CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL
M. SZPUNAR
van 15 juli 2021 [1]

Zaak C-261/20

Thelen Technopark Berlin GmbH
tegen
MN

[verzoek van het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) om een prejudiciële beslissing]

„Prejudiciële verwijzing – Richtlijn 2006/123/EG – Artikel 15 – Honoraria van architecten en ingenieurs voor planningsdiensten – Minimum- en maximumtarieven – Niet-nakomingsarrest – Onverenigbaarheid met de richtlijn – Mogelijkheid om zich daarop te beroepen in een geschil tussen particulieren – Vrijheid van vestiging – Artikel 49 VWEU – Handvest van de grondrechten van de Europese Unie – Artikel 16 – Contractvrijheid”

I. Inleiding

1. In een civiele procedure vordert verzoeker van verweerster betaling van een honorarium voor een geleverde dienst en vordert daarbij een bedrag dat hoger is dan het bedrag dat door partijen langs contractuele weg is vastgesteld. Verzoeker ontleent zijn vordering aan een bepaling van nationaal recht volgens welke dienstverrichters uit hoofde van een door hen geleverde dienst recht hebben op een honorarium dat ten minste gelijk is aan het in het nationale recht vastgestelde minimumtarief. Deze bepaling van nationaal recht is evenwel in strijd met een richtlijn. De vraag luidt of de vordering moet worden toegewezen.

2. Deze vraag is in de onderhavige zaak voorgelegd aan de verwijzende rechter. Zijn beslissing hangt af van het antwoord van het Hof op de vraag of een nationale rechterlijke instantie bij de beoordeling van de gegrondheid van een vordering van een particulier tegen een andere particulier een bepaling van nationaal recht die in strijd is met een richtlijn – in dit geval richtlijn 2006/123/EG [2] – die de grondslag vormt voor de vordering, buiten toepassing kan laten.

[1] Oorspronkelijke taal: Pools.

[2] Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt (PB 2006, L 376, blz. 36).

II. Toepasselijke bepalingen

A. Unierecht

3. De overwegingen 5, 6 en 64 van richtlijn 2006/123 luiden:

„(5) Het is [...] noodzakelijk de belemmeringen voor de vrijheid van vestiging van dienstverrichters in de lidstaten en voor het vrije verkeer van diensten tussen lidstaten te verwijderen en de afnemers en verrichters van diensten de nodige rechtszekerheid te bieden om deze twee fundamentele vrijheden van het Verdrag daadwerkelijk te kunnen uitoefenen. [...].

(6) Alleen de rechtstreekse toepassing van de artikelen 43 en 49 van het Verdrag [(thans de artikelen 49 en 56 VWEU)] volstaat niet om deze belemmeringen op te heffen, enerzijds omdat een behandeling per geval via inbreukprocedures tegen de betrokken lidstaten, zeker na de uitbreiding uiterst ingewikkeld zou zijn voor de nationale en communautaire instellingen, en anderzijds omdat vele belemmeringen pas kunnen worden opgeheven nadat nationale wettelijke regelingen, onder meer door middel van administratieve samenwerking, zijn gecoördineerd. Zoals het Europees Parlement en de Raad hebben erkend, kan een communautair wetgevingsinstrument een echte interne dienstenmarkt tot stand brengen.

[...]

(64) Om een echte interne markt voor diensten tot stand te brengen, moeten de beperkingen van de vrijheid van vestiging en het vrije verkeer van diensten die nog in de wetgevingen van bepaalde lidstaten voorkomen en die respectievelijk onverenigbaar zijn met de artikelen 43 en 49 van het Verdrag [(thans de artikelen 49 en 56 VWEU)], worden opgeheven. Deze op te heffen beperkingen zijn bijzonder schadelijk voor de interne markt voor diensten en moeten systematisch en zo snel mogelijk uit de weg worden geruimd."

