor Leonard Besselink nader in te gaan op de doorwerking van richtlijnen in de samengestelde Europese rechtsorde. Daarbij worden de in de zaak genoemde instrumenten richtlijnconforme uitlegging (paragraaf 3), rechtstreekse werking (paragraaf 4) en schadevergoeding (paragraaf 5) besproken.<sup>3</sup> Alvorens daaraan toe te komen wordt eerst aandacht besteed aan de Unierechtelijke verplichtingen van de lidstaat in de periode tussen de inwerkingtreding van een richtlijn en de afloop van de omzettingstermijn (paragraaf 2). In paragraaf 6 wordt ten slotte bekeken of er nog andere opties zijn in het geval geen van de genoemde instrumenten een particulier soelaas biedt. Daarbij passeren de (on)mogelijkheden van het rechterlijke bevel tot het vaststellen van wetgeving en van de verdragsschendingsprocedure van artikel 258 t/m 260 VWEU de revue.<sup>4</sup> Zoals dat hoort in een ‘samengestelde’ bundel wordt de rechtspraak van het Hof en die van de nationale (Nederlandse) rechter geïntegreerd besproken.

---

<sup>1</sup> Deze vraag speelt dus zowel bij niet-tijdige of incorrecte omzetting als bij de incorrecte bestuurlijke toepassing van correct omgezette richtlijnen. Vergelijk zaak C-62/00 (Marks & Spencer), *Jur.* 2002, p. I-6325, en – voor Nederland – ABRvS 5 maart 2008, *AB* 2008/157, m.nt. Ortlep & Verhoeven.

<sup>2</sup> Zaak C-282/10 (*Dominguez*), uitspraak van 24 december 2011, n.n.g.; *AB* 2012/48, m.nt. Widdershoven.

<sup>3</sup> Zie reeds R.J.G.M. Widdershoven, ‘Het ABC van de doorwerking van richtlijnen’, in: A.B. Blomberg e.a. (red.), *Van Utrecht via Brussel naar Maastricht*, Alphen a/d Rijn: Kluwer, p. 235-252.

<sup>4</sup> HR 21 maart 2003 (Waterpakt I), *SEW* 2004, p. 232-238, m.nt. Besselink; *AB* 2004/39, m.nt. Backes; *NJ* 2003/691, m.nt. Koopmans.

## 2 Europese verplichtingen gedurende de omzettingstermijn

Een richtlijn treedt in werking op de datum die daartoe in de richtlijn wordt bepaald of, bij het ontbreken daarvan, op de twintigste dag volgende op die van haar bekendmaking in het Publicatieblad van de Europese Unie (artikel 297 VWEU). Vanaf dat moment begint de omzettingstermijn te lopen. Gedurende deze termijn zijn de lidstaten niet verplicht om de richtlijn om te zetten, ook al is dat natuurlijk niet verboden, kan een bepaling van de richtlijn nog geen rechtstreekse werking hebben en geldt er bovendien geen verplichting tot richtlijnconforme uitlegging.<sup>5</sup> Dat is logisch omdat de omzettingstermijn bedoeld is om de lidstaten de nodige tijd te geven om hun wetgeving aan te passen. Wel heeft het Hof voor deze periode twee andere Europese verplichtingen voor de lidstaten gecreëerd.<sup>6</sup> In de eerste plaats moet de lidstaat zich tijdens de omzettingstermijn onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat ernstig in gevaar zouden brengen (onthoudingsverplichting, zie paragraaf 2.1). In de tweede plaats kan een lidstaat gedurende de omzettingstermijn gebonden zijn aan de algemene beginselen van Unierecht, omdat het nationale recht al gedurende die termijn binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt (paragraaf 2.2).

### 2.1 De onthoudingsverplichting

De onthoudingsverplichting wordt door het Hof gebaseerd op (thans) artikel 4 lid 3 VEU juncto artikel 288 VWEU.<sup>7</sup> Zij is gericht tot de wetgever bij het vaststellen van nieuwe regelgeving gedurende de omzettingstermijn, tot het bestuur bij het nemen van besluiten op grond van oude of nieuwe regelgeving gedurende die termijn en tot de rechter bij de beoordeling hiervan. Bovendien geldt de verplichting ook voor de in richtlijnen opgenomen 'overgangstermijnen', op grond waarvan de werking van een specifieke richtlijnverplichting – na afloop van de omzettingstermijn – tijdelijk wordt of kan worden uitgesteld.<sup>8</sup> Ook gedurende deze termijnen moeten de lidstaten zich onthouden van maatregelen die verwezenlijking van het resultaat van de richtlijn ernstig in gevaar zouden brengen.

De beoordeling van dit criterium roept nog steeds de nodige vragen op. Duidelijk is dat de toetsing van het criterium 'ernstig in gevaar brengen' een zwaardere is dan de toetsing of een maatregel 'in strijd is met een richtlijn'.<sup>9</sup> Hoeveel zwaarder is echter minder duidelijk. Hierna geef ik aan de hand van Europese en Nederlandse rechtspraak voor een aantal situaties aan hoe deze toetsing zou kunnen uitvallen. Daarbij maak ik onderscheid tussen (1) de situatie dat de wetgever gedurende de omzettingstermijn of overgangstermijn geen wettelijke maatregelen heeft getroffen en (2) de situatie dat zij dit wel heeft gedaan, al dan niet ter (vroegtijdige)

<sup>5</sup> Zaak C-129/04 (Inter-Environnement Wallonie), *Jur.* 1997, p. I-7411; zaak C-157/02 (Rieser), *Jur.* 2004, p. I-1477; zaak C-212/04 (Adeneler), *Jur.* 2006, p. I-6057; zaak C-246/06 (Navarro), *Jur.* 2008, p. I-105.

<sup>6</sup> R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven, 'Richtlijnen: communautaire verplichtingen tijdens de omzettingstermijn', *NTER* 2009/3, p. 113-118; R. Ortlep, *De aantasting van stabiele bestuursrechtelijke rechtsvaststellingen in het licht van het Unierecht*, Recht en Praktijk Staats- en Bestuursrecht SB4, Deventer: Kluwer 2011, p. 41-42; J.H. Jans, S. Prechal en R.J.G.M. Widdershoven, *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2011, derde druk, p. 79-82.

<sup>7</sup> Zaak C-129/04 (Inter-Environnement Wallonie), *Jur.* 1997, p. I-7411.

<sup>8</sup> Vergelijk zaak C-138/05 (Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie), *Jur.* 2006, p. I-8339, waarin de lidstaten gewasbeschermingsmiddelen onder omstandigheden en in afwijking van de richtlijnprocedures nog 12 jaar na de kennisgeving van de richtlijn op de markt konden toelaten; zaak C-144/04 (Mangold), *Jur.* 2005, p. I-9981; *AB* 2006/325, m.nt. Verhoeven, waarin Duitsland een extra periode van drie jaar voor de omzetting van een richtlijn had gekregen, en gevoegde zaken C-165/09 t/m C-167/09 (Stichting Natuur & Milieu), uitspraak van 26 mei 2011, n.n.g., waarin de lidstaten een overgangstermijn van 8 jaar werd gegund om aan de richtlijnnormen voor luchtkwaliteit te voldoen.

<sup>9</sup> J.H. Jans e.a. 2011, p. 81.

omzetting van de richtlijn.

In situatie (1) richt de onthoudingsverplichting zich tot het bestuur, dat op grond van de bestaande wetgeving geen besluit mag nemen dat het bereiken van het resultaat van de richtlijn ernstig in gevaar brengt, en tot de rechter die het besluit (mede) aan dit criterium moet toetsen. Over het algemeen zal in deze situatie de onthoudingsverplichting niet snel geschonden zijn. Van schending is in elk geval geen sprake wanneer resultaat en doel van de nationale wetgeving in lijn zijn met de richtlijn (ook al wijkt de nationale wetgeving op specifieke onderdelen mogelijk van de richtlijn af). Deze situatie is bijvoorbeeld aan de orde bij de toepassing van het ruime werkgeversbegrip van de Wet arbeid vreemdelingen gedurende de omzettingstermijn van richtlijn 2009/52/EG. Volgens de ABRvS is deze toepassing toegestaan, omdat, als de richtlijn daartoe al noopt, na afloop van de omzettingstermijn een beperkter werkgeversbegrip kan worden gehanteerd en – en dat is voor deze bijdrage van belang – het gedurende die termijn hanteren van het ruime werkgeversbegrip het met de richtlijn nagestreefde doel niet ernstig is gevaar brengt, aangezien dit begrip conform het doel van de richtlijn illegale tewerkstelling als aantrekkende factor voor illegale immigratie tegengaat.<sup>10</sup>

Bestaat er tussen het bestuurlijke handelen en het resultaat van de richtlijn wel een spanning, dan wordt de onthoudingsverplichting in de regel pas geschonden als dat handelen de verwezenlijking van het resultaat *structureel* in gevaar brengt. Dit ziet men in de zaak *Stichting Natuur en Milieu*<sup>11</sup>, waarin het Hof stelt dat de verlening van een milieuvergunning voor het oprichten en in werking hebben van een specifieke industriële installatie, die SO<sub>2</sub> en NO<sub>x</sub> uitstoot, het bereiken van het door de NEC-richtlijn 2001/81/EG voorgeschreven resultaat om in 2010 de emissies te beperken tot de nationale plafonds, niet ernstig in gevaar brengt. Volgens het Hof zou deze situatie pas aan de orde zijn als de lidstaten een ‘samenstel van beleidsopties en maatregelen vaststellen en uitvoeren’, die het bereiken van die plafonds in 2010 ‘noodzakelijkerwijs in het gedrang’ brengen.<sup>12</sup>

In situatie (2) richt de onthoudingsverplichting zich primair tot de wetgever, die gedurende de omzettingstermijn nieuwe wetgeving heeft vastgesteld, maar in de context van het bestuursrecht natuurlijk ook tot het bestuur dat deze wetgeving toepast en de rechter die deze toepassing toetst.

