

Implementatie en doorwerking van Unierecht in het Nederlandse publiekrecht en privaatrecht

Sim Haket & Rob Widdershoven*

Dit artikel onderzoekt de Unierechtelijke verplichtingen inzake implementatie en doorwerking van richtlijnen en kaderbesluiten en de uitvoering daarvan in het Nederlandse publiekrecht en privaatrecht, anno 2020. Er worden niet alleen nieuwe ontwikkelingen en aanscherpingen afkomstig uit Luxemburg besproken, maar ook de Nederlandse rechtspraktijk inzake doorwerking vergt nadere academische inkadering. De stand van zaken van implementatie en doorwerking in Nederland wordt overwegend positief beoordeeld.

1 Inleiding

In artikel 288, derde alinea, Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (hierna: VWEU) treft men de volgende bepaling aan: '[e]en richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen'.¹ Het moge duidelijk zijn dat deze bepaling de verplichting omvat voor lidstaten om richtlijnen om te zetten in nationaal recht. Op die omzetting gaan we in paragraaf 2 kort in. Uit artikel 288 VWEU blijkt verder dat aan richtlijnen dwingende werking wordt toegekend. Het zou hiermee onverenigbaar zijn indien bij niet-tijdige of incorrecte implementatie van de richtlijn de daarin voorziene rechten en verplichtingen op geen enkele wijze zouden kunnen doorwerken in de rechtsordes van de lidstaten. Daarom voorziet het Unierecht in twee

instrumenten waarmee die doorwerking, zij het binnen bepaalde grenzen, kan worden gerealiseerd: de richtlijnconforme uitlegging en rechtstreekse werking. Ten aanzien van beide instrumenten geldt dat daarop pas een beroep kan worden gedaan na afloop van de omzettingstermijn.² In vaste rechtspraak, ingezet in de zaak *Dominguez* in 2011,³ heeft het Hof van Justitie (hierna: HvJ) bepaald dat de nationale rechter eerst moet beoordelen of doorwerking door middel van conforme uitleg mogelijk is, en dat pas als dat niet mogelijk is het instrument van rechtstreekse werking aan de orde is. Vanwege deze voorkeursvolgorde wordt hierna eerst, in paragraaf 3, conforme uitlegging besproken en daarna, in paragraaf 4, rechtstreekse werking. We ronden het verhaal in paragraaf 5 af met een aantal conclusies.

Hoewel het Unierecht kan worden gekarakteriseerd als een geïntegreerde of samengestelde rechtsorde,⁴ is (nog)

* Mr. S.W. Haket is universitair docent staatsrecht en prof. mr. R.J.G.M. Widdershoven is hoogleraar Europees bestuursrecht bij de Universiteit Utrecht. Beiden zijn verbonden aan het Montaigne Centrum voor Rechtsstaat en Rechtspleging.

1 Zie voor de wettelijke voorgangers van art. 288 VWEU art. 249 EG-Verdrag en art. 189 EEG-Verdrag en, zij het met een iets andere formulering, art. 14 EGKS-Verdrag.

2 Zie HvJ 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*) en HvJ 18 december 1997, C-129/96, ECLI:EU:C:1997:628 (*Inter-Environnement Wallonie*) voor respectievelijk richtlijnconforme uitlegging en rechtstreekse werking. Wel moeten de lidstaten op grond van beide hiervoor genoemde HvJ-arresten vanaf de inwerkingtreding van de richtlijn tot het eind van de omzettingstermijn zich 'onthouden van maatregelen die de verwezenlijking van het door de richtlijn voorgeschreven doel ernstig in gevaar zouden brengen'. Aan de toepassing van deze verplichting besteden wij in dit artikel geen verdere aandacht. Zie hierover: M.J.M. Verhoeven & J.H. Jans, 'Doorwerking via conforme interpretatie en rechtstreekse werking', in: R.J.G.M. Widdershoven & S. Prechal (red.), *Inleiding tot het Europees bestuursrecht*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2017, p. 85-86, alsmede R.J.G.M. Widdershoven, 'De doorwerking van richtlijnen in een samengestelde rechts-



Afbeelding: Manon Heinsman | © Ars Aequi

orde', in: H.R.B.M. Kummeling e.a. (red.), *De samengestelde Besselink*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2012, p. 207-226, i.h.b. p. 208-213.

- 3 HvJ 24 december 2011, C-282/10, ECLI:EU:C:2011:33 (*Dominguez*). Deze volgorde was overigens al vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak van de Raad van State sinds ABRvS 31 maart 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AA6571, AB 2000/303 (*Buitengebied Texel*).
- 4 S. Prechal & R.J.G.M. Widdershoven, 'Inleiding', in: Prechal & Widdershoven (red.) 2017, p. 5.
- 5 H. van Harten, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht*, Den Haag: Bju 2011, p. 13.
- 6 M. Poiares Maduro, 'Contrapunctual law: Europe's constitutional pluralism in action', in: N. Walker (red.), *Sovereignty in Transition*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 518; M. Claes, *The national courts' mandate in the European constitution*, Oxford: Hart Publishing 2006, p. 14; S. Prechal, 'National courts in EU judicial structures', *Yearbook of European law* 2006, p. 432; Van Harten 2011, p. 11-13.

niet altijd sprake van eenzelfde mate van integratie in de beschouwingen op dit rechtsgebied.⁵ Indien de implementatie en doorwerking van richtlijnen enkel wordt bestudeerd vanuit het perspectief van het Unierecht bestaat het risico dat een te eenzijdig beeld wordt geschetst dat onvoldoende correspondeert met de werkelijkheid.⁶ Om die reden bespreken wij in iedere paragraaf voorbeelden van de implementatie en doorwerking van richtlijnen en kaderbesluiten afkomstig uit het Nederlandse publiekrecht (zowel bestuurs- als strafrecht) en privaatrecht.

Indien de implementatie en doorwerking van richtlijnen enkel wordt bestudeerd vanuit het perspectief van het Unierecht bestaat het risico dat een te eenzijdig beeld wordt geschetst dat onvoldoende correspondeert met de werkelijkheid

Vragen omtrent de vereisten die worden gesteld aan implementatie en de remedies als die implementatie niet op correcte wijze geschiedt, zijn primair relevant voor richtlijnen, die immers steeds omzetting behoeven. Richtlijnen staan dan ook centraal in deze bijdrage. Vóór de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon (1 december 2009) werd in de strafrechtelijke derde pijler gebruikgemaakt van kaderbesluiten. De definitie van kaderbesluiten in artikel 34 lid 2, onder b, Verdrag betreffende de Europese Unie (hierna: VEU) (oud) was vrijwel identiek aan die van richtlijnen, waardoor ook voor de werking van kaderbesluiten omzetting in nationaal recht is vereist. Voor zover kaderbesluiten niet zijn ingetrokken, nietig verklaard of gewijzigd, sorteren zij op grond van artikel 9 Protocol (nr. 36) bij het Verdrag van Lissabon nog steeds rechtsgevolg. Deze kaderbesluiten vormen daarom ook een belangrijke bron voor de in deze bijdrage te bespreken problematiek van implementatie en doorwerking. Ten slotte kan deze problematiek spelen bij 'besluiten' in de zin van artikel 288, vierde alinea, VWEU, althans als zij een algemeen – wetgevend –

karakter hebben doordat zij bijvoorbeeld aan de lidstaten een invoerverbod voor bepaalde producten voorschrijven. Dergelijke algemene besluiten moeten door de lidstaat worden omgezet.⁷ Zij kunnen rechtstreekse werking hebben,⁸ en – hoewel zulks nog niet uitdrukkelijk is bevestigd door het HvJ – wij zien geen reden waarom de verplichting tot conforme interpretatie niet van toepassing zou zijn.⁹ Voor deze algemene besluiten verschillen de vereisten die het Unierecht stelt aan de omzetting en doorwerking ervan niet wezenlijk van hetgeen geldt ten aanzien van richtlijnen.¹⁰

De Commissie kan op grond van artikel 258 VWEU een inbreukprocedure starten tegen een lidstaat indien zij van oordeel is dat die lidstaat is tekortgeschoten in de verplichting om een Unierechtelijke maatregel in nationaal recht om te zetten

2 Implementatie

2.1 Unierechtelijk kader

Artikel 288 VWEU bevat de rechtsbasis op grond waarvan de lidstaten verplicht zijn richtlijnen te implementeren in het nationale recht. Voor kaderbesluiten, die nog steeds rechtsgevolgen sorteren, geldt die verplichting op grond van artikel 34 lid 2, onder b, VEU (oud). Een eerste en belangrijke stap in het implementatietraject is de omzetting van de Unierechtelijke maatregel in nationaal recht. Dit vereist dat op nationaal niveau algemeen verbindende regels¹¹ worden aangenomen waarmee het Unierecht als het ware naar het nationaal recht wordt vertaald. Omzetting moet plaatsvinden vóór afloop van de omzettingstermijn die in de richtlijn of het kaderbesluit is voorzien, volledig en nauwkeurig zijn en het rechtszekerheidsbeginsel verlangt dat de omzettingsmaatregelen '[...] een voldoende nauwkeurige, duidelijke en doorzichtige rechtssituatie creëren, zodat de particulier al zijn rechten en plichten kan kennen en zijn rechten zo nodig voor de nationale rechterlijke instanties kan doen gelden'.¹² Deze eerste stap in het implementatietraject wordt gevolgd door de operationalisering

(voornamelijk het aanwijzen van de voor de toepassing van de richtlijn/kaderbesluit bevoegde instanties), toepassing (vaststelling van de rechten en verplichtingen die voortvloeien uit de nationale omzettingsmaatregelen in een concreet geval) en handhaving.

De Commissie kan, in haar hoedanigheid van hoeder van de Verdragen, op grond van artikel 258 VWEU een inbreukprocedure starten tegen een lidstaat indien zij van oordeel is dat die lidstaat is tekortgeschoten in de verplichting om een Unierechtelijke maatregel in nationaal recht om te zetten. Indien het HvJ vaststelt dat een lidstaat niet aan zijn omzettingsverplichting heeft voldaan, dient de lidstaat zelf de maatregelen te nemen om te voldoen aan het arrest van het HvJ (art. 260 lid 1 VWEU). Als aan het arrest niet tijdig uitvoering wordt gegeven, kan het HvJ in een tweede procedure aan de betreffende lidstaat een boete opleggen (art. 260 lid 2 VWEU). Sinds het Verdrag van Lissabon kan het HvJ ook direct in een eerste procedure een boete opleggen indien de lidstaat aan de Commissie in het geheel niet heeft medegedeeld welke omzettingsmaatregelen door hem zijn getroffen. Daarnaast kan in een geding dat aanhangig is bij de nationale rechter aan de orde komen of een lidstaat heeft voldaan aan zijn implementatieverplichting, bijvoorbeeld in het kader van een procedure waarin wordt betoogd dat het handelen van de wederpartij weliswaar conform de nationale wetgeving is maar die wetgeving zelf op incorrecte wijze uitvoering geeft aan een richtlijn, of een procedure waarin de lidstaat aansprakelijk wordt gesteld voor het niet-tijdig of incorrect omzetten van een richtlijn.¹³ De nationale rechter kan daarover zelfstandig een oordeel vellen. Mocht de nationale rechter twijfelen of de nationale regels verenigbaar zijn met het Unierecht dan kunnen of – indien het een rechter betreft tegen wiens uitspraak geen hoger beroep of andere hogere voorziening kan worden ingesteld – moeten, aan het HvJ via de prejudiciële procedure op basis van artikel 267 VWEU vragen worden gesteld over de uitleg van het toepasselijke Unierecht. In de prejudiciële procedure verschaft het HvJ uitsluitend een interpretatie van het Unierecht en spreekt het zich niet rechtstreeks uit over een eventuele schending. Ondanks dat het antwoord op de prejudiciële vraag vaak zodanig wordt geformuleerd dat er voor de verwijzende rechter weinig twijfel over kan bestaan wat

7 Zie bijvoorbeeld Warenwetregeling Invoerverbod visserijproducten uit Japan vastgesteld ter implementatie van Commissiebeschikking 95/119, die dat invoerverbod aan de lidstaten voorschreef.

