

RECHTSVINDING AAN DE HAND VAN EUROPA: DE NATIONALE RECHTER ALS 'COPYCAT'?

Jan VRANKEN

Emeritus hoogleraar Methodologie van het privaatrecht Tilburg University

Ivo GIESEN*

Hoogleraar Burgerlijk recht Universiteit Utrecht

I. INLEIDING

1. De toekomst van het privaatrecht ligt in Europa, althans, ons privaatrecht komt (steeds meer) uit Europa. Niettemin zijn vele aspecten van de liaison tussen privaatrecht en Europa nog onderbelicht, hoewel de aandacht groeiende is, maar vaak op specifieke, actuele onderwerpen wordt gericht, zoals een nieuwe richtlijn of verordening. Een aspect dat meer aandacht verdient is Europese rechtsvinding of, zo u wilt: rechtsvorming.

2. Onze bijdrage gaat dus over rechtsvinding en rechtsvorming in het Europese recht, gespiegeld aan de situatie in Nederland. We kunnen dan ofwel focussen op de rechtsvinding door de échte Europese rechters ofwel op de rechtsvinding door de nationale Nederlandse rechter in zijn Europese rol, als Europese rechter. Beide invalshoeken vergen eigenlijk ieder een eigen studie, maar wij kiezen toch voor een onderwerp dat *de facto* een combinatie van beide lijnen betekent, namelijk richtlijnconforme interpretatie door de nationale rechter, gegeven de eisen die het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) hieraan stelt.

3. De reden voor deze insteek is eenvoudig dat vele privatisten, wijzelf inclusief, Europa hebben verwaarloosd in hun studies over rechtsvinding. Het is hoog tijd die omissie te redresseren, want het belang van het thema is niet

* Het onvolprezen *Tijdschrift voor Privaatrecht* is ons beider link naar de evenzeer onvolprezen jubilaris aan wie wij deze bijdrage graag opdragen: Jan was en Ivo is lid van de Adviesraad van *TPR*. Deze bijdrage werd inhoudelijk afgesloten op 1 maart 2024.

te onderschatten¹. De Nederlandse rechter als Europese rechter, met name bij richtlijnconforme interpretatie, moet iets anders doen dan wanneer hij recht van Nederlandse (of Belgische) origine uitlegt. Daarvoor moet hij aan 'rechtsvinding à l'europeénne' gaan doen. De eisen die het HvJ EU hierbij aan hem stelt zijn heel hoog, en volgens ingevoerden nauwelijks haalbaar. Er is in Europa veel kritiek op deze eisen, maar intussen heeft het Hof er, in afwijking van de conclusie van Advocaat-Generaal Bobek (die onvoorstelbaar kritisch was), volledig aan vastgehouden in het arrest *Conorzio*².

4. Vervolgens, meer toegespitst: waar denken we dan precies aan? Uit een boek dat een onzer parallel aan deze bijdrage aan het schrijven is³, volgt een reeks van observaties over rechtsvinding bij richtlijnconforme interpretatie. Aanhakend bij een van de observaties, gaan wij in deze bijdrage samen iets nader onderzoeken hoe richtlijnconforme interpretatie ingrijpt op, althans afwijkt van, de gewone rechtsvinding door de nationale rechter. Wij gaan daartoe dus, hoewel beperkt, nader in op de rechtsvindingsmethoden van het HvJ EU, zie deel IX aan het einde van dit onderzoek. Wij doen dat mede omdat de nationale rechter de Europese rechter soms moet 'nadoen' bij richtlijnconforme interpretatie (als een copycat), zo concluderen wij daarvoor in deel VIII. Voordat we daartoe geraken bespreken wij echter eerst in algemene zin de richtlijnconforme interpretatie (in deel II), de nationale rechter als EU-rechter (deel III), inclusief de mogelijkheid om rechtsvergelijkend te werk te gaan (deel IV), de rol van de wetsgeschiedenis van de nationale implementatiewetgeving (deel V), het bepalen van hoe het nationale recht eigenlijk luidt (deel VI), alsook de rol van grondrechten bij de rechtsvinding (deel VII). In onze conclusies in deel X vragen we ons af wat dit vervolgens betekent voor de (interpreterende) taak van de nationale (ook Europese) rechter.

5. Om de omvang van deze bijdrage enigermate in de greep te houden, beperken wij ons tot richtlijnconforme interpretatie van het consumentenrecht dat de afgelopen twee decennia door Europese richtlijnen en een enkele verordening tot stand is en wordt gebracht. Er is ook veel te zeggen over 'soft law', bijvoorbeeld mededelingen en richtsnoeren die, volgens het HvJ EU, nationale rechters bij de uitleg van Europees (consumenten)recht verplicht

¹ Een positieve, maar al wat oudere (en lastig te doorgronden) uitzondering van een studie met aandacht voor de wisselwerking van EU recht en (nationale) rechtsvinding is C. HERRESTHAL, *Rechtsfortbildung im europarechtlichen Bezugsrahmen* (München: Beck 2006). Ook noemen we hier nog S. HAKET en R. WIDDERSHOVEN, "Implementatie en doorwerking van Unierecht in het Nederlandse publiekrecht en privaatrecht", *AA* 2020, 338 e.v. (maar die bijdrage focust meer op het publiekrecht) en M. STÜRNER, *Europäisches Vertragsrecht* (Berlin: De Gruyter 2021), 163-190.

² HvJ EU 5 november 2021, ECLI:EU:C:2021:799, C-561/19 (*Conorzio*).

³ De tekst in deel II-VII hierna is gebaseerd op (een verkorte weergave van) een boek in wording van een onzer, getiteld *Een wereld van verschil*. Beschouw deze bijdrage daarom vooral als een pre-publicatie ter ere van de jubilaris.

moeten raadplegen⁴, alsook over de regelrechte ingreep van het HvJ EU in het nationale civiele procesrecht, hoewel het nationaal procesrecht officieel tot het domein van de lidstaten behoort. Het Hof rechtvaardigt de ingreep met een beroep op het effectiviteitsbeginsel. Over het eerste hierna een enkel woord (*cf. infra* nr. 20). Voor het tweede verwijzen wij naar de uiterst kritische literatuur in België, Duitsland en Nederland⁵.

II. RICHTLIJNCONFORME INTERPRETATIE VOLGENS (DE NORMEN VAN) HET HVJ EU

6. We starten, als algemene achtergrond, met een inleidende bespreking van de richtlijnconforme interpretatie zoals het HvJ EU die graag uitvoerd ziet. Richtlijnen gelden, zoals bekend, niet rechtstreeks in horizontale verhoudingen tussen burgers; ze hebben geen directe horizontale werking⁶. Ze moeten worden omgezet (geïmplementeerd) in het nationale recht van de lidstaten. Dat is een taak van de lidstaten, met een Europese Commissie die veel druk uitoefent, behulpzaam is, overlegt, en controleert en uiteindelijk de implementatie kan afdwingen in een zgn. inbreukprocedure voor het HvJ EU⁷. De plicht wordt zwaar gesanctioneerd. De reden daarvan is dat de richtlijnen strekken tot bescherming van burgers (consumenten) en dat het in hun belang is dat ze ook daadwerkelijk en ten volle worden geëffectueerd (het '*effet utile*'). Zouden de richtlijnen directe horizontale werking hebben, dan zou implementatie niet of nauwelijks nodig zijn⁸. Dan ook zou aan twee andere instrumenten om de volledige implementatie van richtlijnen te waarborgen, niet of minder behoefte zijn: aansprakelijkheid van de lidstaat tegenover een burger voor de nationale rechter bij niet, niet tijdige, niet volledig of niet juiste implementatie waardoor de burger schade lijdt, en richtlijnconforme interpretatie wanneer de implementatie lacuneus is. Beide instrumenten zijn door het HvJ EU bedacht en ontwikkeld om enigermate tegemoet te komen

⁴ In deze zin het *Grimaldi*-arrest over '*soft law*' in de vorm van niet-bindende aanbevelingen (*recommendations*): HvJ EG 13 december 1989, ECLI:EU:C:1989:646, C-322/88. In HvJ EU 3 september 2014, ECLI:EU:C:2014:2134, C-410/13 (*Baltanta*), punt 64, is deze beslissing uitgebreid naar niet-bindende richtsnoeren. In het verlengde van beide ligt dat er prejudiciële vragen over deze *soft law*-instrumenten mogen (moeten) worden gesteld (nr. 20 hierna).

⁵ Onder meer A.C. VAN SCHAIK, "Instrumentalisering van burgerlijk procesrecht", *TCR* 2023/3, par. 5. Breed en informatief over het Duitse recht zijn STORNER 2021, 738-782, en S.L. GÖSSL, *Parteidispositionen und EU-Verbrauchervertragsrecht* (Tübingen: Mohr Siebeck 2021). Zie voor België J. WERBROUCK, *Doorwerking van het Europees consumentenrecht in het nationale procesrecht* (Antwerpen: Intersentia 2023), 19 e.v., 845 e.v.

⁶ Het contrast tussen wat rechtens is en kan in ofwel verticale ofwel horizontale verhoudingen komt mooi naar voren in de annotatie onder HvJ EU 6 november 2018, C-569/16 en C-570/16 (Bauer) door A.S. HARTKAMP, "Rechtstreekse doorwerking van het EU Handvest van de grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen", *AA* 2018, 218 e.v.

⁷ COM (2022) 518 van 13 oktober 2022

⁸ Verordeningen behoeven (mogen) geen implementatie (werken direct), maar inmiddels soms wel, nl. voor zover het uitvoeringsmaatregelen betreft.

aan de nadelen van het ontbreken van directe horizontale werking. Ze berusten derhalve op rechtersrecht en het moet gezegd: het Hof is hierbij heel creatief en spitsvondig geweest. Maar ook heel dwingend, zoals hierna nog zal blijken. Van de drie instrumenten is de consument het meest geholpen met richtlijnconform interpreteren omdat hij daardoor krijgt wat de richtlijn hem toekent. Staatsaansprakelijkheid kent hoge drempels⁹, terwijl een inbreukprocedure niet door hem, maar op initiatief van de Europese Commissie moet worden gevoerd en hij ook overigens grotendeels buitenspel staat; die laatste twee instrumenten blijven daarom verder onbesproken hier.

7. Richtlijnconforme interpretatie is nauw verbonden met de prejudiciële procedure: bij twijfel over de juiste uitleg van Europese richtlijnen móet de nationale rechter die in hoogste ressort oordeelt prejudiciële vragen stellen aan het HvJ EU (andere rechters mogen het), tenzij sprake is van een '*acte clair*' of een '*acte éclairé*'. Aldus in de kern de vaste rechtspraak van het HvJ EU sedert het *Cilfit*-arrest van 1982, bevestigd in het *Conorzio*-arrest uit 2021, met de toevoeging dat het niet stellen van een prejudiciële vraag gemotiveerd moet worden¹⁰. Pas daarna kan hij richtlijnconform interpreteren. Ambtshalve toetsing door de rechter versterkt de plicht tot richtlijnconforme interpretatie, want zodra de rechter ambtshalve toetst, komt hij ook in gevallen dat de consument er geen beroep op heeft gedaan, aan richtlijnconforme interpretatie toe. Hier komt bij dat richtlijnconforme interpretatie al verplicht is vanaf het moment dat de implementatietermijn is verstreken, ongeacht of de richtlijn dan al is geïmplementeerd. De consument heeft daar meer aan dan aan staatsaansprakelijkheid. Het geheel geeft aan hoe dwingend het Europese recht is: de plicht tot implementatie, de plicht tot richtlijnconforme interpretatie, de plicht tot het stellen van prejudiciële vragen en de plicht tot ambtshalve toetsing. Tel hierbij op dat de richtlijnen (vrijwel) louter dwingend recht bevatten en ook bestuursrechtelijk verplicht gehandhaafd worden, en de verschillen met het Nederlandse privaatrecht springen in het oog: dat Nederlandse privaatrecht kenmerkt zich doordat het in beginsel veelal regelend recht bevat en dus ruim baan laat aan de partijautonomie; slechts een enkele keer moet de rechter het ambtshalve toepassen en de handhaving is nagenoeg uitsluitend civielrechtelijk van aard waarbij het initiatief aan de burger zelf is overgelaten¹¹. Alle reden dus om die richtlijnconforme interpretatie hierna verder te onderzoeken.