In deze situatie is het volgens het Hof in de zaak *Inter-Environnement* in de eerste plaats van belang of de nieuwe wetgeving ‘zich aandient als een definitieve en volledige omzetting van de richtlijn’.<sup>13</sup> Is dat het geval en wordt de omzetting door de rechter onverenigbaar geacht met de richtlijn, dan bestaat volgens het Hof ‘het vermoeden dat het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet binnen de gestelde termijn zal worden bereikt’ en dat dus de onthoudingsverplichting wordt geschonden. Overigens laat het Hof in die zaak de nationale wetgever uitdrukkelijk de ruimte om gedurende de omzettingstermijn voorlopige bepalingen vast te stellen, dan wel de richtlijn stapsgewijs ten uitvoer te brengen. Daardoor komt de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat niet noodzakelijkerwijs in het gedrang. Is er wel sprake van definitieve en volledig bedoelde omzetting, dan wordt in de literatuur de stelling verdedigd dat de nationale rechter gedurende

---

<sup>10</sup> ABRvS 18 mei 2011, AB 2011/313, m.nt. Saris. Zie ABRvS 7 november 2007, AB 2008/41, m.nt. Widdershoven, voor een vergelijkbare redenering bij het gedurende de omzettingstermijn al dan niet toelaten van homeopathische farmaceutische producten.

<sup>11</sup> Gevoegde zaken C-165/09 t/m C-167/09 (*Stichting Natuur & Milieu*), uitspraak van 26 mei 2011, n.n.g.

<sup>12</sup> Gevoegde zaken C-165/09 t/m C-167/09 (*Stichting Natuur & Milieu*), uitspraak van 26 mei 2011, n.n.g., punt 81-83.

<sup>13</sup> Zaak C-129/04 (*Inter-Environnement Wallonie*), *Jur.* 1997, p. I-7411.

de omzettingstermijn al verplicht is om het omzettingsrecht richtlijnconform uit te leggen.<sup>14</sup> Deze verplichting is naar mijn opvatting wenselijk en bovendien aantrekkelijk, omdat wordt voorkomen dat dezelfde nationale bepaling voor afloop van de omzettingstermijn anders moet worden uitgelegd dan erna, maar kan uit de rechtspraak van het Hof nog niet worden afgeleid.

In de tweede plaats komt het voor dat regelgeving die tijdens de omzettings- of een overgangperiode is vastgesteld niet beoogt om de richtlijn om te zetten, maar daarmee juist op gespannen voet staat. In zijn rechtspraak benadert het Hof deze handelwijze over het algemeen kritisch, waarbij de ratio van de desbetreffende periode wel van belang is. In de zaak *Mangold* was Duitsland – bij uitzondering – een extra termijn van drie jaar gegund voor de omzetting van richtlijn 2000/78 en had het deze termijn gebruikt om een regeling vast te stellen op grond waarvan werknemers in strijd met het door de richtlijn voorgeschreven resultaat gedurende die termijn werden gediscrimineerd op grond van leeftijd.<sup>15</sup> In de uitspraak onderzoekt het Hof de ratio van de extra omzettingstermijn en stelt het vast dat de lidstaat deze termijn moet benutten om ‘stapsgewijs concrete maatregelen’ te nemen om de nationale regelgeving ‘aan te passen aan het in de richtlijn voorgeschreven resultaat’.<sup>16</sup> Het tijdens die termijn nemen van maatregelen die onverenigbaar zijn met het doel van de richtlijn zou aan deze verplichting ‘ieder nuttig effect’ ontnemen en is – volgens het Hof – dus in strijd met het Unierecht.

Een kritische houding ten opzichte van tijdens een ‘overgangstermijn’ vastgestelde wetgeving die op gespannen voet staat met het resultaat van de richtlijn ziet men ook in de zaak *Zuid-Hollandse Milieufederatie*, ook al laat het Hof in deze zaak hiervoor – althans in theorie – wel ruimte.<sup>17</sup> In de zaak had de Nederlandse wetgever na afloop van de omzettingstermijn een regeling vastgesteld op grond waarvan de minister gewasbeschermingsmiddelen kon toelaten en had toegelaten, die naar nationaal recht voor de inwerkingtreding van de richtlijn 91/414 – en in lijn daarmee – al waren verboden, maar waarvoor de richtlijn de mogelijkheid bood om ze gedurende een overgangperiode van 12 jaar nog toe te laten. De overgangperiode werd derhalve gebruikt voor een wijziging van het nationale recht die voor het bereiken van het doel van de richtlijn een verslechtering betekende. Uit de uitspraak van het Hof blijkt dat eerst en vooral van belang is of de richtlijn een standstill-verplichting bevat, die eraan in de weg staat dat lidstaten die al aan een richtlijnverplichting voldoen van de omzettings- of overgangperiode gebruik maken om (tijdelijk) in ongunstige zin van deze verplichting af te wijken. Is dat het geval dan is de tijdelijke verslechtering niet toegestaan. Bevat de richtlijn geen standstill-verplichting – zoals in casu het geval was – dan is een tijdelijke verslechtering niet zonder meer verboden, mits het bereiken van het resultaat van de richtlijn daardoor niet ernstig in gevaar komt. Van ‘ernstig in gevaar brengen’ is – volgens het Hof – sprake als een gewasbeschermingsmiddel op grond van de nieuwe regeling kan worden (en is) toegelaten zonder dat, conform de doelstellingen van de richtlijn, ‘naar behoren rekening is gehouden met de effecten die dit middel kan hebben op gezondheid van mens en dier, alsmede op het milieu’.<sup>18</sup> Om deze effecten te kunnen beoordelen, kan de toelating alleen geschieden op basis van een dossier dat hierover informatie bevat. In het nationale vervolg van de zaak vernietigt het CBB de omstreden toelatingsbesluiten, omdat daarbij onvoldoende rekening was gehouden met de

---

<sup>14</sup> J.M. Prinssen, *Doorwerking van het Europese recht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 103; S. Prechal, *Directives in EC Law*, Oxford: University Press 2005, p. 21-22; R. Ortley & M.J.M. Verhoeven 2009, p. 113-114; R. Ortley 2011, p. 41-42.

<sup>15</sup> Zaak C-144/04 (*Mangold*), *Jur.* 2005, p. I-9981; *AB* 2006/325, m.nt. Verhoeven.

<sup>16</sup> Zaak C-144/04 (*Mangold*), *Jur.* 2005, p. I-9981; *AB* 2006/325, punt 71 en 72.

<sup>17</sup> Zaak C-138/05 (Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie), *Jur.* 2006, p. I-8339.

<sup>18</sup> Zaak C-138/05 (Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie), *Jur.* 2006, p. I-8339, punt 43-44.

bedoelde effecten.<sup>19</sup> In *Zuid-Hollandse Milieufederatie* acht het Hof het gedurende een overgangstermijn vaststellen en toepassen van regelgeving die op gespannen voet met het door de richtlijn beoogde resultaat derhalve niet zonder meer in strijd met de onthoudingsverplichting, maar heeft het bestuur bij de toepassing hiervan wel een zware onderzoeksplicht om voldoende rekening met de effecten hiervan op het bereiken van de doelstellingen van de richtlijn. Aan deze onderzoeksplicht zal het bestuur over het algemeen moeilijk kunnen voldoen.

## 2.2 *Gelding van de algemene beginselen van Unierecht tijdens de omzettingstermijn*

Volgens vaste rechtspraak van het Hof is een lidstaat gebonden aan de algemene beginselen van Unierecht wanneer deze handelt binnen de werkingssfeer van het Unierecht.<sup>20</sup> Binnen deze werkingssfeer valt (de toepassing van) het nationale recht dat dient ter omzetting van een richtlijn na afloop van de omzettingstermijn<sup>21</sup>, maar ook het nationale recht waarin de richtlijn (onverplicht) al voor het verstrijken van de omzettingstermijn is omgezet.<sup>22</sup> In beide gevallen moet (de toepassing van) het nationale recht voldoen aan beginselen van Unierecht, zoals het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel en het evenredigheidsbeginsel. Voor zover deze beginselen in een richtlijn zijn gecodificeerd of nader worden uitgewerkt, werkt aldus indirect ook deze richtlijn door.

Minder duidelijk is hoe het zit met nationale regelgeving die qua onderwerp nauw aansluit bij een richtlijn waarvan de omzettingstermijn nog niet is verstreken, maar die niet specifiek dient ter omzetting van de richtlijn. In de zaak *Bartsch* is de grote kamer van het Hof van mening dat dergelijke regelgeving niet binnen de werkingssfeer van het Unierecht valt, waardoor de algemene beginselen gedurende de omzettingstermijn nog niet van toepassing zijn.<sup>23</sup> In nogal wat andere zaken, die deels ook dateren van na de zaak *Bartsch*, stelt het Hof echter dat binnen die werkingssfeer niet alleen nationale bepalingen die uitdrukkelijk ter omzetting van een richtlijn strekken vallen, maar ook, en wel ‘vanaf de datum van de inwerkingtreding van de richtlijn’, alle reeds bestaande nationale bepalingen ‘waarmee kan worden verzekerd dat het nationale recht in overeenstemming is met de richtlijn’.<sup>24</sup> Volgens deze laatste opvatting – die overigens niet onomstreden is<sup>25</sup> – geldt de binding van de lidstaten aan de Unierechtelijke beginselen gedurende de omzettingstermijn in veel meer situaties.