8 HvJ 20 november 2008, C-18/08, ECLI:EU:C:2008:647 (*Foselev Sud-Ouest*), punten 10-11.

9 In HvJ 21 mei 1987, 249/85, ECLI:EU:C:1987:245 (*Albako Margarinefabrik*), punt 17 overweegt het HvJ dat besluiten verbindend zijn voor alle organen van de lidstaten, daaronder begrepen de rechterlijke instanties. Deze overweging werd herhaald in onder andere HvJ 13 februari 2014, C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71 (*Mediaset*), punt 23, waar het HvJ bovendien opmerkt dat lidstaten verplicht zijn om alle nodige maatregelen te nemen om een besluit uit te voeren.

10 Zie ook HvJ 7 juni 2007, C-80/06, ECLI:EU:C:2007:327 (*Carp*), punt 21 waarin het verbod van horizontale rechtstreekse werking tevens van toepassing werd geacht op een tot de lidstaten gericht besluit.

11 HvJ 25 mei 1982, zaak 97/81, ECLI:EU:C:1982:193 (*Commissie / Nederland*); HvJ 30 mei 1991, C-361/88, ECLI:EU:C:1991:224 (*TA Luft*). Blijkens de jurisprudentie is er zeer weinig ruimte voor omzetting via formeel niet bindende instrumenten (*soft law*).

12 HvJ 14 maart 2006, C-177/04, ECLI:EU:C:2006:173 (*Commissie / Frankrijk*), punt 48, gebaseerd op HvJ 28 februari 1991, C-131/88, ECLI:EU:C:1991:87 (*Commissie / Duitsland*), punt 8.

13 Zie voor dit laatste HvJ 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francovich*).

het lot is van de nationale bepaling,¹⁴ wordt het aan de verwijzende rechter overgelaten om de nodige conclusies te verbinden aan de prejudiciële beslissing.

2.2 Omzetting van Unierecht in Nederlands recht

Ook Nederland schiet regelmatig tekort bij zijn omzettingsverplichtingen. In een brief van de minister van Buitenlandse Zaken over de omzetting van richtlijnen wordt aangegeven dat er voor het derde kwartaal van 2019 vijf richtlijnen niet tijdig werden omgezet.¹⁵ In de afgelopen periode signaleerden wij tevens een aantal arresten van het HvJ, waarin ofwel in het kader van een inbreukprocedure op grond van artikel 258 VWEU werd vastgesteld dat bepalingen van Nederlands recht onverenigbaar zijn met een richtlijn, ofwel in een prejudiciële procedure op grond van artikel 267 VWEU een richtlijn of kaderbesluit zo werd uitgelegd dat daaraan de conclusie kan worden verbonden dat zij zich verzetten tegen specifieke bepalingen van Nederlands recht of de uitleg die aan die bepalingen wordt gegeven. In die gevallen is sprake van incorrecte implementatie of omzetting.

Ook Nederland schiet regelmatig tekort bij zijn omzettingsverplichtingen. Voor het derde kwartaal van 2019 werden vijf richtlijnen niet tijdig omgezet

Ter illustratie vermelden wij enige recente rechtspraak. In 2016 verklaarde het HvJ in een inbreukprocedure dat Nederland zijn verplichtingen krachtens diverse bepalingen van de Btw-richtlijn had geschonden door de verhuur van lig- en bergplaatsen voor vaartuigen door watersportverenigingen aan hun leden ongeacht de aard van het gebruik van het vaartuig onder de sportvrijstelling te scharen.¹⁶ Eind 2018 beantwoordde het HvJ een aantal vragen van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: ABRvS of Afdeling) over de houdbaarheid van het Programma Aanpak Stikstof (PAS) in het licht van artikel 6 lid 3 Habitatrichtlijn, die voor de Afdeling aanleiding waren om, kort gezegd, het PAS onverbindend te verklaren (met alle gevolgen van dien).¹⁷ Uit het HvJ-arrest in de zaak *E.* (2019) bleek dat bewijsregels

die Nederland ingevolge de Vreemdelingen-circulaire toepaste bij de beoordeling van een verzoek tot gezinshereniging van asielzoekers strenger zijn dan Richtlijn 2003/86/EG toestaat.¹⁸ Een laatste voorbeeld biedt het arrest *Poplawski I*, waaruit duidelijk werd dat de omzetting van het Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel in de Overleveringswet tekortschoot omdat overlevering dient te worden geweigerd van Nederlanders (of een vreemdeling met een verblijfsvergunning voor onbepaalde tijd of vijf jaar rechtmatig verblijf), terwijl de Nederlandse officier van justitie slechts heeft verklaard 'bereid' te zijn om de tenuitvoerlegging van het vonnis over te nemen. Daarmee was nog niet gegarandeerd dat die tenuitvoerlegging daadwerkelijk werd overgenomen.¹⁹ Tot slot: een onverenigbaarheid met het Unierecht is relatief eenvoudig op te sporen indien er jurisprudentie is waarin die kwestie aan de orde komt. Dat is niet steeds het geval, en zo is er vermoedelijk een grote of kleinere hoeveelheid verborgen gebreken in het Nederlands recht.²⁰

Soms gaat de Nederlandse wetgever verder dan waartoe hij op grond van een richtlijn of kaderbesluit is verplicht. Of dit is toegestaan hangt af van de vraag of het Unierecht minimum- of maximumharmonisatie beoogde. Deze problematiek speelde een rol in een arrest van de Hoge Raad waarin het cassatieberoep tegen de veroordeling voor het gooien van een molotovcocktail naar een moskee in Enschede werd verworpen.²¹ In het cassatiemiddel werd aangevoerd dat voor een 'terroristisch misdrijf', geïnterpreteerd conform het Kaderbesluit terrorismebestrijding, is vereist dat door dat handelen mensenlevens in gevaar worden gebracht, hetgeen in deze zaak niet het geval was. Dit vereiste is inderdaad opgenomen in het kaderbesluit, maar niet in het Wetboek van Strafrecht, waar handelen met terroristisch oogmerk volstaat. De Hoge Raad overwoog dat een plicht tot kaderbesluitconforme interpretatie slechts bestaat voor zover het doel en de volle werking van het kaderbesluit niet worden bereikt. Daarvan was volgens de Hoge Raad geen sprake aangezien de ruimere nationale bepalingen er juist voor zorgdragen dat terroristische misdrijven doeltreffend kunnen worden vervolgd. Die overweging moet ons inziens worden gelezen tegen de achtergrond dat het kaderbesluit slechts minimumharmonisatie beoogt en de Nederlandse wetgever in de memorie van toelichting expliciet heeft

¹⁴ Zie bijvoorbeeld HvJ 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Poplawski I*), punt 24.

¹⁵ *Kamerstukken II* 2019/20, 21109, 240.

¹⁶ HvJ 25 februari 2016, C-22/15, ECLI:EU:C:2016:118 (*Commissie/Nederland*).

¹⁷ HvJ 7 november 2018, C-293/17 en C-294/17, ECLI:EU:C:2018:882 (*Coöperatie Mobilisation for the Environment*), AB 2018/436. Zie voor de afdoening, ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en 1604, AB 2019/308 en 309.

¹⁸ HvJ 13 maart 2019, C-635/17, ECLI:EU:C:2019:192 (*E.*). Hoewel de Vreemdelingen-circulaire 2000 (C) op dit punt werd aangepast, worden er nog steeds vraagtekens gezet bij de verenigbaarheid van de regels met het Unierecht. Zie hierover de annotatie van Strik bij het arrest *E.* in *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht* 2019/88, punten 9-10.

¹⁹ HvJ 29 juni 2017, C-579/15, ECLI:EU:C:2017:503 (*Poplawski I*).

²⁰ Voor het privaatrecht wijzen wij bijvoorbeeld op de bijdrage van De Graaf waarin wordt betoogd dat de omzetting van informatieplichten op gespannen voet staat met de e-commerce-richtlijn, zie T.J. de Graaf, 'Naar een coherente(re) implementatie van de informatieplichten met betrekking tot (algemene) voorwaarden voortvloeiend uit de e-commerce-richtlijn en dienstenrichtlijn', *NTBR* 2018/24, p. 175-176.

²¹ HR 12 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:343, *NJ* 2019/133.

aangegeven te opteren voor een ‘royale implementatie’ van de definitie van terroristische misdrijven.²² Wij delen de opvatting van Altena-Davidsen dat, als een bepaling in een richtlijn of kaderbesluit ruimte laat voor een verdergaande nationale regeling, de wetgever expliciet dient aan te geven dat van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt; het is niet aan de rechter om die beslissing alsnog te nemen in de context van conforme interpretatie.²³ Aangezien de wetgever in het onderhavige geval had gekozen voor een ruimere delictomschrijving, kan worden ingestemd met de door de Hoge Raad gekozen benadering.

3 Doorwerking via conforme interpretatie

3.1 Unierechtelijk kader

Sinds de introductie van de verplichting tot conforme interpretatie in het arrest *Von Colson en Kamann* heeft het HvJ voor de rechtsbasis van deze verplichting verwezen naar artikel 288 VWEU (waarin de omzettingsverplichting is neergelegd) en artikel 4 lid 3 VEU (beginsel van loyale samenwerking).²⁴ In het arrest *Pfeiffer* werd daar nog het beginsel van de volle werking van het Unierecht (gericht op het verzeke- ren van de effectieve bescherming en handhaving van het Unierecht) aan toegevoegd.²⁵ In het arrest *Pupino* wordt de verplichting tot kaderbesluitconforme interpretatie gebaseerd op artikel 34 lid 2, onder b VEU (oud) in combinatie met het beginsel van de volle werking van Unierecht.²⁶ Dat laatste beginsel bood een rechtvaardiging om ook in de strafrechtelijke derde pijler het beginsel van loyale samenwerking, dat in het VEU (oud) niet was opgenomen, van toepassing te achten en in lijn daarmee ook voor de verplichting tot conforme interpretatie.

In het recente arrest *Popławski II* baseert het HvJ de verplichting tot conforme uitlegging in algemene zin, en de verplichting tot kaderbesluitconforme uitlegging in het bijzonder, rechtstreeks op de voorrang van het Unierecht op het nationale recht.²⁷ Dit wordt voor de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie herhaald in het arrest *A.K.*²⁸ Dit betekent dat de verplichting tot conforme interpretatie wordt afgeleid uit de prioriteit van de relevante materiële Unierechtelijke bepaling (in *Popławski II*: art. 4 lid 6 Kaderbesluit betreffende het Europees aanhoudingsbevel) ten opzichte van de in-

ferieure nationale bepaling. De benadering die het HvJ in het arrest kiest sluit aan bij een visie op de relatie tussen het Unierecht en nationaal recht waarbij het Unierecht een autonome rechtsorde heeft gecreëerd die tegelijkertijd geïntegreerd is in de rechtstelsels van de lidstaten en voorrang heeft op die nationale stelsels. Het verwondert dan ook niet dat een overweging met die strekking voorafgaat aan de overweging betreffende de rechtsbasis van conforme interpretatie.²⁹ Men kan discussiëren over de vraag of de wending die het HvJ met betrekking tot de rechtsbasis van conforme interpretatie in *Popławski II* heeft gemaakt, een versterking van die rechtsbasis inhoudt.³⁰ Die discussie laten wij hier verder rusten; zij verandert niets aan de toepasselijkheid van de verplichting tot conforme interpretatie.