⁹ Denk aan de "voldoende gekwalificeerde schending" die nodig is. We laten dit thema verder rusten.

¹⁰ HvJ EU 6 oktober 1982, ECLI:EU:C:1982:335, C-238/81 (*Cilfit*), resp. HvJ EU 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:799, C-561/19 (*Conorzio*). Zie over dat laatste arrest, inclusief de noodzaak tot het motiveren van het niet stellen van een prejudiciële vraag, ook nog de conclusie van Adv. Gen. DRIJBER (ECLI:NL:PHR:2024:118 (*Forensenbelasting*)). Uitvoering over prejudiciële vragen van nationale rechters, specifiek in relatie tot hun autonomie: H. VAN HARTEN, *Autonomie van de nationale rechter in het Europees recht*, diss. UU 2011, 139-182.

¹¹ De achtergrond van dit verschil is dat het EU-recht een doel nastreeft, nl. het tot stand brengen van een interne markt, met – voor zover voor dit onderwerp van belang – behulp van

8. In het thans geldende stelsel baseert het HvJ EU de door hemzelf gecreëerde plicht tot richtlijnconforme interpretatie op artikel 288 lid 3 VwEU en ook wel op het beginsel van loyale samenwerking van artikel 4 lid 3 VEU. Daarnaast legt het Hof veel nadruk op het '*effet utile*', het verzekeren van de volle werking van het unierecht bij de beslechting van concrete geschillen. In dit perspectief is de richtlijnconforme interpretatie volgens het Hof inherent aan het systeem van het verdrag¹². Bij richtlijnconforme interpretatie gaat het erom de uitleg van het nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met de richtlijn. Het is de nationale rechter die dit moet bewerkstelligen, maar hij kan daarbij soms op de grens stuiten dat conformiteit naar nationaal recht niet mogelijk is. Het gevolg is dat de richtlijn buiten toepassing moet blijven; voor de teleurgestelde burger rest dan nog slechts een moeilijk te verwezenlijken vordering wegens staatsaansprakelijkheid.

9. De richtlijnconforme uitleg van het nationale recht speelt zich dus af op nationaal niveau. Het HvJ EU heeft daarover in beginsel geen zeggenschap. Het HvJ EU gaat over de autonome uitleg van de richtlijn en verschaft de nationale rechter de elementen voor uitlegging ervan die deze nodig heeft om het aanhangige geding te beslechten¹³. Over die autonome uitleg van een richtlijn heeft, op zijn beurt, de nationale rechter in beginsel geen zeggenschap. Is de richtlijn over een bepaalde kwestie in een concreet geval niet duidelijk, dan moet de nationale rechter wanneer die in laatste instantie oordeelt, daarover een prejudiciële vraag stellen aan het HvJ EU. Bij de autonome uitleg van de richtlijn dient het HvJ EU het gehele unierecht en de daarin erkende uitleggingsmethoden te betrekken. Omgekeerd moet de nationale rechter bij de richtlijnconforme interpretatie acht slaan op zijn gehele nationale recht, ook voor zover het van vóór de richtlijn dateert, en op zijn nationaal erkende uitleggingsmethoden (en meer). Dat is nogal een opgave, zoals we nog zullen bespreken in deel III.

10. Er lijkt zo sprake te zijn van een duidelijke bevoegdheidsafbakening tussen HvJ EU en de nationale rechter. 'Lijkt', want dat is toch niet helemaal het geval, naar beide kanten niet. Aan de ene kant is er de nationale rechter die soms richtlijnen autonoom moet uitleggen, ook als het gaat om kwesties waarover het HvJ EU zich al prejudicieel heeft uitgesproken. Want ook die prejudiciële uitspraken moeten geïnterpreteerd worden, zelfs in het concrete geval waarin de prejudiciële beslissing is geweest. Het HvJ EU beslist immers dat geval niet zelf, maar geeft uitleg over het Europees verbin-tissenrecht, waarna het aan de nationale rechter is om op basis daarvan het concrete geval af te doen. De ene prejudiciële beslissing is duidelijker

een vergaande mate van consumentenbescherming. Dit is het allesbepalende verschil met het nationale recht. Zie onze conclusies, hierna vanaf deel VIII.

¹² Vaste rechtspraak. Met name wordt genoemd HvJ EG 5 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:584, C-397/01 tot C-401/01 (*Pfeiffer*), punt 114.

¹³ Onder veel meer HvJ EU 5 november 2021, ECLI:EU:C:2021:799, C-561/19 (*Conorzio*).

dan de andere. In latere zaken waarin eerdere prejudiciële beslissingen van het HvJ EU van belang zijn, moeten ze eveneens worden uitgelegd door de nationale rechter, bijvoorbeeld omdat ze niet ondubbelzinnig zijn of om te bepalen of ze ondanks de verwijzingen naar eerdere rechtspraak iets nieuws inhouden. Ook kan het zijn dat zich in een latere procedure andere omstandigheden voordoen dan in de prejudiciële beslissing en het dan de vraag is of die beslissing nog onverkort geldt. Er is vaak discussie over de strekking, reikwijdte, toepasselijkheid en onderlinge verhouding van arresten van het HvJ EU (en dit waarschijnlijk in de literatuur van elk van de 27 EU-landen). Daarnaast worden over iedere richtlijn arresten gewezen die in de literatuur¹⁴ soms, niet altijd dus, tot stevige verschillen van mening aanleiding geven. De nationale rechter moet dan maar zien wat hij hiermee doet.

11. Een willekeurig voorbeeld is een uitspraak van het Hof in 2017 over de zgn. prepackmethode¹⁵. Overgewaaid uit het Verenigd Koninkrijk werd die methode gebruikt om een doorstart van ondernemingen na faillissement op voorhand te regelen, zonder verplicht te zijn het personeel over te nemen. Het HvJ EU oordeelde dat deze methode, kort gezegd, in strijd is met de Richtlijn Behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen¹⁶. Deze uitspraak is in de literatuur uitvoerig besproken en wisselend gewaardeerd¹⁷. Het wetsvoorstel dat in 2014 de prepackmethode wilde legaliseren, is zelfs stilgelegd¹⁸. Een genuanceerde bevestiging door het HvJ EU op prejudiciële vragen van de Hoge Raad in 2022 van de uitspraak van 2017 heeft de onzekerheid niet verminderd, totdat de Hoge Raad¹⁹ eind 2023 de knoop heeft doorgesneden: de positie van de beoogde curatoren en de beoogde rechter-commissaris is niet in de wet geregeld en zij hebben dan ook geen wettelijke bevoegdheden.

12. Natuurlijk kan het in procedures voor de nationale rechter ook gaan over nog niet eerder door het HvJ EU besliste kwesties, klein en groot. Die rechtvaardigen niet allemaal een gang naar Luxemburg, bijvoorbeeld omdat het antwoord redelijkerwijs al besloten ligt in de richtlijn. Hoewel onze indruk is dat het Hof nu al (te) veel in herhaling treedt, zou het, wanneer het voor ieder wissewasje zou worden geraadpleegd, nog meer overbelast raken. Maar

¹⁴ In artikelen en boeken. Bij boeken denken wij voor Nederland aan de bespreking van richtlijnen in de reeksen *Monografieën BW* en *Monografieën Privaatrecht* en als onderdeel van verschillende boeken in de *Asser*-serie over bijzondere overeenkomsten.

¹⁵ HvJ EU 22 juni 2017, ECLI:EU:C:2017:489, C-126/16 (*Smallsteps*). De latere uitspraak is van HvJ EU 28 april 2022, ECLI:EU:C:2022:321, C-237/20 (*Heiploeg*).

¹⁶ Richtlijn 2001/23/EG, eerder Richtlijn 77/187/EEG, zoals onder meer gewijzigd in 1998.

¹⁷ Zie bv. de themanummers *Tijdschrift voor Recht en Arbeid* (TRA) 2018/2 en *Tijdschrift voor Insolventierecht* (TvI) 2018/1.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2014/15, 34 218.

¹⁹ Zie HR 6 oktober 2023, ECLI:NL:HR:2023:1372 (*Heiploeg*).

het Hof denkt hier zelf waarschijnlijk anders over²⁰. Daarom is het de vraag of het Hof gelukkig is met uitspraken van de nationale rechter, die verder gaan dan de uitleg van een wissewasje, zoals onlangs de Hoge Raad in een gedetailleerde prejudiciële beslissing over sancties op schendingen van informatieplichten uit de in het BW geïmplementeerde richtlijn consumentenrechten van 2011:

“Gelet op deze doelstellingen en uitgangspunten kan niet worden aangenomen dat de Richtlijn consumentenrechten de rechter ertoe verplicht ambtshalve na te gaan of aan alle informatieplichten uit de art. 6:230m BW en 6:230v BW is voldaan en bij elke schending van een informatieplicht ambtshalve over te gaan tot vernietiging van de overeenkomst en/of tot afwijzing van de incassovordering van de handelaar. In de rechtspraak van het HvJ EU over de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken (...) is beslist dat aan de lidstaten een beoordelingsmarge toekomt bij de keuze van de nationale maatregelen die nodig zijn om die Richtlijn te implementeren. *Aan te nemen valt dat die beoordelingsruimte ook bestaat in het kader van implementatie van de Richtlijn consumentenrechten*”²¹. (curs. toegev., JBMV en IG)

13. Omgekeerd bemoeit het HvJ EU zich soms diepgaander met het nationale recht dan de lidstaten lief kan zijn, niet door zelf het nationale recht uit te leggen, althans in naam niet, maar door de nationale rechter te verplichten om de richtlijnconforme interpretatie, indien maar enigszins mogelijk, te laten slagen. De nationale rechter moet zogezegd alles uit de kast trekken om fricties tussen nationaal recht en richtlijn te voorkomen of glad te strijken en dus ‘zoveel mogelijk’ conform te interpreteren. Het HvJ EU heeft deze opvatting vanaf het begin van de richtlijnconforme interpretatie in 1984 (*Colson*) en in 1990 (*Marleasing*)²² gehuldigd en in een constante rechtspraak herhaald. Bij wijze van voorbeeld over hoe indringend het HvJ EU hierin kan zijn, citeren we uit het arrest *Pfeiffer* van 2004, punten 117-119. De zaak betrof een overschrijding van de in een richtlijn opgenomen maximale arbeidstijd

²⁰ Het HvJ EU stelt hoge eisen aan een ‘*acte clair*’ en een ‘*acte éclairé*’, en lijkt zo niet te streven naar een beperking van zijn zaakbelasting. Voor een voorbeeld van een Nederlandse uitspraak over het verwijt aan de Hoge Raad dat die geen prejudiciële vraag had gesteld (wat tot staatsaansprakelijkheid zou leiden), zie HR 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2396 (*KLM-piloten*). De vordering is afgewezen.

²¹ HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, *NJ* 2022/89 noot C. PAVILLON (*Arvato*), r.ov. 3.18. PIV-PG WISSINK onderkent dat er punten aan de orde zijn waarover het HvJ EU zich nog niet uitdrukkelijk heeft uitgelaten, maar hij beargumenteert (nr. 10.3.3) waarom volgens hem een prejudiciële vraag aan het HvJ EU niet hoeft. De Hoge Raad volgt hem daarin (r.ov. 3.1.9). Wissink vermeldt dat Loos en Pavillon er anders over denken in hun artikel “Civielrechtelijke sancties op schending van informatieplichten”, *NJB* 2018/1888, 2124-2135 (op p. 2126-2127).