Welke lijn het Hof uiteindelijk zou volgen is onzeker. Hoe dan ook moeten de lidstaten erop bedacht zijn dat zij bij de toepassing van nationaal recht al gedurende de omzettingstermijn van een richtlijn gebonden kunnen zijn aan de algemene beginselen van Unierecht. Deze beginselen kunnen particulieren meer bescherming bieden dan hun nationale equivalenten. Bovendien wordt de werking van algemene beginselen – anders dan die van

<sup>19</sup> CBB 4 mei 2007, *LJN* BA440; CBB 4 mei 2007, *LJN* BA4402.

<sup>20</sup> Bijv. zaak C-349/07 (*Sopropé*), *Jur.* 2008, p. I-10369; *AB* 2009/29, m.nt. Widdershoven. Zie J.H. Jans e.a. 2011, p. 123-125, over de betekenis van ‘binnen de werkingssfeer van het Unierecht’.

<sup>21</sup> Uit zaak C-144/04 (*Mangold*), *Jur.* 2005, p. I-9981; *AB* 2006/325, blijkt dat hieronder ook valt de situatie dat een oude richtlijn, waarvan de omzettingstermijn al verlopen is, wordt opgevolgd door een nieuwe richtlijn, waarvan de omzettingstermijn nog loopt. De ter omzetting van de oude richtlijn vastgestelde nationale wetgeving blijft ook gedurende de omzettingstermijn voor de nieuwe richtlijn binnen de werkingssfeer van het Unierecht vallen en moet dus voldoen aan de algemene beginselen van Unierecht.

<sup>22</sup> R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven 2009, p. 116.

<sup>23</sup> Zaak C-427/06 (*Bartsch*), *Jur.* 2008, p. I-7245; *AB* 2008/356, m.nt. Ortlep & Verhoeven.

<sup>24</sup> Bijv. zaak C-307/05 (*Alonso*), *Jur.* 2007, p. I-7109; zaak C-246/06 (*Navarro*), *Jur.* 2008, p. I-105; *AB* 2008/304; gevoegde zaken C-261/07 en C-299/07 (*VTB-VAB*), *Jur.* 2009, p. I-2949; *AB* 2009/195, m.nt. Ortlep & Verhoeven; zaak C-2/10 (*Franchini*), uitspraak van 25 juli 2011, n.n.g.; *AB* 2011/247, m.nt. Ortlep & Verhoeven.

<sup>25</sup> Vergelijk R. Ortlep & M.J.M. Verhoeven 2009, p. 117-118.

rechtstreeks werkende richtlijnbevestigingen (zie paragraaf 4) – niet beperkt door het verbod van horizontale werking.<sup>26</sup> Daarom moet een nationale bepaling die in strijd is met een beginsel ook buiten toepassing worden gelaten in een (horizontale) relatie tussen twee particulieren. Indien en voor zover het beginsel in een richtlijn nader is uitgewerkt, kan via de toetsing aan het beginsel het verbod van horizontale rechtstreekse werking van deze richtlijn – onder omstandigheden al tijdens de omzettingstermijn, maar natuurlijk ook daarna – worden omzeild.

### 3 Richtlijnconforme uitlegging

Wanneer na afloop van de omzettingstermijn de richtlijn niet correct is omgezet of incorrect wordt toegepast, moet de nationale rechter – en daaraan voorafgaand ook het (decentraal) bestuur<sup>27</sup> – beoordelen of richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht mogelijk is, voordat de vraag aan de orde komt of de nationale bepaling wegens strijd met een rechtstreeks werkende bepaling van de richtlijn buiten toepassing moet worden gelaten. Deze voorkeursvolgorde blijkt voor het eerst duidelijk uit de zaak *Dominguez*, waarin het Hof expliciet stelt dat ‘de vraag of een nationale bepaling voor zover zij indruist tegen het recht van de Unie buiten toepassing moet worden gelaten’ zich slechts voordoet ‘indien geen met het Unierecht strokende uitlegging van die bepaling mogelijk is’.<sup>28</sup> Zij is overigens sinds de zaak *Buitengebied Texel* in 2000 vaste rechtspraak van de ABRvS en wordt ook in de literatuur onderschreven.<sup>29</sup> De belangrijkste reden voor de volgorde is dat richtlijnconforme uitlegging het nationale en Unierecht in een conflictueuze situatie met elkaar ‘verzoent’, zodat het instrument minder ingrijpend is voor het nationale recht dan rechtstreekse werking en beter past bij de subsidiariteitsgedachte van artikel 5 lid 3 VEU. Bovendien geldt de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging ook voor niet rechtstreeks werkend Unierecht<sup>30</sup>, en heeft zij daarom als praktisch voordeel dat de nationale rechter zich niet hoeft uit te laten over de Unierechtelijke vraag of een richtlijnbevestiging rechtstreekse werking heeft, zodat hierover evenmin een (procedure verdragende) prejudiciële vraag hoeft te worden gesteld.

Bij richtlijnconforme uitlegging moet de nationale rechter, binnen het kader van zijn bevoegdheden, het nationale recht zoveel mogelijk interpreteren in het licht van de bewoordingen van het doel van een richtlijnbevestiging.<sup>31</sup> Vervolgens toetst hij het bestreden besluit aan het conform geïnterpreteerde nationale recht en wordt dat besluit vernietigd. De mogelijkheden om via richtlijnconforme uitlegging het resultaat van de richtlijn te bereiken zijn als gevolg van de rechtspraak van het Hof behoorlijk ruim.

In de eerste plaats geldt – volgens vaste rechtspraak van het Hof – de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging niet alleen voor het nationale recht dat speciaal ter omzetting van

<sup>26</sup> Zaak C-144/04 (*Mangold*), *Jur.* 2005, p. I-9981; AB 2006/325; zaak C-555/07 (*Küçükdeveci*), *Jur.* 2010, p. I-365; AB 2010/89, m.nt. van Eijken & Verhoeven.

<sup>27</sup> Zie expliciet zaak C-53/10 (*Müsch*), uitspraak van 15 september 2011, n.n.g.; AB 2011/322, m.nt. Ortlep & Verhoeven. Vergelijk voorts M.J.M. Verhoeven, *The Costanzo Obligation. The obligation of national administrative authorities in case of incompatibility between national law and European Law*, Antwerp: Intersentia 2011, p. 31-35. Hierna spits ik het betoog toe op de rechter.

<sup>28</sup> Zaak C-282/10 (*Dominguez*), uitspraak van 24 december 2011, n.n.g.; AB 2012/48, punt 23. Voor deze zaak kon deze voorkeursvolgorde uit enkele uitspraken van het Hof worden afgeleid (bijv. zaak 157/86 (*Murphy*), *Jur.* 1988, p. 673), maar volgde het in andere uitspraken de omgekeerde weg (bijv. zaak C-91/92 (*Faccini Dori*), *Jur.* 1994, p. I-3325).

<sup>29</sup> ABRvS 31 maart 2000 (*Buitengebied Texel*), AB 2000/303, m.nt. Backes. Zie voor de literatuur J.H. Jans e.a. 2011, p. 57-58, alsmede R.J.G.M. Widdershoven 2007.

<sup>30</sup> Zie reeds zaak 14/83 (*Von Colson en Kamann*), *Jur.* 1984, p. 1891.

<sup>31</sup> Zaak 14/83 (*Von Colson en Kamann*), *Jur.* 1984, p. 1891; zaak 106/89 (*Marleasing*), *Jur.* 1990, p. I-4135; zaak 397/01 (*Pfeiffer*), *Jur.* 2004, p. I-8835; AB 2005/16, m.nt. Widdershoven.

de richtlijn is ingevoerd, maar voor het gehele nationale recht.<sup>32</sup> Daarbij maakt het niet uit of het nationale recht van eerdere of latere datum is dan de betreffende richtlijn.

In de tweede plaats heeft richtlijnconforme uitlegging een prioritaire Unierechtelijke status binnen de rechterlijke interpretatiemethoden. Daarom is de nationale rechter – aldus het Hof in de zaak *Pfeiffer*<sup>33</sup> – verplicht om alle interpretatiemethoden die hij gebruikt om conflicten tussen regels van nationaal recht ‘op te lossen’, ook te gebruiken om tot een richtlijnconforme uitlegging te komen. Bovendien moet de rechter in het geval twee interpretatiemethoden tot verschillende uitkomsten leiden, in beginsel kiezen voor de methode die tot een richtlijnconforme uitkomst leidt. Een toepassing van deze regel ziet men in de zaken *Wandelvierdaagse* en *Joustra* van de Hoge Raad, waarin deze stelt dat voor richtlijnconforme uitlegging de grammaticale mogelijkheden die de tekst van de nationale wettelijke bepaling biedt bepalend zijn en niet een daarvan afwijkende wetshistorie.<sup>34</sup> Dit uitgangspunt geldt ook als vaststaat dat de wetgever zich bij de vaststelling van de bepaling in het geheel niet bewust is geweest van de verplichtingen uit de richtlijn. Van dit uitgangspunt wordt, aldus de Hoge Raad in de zaak *Wandelvierdaagse*, alleen afgeweken in de – toch vooral theoretische – situatie dat de wetgever in toelichtingen of uitlatingen ‘ondubbelzinnig uitdrukking’ heeft ‘gegeven van de welbewuste bedoeling om de nationale regeling te doen afwijken’ van de richtlijn. In dat geval zou er in feite sprake zijn van een uitlegging *contra legem* van het nationale recht. Zoals hierna zal worden aangegeven acht ook het Hof een dergelijke uitlegging niet toegestaan.