De sleuteloverweging van het HvJ is dat de nationale rechter verplicht is het nationale recht ‘zoveel mogelijk’ conform het Unierecht uit te leggen. Sinds het arrest *Popławski II* staat vast dat die verplichting ook geldt voor bestuursorganen.³¹ Welke interpretatieve inspanning vergt ‘zoveel mogelijk’ conform interpreteren? Het HvJ heeft een aantal nadere methodologische instructies geformuleerd. Allereerst is wat betreft het voorwerp van conforme interpretatie geoordeeld dat het gehele nationale recht in beschouwing dient te worden genomen bij de beoordeling of conforme interpretatie mogelijk is, dus niet alleen het omzettingsrecht.³² Dit betreft zowel nationaal recht van eerdere als van latere datum dan de richtlijn of het kaderbesluit.

De sleuteloverweging van het HvJ is dat de nationale rechter verplicht is het nationale recht ‘zoveel mogelijk’ conform het Unierecht uit te leggen. Sinds het arrest *Popławski II* staat vast dat die verplichting ook geldt voor bestuursorganen

Ten tweede geldt – aldus het HvJ – als interpretatieve voorrangregel ten gunste van een conforme interpretatie, dat, indien de nationale bepaling meer dan één interpretatie toelaat, waarvan er één conform het Unierecht is, die interpretatie dient te wor-

22 *Kamerstukken II* 2001/02, 28463, 3, p. 1-2.

23 J.G.H. Altena-Davidsen, *Het legaliteitsbeginsel en de doorwerking van Europees recht in het Nederlandse materiële strafrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 284.

24 HvJ 10 april 1984, 14/83, ECLI:EU:C:1984:153 (*Von Colson en Kamann*), punt 26; HvJ 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*), punt 8; HvJ 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292 (*Faccini Dori*), punt 26.

25 HvJ 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), punt 111; HvJ 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), punt 113.

26 HvJ 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*), punten 42-43.

27 HvJ 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Popławski II*), punt 57.

28 HvJ 19 november 2019, C-585/18, ECLI:EU:C:2019:982 (*A.K.*), punten 156-160.

29 HvJ 19 november 2019, C-585/18, ECLI:EU:C:2019:982 (*A.K.*), punt 52. Zie voorts HvJ 13 februari 1969, 14/68, ECLI:EU:C:1969:4 (*Walt Wilhelm*), punt 6. Zie tevens HvJ 19 november 1991, gevoegde zaken C-6/90 en C-9/90, ECLI:EU:C:1991:428 (*Francoovich*), punten 31, 34.

30 Hierover uitvoerig S. Haket, *Popławski II: A half-hearted embrace of hierarchical supremacy*, 2019, ingediend voor publicatie.

31 HvJ 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Popławski II*), punt 94. Zie inmiddels ook HvJ 19 september 2019, C-467/18 (*EP*), ECLI:EU:C:2019:765.

32 HvJ 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), punt 115.

33 HvJ 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*), punt 32.

34 HvJ 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*), punt 20; HvJ 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), punt 112.

35 HvJ 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), punt 113. Zie ook HvJ 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*), punt 21.

36 Een voorbeeld hiervan is HvJ 13 november 1990, C-106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*), punt 9, waar het HvJ overweegt: 'Hieruit volgt, dat het vereiste om het nationale recht overeenkomstig artikel 11 van richtlijn 68/151 uit te leggen, eraan in de weg staat om de nationale bepalingen betreffende de naamloze vennootschap zodanig uit te leggen, dat de nietigheid van een naamloze vennootschap kan worden uitgesproken op andere dan de in artikel 11 van de betrokken richtlijn limitatief opgesomde gronden'. Zie ook HvJ 27 juni 2000, gevoegde zaken C-240/98 t/m C-244/98, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*), punt 32, waar het HvJ overweegt: 'Uit het voorgaande volgt, dat de nationale rechter bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht van eerdere of latere datum dan de richtlijn, deze zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van die richtlijn. Het vereiste van conforme uitlegging brengt in het bijzonder mee, dat de nationale rechter die uitlegging volgt die hem de mogelijkheid biedt, zich ambtshalve onbevoegd te verklaren ingeval hij als bevoegde rechter is aangewezen in een oneerlijk beding.'

37 HvJ 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominiguez*), punten 26-31.

38 HvJ 10 oktober 2013, C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650 (*Spedition Welter*), punt 31.

39 HvJ 16 juni 2005, C-105/03, ECLI:EU:C:2005:386 (*Pupino*), punt 47 (met betrekking tot kaderbesluiten) en HvJ 4 juli 2006, C-212/04, ECLI:EU:C:2006:443 (*Adeneler*), punt 110 (met betrekking tot richtlijnen).

40 HvJ 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), punten 33-34. Intussen vele malen herhaald, bijvoorbeeld in HvJ 26 juni 2019, C-407/18, ECLI:EU:C:2019:537 (*Kuhar*), HvJ 5 september 2019, C-331/18, ECLI:EU:C:2019:665 (*Prohotovost*), en HvJ 8 mei 2019, C-566/17, ECLI:EU:C:2019:390 (*Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach*).

41 HvJ 15 april 2008, C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223 (*Impact*), punten 102-103.

42 L. Van Den Hende, 'Overzicht van rechtspraak. Europees gemeenschapsrecht: rechtsbeschermt (1979-1994)', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1995, p. 181.

43 HvJ 8 oktober 1987, 80/86, ECLI:EU:C:1987:431 (*Kolpinghuis*), punt 13.

den gevolgd.³³ Ten derde overweegt het HvJ dat bij de uitlegging van omzettingsrecht de rechter ervan uit dient te gaan dat de wetgever de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan het Unierecht.³⁴

Tot slot rijst de vraag of ten aanzien van omzettingsrecht een verdergaande verplichting tot conforme interpretatie van toepassing is (i), of dat het HvJ in bepaalde gevallen het te bereiken uitlegresultaat dwingend voorschrijft (ii). Met het eerste hebben wij het oog op de aanwijzing dat '[...] met name van een speciaal ter uitvoering van een richtlijn vastgestelde nationale regeling [...]' wordt verwacht dat zij conform het Unierecht wordt uitgelegd.³⁵ Ons inziens wordt hier echter slechts een prognose uitgesproken ten aanzien van het mogelijke resultaat. Iets soortgelijks is aan de hand bij het tweede punt (arresten waarin het HvJ een bepaald uitlegresultaat lijkt voor te schrijven). In de regel wordt de nationale rechter slechts gewezen op het te bereiken uitlegresultaat, gekoppeld aan een prognose.³⁶ Een stap verder is de benadering zoals in het arrest *Dominguez* waarbij de conclusie van de nationale rechter dat geen conforme interpretatie mogelijk is niet zonder meer werd aanvaard.³⁷ Dit geldt ook voor het arrest *Spedition Welter*, betreffende de interpretatie van nationaal recht dat letterlijk de bewoordingen van de richtlijn overnam, waaraan het HvJ de conclusie verbond dat de nationale bepalingen bijgevolg conform de richtlijnbevestigingen dienen te worden uitgelegd.³⁸

De verplichting tot conforme interpretatie kent twee belangrijke grenzen. In de eerste plaats heeft het HvJ een- en andermaal bepaald dat die verplichting niet kan leiden tot een uitlegging *contra legem* het nationale recht.³⁹ In het arrest *Dansk Industri* oordeelt het HvJ overigens dat het niet is toegestaan enkel op basis van vaste nationale rechtspraak een bepaalde uitleg als *contra legem* te bestempelen.⁴⁰ Integendeel, in voorkomend geval zijn nationale rechters verplicht om vaste rechtspraak te wijzigen wanneer deze berust op een met de doelstellingen van een richtlijn onverenigbare uitlegging van het nationale recht. Aldus is die vaste rechtspraak geen 'lex' in de zin van het contra-*legem*-verbod. Of vaste rechtspraak nimmer een rol speelt voor de mogelijkheid van een conforme interpretatie, is niet met zekerheid te zeggen. In het arrest *Impact* vraagt de verwijzende Ierse rechter in hoeverre de verplichting

tot conforme interpretatie vereist dat aan nationale bepalingen terugwerkende kracht wordt verleend indien nationaal recht een ongeschreven interpretatiereguleer bevat die zich verzet tegen zo'n uitleg (behoudens duidelijke en ondubbelzinnige aanwijzingen voor het tegendeel). Hoewel dit niet wordt aangestipt in het arrest, is die ongeschreven regel bevestigd in vaste rechtspraak. Onder verwijzing naar de Ierse ongeschreven regel wordt geoordeeld dat zo'n uitleg niet is vereist en dat anders het nationale recht *contra legem* zou moeten worden uitgelegd.⁴¹ Een voorbeeld van een in potentie relevante jurisprudentiële regel is de regel inzake *Sperrwirkung* (blokkerende werking).⁴² De toekomst moet uitwijzen in hoeverre de relevantie van dergelijke regels voor de grenzen van conforme interpretatie (steeds) wordt erkend.

De verplichting tot conforme interpretatie kent twee belangrijke grenzen. Deze kan niet leiden tot een uitlegging *contra legem* het nationale recht en wordt begrensd door de EU-rechtsbeginselen

In de tweede plaats wordt de verplichting tot conforme uitlegging begrensd door de EU-rechtsbeginselen. In de rechtspraak van het HvJ gaat het daarbij tot nu toe vooral om het beginsel van rechtszekerheid en het verbod van terugwerkende kracht, zoals dat voortvloeit uit het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel van artikel 7 EVRM en artikel 49 lid 1 Handvest (*nullum crimen, nulla poena sine lege*). Op grond daarvan werd in het arrest *Kolpinghuis* geoordeeld dat conforme interpretatie niet bepalend kan zijn voor het vestigen of verzwaren van strafrechtelijke aansprakelijkheid.⁴³ Binnen het strafrechtelijke kader wordt deze begrenzing niet heel ruim uitgelegd. Zo was de verplichting tot conforme interpretatie wel degelijk van toepassing in het arrest *Pupino*, waar het niet strafrechtelijke aansprakelijkheid als zodanig betrof, maar voorwaarden waaronder bepaalde getuigen konden worden gehoord in een strafrechtelijke procedure. In het arrest *Ognyanov* stond de grens uit het arrest *Kolpinghuis* niet in de weg aan een conforme interpretatie omdat zij slechts tot gevolg zou hebben dat geen aanspraak

kon worden gemaakt op strafkorting.⁴⁴ Afgezien van de vestiging of verzwaring van de strafrechtelijke aansprakelijkheid bestaat er geen verbod om via conforme uitlegging verplichtingen aan particulieren op te leggen. Zo bepaalde het HvJ in het arrest *Müksch* in een ruimtelijke-orderingszaak dat een 'lidstaat in beginsel aan particulieren een richtlijnconforme uitlegging van het nationale recht kan tegenwerpen',⁴⁵ een overweging die recentelijk werd herhaald in de context van het belastingrecht.⁴⁶ Ook op dat terrein geldt dus dat conforme uitlegging door de bevoegde nationale belastingautoriteiten aan een belastingplichtige kan worden tegengeworpen. Bovendien is richtlijnconforme uitlegging mogelijk in horizontale verhoudingen tussen twee particulieren,⁴⁷ ook al impliceert dit dat aan beiden indirect (via die uitlegging) verplichtingen uit de richtlijn worden opgelegd.