²² HvJ EG 10 april 1984, ECLI:EU:C:1984:153, C-14/83 (*Colson*), punten 26-28; HvJ EG 13 november 1990, ECLI:EU:C:1990:395, C-106/89 (*Marleasing*), punt 8.

per week, welk maximum korter was dan het Duitse nationale recht toestond (curs. toegevoegd):²³

“In casu dient de verwijzende rechter dus in geschillen (...) die binnen de werkingssfeer van richtlijn 93/104 vallen en waarvan de feiten dateren van na het verstrijken van de omzettingstermijn daarvan, bij de toepassing van nationale bepalingen ter uitvoering van deze richtlijn, deze *zoveel mogelijk* aldus uit te leggen dat de toepassing ervan in overeenstemming is met de doelstellingen van die richtlijn (zie in die zin arrest van 13 juli 2000, Centrosteeel, C-456/98, Jurispr. blz. I-6007, punten 16 en 17).

In casu vereist het beginsel van richtlijnconforme uitlegging dus dat de verwijzende rechter, door het gehele nationale recht in beschouwing te nemen, binnen zijn bevoegdheid *al het mogelijke doet* om de volle werking van richtlijn 93/104 te verzekeren, teneinde overschrijding van de bij artikel 6, punt 2, daarvan vastgestelde maximale wekelijkse arbeidstijd te voorkomen (zie in die zin arrest Marleasing, reeds aangehaald, punten 7 en 13).

De slotsom dient bijgevolg te luiden, dat een nationale rechter die uitspraak moet doen in een geding tussen uitsluitend particulieren, bij de toepassing van de ter uitvoering van de verplichtingen van de richtlijn vastgestelde nationale bepalingen, het gehele nationale recht in beschouwing moet nemen en dit *zoveel mogelijk* in het licht van de bewoordingen en van de doelstelling van deze richtlijn moet uitleggen om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met het daarmee beoogde doel. In de hoofdgedingen moet de verwijzende rechter dus binnen zijn bevoegdheid *al het mogelijke doen* om te voorkomen dat de maximale wekelijkse arbeidstijd, die krachtens artikel 6, punt 2, van richtlijn 93/104 op 48 uur is vastgesteld, wordt overschreden”.

14. De gecursiveerde woorden ‘zo veel mogelijk’ en ‘al het mogelijke’ die maar liefst in alle drie opeenvolgende overwegingen in *Pfeiffer* worden gebezigd, onderstrepen de druk op de rechter om zich in te spannen, maar laten ruimte voor de conclusie dat in een concreet geval de richtlijnconforme interpretatie niet lukt. Alleen geeft het HvJ EU zich niet snel gewonnen. Indien een dergelijk ‘niet-lukken’ dreigt, bijvoorbeeld omdat de nationale rechter in de prejudiciële vraag heeft aangegeven dat richtlijnconforme interpretatie er niet in zit, deinst het Hof er niet voor terug actief tegen te denken en dit aan de nationale rechter voor te houden. Zo eindigt bijvoorbeeld het HvJ EU in

²³ HvJ EG 5 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:584, C-397/01 tot C-401/01 (*Pfeiffer*). Enkele latere uitspraken zijn HvJ EU 19 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:21, C-555/07 (*Kücükdeveci*), punt 48; HvJ EU 24 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:33, C-282/10 (*Dominguez*), punten 24 en 27; HvJ EU 15 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:2, C-176/12 (*Ass. de médiation sociale*), punt 38.

Amia SpA van 2012²⁴ zijn overwegingen met de opdracht aan de nationale rechter na te gaan of het *volstrekt onmogelijk* (curs. toegev.) is zijn nationale recht aldus uit te leggen dat het hoofdgeding kan worden beslist op een wijze die in overeenstemming is met de bewoordingen en het doel van de desbetreffende richtlijnen. Dit kan in een concreet geval onder meer dwingen tot een andere volgorde of andere relatieve zwaarte van de nationale interpretatiemethoden dan gebruikelijk is (indien een volgorde of onderlinge zwaarte in het nationale recht zou bestaan, uiteraard).

15. Advocaat-Generaal Bot ging in zijn conclusie van 2015 in de zaak *Dansk Industri* nog verder. Wanneer een vaste nationale rechtspraak strijdig was met het Unierecht rekende hij het de taak van het HvJ EU om de nationale rechter:

“(...) aan te geven of die grond al dan niet door haar in aanmerking kan worden genomen. Met andere woorden, ik ben van mening dat het Hof volledig binnen zijn bevoegdheid handelt wanneer het een door hemzelf gestelde grens aan de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging, namelijk de uitlegging *contra legem*, nader preciseert. De geest van samenwerking tussen het Hof en de nationale rechterlijke instantie die de prejudiciële procedure van artikel 267 VWEU doordrenkt, alsmede het nuttige effect van deze procedure en de daadwerkelijke toepassing van het Unierecht, impliceren dan ook dat het Hof de verwijzende rechterlijke instantie mededeelt welke weg moet worden gevolgd om te voorkomen dat de grens aan de verplichting tot richtlijnconforme uitlegging onjuist wordt toegepast en leidt tot een uitlegging *contra legem* van het nationale recht” (punt 53).

Het HvJ EU is niet uitdrukkelijk met de Advocaat-Generaal meegegaan, maar heeft wel geoordeeld dat een vaste rechtspraak die strijdig is met het Unierecht, niet op die enkele grond een *sta-in-de-weg* is voor richtlijnconform interpreteren. In het concrete geval oordeelde hij dat in verbinding met het in die zaak ook toepasselijke (direct werkende) grondwettelijk verbod op discriminatie, de rechter de vaste rechtspraak buiten toepassing moest laten, indien hij haar niet richtlijnconform kon uitleggen²⁵. Met deze aanwijzing komt het HvJ EU heel dicht bij wat de Advocaat-Generaal Bot had bepleit, hoewel er niet altijd direct werkende grondrechten of algemene rechtsbeginselen aanwezig zijn.

²⁴ HvJ EU 24 mei 2012, ECLI:EU:C:2012:306, C-97/11 (*Amia SpA*).

²⁵ De conclusie van Adv. Gen. Bot is gepubliceerd op ECLI:EU:C:2015:776; het arrest is HvJ EU 19 april 2016, ECLI:EU:C:2016:278, C-441/14 (*Dansk Industri*), punt 34 *iuncto* 35-37. Hierover ook M. STÖRNER, *Europäisches Vertragsrecht* (Berlin: De Gruyter 2021), 179 (Rd 57) met verwijzing nog naar HvJ EU 17 april 2018, ECLI:EU:C:2018:257, C-414/16 (*Egenberger*), punt 72-73.

III. DE NATIONALE RECHTER ALS EUROPESE RECHTER: PRAKTISCHE EN PRINCIPIËLE GRENZEN

16. Om richtlijnconform te kunnen interpreteren is het, vanzelfsprekend, nodig dat de nationale rechter weet wat de richtlijn op het voor zijn beslissing relevante punt inhoudt. Wissink spreekt van een open deur, die niet gepasseerd mag worden maar meestal, ook bij hem²⁶, is de blik die naar binnen wordt geworpen ultrakort, zonder aandacht voor de principiële en praktische problemen die deze vanzelfsprekendheid oproept.

17. De rechter zal in de praktijk meestal beginnen met, mede op basis van literatuur, te zoeken naar rechtspraak van het HvJ EU waarin de kwestie de hij moet beoordelen, met voldoende duidelijkheid is beslist. Is die er niet of niet meteen, dan wordt het moeilijker: wanneer kan de nationale rechter een bepaalde uitleg van een richtlijn ook zonder (opnieuw²⁷) het HvJ EU daarbij te betrekken redelijkerwijs aannemen, en wanneer is (opnieuw) een prejudiciële vraag nodig? Voor het antwoord op deze vraag moet hij zich een mening vormen over de stand van het Europese recht. In beginsel moet hij dit op dezelfde wijze doen als het HvJ EU, dit wil zeggen autonoom, met inachtneming van het gehele unierecht en op basis van diens interpretatiemethoden. Mocht u zich nu afvragen 'kan dat wel?', wees dan gerust, dat vragen wij ons ook af ...

18. Ter relativering tekenen wij op voorhand aan dat men ervan uit mag gaan dat de nationale rechter niet in alle zaken het geldende Europese recht tot in zijn diepste lagen hoeft te verkennen. Er zijn gelukkig ook huis-, tuin- en keukengevallen, die weliswaar enige overdenking vergen, maar geen uitputtende problematisering. Misschien vormen ze wel de meerderheid. Toch richten wij ons in het hiernavolgende nagenoeg alleen op wat in de rechtsvindingsliteratuur de 'moeilijke gevallen'²⁸ worden genoemd, omdat hierin de kwestie het scherpst en meest principieel naar voren komt. Ons voorbeeld is dan de hoogste civiele rechter in Nederland, de Hoge Raad. Als er één civielrechtelijke instantie is in Nederland die het zou moeten kunnen, is hij het wel, eerder dan de gemiddelde feitenrechter, die geen ondersteuning heeft van een deels gespecialiseerd parket en wetenschappelijk bureau²⁹.

²⁶ M. WISSINK, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, diss. RuG 2001, 25-29. ASSER/HARTKAMP 2023/183 sub c wijden er één alinea aan en L. KEUS, *Europees privaatrecht. Monografie BW A-30* (Deventer: Kluwer 2024), zegt er niets over.

²⁷ De bevoegdheid om voor een tweede keer een vraag te stellen, is aan de nationale rechter en wordt door het HvJ EU aan de hand van dezelfde criteria als in *Cifit* beoordeeld. Zie onder meer HvJ EU 5 november 2021, ECLI:EU:C:2021:799, C-561/19 (*Conorzio*), punt 38.

²⁸ Naar een typering van H. Drion, die zich keerde tegen het zgn. rechtsvindingssyndroom, alsof alle zaken die voor de rechter komen, moeilijk zouden zijn. Het merendeel was dat niet volgens hem. Zie *Asser-Vranken*** 1995/85-87. Zo ook W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen Deel. Veertig jaar later* (Mechelen: Wolters Kluwer 2010), 263-268.

²⁹ Bovendien heeft de gemiddelde feitenrechter, net als de gemiddelde jurist, de 'ins and outs' van het Europees verbintenissenrecht niet als vaste bagage in huis en zal hij veel zelf moeten

19. Kan die Hoge Raad het Unierecht overzien? Voorgelicht door conclusies van het Parket schatten wij in dat hij in concrete casus een heel eind kan komen. De ‘*ins and outs*’ van het Europese recht als geheel zullen hem niet op alle rechtsgebieden even vertrouwd zijn als het eigen nationale recht, maar het is doenlijk, omdat casus altijd slechts op een bepaald onderdeel van een rechtsgebied betrekking hebben. De ‘*bits and pieces*’ van het privaatrecht die geregeld worden in de richtlijnen inzake Europees verbintenissenrecht, zijn hierbij enerzijds een voordeel: er is nog vrijwel geen systeem. Ze vormen anderzijds ook een nadeel: er is behoefte aan meer samenhang, maar hoe ver het HvJ EU in toekomstige gevallen bereid zal zijn te gaan, is minder voorspelbaar. Hetzelfde geldt voor de rechtsontwikkeling. Hoewel het HvJ EU deze tot zijn kerntaken rekent, manifesteert rechtsontwikkeling zich in concrete zaken meestal niet conform een vooraf getekende verwachtingscurve. De niet-voorspelbaarheid wordt niet anders doordat de Hoge Raad³⁰ bij het interpreteren van het nationale recht ook openstaat voor extensieve interpretatie, *praeter legem*, en rechtsontwikkeling, net als het HvJ EU voor het Europese recht. Wat nationaalrechtelijk gebruikelijk is, kan immers niet zonder meer naar het Europees recht worden doorgetrokken³¹. De wat zuinig ogende vaststelling hierboven dat de Hoge Raad ‘een heel eind kan komen’ met de uitleg van Europees recht vindt aldus hierin, en in wat volgt in de rest van deze bijdrage, haar verklaring.