In de derde en laatste plaats wordt de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging – anders dan het doorwerkingsinstrument van rechtstreekse werking (zie paragraaf 4) – niet beperkt door het verbod van horizontale of omgekeerde verticale werking van richtlijnen. Daarom kan een bestuursorgaan – aldus het Hof uitdrukkelijk in de zaak *Müksch*<sup>35</sup> – richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht wel aan ‘een particulier tegenwerpen’. Daarbij maakt het niet uit of een andere particulier op de richtlijn beroep heeft gedaan. Dit kan ertoe leiden dat een vergunning die naar nationaal recht zoals dat tot dan toe is uitgelegd zou moeten worden verleend, op grond van een richtlijnconforme uitlegging toch moet worden geweigerd (of andersom) of dat met behulp van richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht een belasting wordt opgelegd die naar uitsluitend nationaal recht niet zou worden geheven.

De verplichting tot richtlijnconforme uitlegging kent ook enkele beperkingen en grenzen.

In de eerste plaats wordt de verplichting begrensd door de algemene Unierechtelijke rechtsbeginselen, meer in het bijzonder door de beginselen van rechtszekerheid en legaliteit. Op grond daarvan mag richtlijnconforme uitlegging niet ertoe leiden dat een nationale strafbaarstelling wordt gevestigd of verzaamd.<sup>36</sup> Het Hof acht dat in strijd met het verbod van terugwerkende kracht, dat wordt gewaarborgd door artikel 7 EVRM (en inmiddels ook door artikel 49 lid 1 Handvest voor de grondrechten van de EU). Vanwege deze beperking

---

<sup>32</sup> Zaak 106/89 (*Marleasing*), *Jur.* 1990, p. I-4135; zaak 397/01 (*Pfeiffer*), *Jur.* 2004, p. I-8835; *AB* 2005/16.

<sup>33</sup> Zaak 397/01 (*Pfeiffer*), *Jur.* 2004, p. I-8835; *AB* 2005/16.

<sup>34</sup> HR 10 augustus 2007 (*Wandelvierdaagse*), *AB* 2007/291, m.nt. Widdershoven; HR 6 juni 2008 (*Joustra*), *AB* 2008/214, m.nt. Widdershoven, onder verwijzing naar zaak C-334/92 (*Wagner Miret*), *Jur.* 1993, p. I-6911, waarin het Hof stelt dat ‘de nationale rechter bij uitlegging en toepassing van het nationale recht ervan moet uitgaan dat de staat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan alle uit de richtlijn voortvloeiende verplichtingen’.

<sup>35</sup> Zaak C-53/10 (*Müksch*), uitspraak van 15 september 2011, n.n.g.; *AB* 2011/322. Dat het verbod van horizontale werking niet geldt voor richtlijnconforme uitlegging bleek al uit zaak 397/01 (*Pfeiffer*), *Jur.* 2004, p. I-8835; *AB* 2005/16.

<sup>36</sup> Zaak 80/86 (*Kolpinghuis*), *Jur.* 1987, p. 3969, en gevoegde zaken C-397/02, C-391/02 en C-403/02 (*Berlusconi*), *Jur.* 2005, p. I-3565.

kan een burger niet worden vervolgd of bestraft wegens overtreding van een in een richtlijn voorgeschreven norm als de overtreding niet in het nationale recht strafbaar is gesteld. In de zaak *Mandemakers* heeft de ABRvS bepaald dat deze beperking ook geldt als een overtreding wordt bestraft met een bestuurlijke boete.<sup>37</sup> Ook een bestuurlijke boete kan dus niet worden opgelegd wegens overtreding van een richtlijnconform geïnterpreteerde normstelling. Een dergelijke overtreding kan overigens wel worden gesanctioneerd met behulp van herstelsancties, omdat deze niet verder gaan dan het in overeenstemming brengen van de feitelijke situatie met het Unierecht.<sup>38</sup>

In de tweede plaats kan richtlijnconforme uitlegging niet dienen als grondslag voor een uitlegging *contra legem* van het nationale recht.<sup>39</sup> Conforme uitlegging van een bepaling van nationaal recht mag derhalve niet leiden tot een interpretatie die in strijd is met die bepaling. Vanwege deze beperking is richtlijnconforme uitlegging alleen mogelijk als het nationale recht voldoende beleids- of beoordelingsvrijheid of interpretatieruimte biedt.

In de derde en laatste plaats kan richtlijnconforme uitlegging – volgens de ABRvS in de zaak *Fortis* – niet worden gebruikt om de reikwijdte van een verbodsbepaling, die gekoppeld is aan een vergunningsplicht, uit te breiden.<sup>40</sup> De Afdeling acht deze uitbreiding in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel omdat zij niet kenbaar is voor de adressanten van de verbodsnorm. De opvatting van de Afdeling kan ook worden gebaseerd op het legaliteitsbeginsel. Op grond van dit beginsel kan conforme uitlegging niet worden gebruikt om een naar nationaal recht niet bestaande bestuursbevoegdheid te creëren, maar alleen om de toepassing van een bestaande bevoegdheid conform de richtlijn ‘in te kleuren’. Conforme uitlegging vooronderstelt derhalve het bestaan van een nationale bevoegdheid. Is deze er niet, dan valt er ook niets te interpreteren. Bestaat de bevoegdheid wel, dan kan het toepasselijke beoordelingskader – tenzij dat *contra legem* zou zijn of als basis zou dienen voor een boeteoplegging – wel richtlijnconform worden uitgelegd, ook al leidt dat voor de betrokken particulier tot een ongunstiger besluit. Het verbod van omgekeerde verticale werking geldt, zoals hiervoor aangegeven, immers niet voor richtlijnconforme uitlegging.

#### 4 Rechtstreekse werking

Pas als richtlijnconforme uitlegging vanwege de hiervoor genoemde beperkingen in een concrete situatie geen soelaas biedt, komt de doorwerking van de richtlijn via het instrument van rechtstreekse werking aan de orde. Is een richtlijnbeepaling rechtstreeks werkend en is het nationale recht daarmee in strijd, dan moet de nationale rechter het nationale recht buiten toepassing laten en zal hij in plaats daarvan de richtlijnbeepaling moeten toepassen.<sup>41</sup> Deze plicht geldt in beginsel ook voor nationale (decentrale) bestuursorganen.<sup>42</sup> In de praktijk kiest de Nederlandse bestuursrechter er doorgaans voor om het met de richtlijn strijdige nationale recht *in het concrete geval* buiten toepassing te laten, waarna het bestreden besluit wordt

<sup>37</sup> ABRvS 4 maart 2009 (*Mandemakers*), *JB* 2009/99, m.nt. Verheij, *AB* 2009/156, m.nt. Widdershoven.

<sup>38</sup> Zie R.J.G.M. Widdershoven 2007, voor een uitvoeriger motivering.

<sup>39</sup> Zaak C-105/03 (Pupino), *Jur.* 2005, p. I-5285; zaak C-268/06 (Impact), *Jur.* 2008, p. I-2483; zaak C-53/10 (Müksch), uitspraak van 15 september 2011, n.n.g.; *AB* 2011/322. Zie voor toepassingen in de Nederlandse rechtspraak ABRvS 7 december 2004 (Boxtel), *AB* 2006/67, m.nt. Widdershoven en ABRvS 5 december 2007 (Ingensche Waarden), *AB* 2008/18, m.nt. Widdershoven.

<sup>40</sup> ABRvS 28 februari 2007 (*Fortis*), *AB* 2007/183, m.nt. Widdershoven.

<sup>41</sup> In het Franse recht spreekt men in dit verband van *invocabilité d'exclusion* (buiten toepassing laten) en *invocabilité substitutions* (in de plaats stellen). Vergelijk M.J.M. Verhoeven 2011, p. 18-19; R. Ortlep 2011, p. 44-45; S. Prechal, 'Direct Effect, Indirect Effect, Supremacy and the Evolving Constitutions of the European Union', in: C. Bernard (ed.), *The fundamentals of EU law revisited: assessing the impact of the constitutional debate*, Oxford: University Press 2007, p. 35-69.

<sup>42</sup> Zaak 103/88 (Fratelli Costanzo), *Jur.* 1989, p. 1839; zaak C-243/09 (Fuss), uitspraak van 14 oktober 2010, n.n.g.; *AB* 2011/72, m.nt. Widdershoven.



vernietigd omdat het in strijd is met de richtlijnnorm of omdat het bestuur bij het nemen ervan – in strijd met het zorgvuldigheids- en/of motiveringsbeginsel – de richtlijnnorm niet in de beoordeling heeft betrokken.<sup>43</sup>

De toepassing van het instrument van de rechtstreekse werking wordt op een aantal manieren beperkt. In de eerste plaats geldt het instrument alleen voor bepalingen van Unierecht die rechtstreeks werkend zijn. Om als zodanig te kwalificeren moet de bepaling ‘*justiciable*’ zijn in die zin dat zij voldoende operationeel is om door de rechter (en het verlengde daarvan het bestuur) te worden toegepast.<sup>44</sup> Het belangrijkste criterium dat het Hof hanteert om dit vast te stellen is of de bepaling inhoudelijk gezien *onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig* is.<sup>45</sup> Voor richtlijnen geldt daarbij nog als extra eis dat rechtstreekse werking daarvan pas aan de orde is na afloop van de omzettingstermijn.<sup>46</sup> Een bepaling van Unierecht is onvoorwaardelijk als voor de toepassing ervan geen nadere Europese of nationale uitvoeringsregels nodig zijn. Van voldoende nauwkeurigheid is sprake als een bepaling zo precies is geformuleerd, dat zij de lidstaat geen beleidskeuzes laat bij de omzetting en toepassing ervan. Hiertoe behoren ook bepalingen die een zogenoemde vage norm bevatten, zoals ‘aanzienlijke milieueffecten’ of ‘significante gevolgen’.<sup>47</sup> Behalve bepalingen die de lidstaat geen enkele beleidsvrijheid laten, erkent het Hof een tweede categorie rechtstreeks werkende richtlijnbeperkingen, namelijk *bepalingen met rechtstreeks werkende grenzen van de beoordelingsvrijheid*. Het gaat daarbij om bepalingen die de lidstaten op zich een beoordelingsmarge laten – en waarvan men op het eerste gezicht zou denken dat zij niet rechtstreeks werkend zijn – maar die wat betreft de grenzen van die beoordelingsmarge wel voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn geformuleerd.<sup>48</sup> Op deze grenzen kan voor de rechter daarom wel een beroep worden gedaan.