In het recente arrest *Klohn* erkent het HvJ ook het Unierechtelijke vertrouwensbeginsel en het beginsel van *res judicata* als mogelijke grenzen op conforme interpretatie, ook al vinden beide grenzen in die zaak geen toepassing.⁴⁸ In aanvulling daarop zou de vraag kunnen worden gesteld in hoeverre grondrechten, zoals die worden beschermd door het EU-Handvest, een grens kunnen opleveren voor de verplichting tot conforme interpretatie. Dit is al aan de orde bij de begrenzing van vestiging of verzwaring van strafrechtelijke aansprakelijkheid op grond van het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, inmiddels gecodificeerd in artikel 49 lid 1 Handvest.⁴⁹ Maar ook grondrechten die niet in dezelfde mate raken aan interpretatievraagstukken zouden op een meer indirecte wijze relevant kunnen zijn. Indien een nationale bepaling die een richtlijn of kaderbesluit omzet bijvoorbeeld het recht op eigendom inperkt verlangt artikel 52 lid 1 Handvest dat die beperking bij wet is gesteld, hetgeen onder meer vereist dat de beperking duidelijk, toegankelijk en voldoende voorzienbaar is.⁵⁰ Wat nu indien de nationale bepaling niet aan dit vereiste lijkt te voldoen? Men zou kunnen betogen dat in het samenspel van richtlijn/kaderbesluit en nationaal recht, steeds kan worden teruggevallen op de Unierechtelijke (moeder)bepaling, voor zover deze wel voldoet aan de kwalitatieve eis dat de beperking bij wet is voorzien. Over die mogelijkheid bestaat echter nog geen duidelijkheid.⁵¹ Wij zouden hieraan willen toevoegen dat het uitgesloten lijkt dat een beroep wordt gedaan op

de richtlijnbeperking met het doel te voldoen aan artikel 52 lid 1 Handvest indien daarmee aan een particulier verplichtingen uit een niet-geïmplementeerde richtlijn worden opgelegd (zie nader paragraaf 4.1, waar ook wordt besproken dat kaderbesluiten nimmer rechtstreekse werking bezitten) – hetgeen vrijwel steeds het geval zal zijn indien grondrechten uit het Handvest worden beperkt door de richtlijn.

Kan een conforme interpretatie dan bewerkstelligen dat de onvoldoende duidelijk geformuleerde nationale bepaling alsnog de vereiste duidelijkheid verkrijgt? Zoals uit het bovenstaande al naar voren kwam, kan een conforme interpretatie bewerkstelligen dat bepalingen afkomstig uit de te implementeren maatregel alsnog in de nationale bepaling worden ingelesen. Ons inziens geldt dit uitgangspunt in beginsel ook indien die nationale bepaling wordt aangevend als begrenzing van grondrechten. Echter, voor zover die bepaling wordt toegepast als beperking op een grondrecht, brengt het vereiste dat de beperking duidelijk, toegankelijk en voldoende voorzienbaar dient te zijn met zich mee dat de interpretatieruimte waarover de nationale rechter beschikt niet dezelfde is als de ruimte waarover hij in de context van conforme interpretatie beschikt in de situatie dat er geen grondrechten in het geding zijn.

Het eerste toonaangevende arrest van de Hoge Raad over de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging, de zaak *Pink Floyd* uit 1997, liet vooral een wat gereserveerde benadering zien ten opzichte van dit instrument

3.2 Conforme interpretatie in het Nederlands recht

Het eerste toonaangevende arrest van de Hoge Raad over de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging, de zaak *Pink Floyd* uit 1997, liet vooral een wat gereserveerde benadering zien ten opzichte van dit instrument.⁵² De zaak betrof de vraag of de relevante bepaling van nationaal recht zo kon worden uitgelegd dat enkel sprake zou zijn van uitputting van intellectuele-eigendomsrechten op het moment dat een

44 HvJ 8 november 2016, C-554/14, ECLI:EU:C:2016:835 (*Ognyanov*), punt 65.

45 HvJ 15 september 2011, C-53/10, ECLI:EU:C:2011:585 (*Müksch*), punt 34.

46 HvJ 8 mei 2019, C-566/17, ECLI:EU:C:2019:390 (*Związek Gmin Zagłębia Miedziowego w Polkowicach*).

47 Onder meer: HvJ 13 november 1990, zaak 106/89, ECLI:EU:C:1990:395 (*Marleasing*); HvJ 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*).

48 HvJ 17 oktober 2018, C-167/17, ECLI:EU:C:2018:833 (*Klohn*), punten 50 en 62-63.

49 Zie voor toepassing van art.

49 Handvest in de context van de vestiging of verzwaring van strafrechtelijke aansprakelijkheid, HvJ 28 juni 2012, C-7/11, ECLI:EU:C:2012:396 (*Caronna*), punt 55.

50 HvJ 17 december 2015, C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832 (*WebMindLicenses*), punt 81; HvJ 15 september 2016, gevoegde zaken C-439/14 en C-488/14, ECLI:EU:C:2016:688 (*Star Storage*), punt 50.

51 Conclusie van A-G Cruz Villalón in C-70/10, ECLI:EU:C:2011:255 (*Scarlet Extended*), punten 110-111; S. Peers & S. Prechal, 'Article 52 – Scope and interpretation of rights and principles', in: S. Peers e.a. (red.), *The EU charter of fundamental rights: a commentary*, Oxford: Hart Publishing 2014, p. 1473-1474.

52 Zie ook M.H. Wissink, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 167; J.G.H. Altena-Davidsen, 'The Netherlands', in: C.N.K. Franklink (red.), *The effectiveness and application of EU and EEA law in national courts*, Cambridge/Antwerpen: Intersentia 2018, p. 81-83.

53 HR 25 oktober 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2177, NJ 1997/649 (*Pink Floyd*), r.o. 3.3-3.4.

54 De afwezigheid van een grammaticale mogelijkheid om tot een richtlijnconforme interpretatie te komen wordt ook betwijfeld door Wissink. Hij wijst er echter op dat in het intellectuele-eigendomsrecht steeds wordt uitgegaan van wereldwijde uitputting, tenzij expliciet iets anders is bepaald, Wissink 2001, p. 162.

- 55 HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291 (*Wandelvierdaagse*), r.o. 3.4. Zie ook HR 6 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD3139 (*Joustra*).
- 56 HvJ 16 december 1993, C-334/92, ECLI:EU:C:1993:945 (*Wagner Miret*). Zie reeds par. 3.1.
- 57 Annotatie van Widdershoven onder HR 10 augustus 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3758, AB 2007/291 (*Wandelvierdaagse*) in AB 2007/291, punt 3.
- 58 HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879, AB 2012/367 (*ACI Adam e.a. / Stichting De Thuiskopie*), r.o. 5.1.3; HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88, NJ 2015/304 (*Ryanair Ltd / PR Aviation*), r.o. 3.4.2, 3.5.2.
- 59 HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389 (*Albron / FNV c.s.*), r.o. 3.7.
- 60 Hof Amsterdam 5 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:729 (*TC*), r.o. 3.7.
- 61 Zie bijvoorbeeld HR 12 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0426, NJ 2007/347. Zie voorts de annotatie van 't Hart in NJ 1995/292; N. Rozemond, 'Waar ligt de grens van het legaliteitsbeginsel?', in: P.C. Boogert & T. Kooijmans (red.), *Over de grens van het legaliteitsbeginsel*, Deventer: Gouda Quint 2000, p. 42; J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 103. Nan concludeert op basis van een bestudering van de Nederlandse jurisprudentie op het terrein van het strafrecht dat het grammaticale-uitlegcriterium niet onaantastbaar is, J.S. Nan, *Het lex certa-beginsel*, Den Haag: Sdu 2011, p. 35.
- 62 Rb. Amsterdam 30 oktober 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:7460, r.o. 5.3.3.
- 63 Een interessante uitspraak in dit verband is ABRvS 26 april 2017, ECLI:NL:RVS:2017:1109, r.o. 3.1-3.7. Een wetshistorische interpretatie ondersteunde de interpretatie die niet verenigbaar was met de richtlijn. Maar de wetgever benoemde daarin ook expliciet de wens om aan te sluiten bij het door de richtlijn voorgeschreven resultaat. Echter, omdat de verkeerde voorstelling van het door de richtlijn voorgeschreven resultaat duidelijk tot uitdrukking was gekomen in de bewoordingen van de relevante nationale bepaling, overwoog de ABRvS dat een richtlijnconforme interpretatie niet mogelijk was.

reproductie binnen de Europese Unie, in plaats van waar dan ook ter wereld, in het verkeer is gebracht. De nationale bepaling vermeldde niets omtrent het territorium waarop de reproductie in het verkeer diende te zijn gebracht. Niettemin wees de Hoge Raad een richtlijnconforme interpretatie af onder verwijzing naar de duidelijke bewoordingen van de nationale bepaling.⁵³ Gelet op de grammaticale onbepaaldheid van de nationale regel op het voor het geding relevante punt, is het de vraag of daadwerkelijk geen ruimte bestond voor een richtlijnconforme interpretatie.⁵⁴

Tien jaar later, in het arrest *Wandelvierdaagse*, gaat de Hoge Raad voortvarender te werk.⁵⁵ Onder verwijzing naar de jurisprudentie van het HvJ, meer in het bijzonder het arrest *Wagner Miret*,⁵⁶ overweegt hij dat de nationale rechter ervan uit dient te gaan dat de wetgever de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de richtlijn. Om die reden kan een richtlijnconforme interpretatie niet afstuiten op wetshistorische uitlegging indien de bewoordingen van de betroffen bepaling er niet aan in de weg staan dat zij conform de richtlijn wordt uitgelegd. Het rechtszekerheidsbeginsel staat hier niet aan in de weg, tenzij de wetshistorie ondubbelzinnig aangeeft dat welbewust van de richtlijn wordt afgeweken. Dit laatste lijkt ons een tamelijk theoretische mogelijkheid.⁵⁷

Tien jaar later, in het arrest *Wandelvierdaagse*, gaat de Hoge Raad voortvarender te werk. Hij overweegt dat de nationale rechter ervan uit dient te gaan dat de wetgever de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de richtlijn

Het arrest *Wandelvierdaagse* werd gewezen door de belastingkamer van de Hoge Raad en behoort tot een terrein van het publiekrecht dat wordt gekenmerkt door een afgetekende verticale machtsverhouding tussen overheid en individu. Deze benadering is bevestigd in latere jurisprudentie van de civiele kamer van de Hoge Raad.⁵⁸ Tot die jurisprudentie behoort tevens het arrest *Albron / FNV c.s.*, waarin de Hoge Raad nog een stap verder gaat. Hij overweegt namelijk:

'[d]e formulering van de wet is immers niet steeds beslissend voor de uitleg daarvan, ook niet als de wet van recente datum is. Dit klemt temeer in het onderhavige geval, [...] in aanmerking genomen dat de onderhavige bepaling speciaal is ingevoerd ter uitvoering van een richtlijn die tot doel heeft rechten te verlenen aan particulieren'.⁵⁹

Hierbij dient te worden bedacht dat in het privaatrecht de grammaticale grenzen regelmatig dienen te worden vastgesteld in het licht van de verschillende relevante factoren bij de uitlegging van de wetsbepaling.