IV. RECHTSVERGELIJKING ALS EUROPESE INTERPRETATIEMETHODE IS TE HOOG GEGREPEN: EEN WERKBAAR ALTERNATIEF

20. Het HvJ EU stelt hoge eisen aan het oordeel van de nationale rechter (*i.c.* de Hoge Raad) dat deze nationale rechter over kwesties die nog niet door het HvJ EU zijn beslist, geen prejudiciële vraag hoeft te stellen, maar deze zelf mag afhandelen. Vaste rechtspraak van het HvJ EU is dan dat de nationale rechter dit pas mag doen als hij ervan overtuigd is dat zijn oplossing ook redelijkerwijs buiten twijfel staat voor de rechterlijke colleges van de andere lidstaten³². De nationale rechter moet deze overtuiging dus rechtsvergelijkend motiveren, om te beginnen door de diverse taalversies van de relevante bepaling van de richtlijn met elkaar te vergelijken, althans voor

.....
studeren. De universiteit en de gangbare literatuur helpen hierbij niet echt. Ook verwachten wij niet dat de gemiddelde advocaat hem veel informatie over Europees recht zal verstrekken in de processtukken.

³⁰ In andere lidstaten is dit niet overal zo. Zie STÜRNER 2021, 178 (Rd 56); M. GEBAUER en Th. WIEDMANN (eds.), *Europäisches Zivilrecht* (München: Beck 2021), 97 (Rd 60).

³¹ HvJ EU 5 november 2021. ECLI:EU:C:2021:799, C-561/19 (*Conorzio*), punt 66, tweede zin, als resultaat van een lange reeks overwegingen (punten 32-65).

³² Het eerder in nr. 7 vermelde *Cifit*-arrest van 1982, herhaald in HvJ EU 6 oktober 2021, ECLI:EU:C:2021:799, C-561/19 (*Conorzio*), punten 40 en 41, met de toevoeging dat het niet stellen van vragen gemotiveerd moet worden; GEBAUER/WIEDMANN 2021, 88 (Rd 27).

zover mogelijk, en door rekening te houden met verschillen. Hij mag niet zomaar aan een van de taalversies (die van zijn eigen lidstaat, bijvoorbeeld) de voorkeur geven. Ook moet hij zich bewust zijn van de, soms afwijkende, autonoom uit te leggen Europese terminologie en begrippen. Ten slotte moet hij de bepaling uitleggen in het licht van het unierecht als geheel, de doelstellingen van de Unie en de actuele stand van ontwikkeling. Wij herinneren eraan dat *soft law* eveneens tot de rechtsbronnen kan behoren (nr. 5), maar laten de vragen van uitleg die dit oproept hier verder rusten.

21. Advocaat-Generaal Bobek heeft in zijn conclusie voor *Conorzio* in 2021³³ volledig de staf gebroken over deze eisen van het HvJ EU. Mede onder verwijzing naar collega-advocaten-generaal betoogt hij dat ze onhaalbaar zijn, een mythe. Een van zijn collega's had eerder al, weinig parlementair, van 'onzinnig' gesproken, een ander van een 'praktisch ondraaglijke last' en een derde schatte de kans dat de nationale rechter zou kunnen voldoen aan wat het HvJ EU van hem verlangt, even groot 'als de kans een eenhoorn tegen te komen'. Het *impossibilium nulla est obligatio* ontbreekt niet. Weinig vleidend allemaal. Advocaat-Generaal Bobek voegt er nog enkele principiële bezwaren aan toe. Een ervan³⁴ is de mismatch die volgens hem vanaf het begin heeft bestaan tussen doel en strekking van de (verwijzings)verplichting voor nationale rechters om prejudiciële vragen te stellen, en de in *Cilfit* erkende uitzonderingen daarop, met name die van een '*acte clair*'. De verwijzingsverplichting is gericht op de eenvormige uitleg en verdere ontwikkeling van het Europese recht, dit wil zeggen op de uitleg van het Europese recht op een redelijk en passend abstractieniveau, generaliseerbaar en betrekking hebbend op een eventueel terugkerende vraag. De uitzondering van 'redelijke twijfel' ziet daarentegen op subjectieve twijfels van de rechter in de omstandigheden van het concrete geval. Hiervan gaat minder precedentenwerking uit en deze aanpak leidt onvermijdelijk tot een grote toeloop van zaken, omdat subjectieve twijfel in concrete zaken geen effectief filter vormt. De opstelling van het HvJ EU – die geen enkele vraag onbeantwoord laat, ook als er objectief bezien geen redelijk twijfel mogelijk is – doet de rest. De beperking dat de vraag relevant moet zijn voor de beslissing in het concrete geval, zet geen zoden aan de dijk.

22. Advocaat-Generaal Bobek bepleit vervolgens een systeem waarin het HvJ EU zijn werkkraacht vooral besteedt aan, in onze woorden³⁵, zaken

³³ Zie zijn conclusie van 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:291, C-561/19. Het is een lange, rijke conclusie met veel bronvermeldingen. We zien ervan af telkens voor ieder onderwerp te verwijzen naar onderdelen van de conclusie.

³⁴ Een ander principieel punt is de structurele strijdigheid van de *Cilfit*-criteria met de overige procedures in het Unierecht om de naleving af te dwingen van de verwijzingsverplichting: de inbreukprocedure en de staatsaansprakelijkheid.

³⁵ In navolging van wat in Nederland de commissie-Hammerstein heeft voorgesteld ter versterking van de cassatie: beperk de toegang tot zaken die er juridisch echt toe doen uit een oogpunt van vooral rechtseenheid en rechtsontwikkeling. De op het rapport gebaseerde wet is op 1

die er uit een oogpunt van eenvormige uitleg en rechtsontwikkeling van het Europese recht 'echt toe doen'. Zijn voorstel is dat de nationale rechter slechts verplicht is een prejudiciële vraag te stellen indien:

“i) daarin een algemene uitleggingsvraag van Unierecht wordt opgeworpen (en niet een vraag over de toepassing ervan); ii) waarbij objectief gezien meerdere uitleggingen mogelijk zijn, en iii) waarop het antwoord niet uit de vaste rechtspraak van het Hof kan worden afgeleid (of met betrekking waartoe de verwijzende rechter van die rechtspraak wenst af te wijken)”.

En tot slot: mocht de nationale rechterlijke instantie waarvoor een vraag over de uitlegging van het Unierecht is opgeworpen, besluiten om geen verzoek om een prejudiciële beslissing in te dienen, dan moet zij afdoende motiveren aan welke van de drie voorwaarden niet is voldaan en waarom dit het geval is. In het voorstel van Advocaat-Generaal Bobek blijft net als in het huidige systeem de filter in handen van de nationale rechter. Dat is een zwak punt. De Advocaat-Generaal heeft er verder van afgezien sancties voor te stellen (bijvoorbeeld dat het HvJ EU een prejudiciële vraag die niet aan de criteria voldoet, niet hoeft te beantwoorden), omdat hij eerst de reacties wil afwachten op zijn voorstel. Pas als die positief zijn, kan het voorstel volgens hem worden uitgewerkt en kan zinvol worden nagedacht over sancties en rechtsmiddelen³⁶.

23. Welnu, over de reactie van het HvJ EU op zijn conclusie, via het arrest *Conorzio*, hoeft Advocaat-Generaal Bobek zich geen illusies meer te maken: *Cilfit* blijft staan; alles blijft zoals het was. Wel heeft het HvJ EU heel zorgvuldig en precies, stap voor stap, het systeem van de verwijzingsverplichting en de drie uitzonderingen sedert *Cilfit* nog eens uiteengezet, dit alles met veel interne verwijzingen, maar zonder met zoveel woorden in te gaan op de zware kritiek van de Advocaat-Generaal en anderen. Het arrest *Conorzio* is daardoor zo geformuleerd dat degene die wil weten wat op dit punt het geldende recht is, daaraan voorlopig genoeg heeft. Dat dan weer wel.

V. DE (AFWEZIGE) ROL VAN DE NATIONALE WETSGESCHIEDENIS VAN DE IMPLEMENTATIEWET ALS EUROPESE INTERPRETATIEMETHODE

24. Een tweede opvallend punt is de door het HvJ EU verplicht opgelegde betekenis die de nationale rechters moeten toekennen aan de wetsgeschiedenis

.....
juli 2012 in werking getreden. Onder meer is daarin voorzien in een prejudiciële procedure die inmiddels heel positief is geëvalueerd: I. GIESEN e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad* (Den Haag: BJu 2016) en D.H. DONGELMANS e.a. (red.), *Rechtsontwikkeling in rechterlijke dialoog* (Den Haag: BJu 2023).

³⁶ Concl. Adv. Gen. BOBEK, 15 april 2021, ECLI:EU:C:2021:291, C-561/19, punt 172.

van de implementatiewet. Het HvJ EU heeft in het arrest *Pfeiffer*³⁷ ten aanzien van de uitleg van bepalingen die speciaal zijn ingevoerd ter implementatie van een richtlijn waarin rechten worden verleend aan particulieren, overwogen dat dan de rechter ervan moet (niet: mag!) uitgaan:

“(...) dat de lidstaat, wanneer hij eenmaal gebruikt heeft gemaakt van de beoordelingsmarge die hij krachtens deze bepaling geniet, *de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen* (zie arrest van 16 december 1993, Wagner Miret, C-334/92 ...)”. (curs. toegev.)

Dit betekent dat de wetsgeschiedenis van de nationale implementatiewet naar de opvatting van het HvJ EU een rechtsgeldige interpretatie- en argumentatiebron van Europees recht is voor de nationale rechter, met bovendien een vergaande, verplichte inhoudelijke betekenis: hij moet het ervoor houden dat de wetgever de specifieke bepalingen juist en volledig heeft omgezet.

25. Dat is opvallend omdat het HvJ EU deze methode zelf nooit zal hanteren, alleen al vanwege de taalbarrières. De methode wordt – in dit licht niet verwonderlijk – ook niet besproken in de literatuur over de gebruikelijke rechtsvindingsmethoden van het HvJ EU³⁸. Martin Gebauer en Thomas Wiedmann noemen ze wel, maar beperken ze tot de speciaal ter uitvoering van een richtlijn geïmplementeerde bepalingen. In overige situaties kan ze volgens hem te gemakkelijk een hefboom zijn om richtlijnconforme interpretatie mogelijk te achten, ook als de wet anders inhoudt³⁹. Mark Wissink is uitvoeriger en onderscheidt drie standaardsituaties: specifieke omzettingbepalingen, oudere bepalingen die volgens de implementatiewetgever voldoen aan de richtlijn, en oudere bepalingen waarbij dit niet het geval is, bijvoorbeeld als de richtlijn niet is geïmplementeerd⁴⁰.

26. Het HvJ EU had enkele maanden vóór *Pfeiffer* in het arrest *Björnekulla*⁴¹ het volgende overwogen:

“Wanneer aan een nationale rechter wordt gevraagd het nationale recht uit te leggen, moet hij dit zo veel mogelijk doen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn, *ongeacht of het*

³⁷ HvJ EG 5 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:584, C-397-403/01 (*Pfeiffer*), punt 112. Art. 249 lid 3 EG bevatte de plicht tot richtlijnconforme interpretatie (thans art. 288 lid 3 VwEU).