In de tweede plaats is de ABRvS van oordeel dat de rechtstreekse werking van een richtlijnbeperking niet zo ver strekt dat ‘daaruit een zelfstandige verbodsbepaling met vergunningplicht zou kunnen volgen’.<sup>49</sup> De Afdeling baseert deze beperking (terecht) op het verbod van omgekeerde verticale rechtstreekse werking, dat hierna nog uitvoerig wordt besproken. Daarnaast kan zij – evenals het geval is bij de hiervoor besproken vergelijkbare beperking van richtlijnconforme uitlegging (paragraaf 3) – worden gebaseerd op het legaliteitsbeginsel, in die zin dat ook de toepassing van een rechtstreekse werkende richtlijnnorm het bestaan van een bestuursbevoegdheid vooronderstelt. Is een bepaalde activiteit naar nationaal recht niet vergunningplichtig dan is er ook geen aanknopingspunt om een richtlijnnorm toe te passen. Bestaat er wel een vergunningplicht dan is dat wel mogelijk, waarbij – anders dan bij richtlijnconforme uitlegging – geen verbod van *contra legem* werking geldt. Integendeel, het met de rechtstreeks werkende richtlijn strijdige nationale recht moet juist buiten toepassing worden gelaten.

De derde beperking van rechtstreekse werking betreft het – hiervoor al enige malen genoemde – verbod van horizontale of omgekeerde verticale werking van rechtstreeks werkende richtlijnbeperkingen. De achtergrond van beide verboden is het uitgangspunt van het Unierecht dat richtlijnen in beginsel in de nationale rechtsorde doorwerken doordat zij correct

---

<sup>43</sup> J.H. Jans e.a. 2011, p. 108-115.

<sup>44</sup> Onder meer M.J.M. Verhoeven 2011, p. 19-21; S. Prechal 2007, p. 37-38; M. Claes, *The National Courts' Mandate in the European Constitution*, Oxford and Portland Oregon: Hart Publishing 2006, p. 82.

<sup>45</sup> Zaak 26/62 (Van Gend en Loos), *Jur.* 1963, p. 3; zaak 8/81 (Becker), *Jur.* 1982, p. 53.

<sup>46</sup> Bijv. zaak C-246/06 (Navarro), *Jur.* 2008, p. I-105.

<sup>47</sup> Vergelijk art. 2 lid 1 MER-richtlijn, en art. 6 lid 3 Habitatrictlijn.

<sup>48</sup> Zie J.H. Jans 2011, p. 73-78. Vergelijk zaak C-72/95 (Kraaijeveld), *Jur.* 1996, p. I-5403; AB 1997/133, m.nt. Backes; zaak C-257/98 (Linster), *Jur.* 2000, p. I-6917; zaak C-127/02 (Kokkelvisser), *Jur.* 2004, p. I-7405; AB 2004/365.

<sup>49</sup> ABRvS 21 juli 2010 (IJmeer), *BR* 2010/153, m.nt. Woldendorp; ABRvS 31 maart 2010 (De Malpie), *BR* 2010/97, m.nt. Woldendorp; ABRvS 4 mei 2011 (Voordelta), *AB* 2011/318, m.nt. Widdershoven.

worden omgezet in het nationale recht. Heeft een lidstaat dat niet gedaan, dan kunnen particulieren zich ten opzichte van de in gebreke blijvende overheid beroepen op rechtstreeks werkende richtlijnrechten, maar kunnen op grond van uitsluitend de richtlijn *geen verplichtingen* voor particulieren worden geschapen.<sup>50</sup> Dat zou volgens het Hof in strijd zijn met het rechtszekerheidsbeginsel. Als gevolg hiervan hebben richtlijnen geen horizontale rechtstreekse werking tussen twee particulieren en kan de overheid op basis van de niet (correct) omgezette richtlijn in beginsel geen lasten opleggen aan particulieren (verbod van omgekeerde verticale werking). Of, zoals het Hof het formuleerde in de zaak *Kolpinghuis*, ‘een nationale overheid kan zich niet ten laste van een particulier op een bepaling van een richtlijn beroepen, ten aanzien waarvan de noodzakelijke omzetting in nationaal recht nog niet heeft plaatsgevonden’.<sup>51</sup>

De verboden van horizontale en omgekeerd verticale werking zijn vaste rechtspraak van het Hof, ook al zijn ze niet onomstreden.<sup>52</sup> Tegelijkertijd heeft het Hof in de loop der jaren diverse wegen gecreëerd waarmee beide – of een van hen – kunnen worden omzeild of waardoor hun reikwijdte wordt beperkt.<sup>53</sup> Een middel waarmee beide verboden onder omstandigheden kunnen worden omzeild<sup>54</sup>, is de – in paragraaf 3 al besproken – plicht tot richtlijnconforme uitlegging. Met behulp van dit instrument kan via uitlegging van het nationale recht vaak hetzelfde resultaat worden bereikt als met rechtstreekse werking, namelijk de toepassing van de niet (correct) omgezette richtlijnbeepaling, terwijl beide verboden niet gelden. Dat het Hof horizontale of omgekeerd verticale effecten van richtlijnconforme uitlegging niet problematisch acht, kan waarschijnlijk worden verklaard doordat bij conforme uitlegging – anders dan bij rechtstreekse werking – niet de richtlijn zelf ten nadele van een particulier wordt toegepast, maar het (richtlijnconform geïnterpreteerde) nationale recht. Omdat particulieren binnen de grenzen van de wet bedacht moeten zijn op ook onverwachte vormen van rechterlijke interpretatie, is (indirecte) toepassing van richtlijnen ten nadele van een particulier door middel van conforme uitlegging in de visie van het Hof kennelijk niet strijdig met het beginsel van rechtszekerheid.

Specifiek voor het beperken of omzeilen van het verbod van horizontale werking kent het Unierecht drie middelen. In de eerste plaats kan – zoals in paragraaf 2.1 al is vermeld – dit verbod soms worden omzeild doordat de rechter nationale wetgeving toetst aan een algemeen beginsel van Unierecht, waarvan de richtlijn een nadere uitwerking vormt.<sup>55</sup> In de plaats kan dit soms geschieden via de zogenoemde *Securitel*-route<sup>56</sup>, waarbij een partij in een privaatrechtelijke verhouding stelt dat de publiekrechtelijke regelgeving die deze verhouding regelt wegens strijd met een rechtstreeks werkende richtlijnbeepaling buiten toepassing moet worden gelaten. Wordt deze stelling gehonoreerd dan kan deze regelgeving geen grondslag vormen voor een civielrechtelijke vordering. Een derde middel, waarmee de reikwijdte van het verbod van horizontale werking wordt beperkt, betreft de hantering van een ruim

<sup>50</sup> Zie onder meer zaak 152/84 (Marshall I), *Jur.* 1986, p. 723; zaak C-91/92 (Faccini Dori), *Jur.* 1994, p. I-3325; zaak 397/01 (Pfeiffer), *Jur.* 2004, p. I-8835; AB 2005/16; zaak C-201/02 (Wells), *Jur.* 2004, p. I-723; AB 2004/150, m.nt. De Moor-van Vugt; zaak C-282/10 (Dominguez), uitspraak van 24 december 2011, n.n.g.; AB 2012/48.

<sup>51</sup> Zaak 80/86 (Kolpinghuis), *Jur.* 1987, p. 3969.

<sup>52</sup> Vergelijk bijv. de kritiek in P. Craig, ‘The legal effects of Directives: policy, rules and exceptions’, *ELRev.* 2009, p. 349-377.

<sup>53</sup> Zie ook R. Ortlep 2011, p. 45-49.

<sup>54</sup> Tenzij het verbod van contra legem conforme uitlegging aan de orde is. De andere twee beperkingen van richtlijnconforme uitlegging – geen vestiging of verzwarende van een strafbaar- of beboetbaarstelling en geen creatie van een bestuursbevoegdheid – gelden ook voor rechtstreekse werking.

<sup>55</sup> Zaak C-144/04 (Mangold), *Jur.* 2005, p. I-9981; zaak C-555/07 (Kücükdeveci), *Jur.* 2010, p. I-365; AB 2010/89.

<sup>56</sup> Zaak C-194/94 (Securitel), *Jur.* 1996, p. I-2201.

overheidsbegrip volgens de zaak *Foster*.<sup>57</sup> Onder dit begrip valt niet alleen ‘de Staat ongeacht de hoedanigheid – werkgever of als openbaar gezag – waarin deze optreedt’<sup>58</sup>, maar elk ‘orgaan, ongeacht zijn rechtsvorm, dat krachtens een handeling van het openbaar gezag onder toezicht van dat gezag met de uitvoering van een dienst van openbaar belang is belast en daartoe over bevoegdheden beschikt die verder gaan dan de voor de betrekkingen tussen particulieren geldende regels’.<sup>59</sup> Voldoet een (ook) privaatrechtelijke instantie aan deze eisen, dan wordt zij opgevat als ‘overheid’, waartegen een rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging wel kan worden ingeroepen en geldt het verbod van horizontale werking niet.