Echter, ook in een uitspraak van het gerechtshof Amsterdam in de zaak *TC* treft men, onder verwijzing naar het arrest *Albron / FNV c.s.*, de overweging aan dat '[...] niet de letterlijke bewoordingen doorslaggevend zijn' en '[d]e rechter mag niet te licht aannemen dat de wetgever heeft beoogd een keuze te maken in strijd met verplichtingen van internationaal en Europees recht'.⁶⁰ Die uitspraak heeft betrekking op het strafrecht en betrof de vraag of ten nadele van een voor overlevering opgeëist persoon kan worden afgeweken van de maximale duur van overleveringsdetentie zoals voorzien in de Nederlandse wet. Toegegeven: er zijn in het Nederlandse strafrecht wel voorbeelden te vinden waarin ten nadele van een individu wordt afgeweken van de letterlijke bewoordingen van de wet – zelfs als dit tot gevolg heeft dat ingrijpende maatregelen jegens het individu zijn toegestaan.⁶¹ Maar het gaat wel ver indien een kaderbesluitconforme interpretatie hiervoor de basis levert. Of zulks in strijd is met de *Unierechtelijke* grenzen van dit instrument bespreken wij aan het einde van deze paragraaf nader. Overigens koos de rechtbank Amsterdam al eerder voor een soortgelijke benadering. Zij oordeelde dat artikel 7 lid 1 Overleveringswet kaderbesluitconform kan worden uitgelegd door een wetssystematische uitleg voorrang te geven boven een wetshistorische en grammaticale uitleg (resultaat: ter zake van een 'niet-lijstfeit' geldt niet langer de voorwaarde van een strafbedreiging in de uitvaardigende lidstaat met een vrijheidsstraf met een strafmaximum van ten minste twaalf maanden).⁶²

Tot slot merken wij hier op dat de redenering à la *Wandelvierdaagse* of *Albron / FNV c.s.* niet is terug te vinden in de jurisprudentie van de ABRvS, Centrale Raad van Beroep (CRvB) en College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).⁶³

De hiervoor genoemde rechtspraak van de Hoge Raad is van grote didactische waarde omdat hij in algemene zin aangeeft hoe een bepaald traditioneel interpretatiecriterium zich verhoudt tot de verplichting tot conforme interpretatie. De meeste uitspraken zijn echter meer casus-specifiek. Twee punten kunnen worden aangestipt. In de eerste plaats zijn er veel uitspraken waarin, gelet op de argumenten voor en tegen een conforme interpretatie, gezegd kan worden dat de rechter de verplichting welwillend toepast,⁶⁴ ook op het terrein van het strafrecht.⁶⁵ Een belangrijke verklaring hiervoor is volgens ons de flexibiliteit van het Nederlandse rechtsvindingsinstrumentarium.⁶⁶ Een andere belangrijke verklaring is dat in die uitspraken bijna steeds sprake is van een nationale bepaling met een omzettingstrekking. Dit is het tweede punt dat dient te worden aangestipt: zo'n omzettingstrekking is een zwaarwegend argument voor een conforme interpretatie. Is die strekking afwezig, dan worden de uitspraken waarin de rechter veel ruimte neemt ten opzichte van de traditionele interpretatiebenadering teneinde een conforme interpretatie mogelijk te maken, een stuk schaarser.⁶⁷ Wel kan weer makkelijker worden overgegaan tot een conforme interpretatie – ook indien er geen omzettingdoel aanwezig is – op het moment dat er een nationale bepaling voorhanden is die op een open wijze is geformuleerd. Zo oordeelde de rechtbank Amsterdam dat artikel 5:41 Awb, waarin slechts is bepaald dat het bestuursorgaan geen boete oplegt voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten, geschikt was om voor de werkgever exculperende verplichtingen op basis van de Sanctierichtlijn (namelijk het verlangen van het voorleggen en beschikbaar houden van bepaalde documenten en een kennisgevingsverplichting) in die bepaling in te lezen.⁶⁸

Het is duidelijk dat de nationale rechter alle mogelijkheden tot een conforme interpretatie dient te onderzoeken. Een recent voorbeeld van rechterlijke creativiteit kan worden gevonden in de einduitspraak in de *Poplawski*-saga

Het is op basis van de Unierechtelijke jurisprudentie duidelijk dat de nationale rechter alle mogelijkheden tot een conforme interpretatie dient te onderzoeken. Een recent voorbeeld van rechterlijke creativiteit kan worden gevonden in de einduitspraak van de rechtbank Amsterdam in de *Poplawski*-saga. Voor een schets van de casuïstiek verwijzen wij naar paragraaf 2.2. In haar uitspraak overweegt de rechtbank dat het niet mogelijk is artikel 6 van de Overleveringswet volledig kaderbesluitconform toe te passen. Hiervoor wijst het op de contra-legen-begrenzing. Wel vindt de rechtbank een route in het nationale recht waarmee in elk geval wordt gerealiseerd dat weigering van de overlevering tot een kaderbesluitconform resultaat leidt. Die route is vrij gecompliceerd voor niet-ingewijden maar komt erop neer dat artikel 2 van de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnis (dus niet het wettelijk kader dat werd ingevoerd ter implementatie van het kaderbesluit) zo wordt uitgelegd dat het kaderbesluit een verdrag is, en gaat ervan uit dat ook de minister gevolg zal geven aan zijn verplichting om nationaal recht kaderbesluitconform uit te leggen en dat de officier van justitie zal meedelen dat Nederland tenuitvoerlegging van de straf kan en moet overnemen zonder een daartoe strekkend verzoek van Polen.⁶⁹

Uiteraard is er ook jurisprudentie waarin de Nederlandse rechter oordeelt dat een conforme interpretatie niet mogelijk is. In een arrest van het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden ziet men een toepassing van de grens uit het arrest *Kolpinghuis*,⁷⁰ en wordt een richtlijnconforme uitlegging van het overgangsrecht van artikel 129 van de Wet gewasbeschermingsmiddelen en biociden verworpen omdat daarmee de basis voor strafrechtelijke aansprakelijkheid zou worden gevestigd.⁷¹ Verder is er belangwekkende jurisprudentie waarin de ABRvS op grond van het rechtszekerheidsbeginsel en legaliteitsbeginsel grenzen stelt aan conforme interpretatie. In *Mandemakers* werd de *Kolpinghuis*-grens door de ABRvS uitgebreid naar bestuurlijke boetes, in die zin dat conforme uitlegging ook niet mag leiden tot vestiging van bestraffende bestuursrechtelijke aansprakelijkheid.⁷² Daarvoor bestaat geen precedent in de jurisprudentie van het HvJ, maar gegeven het feit dat het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel en het daaruit voortvloeiende verbod van terugwerkende kracht van artikelen 7 EVRM

64 Zie bijvoorbeeld Cbb 22 februari 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BV6713 (*IMC*), r.o. 4.2; HR 12 oktober 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW8301, *NJ* 2012/586 (*Stichting De Thuiskopie / Opus Supplies Deutschland e.a.*), r.o. 2.4; Cbb 5 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:206, *AB* 2014/345, r.o. 3.5.1-3.5.3. Uiteraard kan men hier het arrest van de Hoge Raad in *Albron / FNV c.s.*, en de uitspraak van het gerechtshof Amsterdam in *TC*, aan toevoegen. Zie voor een meer uitvoerige bespreking S. Haket, *The EU law duty of consistent interpretation in German, Irish and Dutch courts*, Cambridge/Antwerpen: Intersentia 2019, p. 246-251.

65 Altena-Davidsen karakteriseert de uitspraak rechtbank Midden-Nederland 9 juli 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:2679 als een vonnis dat dicht bij de grens van het toelaatbare ligt. In deze zaak ging de rechtbank over tot een richtlijnconforme interpretatie ondanks de omstandigheid dat de richtlijn nog niet in Nederlands recht was omgezet en overwoog dat uit de woorden 'ten minste' volgde dat de opsomming van strafbare feiten van uitbuiting kon worden uitgebreid met andere vormen van uitbuiting; zie Altena-Davidsen 2016, p. 278.

66 Zie de analyse van de Nederlandse toepassing van de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie in Haket 2019.

67 Haket 2019, p. 251-254.

68 Rb. Amsterdam 22 januari 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:669, r.o. 14.4.

69 Rb. Amsterdam 26 september 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:7104, met name r.o. 5.9 e.v.

70 Het gerechtshof verwijst overigens naar de zaak *Arcaro* (HvJ 26 september 1996, C-168/95, ECLI:EU:C:1996:363, punt 42), waarin de grens met betrekking tot strafrechtelijke aansprakelijkheid wordt herhaald – zij het met een wat ongelukkig geformuleerde toevoeging.

71 Hof Arnhem-Leeuwarden 23 april 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:3361.

72 ABRvS 4 maart 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BH4621, *AB* 2009/156 (*Mandemakers*), r.o. 2.6.2.

73 Dat het HvJ de strafrechtelijke waarborgen van art. 48 t/m 50 Handvest ook van toepassing acht op een bestuurlijke sanctie van strafrechtelijke aard, waaronder de bestuurlijke boete, blijkt uit onder meer uit HvJ 26 februari 2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 (*Åkerberg Fransson*), en HvJ 20 maart 2018, C-524/15, ECLI:EU:C:2018:197 (*Menci*). Om te bepalen of een bestuurlijke sanctie van strafrechtelijke aard is, past het HvJ de 'criminal charge'-rechtspraak van het EHRM toe, waarin reeds in de zaak *Öztürk* (EHRM 21 februari 1984, A 73, NJ 1988/937), werd vastgesteld dat de bestuurlijke boete een 'criminal charge' is.

74 ABRvS 8 juni 2016, ECLI:NL:RVS:2016:1613, AB 2016/273 (*KOMO*), r.o. 10.3. Zie voor een afwijzing van een dergelijke interpretatie reeds de annotatie van Widdershoven in AB 2007/183, punt 5.

75 ABRvS 28 februari 2007, ECLI:NL:RVS:2007:AZ9494, AB 2007/183 (*Fortis*), r.o. 2.10-2.11.

76 ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2120, AB 2014/320, r.o. 2.7 (coördinatie watervergunning met omgevingsvergunning ten onrechte niet van toepassing op het onttrekken en infiltreren van grondwater); Rb. Den Haag 6 februari 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:930, r.o. 4.11 ('vorm' kan niet worden uitgelegd als mede omvattende 'ander kenmerk').

77 ABRvS 5 juni 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1710, r.o. 8.3, JV 2019/127, m.nt. D. Kuiper, waarin de diverse nationale grondslagen voor vrijheidsontneming van vreemdelingen zodanig zijn geformuleerd dat zij zich niet lenen om via conforme uitlegging te kunnen worden toegepast op asielzoekers die die rechtsmiddelen hebben ingesteld tegen de afwijzing van hun asielverzoek in de grensprocedure.

78 HR 13 juni 2014, ECLI:NL:HR:2014:1385, NJ 2015/477, r.o. 3.5.4 (aan de toepasselijkheid van de exceptie voor kredieten met rentepercentage van niet meer dan wettelijke rente werd ten onrechte de voorwaarde verbonden dat geen openbaar aanbod wordt gedaan tot het deelnemen aan de krediettransactie).

79 Hof Amsterdam 5 maart 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:729 (*TC*).

80 Haket 2019, p. 78-80.

81 Zie het reeds besproken arrest HvJ 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), punten 33-34.

en 49 Handvest ook van toepassing zijn op bestuurlijke sancties van strafrechtelijke aard (die in EVRM-termen kwalificeren als *criminal charges*),⁷³ zoals de bestuurlijke boete, lijkt ons die uitbreiding gerechtvaardigd. Echter, in de zaak *KOMO* trekt de Afdeling de *Kolpinghuis*-grens door naar bestuurlijke handhaving niet van bestraffende aard. Voor een dergelijke uitbreiding, die in elk geval niet kan worden gebaseerd op artikelen 7 EVRM en 49 Handvest, zijn volgens ons geen aanknopingspunten in het Unierecht aan te wijzen.⁷⁴ In de Afdelingsuitspraak *Fortis* treft men (terecht) geen verwijzing aan naar het arrest *Kolpinghuis*, maar dit neemt niet weg dat ook in die zaak het rechtszekerheidsbeginsel en legaliteitsbeginsel aan de orde waren. In die zaak zou een richtlijnconforme interpretatie hebben geleid tot de uitbreiding van een verbodsbepaling die is gekoppeld aan een vergunningplicht, terwijl deze uitbreiding niet kenbaar was voor adressanten van de verbodsbepaling.⁷⁵ Reeds deze laatste toevoeging wijst erop dat niet enkel de uitbreiding van de verbodsbepaling, maar eveneens grammaticale moeilijkheden, in de weg stonden aan een richtlijnconforme interpretatie. Wij zien dan ook geen onvermijdelijkheid met het Unierecht.