³⁸ Voor zover wij hebben kunnen overzien. Overigens: omgekeerd ontbreekt ook de richtlijnconforme interpretatie in de Nederlandse boeken over rechtsvinding, ook in die van ons: *Asser/Vranken*** 1995. In I. GIESEN, *Rechtsvorming in het privaatrecht*, *Mon. BW A3*, 2020/36, is er slechts een korte bespreking onder de bredere noemer ‘Unieconforme’ uitleg.

³⁹ GEBAUER/WIEDMANN 2021, 96 (Rd. 55-56). Vgl. ook nog HERRESTHAL 2006, 319-321.

⁴⁰ WISSINK 2001, 58-81.

⁴¹ HvJ EG 29 april 2004, ECLI:EU:C:2004:275, C-371/02 (*Björnekulla*), punt 13.

daarbij gaat om bepalingen van eerdere of latere datum dan die richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG te voldoen (zie onder meer ... Marleasing, C-106/89 ...), en dit niettegenstaande dat uit de voorstukken van de nationale regel gegevens voor een andersluidende uitlegging kunnen voortvloeien". (curs. toegev.)

De nationale rechter mag dus afwijkende passages in de nationale wetsgeschiedenis niet gebruiken voor de uitleg van het Europees recht in het kader van richtlijnconform interpreteren, zelfs niet als het gaat om de wetsgeschiedenis van een vóór de richtlijn al bestaande wetbepaling. De overige passages van de nationale wetsgeschiedenis blijven hun eventuele betekenis behouden en kunnen samen met de richtlijn en de rest van het nationale recht alsnog leiden tot een richtlijnconforme interpretatie. Of niet natuurlijk, maar ook voor de motivering van dat oordeel moet de nationale rechter de afwijkende wetshistorische gegevens negeren en andere argumenten hanteren.

27. Het arrest-*Pfeiffer* heeft alleen betrekking op specifieke omzettingbepalingen. De vraag is of de afwijkingen in de wetsgeschiedenis waarop het *Björnekulla*-arrest doelt, ook beperkt zijn tot specifieke omzettingbepalingen. De tekst van het arrest wijst er niet op. Het arrest wordt ook niet herroepen of geclausuleerd in *Pfeiffer*. Wel moet er natuurlijk een in het concrete geval materieel en temporeel⁴² toepasselijke (richtlijn en) implementatiewet zijn, en zal het ook zo zijn dat de meeste fouten worden gemaakt bij specifieke omzettingbepalingen. Die fouten van de wetgever kunnen onbedoeld zijn of berusten op verkeerde inschattingen, zoals bij de interpretatie van het begrip 'vreemde valuta' in artikel 7:126 lid 2 BW als 'de munteenheid van een van de EU-lidstaten'. Met die uitleg sluit de wetgever de vaak gebruikte Zwitserse frank of Amerikaanse dollar uit en dat zal niet de bedoeling zijn van de Europese richtlijn⁴³. In het arrest *De Thuiskopie* van 2012⁴⁴ was er eveneens sprake van een uitleg door de nationale wetgever in strijd met de richtlijn, maar dat was voor de Hoge Raad geen argument om richtlijnconforme interpretatie af te wijzen, nu de wetgever beoogd had de richtlijn ten volle om te zetten.

28. Fouten kunnen overigens ook zonder implementatiewet gemaakt worden, bijvoorbeeld als de nationale wetgever afziet van specifieke bepalingen ter uitvoering van de richtlijn, omdat volgens hem het nationale recht

⁴² Zie bijvoorbeeld de *Dexia*-zaken van HR 5 juni 2009, NJ 2012/182-184: effectenleaseovereenkomsten vielen niet onder de geïmplementeerde Richtlijn Consumentenkrediet van 1986. Ook mag het concrete geval niet dateren van vóór de ingangsdatum van de richtlijn: HR 7 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1388 (*Volksbank*) r.ov. 3.2.3 over een kredietovereenkomst van vóór de ingangsdatum van de Richtlijn Hypothecair Krediet van 21 maart 2016.

⁴³ Voorbeeld ontleend aan *Asser/Biemans & Van Schaick 7-IA 2021/216* (p. 260).

⁴⁴ HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BWS879, NJ 2012/532 (*Aci Adam/Stichting De Thuiskopie*).

al aan de richtlijn voldoet en implementatie daarom overbodig is. Indien dit achteraf niet juist is, zijn de eerdere uitlatingen van de wetgever dat er al voldaan zou zijn aan de richtlijn, te negeren 'gegevens' in de zin van het arrest-*Björnekulla*. Een voorbeeld is het arrest *Focus on Human* uit 2017⁴⁵ over het niet overnemen van het begrip arbeidsverhouding naast arbeids-overeenkomst. Daarnaast komt het voor dat de wetgever andere begrippen gebruikt dan in de richtlijn zonder dat hij dit in de wetsgeschiedenis toelicht. Denk aan het *Albron*-arrest van 2013. Aan de orde was de vraag of er licht zat tussen het begrip 'vervreemder' uit de richtlijn en het begrip 'werkgever' in het nationale recht. Na een brede analyse waarbij de Hoge Raad ook terug-greep op eerdere richtlijnen op het desbetreffende gebied en hun implemen-tatie, stelde hij vast dat de wetgever de bedoeling had de richtlijn getrouw om te zetten en dat de nationale wetgever dus geen verschil beoogde te maken tussen beide begrippen⁴⁶. Nog weer een andere situatie is dat de uitleg van een bepaling in de wetsgeschiedenis door latere ontwikkelingen wordt achter-haald of aangescherpt. Met name bij oudere richtlijnen moet men hierop bedacht zijn. We noemen hier de interpretatie door de nationale wetgever bij de implementatie van de Dienstenrichtlijn (2006/123/EG) dat de begrippen koop en dienst elkaar zouden uitsluiten. De wetgever had zich daarbij naar eigen zeggen gebaseerd op de toenmalige stand van de rechtspraak van het HvJ EU. Later in 2018 kwam het HvJ EU tot een ander oordeel en dat nam de Hoge Raad in 2023 richtlijnconform interpreterend over zonder nog expliciet in te gaan op de afwijkende nationale wetsgeschiedenis⁴⁷.

29. Soms zijn er latere richtlijnen op aangrenzende terreinen die de bedoe-ling van de wetgever bij een eerdere implementatie onderuit kunnen halen. Dan kan uiteraard niet gezegd worden dat de eerdere wetgever al een stand-punt heeft over wat later is geregeld, maar niettemin werd dat in een concreet geval toch betoogd⁴⁸. Ook in meer algemene zin kunnen rechtsontwikkelingen na verloop van tijd leiden tot een uitleg die afwijkt van wat de wetgever eerder heeft uitgesproken. Een voorbeeld is het bewijsvermoeden van artikel 7:18 lid 2 BW en artikel 5 lid 3 Richtlijn Consumentenkoop (99/44/EG). Het gaat om het vermoeden dat de non-conformiteit al bestond op het moment van afleveren. De verkoper kan dit betwisten. De wetgever had geschreven dat tegenbewijs (ontzenuwen van het vermoeden) voldoende was en dat niet het strengere tegendeelbewijs (aantonen dat het vermoeden niet opgaat) geleverd hoefde te worden⁴⁹. De Hoge Raad oordeelde dit in 2021 onjuist. De van dat oordeel afwijkende wetsgeschiedenis woog hiertegen niet op. Tot slot noemen we vast dat de grondrechten als een autonome bron van rechtsontwikkelingen

⁴⁵ HR 14 april 2017, ECLI:EU:C:2017:689, NJ 2020/389 (*Focus on Human*).

⁴⁶ HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1780, NJ 2013/389 (*Albron/FNV*).

⁴⁷ HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:835 (concl. nr. 3.14.1/3.15)

⁴⁸ Adv. Gen. VERKADE in zijn conclusie voor HR 17 januari 2014, ECLI:NL:HR:2014:88, NJ 2015/304 (*Ryanair/PR Aviation*), nr. 3.27.1.

⁴⁹ HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1666, r.ov. 3.2 en concl. Adv. Gen. DE BOCK 3.30/1.

hun weerslag kunnen hebben op eerdere, toen vanzelfsprekende, inzichten en standpunten van de nationale wetgever of er zelfs dwars doorheen schieten. We komen erop terug in deel VII.

30. De conclusie uit dit korte en onvolledige rechtspraakoverzicht is dat in Nederland de uitspraken *Pfeiffer* en *Björnekulla* niet naar de letter worden genomen. Zodra er indicaties zijn dat de implementatie niet juist of niet volledig is geweest⁵⁰ – en dit is breder dan alleen een afwijkende wetgeschiedenis – gaat de Nederlandse rechter in de besproken rechtspraak aan de slag om te onderzoeken of de wetgever ondanks deze onjuistheid of onvolledigheid de bedoeling had de richtlijn ten volle om te zetten of, in de voorkeursformulering van veel juristen: niet de bedoeling had de richtlijn niet ten volle om te zetten. Hij onderzoekt dit ook wanneer de vermoedelijke onjuistheid of onvolledigheid niet betrekking heeft op specifieke omzettingbepalingen. Bij zijn onderzoek zou de Nederlandse rechter in beginsel het gehele Nederlandse recht moeten betrekken, ook het recht van vóór de geïmplementeerde richtlijn, maar daar komt het in de besproken rechtspraak niet van. De Hoge Raad beperkt zich bijna steeds tot de wetgeschiedenis van de implementatiewet in wisselwerking met de richtlijn en, indien aanwezig, de interpretatie daarvan door het HvJ EU zelf⁵¹. Overkoepelend gezichtspunt en ambitie daarbij is dát (niet: óf) richtlijnconforme interpretatie mogelijk is.

VI. MAAR HOE LUIDT HET NATIONALE RECHT EIGENLIJK? RICHTLIJNCONFORME INTERPRETATIE IS EEN (ZWARE) INSPANNINGSVERPLICHTING

31. Behalve de Europese richtlijn moet de rechter ook het nationale recht kennen voor het oordeel over richtlijnconforme interpretatie. Schematisch komt dit pas aan de orde nadat de inhoud van de richtlijn is vastgesteld. Men moet immers eerst weten wat moet worden omgezet om te kunnen bepalen of en hoe (goed) dat is gebeurd. Maar aan deze volgorde kan in de praktijk niet strikt de hand worden gehouden. Dat is mede de consequentie van de door het HvJ EU op de nationale rechter gelegde inspanningsverplichting 'al het mogelijke' te doen om de afstemming van richtlijnen in het nationale recht te laten slagen. Dit leidt tot een dynamisch rechtsvindingsproces van passen en meten en, indien nodig, van over en weer (nationaal en Europees) zoeken naar de grenzen van wat kan, want de betekenis van een richtlijn is geen vast, onwrikbaar gegeven en het af te stemmen nationale recht is dat evenmin. Dit is ook de conclusie in nr. 30 hiervoor en versterkt die alleen

⁵⁰ Bijvoorbeeld blijkt uit de literatuur, latere rechtspraak, een kenbaar verschil in begrippen of aangekaart in de processtukken.

⁵¹ STÖRNER 2021, 173-185 bespreekt de *Quelle*-zaak over een gebruiksvergoeding na ontbinding waarin wel het Duitse recht in bredere zin moest worden betrokken. Hierover ook *Asser/Hartkamp 3-1* 2023/265a.

maar. Interpretatie van regelgeving kent altijd rafels van onzekerheden en veranderlijkheid, mede afhankelijk van het doel met het oog waarop geïnterpreteerd wordt. Hoe zwaarder de door het HvJ EU opgelegde plicht om het doel – richtlijnconform interpreteren met het doel realisering van de interne markt door middel van een hoog niveau van consumentenbescherming – te bereiken, hoe meer de nationale rechter een eventuele niet-correcte implementatie met een richtlijnconforme interpretatie kan gladstrijken⁵². Die eventuele niet-correctheid verdwijnt dan naar de achtergrond.