4. Artikel 2, lid 1, van deze richtlijn bepaalt:

„Deze richtlijn is van toepassing op de diensten van dienstverrichters die in een lidstaat zijn gevestigd."

5. Artikel 15 van deze richtlijn luidt:

„1. De lidstaten onderzoeken of in hun rechtsstelsel de in lid 2 bedoelde eisen worden gesteld en zien erop toe dat eventueel bestaande eisen verenigbaar zijn met de in lid 3 bedoelde voorwaarden. De lidstaten passen hun wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen aan om de eisen met die voorwaarden in overeenstemming te brengen.

2. De lidstaten onderzoeken of de toegang tot of de uitoefening van een dienstenactiviteit in hun rechtsstelsel afhankelijk wordt gesteld van de volgende niet-discriminerende eisen:

[...]

g) vaste minimum- en/of maximumtarieven waaraan de dienstverrichter zich moet houden;

[...]

3. De lidstaten controleren of de in lid 2 bedoelde eisen aan de volgende voorwaarden voldoen:

a) discriminatieverbod: de eisen maken geen direct of indirect onderscheid naar nationaliteit of, voor vennootschappen, de plaats van hun statutaire zetel;

b) noodzakelijkheid: de eisen zijn gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang;

c) evenredigheid: de eisen moeten geschikt zijn om het nagestreefde doel te bereiken; zij gaan niet verder dan nodig is om dat doel te bereiken en dat doel kan niet met andere, minder beperkende maatregelen worden bereikt.

[...]

5. In het in artikel 39, lid 1, bedoelde verslag over de wederzijdse beoordeling vermelden de lidstaten:

a) de eisen die zij willen handhaven en de redenen waarom deze eisen volgens hen voldoen aan de voorwaarden van lid 3;

b) de eisen die zijn ingetrokken of versoepeld.

6. Uiterlijk op 28 december 2006 stellen de lidstaten geen nieuwe eisen van een in lid 2 bedoeld type, tenzij deze aan de voorwaarden van lid 3 voldoen.

[...]"

B. Duits recht

6. In de voor het hoofdgeding relevante periode werden de honoraria van architecten en ingenieurs geregeld door de Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (besluit inzake de honoraria voor architecten en ingenieurs) in de op 10 juli 2013 geldende versie [3] (hierna: „HOAI").

7. § 1 HOAI luidt als volgt:

„Onderhavige regeling regelt de berekening van de honoraria voor de basisdiensten van in Duitsland gevestigde architecten en ingenieurs (opdrachtnemers), voor zover die basisdiensten onder deze regeling vallen en vanuit Duitsland worden verricht."

8. § 7 HOAI luidt:

„(1) Het honorarium is gebaseerd op de schriftelijke overeenkomst die de overeenkomstsluitende partijen bij de opdrachtverlening hebben gesloten, rekening houdend met de in deze regeling vastgestelde minimum- en maximumbedragen.

[...]

[3] BGBl. I, blz. 2276.

(3) De in de HOAI vastgestelde minimumbedragen kunnen in uitzonderlijke gevallen bij schriftelijke overeenkomst worden verlaagd.

[...]

(5) Indien bij de opdrachtverlening geen andere schriftelijke overeenkomst is gesloten, geldt een onweerlegbaar vermoeden dat de overeenkomstig lid 1 minimumtarieven zijn overeengekomen."

9. § 7 HOAI is gewijzigd bij de Erste Verordnung zur Änderung der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (eerste besluit tot wijziging van de honorariumregeling voor architecten en ingenieurs) van 2 december 2020.[4] Deze wijziging is in werking getreden op 1 januari 2021. Met ingang van die datum luidt lid 1 van § 7 als volgt:

„Het honorarium is gebaseerd op de schriftelijke overeenkomst die door de overeenkomstsluitende partijen wordt gesloten. Indien de hoogte van het honorarium niet is vastgesteld in een schriftelijke overeenkomst, worden voor basisdiensten de basistarieven van § 6 gehanteerd."