Uiteraard is er ook jurisprudentie waarin de Nederlandse rechter oordeelt dat een conforme interpretatie niet mogelijk is

Naast het verbod van vestiging of verzwaring van strafrechtelijke aansprakelijkheid geldt voor conforme uitlegging, zoals in paragraaf 3.1 al gesteld, de grens dat er geen verplichting bestaat om een contra-legalen uitlegging aan het nationaal recht te geven. Deze grens wordt in de nationale rechtspraak in de regel gekoppeld aan grenzen die voortvloeien uit de duidelijke bewoordingen van de te interpreteren nationale regel. Van *contra legem* is daarom bijvoorbeeld sprake als het bereik van de richtlijn zich uitstrekt tot een geval dat duidelijk niet onder de bewoordingen van de nationale bepaling valt,⁷⁶ als die uitlegging 'tegen de tekst van de wet zou ingaan',⁷⁷ of wanneer de nationale bepaling expliciet een voorwaarde vermeldt die niet in de richtlijn wordt gesteld.⁷⁸

Tot slot: hoe verhoudt het hiervoor reeds besproken arrest van het gerechtshof Amsterdam in de zaak *TC* zich tot de besproken Unierechtelijke en Nederlandse grenzen van conforme interpretatie?⁷⁹ Gelet op de omstandigheid dat het HvJ in *Ognyanov* een beperkte interpretatie geeft van de reikwijdte van het arrest *Kolpinghuis*, kan worden betoogd dat geen sprake is van een vestiging of verzwaring van strafrechtelijke aansprakelijkheid indien wordt afgeweken van de maximale duur van overleveringsdetentie. Ten tweede rijst de vraag of de gekozen interpretatie *contra legem* is aangezien de relevante bepaling ondubbelzinnig voorschrijft dat de maximale duur van die detentie 90 dagen bedraagt. Indien *contra legem* wordt uitgelegd als een resultaat dat in strijd is met de letterlijke bewoordingen van de bepaling, lijkt ons de conclusie dat de beslissing van het gerechtshof Amsterdam in strijd is met deze grens onvermijdelijk. Echter, de jurisprudentie van de Hoge Raad in het arrest *Albron / FNV c.s.* laat zien dat een conforme uitleg niet noodzakelijkerwijs is uitgesloten indien zij niet in overeenstemming is met een letterlijke lezing van de relevante bepaling. Of zulks ook geldt voor het *strafrecht*, waar het legaliteitsbeginsel ontegenzeggelijk een andere plaats inneemt dan in het privaatrecht, is een vraag die niet binnen het bestek van dit artikel kan worden beantwoord. Dit vergt nader onderzoek naar de interpretatieve grenzen in het strafrecht. Vanuit *Unierechtelijk* perspectief is het ons inziens onwaarschijnlijk dat er bezwaren zijn tegen een uitleg van de contra-legalen-grens die juist meer ruimte biedt voor een conforme interpretatie. Het HvJ heeft tot nu toe steeds veel ruimte gegeven aan de nationale rechter voor de invulling van dit criterium (hetgeen goed te verklaren is gelet op de nauwe verwevenheid van *contra legem* met de inhoud van de nationale rechtsvindingsregels)⁸⁰ en greep alleen in op het moment dat de nationale rechter een interpretatie gaf aan het begrip *contra legem* die een te grote beperking vormde voor de verplichting tot conforme uitlegging.⁸¹

4 Doorwerking via rechtstreekse werking

4.1 Unierechtelijk kader

Als conforme uitlegging vanwege de hiervoor genoemde grenzen in de concrete situatie geen soelaas biedt, komt de doorwerking

via het instrument van rechtstreekse werking aan de orde. Voor de mogelijkheid rechtstreeks een beroep te doen op een richtlijnbevestiging zijn in de loop der tijd verschillende gronden aangevoerd: de dwingende werking *casu quo* het verbindende karakter van richtlijnen ingevolge artikel 288 VWEU, het nuttig effect van die handeling en/of het 'estoppel'-argument.⁸² In het reeds meerdere malen aangehaalde arrest *Poplawski II* wijst het HvJ eerstgenoemde aan als grondslag voor de mogelijkheid van rechtstreekse werking.⁸³ Die overweging roept ons inziens geen vragen op en de rechtsbasis van het leerstuk van de rechtstreekse werking wordt in deze bijdrage niet aan een nadere analyse onderworpen.

Een bepaling van Unierecht heeft rechtstreekse werking als een particulier daarop beroep kan doen voor de nationale rechter en deze rechter, met inachtneming van zijn rechterlijke positie, de bepaling kan toepassen, dan wel eraan kan toetsen.⁸⁴ De bepaling moet derhalve 'justiciable' zijn in die zin dat zij voldoende operationeel is om door de rechter te worden toegepast. Het criterium dat het HvJ sinds jaar en dag hanteert om te bepalen of dat het geval is, is of de bepaling inhoudelijk gezien onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is.⁸⁵ Een EU-bepaling is 'onvoorwaardelijk' als voor de toepassing ervan geen nadere Europese of nationale uitvoeringsregels nodig zijn. Om 'voldoende nauwkeurig' te zijn, moet de bepaling zodanig precies zijn geformuleerd dat zij de lidstaat geen reële keuzes laat bij de toepassing ervan. Deze vereisten gelden voor iedere bepaling van het Unierecht die aanspraak maakt op rechtstreekse werking, ongeacht of het een bepaling van een richtlijn, verordening of de Verdragen betreft. Wel geldt voor richtlijnen de extra eis dat de omzettingstermijn verlopen moet zijn. Voor kaderbesluiten bepaalt artikel 34 lid 2 onder b VEU (oud) expliciet dat zij geen rechtstreekse werking hebben. Voor zover deze besluiten nog steeds rechtsgevolg sorteren, hebben zij dus geen rechtstreekse werking.⁸⁶ Een rechtstreeks werkende bepaling van Unierecht moet door de nationale rechter worden toegepast, waarbij met het Unierecht strijdig nationaal recht op grond van het voorrangsbeginsel buiten toepassing moet worden gelaten. Deze verplichting geldt ook voor bestuursorganen.⁸⁷

Wanneer een richtlijnbevestiging aan de criteria voor rechtstreekse werking voldoet, is niet altijd eenvoudig vast te stellen. Uit

de rechtspraak van het HvJ wordt duidelijk dat ook vage normen als 'aanzienlijke milieueffecten' en 'significante effecten op het habitat' voldoende nauwkeurig en dus rechtstreeks werkend zijn.⁸⁸ Van de andere kant oordeelde het HvJ in het arrest *Klohn* over een richtlijnbevestiging die voorschreef dat gerechtelijke procedures 'eerlijk, billijk, en snel' en 'niet buitensporig kostbaar' zijn, dat zij geen rechtstreekse werking heeft.⁸⁹ Hiervoor wijst het onder andere op de algemene formulering van de bepaling, waardoor nadere nationale maatregelen noodzakelijk zouden zijn voor haar operationalisering en dat die materie in de sfeer van de nationale procedurele autonomie van de lidstaten ligt.

Wanneer een richtlijnbevestiging aan de criteria voor rechtstreekse werking voldoet, is niet altijd eenvoudig vast te stellen. Uit de rechtspraak van het HvJ wordt duidelijk dat ook vage normen als 'aanzienlijke milieueffecten' en 'significante effecten op het habitat' voldoende nauwkeurig en dus rechtstreeks werkend zijn

Richtlijnbevestigingen die de lidstaat beleids- of beoordelingsvrijheid laten bij omzetting en toepassing ervan zullen veelal niet rechtstreeks werkend zijn. Dat ligt echter anders indien en voor zover die beleidsvrijheid is gebonden aan grenzen die wel voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk zijn.⁹⁰ In dat geval kunnen justitiabelen zich in rechte op de richtlijnbevestiging beroepen, ten einde door de rechter te doen nagaan of de nationale autoriteiten 'bij de uitoefening van de hun gelaten vrijheid ten aanzien van de vorm en middelen ter uitvoering van de richtlijn, binnen de door de richtlijn aangegeven beoordelingsgrenzen zijn gebleven'.⁹¹ Uit het arrest *Kokkelvisser*s blijkt dat justitiabelen op deze grenzen niet alleen beroep kunnen doen jegens de wetgever, maar ook jegens een bestuursorgaan.⁹²

Ten slotte merken wij op dat, ook als een richtlijn correct is omgezet in het nationale recht, er onder omstandigheden toch behoefte kan bestaan om beroep te kunnen doen

82 HvJ 4 december 1974, zaak 41/74, ECLI:EU:C:1974:133 (*Van Duyn*), punt 12; HvJ 19 januari 1982, zaak 8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*), punten 22-24; HvJ 5 februari 2004, C-157/02, ECLI:EU:C:2004:76 (*Rieser*), punt 22.

83 HvJ 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Poplawski II*), punt 66.

84 Verhoeven & Jans 2017, p. 78.

85 Bijv. HvJ 19 januari 1982, 8/81, ECLI:EU:C:1982:7 (*Becker*).

86 Aldus expliciet HvJ 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Poplawski II*), punt 71.

87 Zie in algemene zin, HvJ 4 december 2018, C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 (*Boyle*). Vergelijk voor richtlijnen, HvJ 22 juni 1989, 103/88, ECLI:EU:C:1989:256, punt 31 (*Costanzo*), en voor primair EU-recht, HvJ 9 september 2003, C-198/01, ECLI:EU:C:2003:430 (*CIF*), punt 50.

88 Vgl. HvJ 24 oktober 1996, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404 (*Kraaijeveld*), en HvJ 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482 (*Kokkelvisser*s).

89 HvJ 17 oktober 2018, C-167/17, ECLI:EU:C:2018:833 (*Klohn*), punten 29-30.

90 Verhoeven & Jans 2017, p. 83.

91 HvJ 1 februari 1977, C-51/76, ECLI:EU:C:1977:12 (*VNO*), punt 24. Zie tevens HvJ 24 oktober 1996, C-72/95, ECLI:EU:C:1996:404 (*Kraaijeveld*).

92 HvJ 7 september 2004, C-127/02, ECLI:EU:C:2004:482 (*Kokkelvisser*s). Zie recent HvJ 26 juni 2019, C-723/17, ECLI:EU:C:2019:533 (*Craeynest e.a.*).

- 93 HvJ 11 juli 2002, C-62/00, ECLI:EU:C:2002:435 (*Marks & Spencer*), punt 31.
- 94 HvJ 7 augustus 2018, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*Smith*), punt 43; HvJ 26 februari 1986, 152/84, ECLI:EU:C:1986:84 (*Marshall I*), punt 48; HvJ 14 juli 1994, C-91/92, ECLI:EU:C:1994:292 (*Faccini Dori*), punt 20; HvJ 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), punt 108.
- 95 HvJ 11 juni 1987, zaak 14/86, ECLI:EU:C:1987:275 (*Pretore di Salò*), punt 19.
- 96 HvJ 7 augustus 2018, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*Smith*).
- 97 Zie voor een samenvatting van deze drie nuanceringen van het verbod van horizontale werking, HvJ 7 augustus 2018, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*Smith*), punten 45-53.
- 98 HvJ 12 juli 1990, C188/89, ECLI:EU:C:1990:313 (*Foster*); HvJ 24 januari 2012, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), punt 40 en 41; HvJ 10 oktober 2017, C-413/15, ECLI:EU:C:2017:745 (*Farrel*), punten 32-42; HvJ 7 augustus 2018, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*Smith*), punt 45.
- 99 Vgl. de annotatie van N. Jak onder HvJ 10 oktober 2017, C-413/15 (*Farrel*), in *AB* 2017/419, alsmede N. Jak, *Semi-publieke instellingen*, Den Haag: Boom juridische uitgevers 2014, p. 293.
- 100 Deze lijn is ingezet in HvJ 22 november 2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (*Mangold*), nader vermeld in HvJ 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Kücükdeveci*), geconsolideerd in HvJ 19 april 2016, C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*DI*), punt 35-37, en HvJ 7 augustus 2018, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*Smith*), punt 46-47, waarna de link met het horizontaal werkende art. 21 Handvest voor het eerst wordt gelegd in HvJ 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), punt 76.
- 101 In HvJ 6 november 2018, C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*) wordt deze route ook gevolgd om art. 7 Richtlijn 2003/88/EG via het horizontaal werkende art. 31 lid 2 Handvest *de facto* toe te passen in een horizontale verhouding.
- 102 Zie behalve de in noot 91 vermelde rechtspraak, bijvoorbeeld ook HvJ 11 september 2018, C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (*IR*). Uit het arrest *Egenberger*, punt 78, blijkt dat ook het recht op doeltreffende voorziening in rechte van art. 47 Handvest horizontale rechtstreekse werking heeft.