32. Vaste rechtspraak van het HvJ EU en van de Hoge Raad is dat de verplichting tot richtlijnconforme uitleg wordt begrensd door de algemene rechtsbeginselen, met name het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht; de conforme uitlegplicht kan evenmin dienen als grondslag voor een uitleg *contra legem* van het nationale recht⁵³. De literatuur onderschrijft deze grenzen, maar er zijn wel kritische geluiden over hoe ver de grenzen soms worden opgerekt. Gebauer en Wiedmann bekritisieren de rechtspraak van het Duitse BGH waarin inmiddels steeds meer uitgegaan wordt, schrijft hij, van de algemene bedoeling van de wetgever om de richtlijn ten volle om te zetten, en als die bedoeling er niet mocht zijn, deze bedoeling gewoon niet meetelt, *'übertrumpft wird'*⁵⁴. In Nederland is de Hoge Raad evenmin terughoudend. In de jaren negentig van de vorige eeuw heeft hij een richtlijnconforme interpretatie nog wel eens afgewezen⁵⁵, maar de laatste vijftientig jaar niet meer. De conclusies van het Parket en de uitspraken van de Hoge Raad zijn hierin gelijkkluidend⁵⁶.

33. We voegen er nog een voorbeeld aan toe over de aan de nationale wetgever overgelaten keuze van sancties op schending van geïmplementeerde bepalingen van richtlijnen. Indien het HvJ EU nietigheid verlangt, terwijl het nationale recht in vernietigbaarheid voorziet, zou het volgens sommigen een probleem zijn dat de vernietigbaarheid wordt geconverteerd

⁵² WISSINK 2001, 38-42.

⁵³ Aldus het *Albron*-arrest van 2013, r.ov. 3.4.4, met een verwijzing naar HvJ EU 4 juli 2006, ECLI:EU:C:2006:443, C-212/04 (*Adeneler*) en naar HvJ EU 24 januari 2012, ECLI:EU:C:2012:33, C-282/10, NJ 2012/154 (*Dominguez*). Zie ook HAKET/WIDDERSHOVEN 2020, 343. Zie verder nog hierna voor een nieuwe grens: grondrechten.

⁵⁴ Dit komt volgens hem neer op directe horizontale werking vermomd als richtlijnconforme interpretatie, zie GEBAUER/WIEDMANN 2021, 98 (Rd. 64/5).

⁵⁵ HR 20 oktober 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1846, NJ 1996/330 (*Van Asseldonk/Ter Schure*) en HR 25 oktober 1996 ECLI:NL:HR:1996:ZC2177, NJ 1997/649 (*Pink Floyd/Rigu Sound*), maar niet in een aantal andere arresten van de jaren negentig. Zie het uitgebreide overzicht in concl. Adv. Gen. WISSINK voor het *Albron*-arrest van 2013, nr. 2.8.1/2.14, waarin hij zijn analyse van arresten sedert zijn dissertatie 2001 aanvult.

⁵⁶ Zie de al genoemde arresten uit 2012 (*De Thuiskopie*), 2013 (*Albron*, met een voorbeeldconclusie van Adv. Gen. WISSINK waarnaar in latere conclusies van andere Adv. Gen.'s vaak wordt verwezen), 2014 (*Ryanair/PR Aviation*), en 2017 (*Food on Human*), alsmede HR 5 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1666, resp. HR 2 juni 2023, ECLI:NL:HR:2023:835.

in een door de rechter te constateren nietigheid⁵⁷. Anderen wijzen er echter op dat deze laatste sanctie besloten ligt in de slotwoorden van artikel 3:40 lid 2 BW. Zelfs als deze uitleg van de slotwoorden van artikel 3:40 lid 2 BW niet zeker is, maar niet onverdedigbaar, is het in de huidige stand van zaken over richtlijnconforme interpretatie voldoende om de sanctie toe te staan. Er is niet duidelijk sprake van *contra legem* en dat de uitleg naar nationaal recht uit dogmatisch-systematisch en wetshistorisch oogpunt wringt, weegt naar Europese maatstaven over richtlijnconform interpreteren niet zwaar genoeg.

34. In dezelfde zin is ook het *Arvato*-arrest van 2021 te begrijpen⁵⁸. Een prijskorting zou dogmatisch-systematisch beter passen bij de regeling inzake oneerlijke handelspraktijken (OHP) dan bij de partiële nietigheid van artikel 3:41 BW. Voor de toelaatbaarheid van zo'n prijskorting bij wege van richtlijnconforme interpretatie, is dit echter niet beslissend. De Hoge Raad spreekt weliswaar niet over richtlijnconform interpreteren en ook in de commentaren op het arrest lezen wij er niets over, maar dat is wel wat de Hoge Raad doet. Bovendien benadrukt hij met zijn verwijzing naar de aanpassings- en wijzigingsbevoegdheden in het Nederlandse recht⁵⁹, waaraan vergelijkbare gedachten over een evenredige oplossing ten grondslag liggen, dat zijn sanctie past in het systeem. Een prejudiciële vraag over deze kwestie aan het HvJ EU is onzes inziens op voorhand kansloos: het HvJ EU zal zich niet uitspreken over hoe de sanctie het beste kan worden ingebed in het nationale recht. Zijn enige zorg zal zijn of de sanctie voldoet aan de drieslag: doelmatig, evenredig en afschrikkend, waarbij mede in overweging moet worden genomen dat het gaat om een werkbare, ambtshalve toe te passen sanctie in een groot aantal gevallen, waarvan het merendeel bij verstek moet worden afgedaan.

35. De Hoge Raad komt zodoende dicht bij de situatie die Gebauer en Wiedmann voor het Duitse BGH schetsen. *Contra legem*-uitlegging is niet (nooit) aan de orde, omdat er (bijna) altijd wel een argument kan worden gevonden om deze conclusie te vermijden. Lees de definitie van Gerard Wiarda en Tim Koopmans⁶⁰:

“Als werkelijk *contra legem* gewezen zou ik slechts die beslissingen willen beschouwen, die noch met de tekst, noch met de geschiedenis, noch met het systeem of met de strekking van de wet in overeenstemming zijn

⁵⁷ KEUS 2019/59.

⁵⁸ HR 12 november 2021, ECLI:NL:HR:2021:1677, NJ 2022/89 noot C. PAVILLON (*Arvato*).

⁵⁹ Zie het *Arvato*-arrest, r.ov. 3.1.15, als aanknopingspunten dat een gedeeltelijke vernietiging kan bestaan in een vermindering van (betalings)verplichtingen. Onder meer zijn dit volgens de Hoge Raad: art. 3:41 BW (partiële nietigheid), art. 3:53 lid 2 BW (ten dele ontzegging aan een vernietiging van haar werking), art. 3:54 lid 2 BW (wijziging van de gevolgen van de rechtshandeling), art. 6:230 lid 2 BW (wijziging van de gevolgen van de overeenkomst) en art. 6:248 lid 2 BW (beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid).

⁶⁰ G.J. WIARDA en T. KOOPMANS, *Drie typen van rechtsvinding* (Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999), 40.

en dus duidelijk ingaan tegen hetgeen de wetgever heeft tot uitdrukking gebracht en heeft gewild, of vermoedelijk zou hebben gewild, indien het gegeven geval hem voor ogen had gestaan”.

Deze definitie wordt, ook zonder de bron te kennen of te noemen, in Nederland breed gedragen, zo lijkt het, zowel in het algemeen als in de besproken rechtspraak van de Hoge Raad vanaf 2012, ook in die over sancties. Hartkamp schrijft dat de wens om een richtlijnconform resultaat te bereiken al een voldoende grond is voor een restrictieve interpretatie⁶¹. En dat geldt dan tevens voor enige andere interpretatiemethode of redeneerwijze, want dat is de uitdrukkelijke opdracht van het HvJ EU⁶².

36. De enige⁶³ echte grens is bereikt indien een burger bij een richtlijnconforme interpretatie nadelige verplichtingen van voldoende ernst opgelegd zou krijgen waarmee hij op grond van de stand van de wetgeving ten tijde van zijn handelen geen rekening kon en hoefde te houden. De rechter moet weliswaar het zijne bijdragen aan de door richtlijnen beoogde harmonisatie, maar beschermingswaardig vertrouwen in nationale wetgeving mag hij niet schenden. In het bestuursrecht en het strafrecht weegt dit overigens zwaarder dan in het civiele recht, waarin het beroep hierop na het arrest *Pink Floyd* van 1996 niet meer is gehonoreerd. Kortom: wij formuleren een grens die in een concreet geval geen kant en klaar antwoord oplevert. Meer achten wij niet mogelijk; kennelijk is het in de praktijk voldoende, want de ruimhartige manier waarop de Hoge Raad de grenzen van richtlijnconforme interpretatie invult in de bestudeerde arresten, roept in de literatuur⁶⁴, voor zover we overzien, geen fundamentele bezwaren op.

VII. GRONDRECHTEN ALS NIEUWE GRENS AAN RICHTLIJNCONFORME INTERPRETATIE

37. Een laatste kwestie is het beroep op algemene beginselen of grondrechten met directe horizontale werking. Gebauer en Wiedmann beklagen zich erover dat het HvJ EU zich hier meer en meer op beroept om problemen met

⁶¹ *Asser/Hartkamp 3-1* 2023/189, met vermelding van tegenstemmen over het concrete geval dat hij als uitgangspunt had genomen en aanleiding was voor de algemene conclusie.

⁶² Het arrest *Pfeiffer*, HvJ EU 5 oktober 2004, ECLI:EU:C:2004:584, C-397-403/01, punt 116. Vaste rechtspraak.

⁶³ We twijfelen over strakke termijnen, bijvoorbeeld beroepstermijnen in het procesrecht, daar zit ook nog wat ruimte, zo lijkt het. Zie HvJ EU 27 maart 2019, ECLI:EU:C:2019:260, C-545/17 (*Pawlak*), punt 88: “Hieruit volgt dat zowel de omstandigheid dat een met de gewijzigde richtlijn verenigbare uitlegging (...) zou leiden tot een uitlegging *contra legem* van deze bepaling, als de omstandigheid dat een (...) conforme uitlegging mogelijk zou interfereren met de toepassing van nationale regels inzake beroepstermijnen die beogen de rechtszekerheid te waarborgen, *in casu* beperkingen stellen aan het vereiste van een met het Unierecht conforme uitlegging van het nationale recht”.

⁶⁴ S.J. TANS, in J. Van den Gronden e.a., *Kern van het Europees Recht* (Den Haag: Bju 2021), 88.

richtlijnconform interpreteren te omzeilen. Zij vinden dit onjuist omdat het Hof hiermee in feite de richtlijn vervangt door een verordening met directe werking⁶⁵. Het is dezelfde problematiek als eerder (nr. 15) is gesignaleerd naar aanleiding van het arrest *Dansk Industri* van 2016 als reactie op het pleidooi van Advocaat-Generaal Bot dat het HvJ EU bevoegd is zich diepgaand te bemoeien met de vraag of op nationale niveau sprake is van een *contra legem*-uitleg. Ook daar is de doorwerking van Europese richtlijnen buiten het erkende kader aan de orde. Dat is hier met grondrechten ook het geval.