III. Feiten, hoofdgeding en prejudiciële vragen

10. Op 2 juni 2016 hebben MN (verzoeker), die een ingenieursbureau exploiteert, en Thelen Technopark Berlin GmbH (verweerster) een ingenieursovereenkomst gesloten waarbij verzoeker zich ten aanzien van verweerster heeft verbonden tot het verrichten van diensten ten behoeve van een bouwproject in Berlijn. Partijen zijn met betrekking tot deze diensten een forfaitair honorarium van 55 025,00 EUR overeengekomen. Uit hoofde van de door verzoeker uitgereikte tussentijdse facturen heeft verweerster aan verzoeker een brutototaalbedrag van 55 395,92 EUR betaald.

11. Nadat verzoeker de ingenieursovereenkomst bij schrijven van 2 juni 2017 had opgezegd, heeft hij voor zijn diensten in juli 2017 een eindfactuur uitgereikt op basis van de minimumtarieven van de HOAI. Rekening houdend met de eerder verrichte overmakingen en de ontvangen waarborg heeft hij verweerster vervolgens gedagvaard tot betaling van het brutosaldo van het verschuldigde honorarium ten bedrage van 102 934,59 EUR, vermeerderd met rente en buitengerechtelijke advocaatkosten.

12. De vordering is door de rechterlijke instanties van eerste en tweede aanleg grotendeels toegewezen. In het bij het Bundesgerichtshof (hoogste federale rechter in burgerlijke en strafzaken, Duitsland) ingestelde beroep tot *Revision* concludeert verweerster tot afwijzing van de vordering.

13. Of het beroep tot *Revision* zal slagen hangt volgens de verwijzende rechter af van het antwoord op de vraag of de bepalingen van artikel 15, lid 1, artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123 in een geding tussen particulieren aldus van toepassing zijn dat het voorschrift van de HOAI waarop de vordering is gebaseerd, buiten toepassing moet worden gelaten. In het geval van een bevestigend antwoord moet het beroep tot *Revision* worden toegewezen. Aan de gerezen twijfel ligt de rechtspraak van het Hof ten grondslag.

4 BGBl. I, blz. 2636.

14. In het op 4 juli 2019 gewezen arrest Commissie/Duitsland [5] heeft het Hof namelijk vastgesteld dat de Bondsrepubliek Duitsland, door de in de HOAI neergelegde verplichte honoraria voor de planningsdiensten van architecten en ingenieurs te handhaven, de verplichtingen niet is nagekomen die op haar rusten krachtens artikel 15, lid 1, artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123.

15. Voorts heeft het Hof in zijn beschikking van 6 februari 2020 in de zaak hapeg dresden [6] geoordeeld dat artikel 15, lid 1, artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123 aldus moeten worden uitgelegd dat deze bepalingen zich verzetten tegen een nationale regeling volgens welke in overeenkomsten met architecten of ingenieurs geen honoraria mogen worden afgesproken die onder de minimumtarieven van de HOAI liggen.

16. In deze omstandigheden heeft het Bundesgerichtshof de behandeling van de zaak geschorst en het Hof de volgende prejudiciële vragen voorgelegd:

„1) Volgt uit het Unierecht, met name uit artikel 4, lid 3, VEU en uit artikel 288, derde alinea, en artikel 260, lid 1, VWEU, dat artikel 15, lid 1, artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn [2006/123] in het kader van een lopende gerechtelijke procedure tussen particulieren rechtstreekse werking heeft die van dien aard is dat de met deze richtlijn strijdige nationale bepalingen van § 7 van de Verordnung über die Honorare für Architekten- und Ingenieurleistungen (HOAI) (besluit inzake de honoraria voor architecten en ingenieurs) – volgens welke de in deze honorariumregeling vastgelegde minimumtarieven voor plannings- en toezichtdiensten van architecten en ingenieurs, behalve in bepaalde uitzonderingsgevallen, bindend zijn en een honorariumbeding in overeenkomsten met architecten of ingenieurs, waarbij de minimumbedragen worden verlaagd, ongeldig is –, buiten toepassing moeten worden gelaten?