Voor het beperken van de reikwijdte van het verbod van omgekeerde werking kent het Unierecht twee middelen. In de eerste plaats is dat de *Viamex*-uitzondering<sup>60</sup>, op grond waarvan de overheid een richtlijnbevestiging ten nadele van een particulier kan toepassen, wanneer een verordening (waarvoor het verbod van omgekeerde verticale werking niet geldt), uitdrukkelijk naar die richtlijnbevestiging verwijst. De tweede – en voor de praktijk van het Nederlandse bestuursrecht belangrijkste – beperking van dit verbod betreft de *Wells*-relativering ervan in driepartijenverhoudingen.<sup>61</sup> Deze komt erop neer dat het verbod niet geldt als de negatieve effecten van de richtlijn voor een particulier (bijvoorbeeld een vergunningaanvrager) niet meer zijn dan het feitelijke gevolg van het succesvolle beroep dat een andere particulier (bijvoorbeeld een milieugroep of concurrent) ten opzichte van de overheid op een niet-correct omgezette richtlijnbevestiging heeft gedaan. Volgens het Hof kunnen deze ‘louter negatieve gevolgen voor de rechten van derden geen rechtvaardiging zijn om een particulier het recht te ontzeggen zich ten aanzien van de betrokken lidstaat te beroepen op de bepalingen van een richtlijn’.<sup>62</sup> Zij vloeien in dat geval immers niet voort uit de richtlijn zelf, maar uit het succesvolle beroep van die andere particulier. In de zaak *Wells* was pas voor de rechter door de particulier in kwestie beroep gedaan op de richtlijn. De *Wells*-relativering geldt echter ook wanneer een particulier zich in de bestuurlijke fase – in een zienswijze of een bezwaarschrift – op de richtlijn beroept. Ook dan dient het bestuur de richtlijn toe te passen, ook al heeft die toepassing negatieve gevolgen voor de vergunningaanvrager.

De reikwijdte van de *Wells*-relativering wordt in Nederland beperkt door de zogenoemde *Boxtel*-lijn van de ABRvS.<sup>63</sup> Volgens deze lijn wordt het verbod van omgekeerde verticale werking in een driepartijenverhouding alleen ‘doorbroken’ als een derde *daadwerkelijk* beroep heeft gedaan op de rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging. Zolang dat (nog) niet het geval is, kan men niet stellen dat de negatieve gevolgen van de richtlijn voortvloeien uit het beroep dat die derde heeft gedaan op de richtlijn en geldt – in de visie van de Afdeling – het verbod van omgekeerde verticale werking onverkort. Daarom zal het bestuur een met de richtlijn strijdig besluit moeten nemen, waarvan vaststaat dat dit zal sneuvelen als een derde in het vervolg van de procedure wel beroep doet op de richtlijn. Deze lijn vormt een belemmering voor een proactieve Europese opstelling van het (ook decentrale) bestuur, zorgt voor nodeloze en kostbare procedures en staat op gespannen voet met de

---

<sup>57</sup> Zaak C-188/89 (*Foster*), *Jur.* 1990, p. I-3313; gevoegde zaken C-253/96 t/m C-258/96 (*Kampelmann*), *Jur.* 1997, p. I-6907; zaak C-282/10 (*Dominguez*), uitspraak van 24 december 2011, n.n.g.; AB 2012/48.

<sup>58</sup> Onder het (volkenrechtelijk) begrip Staat vallen naar Nederlands recht alle bestuursorganen in de zin van artikel 1:1 lid 1, onder a, Awb, alsmede alle rechtspersonen die krachtens publiekrecht zijn ingesteld.

<sup>59</sup> Deze groep valt naar Nederlands recht in belangrijke mate samen met de bestuursorganen in de zin van artikel 1:1, lid 1, onder b, Awb, maar kan mogelijk ruimer zijn. Vergelijk J.H. Jans e.a. 2011, p. 94.

<sup>60</sup> Gevoegde zaken C-37/06 en C-58/06 (*Viamex*), *Jur.* 2008, p. I-69.

<sup>61</sup> Zaak C-201/02 (*Wells*), *Jur.* 2004, p. I-723; AB 2004/150. Zie voor dezelfde lijn op het terrein van telecommunicatie, gevoegde zaken C-152/07 t/m C-154/07 (*Arcor*), *Jur.* 2008, p. I-5959; AB 2008/269, m.nt. Van Eijken & Ortlep.

<sup>62</sup> Zaak C-201/02 (*Wells*), *Jur.* 2004, p. I-723; AB 2004/150, punt 57 en 58.

<sup>63</sup> ABRvS 7 december 2005 (*Boxtel*), AB 2006/67, m.nt. Widdershoven.

rechtspraak van het Hof.<sup>64</sup> Tegelijkertijd kan niet zonder meer worden gezegd dat zij in strijd is met de rechtspraak van het Hof, omdat het Hof zich nog nooit over deze kwestie heeft uitgelaten of heeft kunnen uitlaten. De Afdeling zou deze kwestie dan ook prejudicieel moeten verwijzen.

Zolang de Afdeling niet op de *Boxtel*-lijn terugkomt, is zij in Nederland echter geldend recht. Dit betekent dat het bestuur in een *potentiële* driepartijenverhouding een rechtstreeks werkende richtlijnbeveling niet (ambtshalve) kan toepassen. Daarnaast is het verbod van omgekeerde verticale werking een harde belemmering voor de toepassing van dergelijke bepalingen door rechter en bestuur in principiële tweepartijenverhoudingen, tenzij zich de nogal uitzonderlijke situatie van de zaak *Viamex* voordoet.

## 5 Schadevergoeding

Biedt naast richtlijnconforme uitlegging ook rechtstreekse werking de betrokken particulier geen of onvoldoende soelaas, dan kan deze – volgens het Hof in de zaak *Dominguez*<sup>65</sup> – ‘in voorkomend geval’ de overheid aansprakelijk stellen voor de schade die hij als gevolg van de schending van de richtlijn heeft geleden. In dat geval worden, anders dan bij richtlijnconforme uitlegging en rechtstreekse werking, niet de rechten uit de richtlijn zelf geëffectueerd, maar claimt de betrokkene bij de overheid een (vervangende) vergoeding van de schade die hij heeft geleden als gevolg van het feit dat hij deze rechten vanwege de incorrecte omzetting of toepassing van de richtlijn niet heeft kunnen effectueren.

Zoals bekend heeft het Hof de overheidsaansprakelijkheid voor schade als gevolg van schendingen van Unierecht in de lidstaten in zijn rechtspraak gedeeltelijk geëuropeaaniseerd.<sup>66</sup> Volgens de rechtspraak ontstaat een op Unierecht gebaseerde aansprakelijkheid, indien (a) de geschonden regel van Unierecht ertoe strekt aan particulieren rechten toe te kennen (relativiteit), (b) de schending voldoende gekwalificeerd is, en (c) er een direct causaal verband bestaat tussen de schending en de geleden schade. Deze voorwaarden zijn minimumvoorwaarden en sluiten niet uit dat een lidstaat naar nationaal recht onder minder beperkende voorwaarden aansprakelijk is. De lidstaten moeten deze aansprakelijkheid organiseren in hun nationale rechtsorde, waarbij zij op grond van het beginsel van procedurele autonomie bepalen welke rechter bevoegd is, welke procesrechtelijke regels van toepassing zijn, hoe het zit met de draagplicht en met de verdeling van aansprakelijkheden tussen overheden, welke soorten schade voor vergoeding in aanmerking komen et cetera. Het toepasselijke nationale (proces)recht mag echter niet ongunstiger zijn dan de regels die gelden voor aansprakelijkheidsacties wegens schending van louter nationale regels (beginsel van gelijkwaardigheid) en mag bovendien het effectueren van een aansprakelijkheidsactie wegens schending van het Unierecht niet uiterst moeilijk of onmogelijk maken (beginsel van doeltreffendheid).<sup>67</sup>

De overheidsaansprakelijkheid wegens schending van Unierecht kan onder omstandigheden een Nederlandse particulier een mogelijkheid bieden om schadevergoeding te krijgen wegens incorrecte omzetting of toepassing van een richtlijn<sup>68</sup>, maar zeker niet altijd. Een

---

<sup>64</sup> Vergelijk J.H. Jans e.a. 2011, p. 88-89; R.J.G.M. Widdershoven 2007.

<sup>65</sup> Zaak C-282/10 (*Dominguez*), uitspraak van 24 december 2011, n.n.g.; AB 2012/48.

<sup>66</sup> Zie vooral gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (*Francovich*), *Jur.* 1991, p. I-5357; AB 1994/482, m.nt. Van der Burg; gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (*Brasserie du Pêcheur*), *Jur.* 1996, p. I-1029; AB 1996/249, m.nt. Van der Burg, en zaak C-224/01 (*Köbler*), *Jur.* 2003, p. I-10239; AB 2004/429, m.nt. Widdershoven.

<sup>67</sup> Zie over deze vereisten uitvoerig J.H. Jans e.a. 2011, p. 35-55.