38. Wij beschouwen dit als een nieuwe, in de privaatrechtelijke literatuur nog niet vaak⁶⁶ als zodanig benoemde grens (voorwaarde) voor richtlijnconforme interpretatie die in de toekomst aan belang zal winnen. *Dansk Industri* verwijst zelf terug naar *Association de médiation sociale* van 2014 waarin is geoordeeld dat het verbod van discriminatie op grond van leeftijd aan particulieren een subjectief recht verleent dat als zodanig kan worden ingeroepen en dat de nationale rechterlijke instanties ertoe verplicht om in gedingen tussen particulieren nationale bepalingen die niet in overeenstemming zijn met dat verbod, buiten toepassing te laten. Over grondrechten buiten discriminatie is inmiddels in dezelfde zin geoordeeld in bijvoorbeeld de zaak *Egenberger* van 2018⁶⁷. Wij citeren, met toegevoegde cursivering, eerst uit *Dansk Industri* (conclusie 2):

“Het Unierecht moet aldus worden uitgelegd dat een nationale rechterlijke instantie die uitspraak dient te doen in een binnen de werkingssfeer van richtlijn 2000/78 vallend geding tussen particulieren, bij de toepassing van de bepalingen van haar nationaal recht die bepalingen in overeenstemming met die richtlijn dient uit te leggen, of, wanneer een dergelijke richtlijnconforme uitlegging onmogelijk blijkt te zijn, *elke met het algemene verbod van discriminatie op grond van leeftijd strijdige bepaling van dat nationale recht, zo nodig, buiten toepassing dient te laten*. Aan deze verplichting kan niet worden afgedaan door het rechtszekerheidsbeginsel en het beginsel van bescherming van het gewettigd vertrouwen en evenmin door het feit dat de particulier die meent schade te hebben geleden door de toepassing van een met het Unierecht strijdige nationale bepaling, de mogelijkheid heeft om de betrokken lidstaat aansprakelijk te stellen wegens schending van het Unierecht”.

⁶⁵ GEBAUER/WIEDMANN 2021, 98 (Rd. 66).

⁶⁶ Vgl. wel al HAKET/WIDDERSHOVEN 2020, 343.

⁶⁷ Achtereenvolgens HvJ EU 19 april 2016, ECLI:EU:C:2016:278, C-441/14 (*Dansk Industri*); HvJ EU 15 januari 2014, ECLI:EU:C:2014:2, C-176/12 (*Association de médiation sociale*), punt 47; HvJ EU 17 april 2018, ECLI:EU:C:2018:257, C-414/16 (*Egenberger*). Eerder overigens ook al HvJ EU 19 januari 2010, ECLI:EU:C:2010:21, C-555/07 (*Kücükdeveci*), punt 51.

En dan uit *Egenberger* (conclusie 3):

“Een nationale rechterlijke instantie bij wie een geding tussen twee particulieren aanhangig is, is gehouden om, wanneer het voor haar niet mogelijk is het toepasselijke nationale recht uit te leggen in overeenstemming met artikel 4, lid 2, van richtlijn 2000/78, binnen het kader van haar bevoegdheden de rechtsbescherming te verzekeren die voor de justitiabelen voortvloeit uit de *artikelen 21 en 47 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie* en de volle werking van die artikelen te waarborgen door, zo nodig, elke daarmee strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten”.

VIII. TUSSENCONCLUSIE: COPYCAT

39. Op basis van het voorgaande is al een conclusie te trekken over de rechtsvinding door de nationale rechter die als Europese rechter aan het werk is in het kader van richtlijnconform interpreteren. Wij stellen vast dat bij onduidelijkheid over de betekenis van een Europese richtlijn, de nationale hoogste rechter bij de richtlijnconforme interpretatie de (geïmplementeerde) richtlijn moet interpreteren zoals het HvJ EU dit zou doen, d.w.z. op basis van de interpretatie- en argumentatiemethoden van het HvJ EU⁶⁸. Die wijken deels af van die in Nederland (zie nader in deel IX en X), onder meer ten aanzien van de nadruk op (of beter: vraag naar) rechtsvergelijkend interpreteren en het feit dat de wetshistorische interpretatie van Europese richtlijnen minder belangrijk is dan dat in Nederland gebruikelijk is ten aanzien van nationale wetgeving⁶⁹. De nationale rechter werkt in die gevallen dus noodgedwongen als copycat van het HvJ EU. Deze plicht om richtlijnconform te interpreteren kan de Nederlandse rechter in een concreet geval bovendien dwingen tot een andere volgorde of een andere relatieve zwaarte van de interpretatie- en argumentatiemethoden dan in Nederland gebruikelijk zou zijn. Dat verschil hangt deels hiermee samen dat de Nederlandse rechter bij de richtlijnconforme interpretatie ervan moet (niet: mag!) uitgaan dat de Nederlandse wetgever de bedoeling heeft gehad de richtlijn juist en volledig te implementeren. Afwijkende uitlatingen in de wetsgeschiedenis van de implementatiewet moet hij negeren.

⁶⁸ Zo nodig na prejudiciële vragen.

⁶⁹ Kritisch overigens, recentelijk, over deze methode K. MEERSMA, “Rechtspraak en parlementaire geschiedenis”, *NJB* 2024/434, 516 e.v.

IX. EU-RECHTSVINDING EN AFWIJKEN VAN REGULIERE (NATIONALE) RECHTSVINDINGSMETHODEN

40. Uit hetgeen hiervoor is gezegd, kan als vertrekpunt worden afgeleid dat in elk geval bij richtlijnconforme interpretatie de Europese aanpak en inzet van interpretatiemethoden ‘voorrang’ heeft op de nationale aanpak en methoden. Dat is op zich niet per se schokkend want de Europese en nationale interpretatiemethoden lopen op zich grotendeels gelijk op⁷⁰ zodat dit niet meteen tot dramatische gevolgen zal leiden. De meeste methodieken zijn ook bekend in vele rechtsstelsels. Maar toch, de accenten, en soms echt wel meer dan dat, verschillen van elkaar, zoals wij hiervoor al stelden. Laten wij dat nog kort verder verkennen.

41. Hoewel wij deze thematiek hier niet alomvattend kunnen en willen bespreken – de literatuur is overvloedig – is het wel mogelijk en nuttig om bij aanvang van dit onderdeel enkele algemene opmerkingen te maken over de wijze van rechtsvinding (en rechtsvorming) door het HvJ EU⁷¹. De richtlijnconforme interpretatie, die we ook als Unierechtelijke interpretatiemethode (van het nationale vermogensrecht) kunnen duiden, is hiervoor in deel II al uitvoerig besproken. Specifiek in relatie tot de rechtsvindingsmethode toch nog het volgende daarover. Bij de uitleg van nationale regels van privaatrecht die ‘onder de werkingssfeer van het Unierecht vallen’, d.w.z. een situatie bestrijken die een Unierechtelijke achtergrond en een grensoverschrijdend karakter heeft, zodat een vraagstuk van (mogelijke) doorwerking rijst, moet die uitleg (dwingend) geschieden ‘in lijn met’ die Unierechtelijke achtergrond: conforme uitleg dus, zoals besproken hiervoor⁷². ‘Conforme’ uitleg

⁷⁰ Expliciet zo ook G. BECK, *The legal reasoning of the Court of Justice of the EU* (Oxford: Hart 2012), 280.

⁷¹ Zie uitvoeriger o.a. G. CONWAY, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice* (Cambridge: Cambridge University Press 2013); BECK 2012, m.n. 187 e.v.; R. STREINZ, “Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw Unionsrechts durch den EuGH: eine kritische Betrachtung”, in S. Griller en H.P. Rill (red.), *Rechtstheorie. Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung* (Wien: Springer 2011), 223-264; R. SCHULZE en U. SEIF, *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der europäischen Rechtsgemeinschaft* (Tübingen: Mohr Siebeck 2003); S. VOGENAUER, *Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent* (Tübingen: Mohr Siebeck 2001), 344 e.v.; H. DE WAELE, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie* (Den Haag: BJu 2009); H. DE WAELE, “Traditioneel tekstueel of typisch teleologisch? Rechtsvinding bij het Europees Hof van Justitie”, in J.D.A. den Tonkelaar en L.E. de Groot-van Leeuwen (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen (Staat en Recht nr. 12)* (Deventer: Kluwer 2012); VAN GERVEN/LIERMAN 2010, 232 e.v.; H. SENDEN, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System* (Antwerpen: Intersentia 2011), m.n. hoofdstuk 13 (maar zij bestudeert het Hof vanuit het wel/niet gebruik van een aantal geselecteerde methoden). Zie ook nog GIESEN 2020/53, waaruit in dit deel IX rijkelijk is geput.

⁷² Voor meer informatie: *Asser/Hartkamp 3-1* 2023/18, 100, en 181-189 en WISSINK 2001, specifiek voor richtlijnen. Voor Duitsland bv. HERRESTHAL 2006, m.n. 233-288; K. RIESENHUBER (ed.), *Europäische Methodenlehre* (Berlin: De Gruyter (4) 2021). Waar dit principe voorheen te boek stond als ‘richtlijnconforme’ uitleg, dekt dat begrip de lading eigenlijk niet meer, want we hebben nu ook te maken met bijvoorbeeld verdragsconforme uitleg en kaderbesluitconforme uitleg. En waar het voorheen over gemeenschapsconforme uitleg ging, gaat

wil in dit verband zeggen dat een bepaling van nationaal recht door de nationale rechter zoveel mogelijk wordt uitgelegd en toegepast in het licht van de bewoordingen en het doel van het toepasselijke EU-recht. Het gaat dus om rechtsvinding in het licht van de *verplichting* zoveel mogelijk rekening te houden met dat Unierecht, zodat dat Unierecht in die zin 'voorrang' geniet bij de rechtsvinding, zoals gezegd⁷³. Onderdeel van die verplichting is de plicht van de rechter om zich te richten op de verwezenlijking van de interne markt via een hoog niveau van consumentenbescherming.

42. Relevant voor de problematiek in deze bijdrage is vooral – zo kunnen we het voorgaande ook samenvatten – dat de nationale civiele rechter als het ware een deel van zijn rechtsvindingsvrijheid kwijt is geraakt; hij wordt dwingend een zekere richting in geduwd. Want als het Unierecht (in welke vorm of variant dan ook – in deze bijdrage: *vooral* via een richtlijn⁷⁴) 'betrokken is' in een zaak – we formuleren dit opzettelijk ruim – dan zal de rechter zijn gewone arsenaal van uitlegmethoden moeten aanschouwen en eventueel aanpassen en tot een uitleg van het nationale privaatrecht moeten komen die past bij het doel en de bewoording van het onderliggende Europese recht. Dat geldt eens te meer als er sprake is van maximumharmonisatie via een richtlijn (bv. bij productaansprakelijkheid). Interpretatiemethoden die tot een andere uitkomst zouden leiden, vallen dan dus af; deze zijn niet langer bruikbaar. Aan de andere kant: alle nationale uitlegmethoden die behulpzaam zijn om tot de Europeesrechtelijke 'juiste' uitkomst te komen, moet de nationale rechter benutten⁷⁵. Het voorgaande impliceert *niet per se* dat er sprake is of moet zijn van *voorrang* van de conforme interpretatie boven de andere uitlegmethoden, maar *de facto* zal men wel tot die uitkomst geraken⁷⁶.

43. Om te bepalen wat het Europese recht in kwestie behelst, is dus aller-eerst uitleg van dat Europese recht nodig, waarvoor de gebruikelijke uitlegtechnieken, maar dan die vanuit het Europese niveau, inzetbaar zijn. Welke

het nu over uitleg van het recht van de Europese Unie, het Unierecht, en dus gaat het hier om Unieconforme uitleg.

⁷³ Deze omschrijving is een variatie op de omschrijving van richtlijnconforme interpretatie bij WISSINK 2001, 9. De oorsprong ervan ligt in de zaken *Von Colson en Kamann* (HvJ EG 10 april 1984, C-14/83, *Jur.* 1984, 1891) en *Marleasing* (HvJ EG 13 november 1990, C-106/89, *Jur.* 190, I-4135).

⁷⁴ Maar het speelt ook bij verordeningen en primair Unierecht, zie ook noot 34.