op de onderliggende richtlijnnorm. Dat kan noodzakelijk zijn om te verzekeren dat het nationale omzettingsrecht daadwerkelijk conform de richtlijn wordt toegepast. Wij wijzen in dit verband op het verschil tussen correcte omzetting en implementatie (zie paragraaf 2). In het arrest *Marks & Spencer* overwoog het HvJ dan ook dat correcte omzetting in nationale wetgeving ‘[...] de justitiabelen niet de mogelijkheid ontnaemt om zich voor de rechterlijke instanties van die staat te beroepen op de rechten die zij aan die bepalingen ontleen [...]’.⁹³

Rechtstreeks werkende richtlijnbe-
palingen kunnen door particulieren worden
ingeroepen tegen de overheid (verticale
rechtstreekse werking). Een belangrijke be-
perking van het instrument is echter dat een
richtlijn op zichzelf geen verplichtingen voor
particulieren kan scheppen en dat de richt-
lijn als zodanig dus niet tegen de particulier
kan worden ingeroepen. Dit geldt zowel voor
de situatie dat een andere particulier zich op
de richtlijn beroept (verbod van horizontale
rechtstreekse werking)⁹⁴ als voor de situatie
dat de overheid hierop een beroep doet ten
opzichte van een particulier (verbod omge-
keerde verticale rechtstreekse werking).⁹⁵
Als ratio voor deze verboden wijst het HvJ
in het arrest *Smith* erop dat uitbreiding
van de inroepbaarheid van een niet (cor-
rect) omgezette richtlijn ten nadele van een
particulier erop neer zou komen dat de EU
bevoegd zou zijn om met behulp van richtlij-
nen met onmiddellijke werking particulieren
verplichtingen op te leggen, terwijl dit alleen
kan als haar de bevoegdheid is toegekend
om verordeningen vast te stellen.⁹⁶

Rechtstreeks werkende richtlijnbe- palingen kunnen door particulieren worden ingeroepen tegen de overheid. Een belangrijke beperking van het instrument is echter dat een richtlijn op zichzelf geen verplichtingen voor particulieren kan scheppen

In de loop der jaren heeft het HvJ diverse
wegen en middelen gecreëerd waarmee
(één van) beide verboden kunnen wor-
den genuanceerd of ‘omzeild’. Een middel
waarmee beide verboden kunnen worden
‘omzeild’ is de verplichting tot conforme uit-

legging. Via de band van uitlegging van het
nationale recht, en dus wel binnen die reik-
wijdte, kan immers vaak onder de streep
hetzelfde resultaat worden bereikt als het
geval zou zijn geweest indien de relevante
richtlijnbe-
paling rechtstreekse werking zou
zijn verleend. Zoals in paragraaf 3.1 aange-
geven, kan de overheid richtconforme uit-
legging tegenwerpen aan een particulier en
is die uitlegging ook mogelijk in horizontale
verhoudingen tussen twee particulieren.

Specifiek voor het nuanceren van het ver-
bod van horizontale rechtstreekse werking
kent het Unierecht drie middelen.⁹⁷ In de
eerste plaats heeft het HvJ een ruime in-
terpretatie gegeven aan het begrip ‘lidstaat’
zodat daaronder mede particuliere licha-
men en entiteiten vallen die onder gezag
of toezicht van de staat vallen of waaraan
een lidstaat een taak van algemeen be-
lang heeft opgedragen en die daartoe over
bevoegdheden beschikken die verder gaan
dan die welke voortvloeien uit de regels die
betrekking hebben op particulieren.⁹⁸ Deze
particuliere lichamen, waaronder in de
Nederlandse context bijvoorbeeld ProRail
en TenneT vallen,⁹⁹ worden daarom Unie-
rechtelijk als overheid aangemerkt, waar-
tegen particulieren rechtstreeks werkende
richtlijnbe-
palingen kunnen inroepen.

In de tweede plaats kunnen richtlijnen
soms indirect doorwerken in een horizon-
tale relatie tussen particulieren, omdat zij
een codificatie vormen van een algemeen
beginsel van Unierecht en/of een grondrecht
van het Handvest, dat horizontale recht-
streekse werking heeft.¹⁰⁰ Voorwaarde voor
deze doorwerkingsroute is dat de nationale
bepaling *ratione materiae* binnen de wer-
kingssfeer van het Unierecht valt. *De facto*
wordt de nationale bepaling dan getoetst
aan de richtlijn, maar *de iure* vindt het
buiten toepassing laten van die bepaling
plaats wegens strijd met het horizontaal
werkende algemene beginsel of Handvest-
recht. Tot nu toe is deze weg door het HvJ
vooral toegepast ten aanzien van het verbod
op discriminatie (onder meer leeftijd, en
godsdienst of overtuiging) en het recht op
jaarlijkse vakantie met behoud van loon,¹⁰¹
welke in richtlijnen nader zijn gereguleerd,
maar onafhankelijk daarvan als algemeen
beginsel van Unierecht een dwingend
karakter hebben en zijn opgenomen in het
Handvest.¹⁰² Die beginselen verlenen parti-
culieren daarom een subjectief recht dat zij
als zodanig kunnen doen gelden tegenover
andere particulieren. Langs deze weg is ver-

moedelijk ook een overigens beperkte nuancing van het verbod omgekeerde verticale rechtstreekse werking denkbaar, namelijk als een beginsel van Unierecht de overheid beschermt tegen de burger. Het enige beginsel waarvoor dat geldt is het beginsel van misbruik van recht, dat – aldus het HvJ in het arrest *Cussens* – een algemeen beginsel van Unierecht is dat zonder wettelijke basis in het nationale recht door de nationale autoriteiten rechtstreeks kan worden toegepast.¹⁰³ Aldus kan dit beginsel omgekeerde verticale rechtstreekse werking hebben,¹⁰⁴ en ligt het in de rede dat een richtlijnbe-paling inzake misbruik van recht via het beginsel ten nadele van een particulier kan worden toegepast.

In de derde plaats blijkt uit het arrest *Securitel* dat in een horizontale relatie beroep kan worden gedaan op het buiten toepassing laten van publiekrechtelijke voorschriften wegens strijd met een rechtstreeks werkende richtlijn, die zelf geen verplichtingen voor particulieren bevatten,¹⁰⁵ ook al heeft dat *de facto* nadelige gevolgen voor een particulier. Formeel kan dan echter worden volgehouden dat die nadelige gevolgen niet rechtstreeks voortvloeien uit de richtlijn. De leemte die ontstaat door het buiten toepassing laten van de onverenigbare nationale regeling wordt opgevuld door andere nationale voorschriften *en daaruit* vloeien de negatieve gevolgen voort.

Specifiek voor het nuanceren van het verbod van omgekeerde verticale rechtstreekse werking van richtlijnen kent het Unierecht twee middelen. In de eerste plaats is er de route van het arrest *Viamex*.¹⁰⁶ Kort en goed komt deze erop neer dat een richtlijnbe-paling omgekeerd verticaal kan doorwerken via een verordening die uitdrukkelijk naar die richtlijnbe-paling verwijst.

Ten slotte – en belangrijker – is er een variant op de ‘gewone’ verticale rechtstreekse werking die voor het eerst duidelijk werd erkend in het arrest *Wells*. Mevrouw Wells stelde als derde-belanghebbende beroep in tegen de vergunningverlening door de minister aan mijnexploitant Conygar Quarry. Daarbij deed zij beroep op de MER-richtlijn op basis waarvan volgens haar voor de vergunningverlening een milieuef-fectrapportage had moeten plaatsvinden. Het moge echter duidelijk zijn dat, als dit beroep zou slagen, dit nadelige gevolgen zou hebben voor Conygar Quarry. In die context overweegt het HvJ [d]at 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 bepaling van een richtlijn’.¹⁰⁷ Aldus is het verbod van omgekeerde verticale werking niet van toepassing als de negatieve gevolgen voor de ene particulier voortvloeien uit het recht dat een andere particulier heeft om zich jegens de overheid te beroepen op de rechtstreeks werkende richtlijnbe-paling. Het arrest *Wells* betekent daarmee een belangrijke relativisering van dat verbod in drie- of meer partijenrelaties.

Doorwerking van richtlijnen via rechtstreekse werking wordt beperkt door het verbod van omgekeerde werking. Omstreden in dit verband is de wijze waarop de Afdeling aan dit verbod toepassing heeft gegeven in de zaak *Boxtel*

4.2 Rechtstreekse werking in het Nederlands recht

De Nederlandse bestuursrechter past het instrument van rechtstreekse werking regelmatig toe. Daarbij gaat het zowel om onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige richtlijnbe-palingen die de lidstaat geen enkele keuzeruimte laten, als om bepalingen die de lidstaat beoordelings- of beleidsruimte laten, maar die deze ruimte binden aan onvoorwaardelijke en voldoende nauwkeurige grenzen. Veelal gaat het daarbij om bepalingen van richtlijnen op het terrein van het omgevingsrecht, zoals de MER-richtlijn, de Habitatrichtlijn en de IPPC-richtlijn, en wordt het bestreden besluit vernietigd, omdat het bestuur die grenzen niet in acht heeft genomen of wetgeving heeft toegepast, waarbij die grenzen worden overschreden.¹⁰⁸ Daarnaast past de Afdeling de toetsing aan dergelijke grenzen ook toe bij artikel 24 Handvest betreffende de rechten van het kind,¹⁰⁹ in die zin dat de rechter volgens de Afdeling moet toetsen of een nationale instantie de grenzen van de beoordelingsruimte die artikel 24 haar laat, niet heeft overschreden door zich onvoldoende re-kening te geven van het belang van het kind. Verder komt men in de bestuursrechtspraak zaken tegen waarin de bestuursrechter – in lijn met het arrest *Marks & Spencer* (zie paragraaf 4.1) – oordeelt of een rechtstreeks

103 HvJ 22 november 2017, C-251/16, ECLI:EU:C:2017:881 (*Cussens*).

104 Aldus ook W.J. Blokland, ‘Het verbod op misbruik: een algemeen beginsel van Unierecht dat de EU en de lidstaten tegen de burger beschermt’, *NtEr* 2018, p. 80.

105 HvJ 30 april 1996, C-194/94, ECLI:EU:C:1996:172 (*CIA Security/Securitel*). Bevestigd in onder andere HvJ 26 september 2000, C-443/98, ECLI:EU:C:2000:496 (*Unilever*).

106 HvJ 17 januari 2008, gevoegde zaken C-37/06 en C-58/06, ECLI:EU:C:2008:18 (*Viamex*).

107 HvJ 7 januari 2004, C-201/02, ECLI:EU:C:2004:12 (*Wells*), punt 57.

108 Zie bijvoorbeeld, ABRvS 8 augustus 1997, ECLI:NL:RVS:1997:AM2347, *M en R 1997/126 (MER-richtlijn)*; ABRvS 31 maart 2000, ECLI:NL:RVS:2000:AN6326 (*Habitatrichtlijn*); ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603 en 1604 (*Habitatrichtlijn*); ABRvS 13 november 2002 ECLI:NL:RVS:2002:AF0308 (*IPPC-richtlijn*).