<sup>68</sup> De geëuropeaaniseerde aansprakelijkheid wegens schending van Unierecht betreft – aldus het Hof in zaak C-224/01 (*Köbler*), *Jur.* 2003, p. I-10239; AB 2004/429 – ook kennelijke schendingen van Unierecht door een hoogste nationale rechter. Omdat in deze bijdrage de incorrecte omzetting (door de wetgever) en toepassing

belemmering wordt daarbij overigens *niet* gevormd door de Europese voorwaarde dat de schending ‘voldoende gekwalificeerd’ moet zijn. Naar Nederlands recht zijn wetgever en bestuur in beginsel risico-aansprakelijk voor alle schendingen van het recht<sup>69</sup>, ook wanneer hen daarvoor geen enkel verwijt kan worden gemaakt. Dit voor burgers gunstiger rechtsregime moet ook worden toegepast in Unierechtelijke zaken.<sup>70</sup>

De voorwaarde dat de geschonden regel van Unierecht ertoe moet strekken om particulieren rechten toe te kennen (relativiteitsvereiste), kan onder omstandigheden wel een belemmering betekenen voor een succesvolle schadeclaim. Dit ziet men in een uitspraak van het Gerechtshof ’s-Gravenhage in de zaak *Waterpakt II*.<sup>71</sup> In die zaak vorderde onder meer Waterpakt een verklaring voor recht dat de Staat door de niet-tijdige omzetting van de Nitraatrichtlijn jegens hen onrechtmatig had gehandeld. Met deze verklaring wilde men de Staat aansprakelijk stellen voor de extra kosten die men moest maken om het door nitraat vervuilde grond- en oppervlaktewater geschikt te maken voor menselijke consumptie. Hoewel de Nitraatrichtlijn de Staat ertoe verplichte om maatregelen te nemen, die zouden waarborgen dat de jaarlijks in de bodem gebrachte hoeveelheid dierlijke mest de hoeveelheid van 170kg/hectare niet zou overschrijden, wees het gerechtshof de vordering af omdat de richtlijn ‘geen beoogde en bepaalbare waterkwaliteit’ als verplichting voorschreef, waaraan ‘particulieren jegens de Staat kwaliteitsaanspraken kunnen ontleneren’. Daarom was volgens het gerechtshof niet voldaan aan het relativiteitsvereiste.

Overigens kan uit deze uitspraak *a contrario* worden afgeleid dat de vordering niet op dit vereiste zou zijn afgestuit als de richtlijn wel een beoogde en bepaalbare waterkwaliteit als verplichting aan de lidstaat zou hebben voorgeschreven. Een dergelijke opvatting zou in lijn zijn met soepele relativiteitsbenadering van het Hof in de zaak *Danske Slagterier*.<sup>72</sup> In die zaak was Duitsland aansprakelijk gesteld voor de schade die Deense particulieren hadden geleden, doordat Duitsland jarenlang – in strijd met richtlijn 64/433 en richtlijn 89/662 – de import van het Deens vlees van niet-gecastreerde mannelijk varkens had verboden. Volgens Duitsland – daarbij ondersteund door Advocaat-Generaal Trstensjak en diverse andere lidstaten – zou de claim moeten afstuiten op het relativiteitsvereiste, onder meer omdat de richtlijnen alleen zouden voorzien in verplichtingen voor de lidstaten om bij de import van vers vlees bepaalde keuringsvoorschriften toe te passen en daarom niet zouden beogen om ‘rechten van particulieren te beschermen’. Het Hof wijst deze strikte relativiteitsbenadering van de hand en converteert de richtlijnverplichtingen van de lidstaat in een daarmee corresponderend recht van particulieren ‘om vers vlees dat aan de communautaire voorwaarden voldoet te kunnen verkopen in een andere lidstaat’.<sup>73</sup> Bij dit oordeel speelt overigens een rol dat het Hof de richtlijnen aanmerkt als een precisering en concretisering van het recht op vrij van verkeer van goederen van (thans) artikel 34 VWEU. Over deze bepaling had het Hof al in de zaak *Brasserie du Pêcheur* vastgesteld dat schending ervan een grond kan vormen voor schadevergoeding.<sup>74</sup>

De derde Europese voorwaarde voor het ontstaan van aansprakelijkheid, het directe

---

(door het bestuur) van een richtlijn centraal staat, ga ik hierop niet nader in. Zie hierover R. Ortlep 2011, p. 268 e.v.; J.H. Jans e.a. 2011, p. 359-363, alsmede R.J.G.M. Widdershoven & R. Ortlep, ‘Schendingen van EG-recht door rechter’, *O&A* 2004, p. 34-48.

<sup>69</sup> Zie voor wat betreft de aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving reeds HR 9 mei 1986 (Staat/Van Gelder), *AB* 1986/429, m.nt. Van der Burg.

<sup>70</sup> Daaraan kan worden toegevoegd dat volgens het Hof – zie gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90 (Francovich), *Jur.* 1991, p. I-5357, en gevoegde zaken C-178/94, C-179/94 en C-188/94 t/m C-190/94 (Dillenkoffer), *Jur.* 1996, p. I-4845 – de niet-tijdige omzetting van een richtlijn altijd een voldoende gekwalificeerde schending oplevert.

<sup>71</sup> Gerechtshof ’s-Gravenhage 27 oktober 2005, *LJN* AU5626.

<sup>72</sup> Zaak C-445/06 (Danske Slagterier), *Jur.* 2009, p. I-2119; *AB* 2009/229, m.nt. Widdershoven.

<sup>73</sup> Zaak C-445/06 (Danske Slagterier), *Jur.* 2009, p. I-2119; *AB* 2009/229, punt 24.

<sup>74</sup> Gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur), *Jur.* 1996, p. I-1029; *AB* 1996/249.

causale verband tussen de schending van het Unierecht en de geleden schade, kan vooral bij schending van richtlijnbevestigingen die alleen procedurele rechten toekennen een belemmering betekenen voor succesvolle schadeclaims, omdat lang niet altijd duidelijk is welke schade daardoor is geleden.<sup>75</sup> Zo zal een particulier nauwelijks hard kunnen maken dat hij door de schending van richtlijn 90/313, betreffende de toegang tot milieu-informatie, schade heeft geleden die in causaal verband staat met die schending. Vergelijkbare problemen spelen bij schendingen van de MER-richtlijn 85/337. In het geval dat voor een project een vergunning is verleend zonder dat de in die richtlijn voorgeschreven mer-beoordeling heeft plaatsgevonden, zal eventuele schadevergoeding pas aan de orde zijn, wanneer vaststaat dat het project met een dergelijke beoordeling anders of niet was vergund. Staat dit vast, dan is het vervolgens de vraag welke schade particulieren eigenlijk hebben geleden als gevolg van de eerste vergunningverlening. Zeker voor milieugroepen is dit allerminst duidelijk.

De belangrijkste belemmering voor succesvolle schadeclaims vormt in Nederland het beginsel van formele rechtskracht. Indien tegen een besluit een met voldoende waarborgen omklede rechtsgang heeft opengestaan en deze rechtsgang hetzij niet (tijdig) is gebruikt, hetzij niet tot een vernietiging heeft geleid, dan wordt dat besluit in een ander geding formeel en materieel voor rechtmatig gehouden en wordt daarom een naar aanleiding van dat besluit ingediend schadeverzoek niet-ontvankelijk verklaard of afgewezen. De Hoge Raad past het beginsel van formele rechtskracht ook toe in het geval het besluit in strijd is met het Unierecht, omdat deze toepassing niet in strijd zou zijn met het beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid.<sup>76</sup>

In zijn rechtspraak beoordeelt het Hof de consequenties van het niet-benutten van een vernietigingsberoep voor een aansprakelijkheidsvordering in het licht van het Unierechtelijke beginsel van schadebeperking.<sup>77</sup> Op grond daarvan moet een benadeelde zich redelijke inspanningen getroosten om schade te voorkomen of te beperken, in het bijzonder door de ter zijner beschikking staande beroepsmogelijkheden aan te wenden. In deze beroepsprocedure kan hij met behulp van de instrumenten van richtlijnconforme uitlegging en rechtstreekse werking zijn Unierechten effectueren en aldus schade voorkomen. Doet hij dit niet, dan moet hij de schade in beginsel zelf dragen. De verplichting om de beroepsmogelijkheden te benutten gaat echter – aldus het Hof in de zaak *Danske Slagterier* – niet zover dat ‘van de benadeelde personen zou worden verlangd dat zij systematisch gebruik maken van alle hen ter beschikking staande rechtsmiddelen, zelfs wanneer dit buitensporige moeilijkheden zou opleveren of niet redelijkerwijs van hen kan worden gevergd’.<sup>78</sup>

Tussen het beginsel van formele rechtskracht en de benadering van het Hof bestaat een zekere – eerder gesignaleerde – spanning.<sup>79</sup> Het beginsel van formele rechtskracht heeft dogmatisch een geheel andere insteek dan het beginsel van schadebeperking omdat het eerste

---

<sup>75</sup> Vergelijk H.F.M.W. van Rijswijk (red.), *EG-recht en de praktijk van het waterbeheer*, STOWA Utrecht 2008, p. 76.

<sup>76</sup> HR 24 januari 2003 (Maple Tree), AB 2003/120, m.nt. Widdershoven.

<sup>77</sup> Zaak C-445/06 (Danske Slagterier), *Jur.* 2009, p. I-2119; AB 2009/229; gevoegde zaken C-46/93 en C-48/93 (Brasserie du Pêcheur), *Jur.* 1996, p. I-1029; AB 1996/249.

<sup>78</sup> Zaak C-445/06 (Danske Slagterier), *Jur.* 2009, p. I-2119; AB 2009/229, punt 69.