2) Indien de eerste vraag ontkennend wordt beantwoord:

   a) Levert de regeling inzake bindende minimumtarieven voor plannings- en toezichtdiensten van architecten en ingenieurs, die door de Bondsrepubliek Duitsland is vastgesteld in § 7 HOAI, schending op van de vrijheid van vestiging als bedoeld in artikel 49 VWEU of van andere algemene beginselen van het Unierecht?

   b) Indien de tweede vraag, onder a), bevestigend wordt beantwoord: heeft een dergelijke schending tot gevolg dat nationale regelingen inzake bindende minimumtarieven (in casu § 7 HOAI) in een lopende gerechtelijke procedure tussen particulieren buiten toepassing moeten worden gelaten?”

17. In deze procedure bij het Hof zijn schriftelijke opmerkingen ingediend door de partijen in het hoofdgeding, het Koninkrijk der Nederlanden en de Europese Commissie. Met uitzondering van verweerster in het hoofdgeding hebben deze partijen via hun vertegenwoordigers deelgenomen aan de terechtzitting van 3 mei 2021.

[5] C-377/17, EU:C:2019:562.

[6] C-137/18, niet gepubliceerd, EU:C:2020:84.

IV. Analyse

18. De verwijzende rechter wenst van het Hof in wezen te vernemen of uit het Unierecht voortvloeit dat de nationale rechter die moet oordelen over een geding tussen particulieren, de bepaling van nationaal recht waaraan de verzoekende partij zijn aanspraak ontleent, namelijk § 7 HOAI (hierna: „litigieuze bepaling"), buiten toepassing moet laten indien deze strijdig is met richtlijn 2006/123. De twijfel van de verwijzende rechter vloeit voort uit het klassieke Unierechtelijke probleem van de toepassing door de nationale rechterlijke instanties van een niet of onjuist omgezette richtlijn in horizontale verhoudingen wanneer de termijn voor de omzetting daarvan is verstreken.

19. In mijn analyse ga ik kort in op het standpunt van het Hof over het nuttig effect van richtlijnen in de verhoudingen tussen particulieren (afdeling A). Vervolgens wijs ik op de aspecten van het hoofdgeding die ik in deze zaak relevant acht (afdeling B). Daarna overweeg ik het voorstel van de Commissie met betrekking tot de mogelijkheid van conforme uitlegging (afdeling C). Ten slotte ga ik in op de gronden voor eventuele niet-toepassing van de met de richtlijn strijdige bepaling van nationaal recht (afdeling D).

A. Nuttig effect van richtlijnen in horizontale verhoudingen

20. Artikel 288, derde alinea, VWEU bepaalt dat een richtlijn, anders dan een verordening, verbindend is voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is. Derhalve kan een richtlijn uit zichzelf geen verplichtingen opleggen aan particulieren en in beginsel niet tegenover een particulier worden ingeroepen.[7]

21. Het voorgaande wordt aangeduid als het ontbreken van horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen. Dit begrip wordt gebruikt zowel om aan te geven dat uit een richtlijn geen rechten en verplichtingen voor particulieren voortvloeien als om aan te geven dat een richtlijn in een geding tussen particulieren niet kan worden toegepast.