109 ABRvS 27 maart 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1108.

werkende bepaling van een richtlijn die correct is omgezet, door het bestuursorgaan ook goed is toegepast.¹¹⁰

Doorwerking van richtlijnen via rechtstreekse werking wordt, zoals in paragraaf 4.1 aangegeven, beperkt door het verbod van omgekeerde werking.¹¹¹ Omstreden in dit verband is de wijze waarop de Afdeling aan dit verbod toepassing heeft gegeven in de zaak *Boxtel*.¹¹² Uit die zaak blijkt dat het verbod volgens de Afdeling op grond van het – in paragraaf 3.1 vermelde – arrest *Wells* in een driepartijenrelatie alleen wordt ‘doorbroken’ als een derde *daadwerkelijk* beroep heeft gedaan op de rechtstreeks werkende richtlijn. Is dat nog niet het geval, omdat – zoals in *Boxtel* aan de orde was – het bestuursorgaan een vergunning, die naar nationaal recht moest worden verleend, wegens strijd met een rechtstreeks werkende richtlijnbevestiging ambtshalve heeft geweigerd, dan acht de Afdeling deze weigering in strijd met het verbod van omgekeerde verticale werking. In dat geval, zo zal de gedachte van de Afdeling zijn, kan men immers niet stellen dat de negatieve gevolgen voor de vergunningsaanvrager voortvloeien uit het beroep dat een derde ten opzichte van de overheid heeft gedaan op die richtlijn. Deze rechtspraak heeft als wonderlijk gevolg dat het bestuur wordt gedwongen om een met de richtlijn strijdig besluit te nemen, waarvan vaststaat dat het zal sneuvelen als een derde in het vervolg van de procedure wel daadwerkelijk beroep doet op de richtlijn. Bovendien kan men ernstig twijfelen of *Boxtel* in overeenstemming is met de rechtspraak van het HvJ. Zoals al vaker betoogd,¹¹³ kan uit het arrest *Wells* en uit vervolgrechtspraak worden afgeleid dat voor de toepassing van de *Wells*-relativering niet bepalend is of een derde daadwerkelijk beroep heeft gedaan op de richtlijn. Wel bepalend is of de richtlijnbevestiging een (aanvullende) verplichting aan een particulier oplegt, dan wel uitsluitend een verplichting voor de overheid bevat.¹¹⁴ Is het eerste het geval, dan staat het verbod van omgekeerde verticale werking in de weg aan de toepassing van die bepaling. Bevat die bepaling alleen een verplichting voor de overheid, dan kan het bestuur deze verplichting volgens ons wel ambtshalve toepassen, ook al heeft dat feitelijk negatieve gevolgen voor die particulier.¹¹⁵

Overigens is het niet geheel uitgesloten dat de Afdeling de *Boxtel*-lijn heeft verlaten in de zaak *Stegeren* uit 2014.¹¹⁶ In die zaak

staat volgens haar het verbod van omgekeerde verticale werking niet in de weg aan de toepassing van artikel 7 IPPC-richtlijn bij het opnieuw voorzien door het college van GS, omdat de ‘louter negatieve gevolgen die hieruit zouden kunnen voortvloeien voor [de vergunninghouder] zouden voortvloeien uit de coördinatieverplichting die op grond van artikel 7 van de richtlijn op het college rust’. Aldus is voor de relativering van dit verbod bepalend dat de ‘louter negatieve gevolgen’ voortvloeien uit de richtlijnverplichting van de overheid en niet dat door appellanten in de zaak op die verplichting daadwerkelijk een beroep is gedaan. Tegelijkertijd hebben appellanten in de zaak wel degelijk beroep gedaan op artikel 7 van de IPPC-richtlijn en stelt de Afdeling evenmin met zoveel woorden dat zij op *Boxtel* terugkomt. Het blijft daarom wachten op een zaak waarin de Afdeling klip en klaar afscheid neemt van de *Boxtel*-lijn.

Wat betreft de toepassing van rechtstreekse werking binnen het strafrecht wordt in de eerste plaats in herinnering geroepen dat kaderbesluiten, voor zover zij nog rechtsgevolg sorteren, geen rechtstreekse werking hebben. Sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon wordt de strafrechtelijke samenwerking binnen de Unie geregeld door richtlijnen en is doorwerking ervan door middel van rechtstreekse werking in beginsel wel denkbaar.¹¹⁷ Voor zover deze richtlijnen verplichtingen voor particulieren bevatten, stuit die doorwerking af op het verbod van omgekeerde verticale werking en geldt (evenals bij kaderbesluiten) dat zij alleen kunnen doorwerken via conforme uitlegging. Voor voorbeelden hiervan uit de Nederlandse rechtspraak verwijzen wij naar paragraaf 3.2. Rechtstreekse werking van richtlijnen kan in strafrechtelijke context wel worden gebruikt om bij incorrecte omzetting de richtlijnrechten te realiseren die justitiabelen daardoor onthouden zijn. Dit is bijvoorbeeld aan de orde in een arrest van de Hoge Raad uit 2017,¹¹⁸ waarin het nationale recht ten onrechte niet had voorzien in een exceptie op de strafbaarstelling. Dit is ook aan de orde in een ander arrest van de Hoge Raad uit 2017,¹¹⁹ waarin een verdachte in strijd met artikel 3, lid 1, onder b, van de niet-tijdig omgezette Richtlijn betreffende het recht op informatie in strafprocedures, niet was medegedeeld dat het raadplegen van een raadsman voor hem niet kosteloos zou zijn. Omdat het geschonden artikel –

110 ABRvS 5 maart 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BC5789; ABRvS 20 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:455. In beide zaken was de correct omgezette richtlijn incorrect toegepast.

111 Zie voor een willekeurig voorbeeld, CBB 13 augustus 1993, ECLI:NL:CBB:1993:AN4027 (*Van der Laan*).

112 ABRvS 7 december 2005, ECLI:NL:RVS:2005:AU7583 (*Boxtel*).

113 Onder meer Verhoeven & Jans 2017, p. 97-99.

114 Volgens *Wells* geldt het verbod van omgekeerde verticale werking voor ‘een andere, krachtens de richtlijn op een derde rustende verplichting’. Zie ook HvJ 21 maart 2013, C-244/12, ECLI:EU:C:2013:203 (*Salzburger Flughafen*), alsmede HvJ 7 augustus 2018, C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*Smith*), punt 49, en HvJ 24 juni 2019, C-573/17, ECLI:EU:C:2019:530 (*Poplawski II*), punt 67, waaruit blijkt dat het HvJ in verband met het verbod van omgekeerde verticale werking alleen problemen heeft met ‘aanvullende verplichtingen’.

115 Of, zoals HvJ 21 maart 2013, C-244/12, ECLI:EU:C:2013:203 (*Salzburger Flughafen*) het stelt, dat die particulieren ‘de gevolgen van de te late uitvoering van de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen van de betrokken lidstaat moeten dragen’.

116 ABRvS 11 juni 2014, ECLI:NL:RVS:2014:2120 (*Stegeren*).

117 Vgl. art. 82 lid 2, en 83 lid 1 en 2 VWEU. Vgl. voor deze grondslagen en de richtlijnen die daarop inmiddels zijn gebaseerd, M.J.J.P. Luchtman & R.J.G.M. Widdershoven, ‘Nederlands strafrecht in de ban van het Unierecht’, AA 2018, afl. 11, p. 873-895 (AA20180873), i.h.b. p. 874, p. 877-879.

118 HR 31 januari 2017, ECLI:NL:HR:2017:115.

119 HR 30 mei 2017, ECLI:NL:HR:2017:968.

volgens de Hoge Raad – onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is, had de zaak moeten worden beoordeeld met inachtneming ervan, en was er aldus sprake van een vormverzuim.

Voor de rechtstreekse werking binnen het privaatrecht is van belang dat richtlijnen in beginsel geen horizontale rechtstreekse werking hebben, zodat uitsluitend de – in paragraaf 4.1 genoemde – nuanceringen op dit verbod relevant zijn. In dit verband is richtlijnconforme uitlegging veruit het belangrijkste. Hiervoor verwijzen wij naar paragraaf 3.2. De tweede, meest in het oog springende, nuancering is de *de facto* doorwerking van bepaalde richtlijnen via de beginselen van Unierecht en/of horizontaal werkende Handvestrechten. In de literatuur is echter opgemerkt dat deze doorwerkingsroute in de Nederlandse rechtspraak tot nu toe niet is toegepast.¹²⁰ Ter verklaring hiervan wordt gewezen op het succes van de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie en op de omstandigheid dat op het terrein waarop deze HvJ-rechtspraak vooral ziet, het algemene verbod van discriminatie, vanwege de correcte omzetting van de desbetreffende richtlijnen door Nederland geen noodzaak aanwezig is om een beroep te doen op doorwerkingsinstrumenten.

Ondanks enige kritische noten is ons oordeel over de Nederlandse doorwerkingsrechtspraak positief

5 Conclusie

In het voorgaande is ingegaan op de implementatie van EU-richtlijnen en, voor zover die nog rechtsgevolg sorteren, kaderbesluiten en de wijze waarop deze rechtsinstrumenten kunnen doorwerken als die implementatie niet of incorrect heeft plaatsgevonden. Dat laatste komt ook in Nederland voor (paragraaf 2.2). In dat geval moeten rechters en – daaraan voorafgaand – het bestuur de doorwerking van de richtlijn of het kaderbesluit eerst proberen te realiseren door toepassing van de verplichting tot conforme uitlegging. Ondanks de beperkingen die deze verplich-

ting kent, biedt zij zowel in het publiekrecht (straf- en bestuursrecht en fiscaal recht) als in het privaatrecht vaak soelaas – voornamelijk indien de te interpreteren nationale bepaling omzettingsrecht betreft. De verplichting is echter niet onbegrensd. Hoewel de grenzen van conforme interpretatie onderwerp zijn van vaste rechtspraak, duiken er zo nu en dan nieuwe grenzen op (vertrouwensbeginsel en het beginsel van *res judicata*) en is het nuttig te onderzoeken in hoeverre te verwachten valt dat de catalogus van grenzen nog wordt uitgebreid (grondrechten neergelegd in het Handvest). Een conforme interpretatie kan met name niet worden toegepast voor een uitlegging *contra legem* het nationale recht, een beperking die door de Hoge Raad overigens minder strikt wordt toegepast dan door de bestuursrechters (paragrafen 3.1 en 3.2).

Is conforme uitlegging niet mogelijk, dan komt doorwerking via rechtstreekse werking aan de orde. Althans, wat betreft richtlijnen, want voor kaderbesluiten volgt uit artikel 34 lid 2 onder b VEU, dat zij geen rechtstreekse werking bezitten. Voorwaarde voor toepassing van dit instrument door rechter en bestuur is dat een richtlijnbe-paling ‘voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk’ is (paragraaf 4.1). Bovendien wordt het instrument beperkt op grond van het verbod van horizontale rechtstreekse werking, waardoor het instrument in civiele rechtspraak geen toepassing vindt (paragraaf 4.2), en op grond van het verbod van omgekeerde verticale werking dat grenzen stelt aan de toepassing ervan in het publiekrecht. Dat laatste verbod wordt in het HvJ-arrest *Wells* gerelativeerd in een driepartijenverhouding, een relativering die door de Afdeling volgens ons te beperkt wordt toegepast in de *Boxtel*-zaak (paragraaf 4.2). Deze lijn zou wat ons betreft expliciet moeten worden verlaten.

Ondanks deze en enige andere kritische noten is ons oordeel over de Nederlandse doorwerkingsrechtspraak overigens positief. Over het algemeen zijn Nederlandse rechters zich heel bewust van de mogelijkheden en beperkingen die beide instrumenten bieden om de doorwerking van Unierecht te garanderen, en passen zij deze loyaal toe. Daardoor weten zij de nodige omzettingfouten te remediëren, ook al lukt dat natuurlijk niet altijd.

120 C. Sieburgh & M. van de Moosdijk, ‘Bauer: Het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is jarig en trakteert, ook in privaatrechtelijke verhoudingen’, in: H. de Waele, J. Krommendijk & K. Zwaan (red.), *Tien jaar EU-Grondrechtenhandvest in Nederland*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 290, met verwijzingen naar literatuur die dit standpunt bevestigt.