<sup>79</sup> Vergelijk mijn noten onder de zaak *Maple Tree* (AB 2003/120) en de zaak *Danske Slagterier* (AB 2009/229), en verder R. Orlepp 2011, p. 283-284; J.E.M. Polak, ‘Europese inspiratie bij overheidsaansprakelijkheid: processuele inbedding van Europese normen’, in: M.V. Polak (red.), *Inbedding van Europese procesrechtelijke normen in de Nederlandse rechtsorde*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2010, p. 25-58; M.W. Scheltema, ‘Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht: een heldere afbakening?’, *NTBR* 2009, p. 182-190; J.E.M. Polak, ‘De klassieke onrechtmatige daadsvordering als instrument van effectieve uitvoering van Unierecht: De Europese dimensie van de vangnetfunctie van de burgerlijke rechter’, in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen a/d Rijn: Kluwer 2007, p. 257-282; A.A. van Rossum & M. Hes, ‘Overheidsaansprakelijkheid en formele rechtskracht, mede bezien vanuit Europees perspectief’, in: P.F.A. Bierbooms e.a. (red.), *Aspecten van aansprakelijkheid*, Den Haag: BJu 2005, p. 97-132.

beginsel moet worden ingedeeld bij het criterium onrechtmatigheid en in de regel leidt tot een categorische uitsluiting van de aansprakelijkheid. Het beginsel van schadebeperking ziet op het toekennen van schadevergoeding bij onrechtmatige daad en vergt in de regel een afweging in het concrete geval. Vanwege deze spanning zou het Unierechtelijk de voorkeur hebben als Nederland het beginsel van formele rechtskracht zou inruilen voor dat van schadebeperking. Aanvaringen met het Hof kunnen waarschijnlijk ook worden voorkomen door een Unierechtconforme toepassing van het beginsel van formele rechtskracht.<sup>80</sup> Daartoe zou de Nederlandse rechter in de eerste plaats moeten duidelijk maken dat het beginsel van formele rechtskracht mede is gebaseerd op het beginsel van schadebeperking. In de tweede plaats zou men de uitzondering op de formele rechtskracht moeten Europeaniseren, zodat de formele rechtskracht – in lijn met de zaak *Danske Slagterier* – wordt doorbroken als het benutten van het Awb-beroep voor de betrokken particulier buitensporige moeilijkheden zou opleveren of redelijkerwijs niet van hem kan worden gevergd.

In de praktijk zal dit criterium waarschijnlijk in veel gevallen leiden tot hetzelfde resultaat als de uitzonderingen op het beginsel formele rechtskracht. Een uitzondering geldt naar mijn opvatting echter voor beroepen die niet zijn ingesteld, omdat zij gelet op vaste rechtspraak van de hoogste bestuursrechter bij voorbaat kansloos zouden zijn geweest. In dat geval had de betrokken particulier met het beroep zijn schade niet kunnen beperken en is mijns inziens sprake van de situatie dat het instellen van het beroep niet redelijkerwijs van hem kan worden gevergd. Of de Hoge Raad het voorgaande gaat volgen, moet worden afgewacht.

## 6 Andere mogelijkheden?

Uit het bovenstaande blijkt dat een particulier bij incorrecte omzetting of toepassing van een richtlijn zijn aan de richtlijn te ontleen rechten in veel gevallen (indirect) kan realiseren door middel van richtlijnconforme uitlegging, rechtstreekse werking en aansprakelijkheid. Deze instrumenten hebben echter ook diverse beperkingen. Dat roept de vraag op of er nog andere mogelijkheden zijn.

Een dergelijke mogelijkheid is *niet* het vorderen bij de Nederlandse rechter van een bevel tot formele of materiële wetgeving ter omzetting van de richtlijn. In de zaak *Waterpakt I* heeft de Hoge Raad namelijk principieel bepaald dat de rechter daartoe niet bevoegd is omdat een dergelijk bevel naar Nederlands staatsrecht in strijd is met het beginsel van machtenscheiding, en bovendien niet wordt geëist door het (toen nog) EG-recht.<sup>81</sup> Het laatste argument is ook thans nog correct en – in lijn met *SEW*-commentaar van Leonard Besselink onder *Waterpakt I*<sup>82</sup> – acht ook ik het zeer onwaarschijnlijk dat het Hof ooit zal voorschrijven dat nationale rechters een dergelijke bevoegdheid in Unierechtelijke zaken moeten hebben. Een rechterlijk bevel tot het vaststellen van wetgeving komt volgens Leonard – en wie zou het beter moeten weten – namelijk in geen enkele lidstaat voor en past daarom niet in de constitutionele tradities van de lidstaten.

Met deze onmogelijkheid van een rechterlijk wetgevingsbevel, zijn de juridische middelen voor particulier om binnen de nationale rechtsorde de incorrecte omzetting (of toepassing) aan de orde te stellen uitgeput. De enige weg die daarnaast nog kan worden begaan, is het indienen

<sup>80</sup> Zo ook J.E.M. Polak 2010; M. Scheltema 2009; J.E.M. Polak 2007, p. 273-275; A.A. van Rossum & M. Hes 2005.

<sup>81</sup> HR 21 maart 2003 (*Waterpakt I*), *SEW* 2004, p. 232-238, m.nt. Besselink; *AB* 2004/39, m.nt. Backes; *NJ* 2003/691, m.nt. Koopmans. Zie voor hetzelfde standpunt voor wat betreft lagere wetgeving HR 1 oktober 2004, *NJ* 2004/679, m.nt. Koopmans.

<sup>82</sup> Zie p. 236-237 van zijn commentaar onder *Waterpakt I* in *SEW* 2004.

van een klacht bij de Europese Commissie, ten einde deze ertoe te bewegen om tegen de lidstaat een verdragsschendingsprocedure te beginnen. Binnen deze procedure heeft de particulier formeel geen enkele status en het staat de Commissie ook vrij om de procedure niet te starten. Toch kan het voor een particulier nuttig zijn om schendingen van Unierecht bij de Commissie aan te kaarten, omdat dergelijke klachten voor de Commissie – die geen zicht heeft op schendingen van het Unierecht in 27 lidstaten – een belangrijke informatiebron zijn en daarom nogal eens aanleiding zijn om actie tegen een lidstaat te ondernemen.

De verdragsschendingsprocedure kan, als de Commissie de zaak voorlegt aan het Hof, leiden tot de vaststelling door het Hof dat de lidstaat zijn verdragsverplichtingen niet is nagekomen, waarna deze verplicht is om alle maatregelen te nemen welke nodig zijn ter uitvoering van het arrest van het Hof (artikel 258 VWEU). Doet de lidstaat dat niet, dan kan de Commissie de zaak opnieuw voor het Hof brengen. In deze tweede ronde kan het Hof de lidstaat veroordelen tot betaling van een forfaitaire som of een dwangsom (artikel 260 VWEU). Overigens komt het lang niet in alle zaken tot een uitspraak van het Hof, omdat in veel zaken de dreiging van een procedure voor het Hof voor de lidstaten al voldoende redenen is om actie te ondernemen.

De verdragsschendingsprocedure kan betrekking hebben op alle schendingen van het Unierecht. Bij richtlijnen kan het gaan om een niet-tijdige of incorrecte omzetting ervan, maar ook om een incorrecte toepassing in het concrete geval. De procedure staat volledig los van de in deze bijdrage besproken instrumenten om deze schendingen voor de nationale rechter aan de orde te stellen. Zo is het voor het instellen van een schadevordering wegens een schending van het Unierecht niet nodig dat het Hof deze schending in een verdragsschendingsprocedure heeft vastgesteld en is het zelfs ‘gevaarlijk’ om op de afloop van deze procedure te wachten, omdat een nationale verjaringstermijn gedurende de procedure niet wordt gestuit.<sup>83</sup> Hetzelfde geldt in nog sterkere mate voor het instellen van een vernietigingsberoep, omdat dit gebonden is aan een korte beroepstermijn.

## 7 Bevindingen

In deze bijdrage is de doorwerking van richtlijnen in de samengestelde rechtsorde in kaart gebracht. Deze doorwerking vindt soms al plaats voor afloop van de omzettingstermijn of van een in de richtlijn opgenomen overgangstermijn. Dat gebeurt in de eerste plaats door de onthoudingsverplichting, die vooral grenzen stelt aan het tijdens deze periode vaststellen en toepassen van regelgeving die op gespannen voet staat met de doelstelling van de richtlijn (paragraaf 2.1). In de tweede plaats kan het nationale recht al tijdens de omzettingstermijn ‘binnen de werkingssfeer van het Unierecht’ vallen, zodat dat moet voldoen aan de algemene beginselen van Unierecht (paragraaf 2.2).

Wanneer na afloop van de omzettingstermijn de richtlijn niet correct is omgezet of wordt toegepast, moet de nationale rechter – en daaraan voorafgaand het (decentraal) bestuur – beoordelen of richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht mogelijk is. Dit doorwerkingsinstrument kent een aantal beperkingen, onder meer het verbod van *contra legem* (paragraaf 3). Biedt conforme uitlegging vanwege deze beperkingen geen soelaas, dan komt de doorwerking van de richtlijn via het instrument van rechtstreekse werking aan de orde. Daarvoor moet een bepaling wel onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn en kan een beperking voortvloeien uit het verbod van horizontale of omgekeerd verticale rechtstreekse werking (paragraaf 4). Levert ook dit instrument de betrokken particulier niets op, dan resteert de mogelijkheid van schadevergoeding wegens schending van het Unierecht. Ook dit instrument kent echter zijn beperkingen vooral vanwege het beginsel van formele rechtskracht (paragraaf 5).

<sup>83</sup> Zaak C-445/06 (Danske Slagterier), *Jur.* 2009, p. I-2119; AB 2009/229, punt 46.



Binnen de nationale rechtsorde bestaan behalve deze drie instrumenten eigenlijk geen andere juridische middelen om de doorwerking van een richtlijn af te dwingen. Meer in het bijzonder is de Nederlandse rechter niet bevoegd om een bevel tot wetgeving ter omzetting van een richtlijn te geven (paragraaf 6). Wel kan een burger altijd door het indienen van een klacht de Europese Commissie ertoe proberen aan te zetten om een verdragsschendingsprocedure tegen de lidstaat aan te spannen. Een dergelijke klacht wil nog weleens tot resultaten leiden, ook al heeft de burger in deze procedure formeel geen enkele status.