⁷⁵ Over dat laatste element *Asser/Hartkamp 3-1 2023/182, sub d.*

⁷⁶ *Asser/Hartkamp 3-1 2023/184* ('de voorkeur geven'). Zie verder WISSINK 2001, 121-152 (conforme interpretatie is een normale, maar zwaarwegende uitlegfactor). Vgl. ook G. BETLEM, "Richtlijnconforme interpretatie", in A.S. Hartkamp e.a. (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse Privaatrecht. Algemeen Deel I* (Deventer: Kluwer 2007), 105. De nationale rechter moet zich volgens Betlem richten op die uitlegmethoden die op nationaal niveau zijn aanvaard, maar, zo volgt meteen daarop, "de rechter moet die uitlegmethode kiezen waarmee het resultaat van de richtlijn kan worden bereikt", aldus Betlem op basis van de zaak *Pfeiffer* (HvJ EG 5 oktober 2004, C-397-01 t.e.m. C-403-01, *Jur.* 2004, I-8835). Hij noemt daarbij als voorbeeld dat de wetshistorie van een omzettingwet genegeerd moet worden (*idem*, p. 106; zo ook *Asser/Hartkamp 3-1 2023/183*), zoals hiervoor al besproken.

zijn dat dan? Het Hof van Justitie wordt geleid door de klassieke (ook nationaal bekende) interpretatieregels. Daarbij zijn er drie uitlegmethode die het Hof veel benut, te weten: de grammaticale, de systematische en de teleologische uitleg. Die laatste methode is van het meeste gewicht, zo wordt vaak gezegd⁷⁷. Advocaat-Generaal Miguel Poiares Maduro spreekt over de teleologische uitleg als de 'prevailing'-techniek, die overigens nauw verbonden is met de andere uitlegmethode⁷⁸:

"It refers to a particular systemic understanding of the EU legal order that permeates the interpretation of all its rules. In other words, the Court was not simply been concerned with ascertaining the aim of a particular legal provision. It also interpreted that rule in the light of the broader context provided by the EC (now EU) legal order (...)".

44. Verder is van belang⁷⁹ dat het Hof bevoegd is tot een ruimhartige uitleg van het EU-Verdrag, tot erkenning van algemene rechtsbeginselen (zie art. 19 lid 1 tweede zin VEU) die ook van groot belang zijn voor de rechtsvorming⁸⁰, dat het Hof continuïteit belangrijk vindt (blijkens verwijzingen naar eerdere, eigen rechtspraak; Rainer Schulze en Ulrike Seif spreken dan ook van een "faktische Bindungswirkung"⁸¹), en dat begrippen autonoom en eenvormig worden uitgelegd. De nadruk ligt daarbij vaak op het nuttig effect ('*effet utile*') van de uit te leggen regel⁸². Teleologie als uitlegmethode sluit daar goed bij aan⁸³. Als het specifiek om de uitleg van richtlijnen gaat, worden, naast de hiervoor al genoemde methoden, ook de verdragsconforme uitleg en de historische methode benut door het HvJ EU. Maar ook rechtsvergelijking (met het recht van de nationale lidstaten) kan belangrijk zijn, zoals wij uitvoerig bespreken in deel IV.

⁷⁷ Zie K. LENAERTS en T. CORTHAUT, "Rechtsvinding door het Hof van Justitie", *AA* 2006, 584; *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/97-98; DE WAELE 2012, p. 59; V. TRSTENJAK, "Les difficultés d'une interprétation et d'une application unitaires du droit communautaire", in R. Cabrillac (ed.), *Le contrat en Europe aujourd'hui et demain* (Paris: Société de législation comparée 2008), 152-170; VOGENAUER 2001, 357 en 388, en als voorbeeld HvJ EU 10 september 2009, C-199/08, ECLI:EU:C:2009:538; *Jur.* 1-8295 (*Eschig/UNIQA*), nr. 38, met verwijzingen. Vgl. ook BECK 2012, 283. Het is echter niet per se zo dat aan een bepaalde methode van uitleg dwingend prioriteit wordt toegekend, aldus DE WAELE 2012, 62; CONWAY 2013, 24-25; VOGENAUER 2001, 400. VAN GERVEN/LIERMAN 2010, 232, noemen ook de wethistorische methode nog als bepalend.

⁷⁸ M.P. MADURO, "Interpreting European Law: judicial adjudication in a context of constitutional pluralism", *European Journal of Legal Studies* 2007, vol. 1, nr. 2, 140 en 141. Ook BECK 2012, 286-287 onderstreept het belang van teleologie. Specifiek over deze methode (in de context van grondrechten) nog SENDEN 2011, 367 e.v. Zij ziet eerder een "supportive role" (p. 373), maar ook een groter belang als het om uitleg van richtlijnen gaat (p. 383). CONWAY 2012 verzet zich stevig tegen de teleologische methode (p. 273-274). Deze uitlegmethode past goed bij de 'living order' die de EU is sinds de dagen van de *Van Gend & Loos*-uitspraak.

⁷⁹ Zie *Asser/Hartkamp 3-I* 2023/97-99.

⁸⁰ LENAERTS 2018, 62; SCHULZE/SEIF 2003, 4.

⁸¹ SCHULZE/SEIF 2003, 11.

⁸² Zie DE WAELE 2012, 53; SCHULZE/SEIF 2003, 4; LENAERTS/CORTHAUT, *AA* 2006, 584.

⁸³ TRSTENJAK 2008, 165.

X. CONCLUSIES: BETEKENIS VOOR INTERPRETERENDE TAAK VAN DE NATIONALE (OOK EUROPESE) CIVIELE RECHTER

45. Uit het voorgaande volgen, wat ons betreft, een aantal voorzichtige conclusies als het gaat om de manier waarop de nationale rechter zijn rechtsvinding moet aanpassen als hij optreedt als Europese rechter, zoals bij richtlijnconforme interpretatie. Eerst en vooral, en op een meer overkoepelend niveau, trekken wij de navolgende vijf algemene conclusies:

1. Alles begint bij de doelgebondenheid van het consumentenrecht, zijn instrumentaliteit, d.w.z. dat het in alles gericht is op het realiseren van een interne markt voor consumenten door middel van een zo hoog mogelijk niveau van consumentenbescherming.
2. Bij die instrumentaliteit past een strenge opstelling: dwingend recht, en bijzonderheden die uit de meergelaagdheid voortvloeien en deels gaandeweg door het HvJ EU zijn ontwikkeld: denk aan de implementatieplicht (EU-verdragen), staatsaansprakelijkheid (Hof), de plicht tot ambtshave toepassing (Hof), en de plicht tot richtlijnconforme interpretatie (Hof)
3. Richtlijnconforme interpretatie is aan de nationale rechter, maar wordt krachtig aangestuurd door het HvJ EU, en wijkt sterk af van wat de rechter in louter nationale verhoudingen moet doen, met name door de eis van het doelgebonden interpreteren van en argumenteren over het EU-recht ter realisering van de interne markt door middel van een hoog niveau van consumentenbescherming. Europees resultaatvoetbal dus. Zo'n doelgerichtheid heeft de nationale rechter bij nationaal privaatrecht niet.
4. De civiele rechter moet vervolgens zijn rechtsvindingsarsenaal anders aanwenden, hij moet zich aanpassen aan wat er vanuit Europa gevraagd wordt; hij is aldus gedeeltelijk verplicht zich als een copycat van het HvJ EU op te stellen (vgl. nr. 39).
5. Anders dan in Nederland algemeen geleerd wordt voor de reguliere privaatrechtelijke rechtsvinding⁸⁴, bestaat er voor de Europese rechter wel een primaat, een voorkeursvolgorde zo men wil, als het gaat om de te gebruiken interpretatiemethoden: taalkundig, systematisch en teleologisch interpreteren komen eerst als het gaat om het vaststellen van de betekenis van het EU-recht.

46. Op een meer concreet niveau leidt dat tot de nodige verschillen en komen daar dus nog de navolgende vijf meer specifieke conclusies bij:

⁸⁴ GIESSEN 2020/23, met verdere verwijzingen.

1. Vanwege het genoemde instrumentele karakter van de Europese rechtsorde lijkt teleologie als methode van interpretatie hoger in de Europese pikorde te staan dan in de Nederlandse; dat is logisch omdat de EU-rechtsorde een concreet doel nastreeft: de interne markt verwezenlijken, mede via een hoog niveau van consumentenbescherming.
2. Rechtsvergelijking als methode is, in elk geval in theorie, veel belangrijker op Europees niveau dan op nationaal niveau, maar ook heel lastig om (goed) te doen, en dus een extra barrière voor de nationale rechter.
3. Systematische interpretatie is in EU verband heel belangrijk maar zal en kan Europees gezien minder voorstellen dan op nationaal vlak want onze (civielrechtelijke) codes zijn doorleefde, eeuwenoude systemen terwijl voor de Europese rechtsorde de vraag veeleer is of er wel een systeem bestaat gegeven de mêlee van steeds op specifieke doelen gerichte regelingen. Uiteraard erkennen wij dat het systeem groeiende is door de veelheid van richtlijnen, maar unificatiepogingen met een systematisch karakter (denk aan *de Principles of European Contract Law*) zijn mislukt.
4. Wetshistorie als methode is 'onbelangrijk' als het om de uitleg van een nationale implementatiewet gaat, in de zin van 'niet meer richtinggevend', want de rechter moet en kan die geschiedenis enkel op een bepaalde (Europees gewenste) manier lezen, en lijkt ook buiten die specifieke gevallen minder van gewicht dan in Nederland.
5. Alle interpretatie- en argumentatiekracht moet erop gericht zijn om richtlijnconform interpreteren mogelijk te maken, en dat kan betekenen dat het nationale interpretatieschema stevig wordt aangepast:
 - i. bijvoorbeeld door voorbij te moeten gaan aan heersende leer en vaste rechtspraak,
 - ii. bijvoorbeeld door verplicht te zijn rechtsvergelijkend te argumenteren,
 - iii. bijvoorbeeld door de wetsgeschiedenis van de implementatiewet op een bepaalde, positieve manier uit te moeten leggen,
 - iv. bijvoorbeeld door een rangorde qua interpretatiemethoden aan te nemen,
 - v. bijvoorbeeld door oude regels uit te leggen aan de hand van de latere richtlijn c.q. door de plicht om eerder recht te interpreteren volgens nieuw recht (en daarbij aan de oude wetsgeschiedenis voorbij te gaan),
 - vi. bijvoorbeeld door nog niet geïmplementeerd (en dus nationaal niet-geldend) recht toch al als geldend recht uit te leggen in relaties tussen particulieren,
 - vii. bijvoorbeeld door de *contra legem*-grens min of meer uit te schakelen; er is altijd wel een argument in oud of nieuw recht te vinden.

47. Deze conclusies zijn van potentieel ingrijpende betekenis voor de taak (en daarmee ook de positie) van de nationale civiele rechter. Als de nationale rechter richtlijnconform uitleggen moet, dient hij de betreffende richtlijn als Europese rechter uit te leggen. En dus verdwijnt de wetshistorie (van de omzettingwet) naar de achtergrond, komen de teleologische en systematische interpretatiemethoden sterker naar voren (naast de alom aanwezige taalkundige uitleg op basis van authentieke taalversies) en zal de rechter wellicht wel iets met rechtsvergelijking moeten, zelfs als dat eigenlijk niet van hem gevegd kan worden. De nationale civiele rechter moet in zijn Europese kled dus zijn nationale autonome positie verlaten en (deels) een copycat zijn, of ten minste zijn taak zo invullen en zijn rol zo spelen. Dat moet hij ook doen bij de uitleg van het nationale recht: hij dient het nationale recht zo veel mogelijk te wringen in de mal dat het conform het Europese recht is. De nationaalrechtelijke interpretatiemethoden worden met dat doel ingezet. Dat alles is uiteraard een uitdaging – om de term ‘probleem’ maar te omzeilen – want het vergt een (tussentijdse) switch in denken en mindset van en door die rechter. Gelukkig is het overwinnen van uitdagingen op zichzelf niets nieuws als het om het Europese recht gaat.