22. In dit verband herinner ik eraan dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen het vraagstuk van de horizontale werking van richtlijnen en dat van de rechtstreekse horizontale werking van bepalingen van primair recht en verordeningen. In dat laatste geval is sprake van de horizontale werking van bepalingen indien de werkingssfeer daarvan zich uitstrekt tot gedragingen van particulieren (particuliere marktdeelnemers). Met andere woorden, het gaat erom of de uit deze bepalingen voortvloeiende verplichtingen of verboden rechtstreeks tot particulieren zijn gericht. In dat verband zij benadrukt dat particulieren, zelfs wanneer deze bepalingen niet tot hen zijn gericht, zich daar in een geding met andere particulieren op kunnen beroepen. Dit betreft met name het beroep op dergelijke bepalingen om vast te stellen of een op een geding toepasselijke nationale regeling verenigbaar is met het Unierecht (de zogenoemde wettigheidstoetsing).

23. Wat betreft de uitsluiting van de horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen hebben we te maken met een ander probleem. Een richtlijnbepaling kan namelijk niet worden ingeroepen in een geding tegen een particulier, ongeacht of daarmee wordt beoogd om uit de richtlijn voortvloeiende rechten of verplichtingen rechtstreeks vast te stellen of om de verenigbaarheid

[7] Zie met name arresten van 26 februari 1986, Marshall, 152/84, EU:C:1986:84, punt 48; 14 juli 1994, Faccini Dori, C-91/92, EU:C:1994:292, punt 20; 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punt 108, en 7 augustus 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punt 42.

van nationale bepalingen met het Unierecht te beoordelen (de zogenoemde wettigheidstoetsing). In die zin is de vraag of specifieke richtlijnbepalingen tot particulieren zijn gericht van ondergeschikt belang.

24. De uitsluiting van de horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen betekent evenwel niet dat richtlijnen in een geding tussen particulieren niet in aanmerking kunnen worden genomen op een manier die van invloed is op de rechtspositie van een andere particulier. Het Hof heeft in zijn rechtspraak gewezen op verschillende gevallen waarin een dergelijke inaanmerkingneming mogelijk is. Gelet op het voorwerp van de aanhangige procedure en de standpunten van partijen zal ik mij ertoe beperken vier van zulke gevallen in herinnering te brengen.

25. In de eerste plaats heeft het Hof aangegeven dat het aan de nationale rechterlijke instanties staat om het nationale recht in overeenstemming met de richtlijnen uit te leggen (de zogenoemde conforme uitlegging). Bij de toepassing van het nationale recht dienen zij de bepalingen ervan zo veel mogelijk uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de betrokken richtlijn teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken.[8] Het beroep op een richtlijn voor een rechterlijke instantie met het oog op een conforme uitlegging kan er derhalve toe leiden dat deze richtlijn bij de toepassing van het recht in aanmerking wordt genomen.

26. In de tweede plaats kan het inroepen van de richtlijn betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften[9] in het geval van de vaststelling van nationale technische voorschriften onder schending van de in een richtlijn neergelegde verplichtingen van de lidstaten, tot gevolg hebben dat die nationale technische voorschriften buiten toepassing worden gelaten. De niet-nakoming door een lidstaat heeft namelijk tot gevolg dat nationale technische voorschriften die zijn vastgesteld onder schending van die verplichtingen niet kunnen worden toegepast in een geding tussen particulieren, aangezien het een „schending van een wezenlijk vormvoorschrift”[10] betreft.

27. In de derde plaats dient een nationale rechterlijke instantie die moet oordelen in een geding tussen particulieren, een met een richtlijn strijdige nationale bepaling die niet conform het Unierecht kan worden uitgelegd buiten toepassing te laten wanneer dit vereist is uit hoofde van de noodzaak tot eerbiediging van een algemeen beginsel van Unierecht, zoals een beginsel dat concreet wordt vormgegeven in het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie[11]. De niet-toepassing van nationale bepalingen wordt in dergelijke gevallen evenwel niet gerechtvaardigd door de richtlijnbepaling maar door het algemene beginsel dat door die bepaling wordt geconcretiseerd[12].

8 Zie met name arresten van 10 april 1984, von Colson en Kamann, 14/83, EU:C:1984:153, punt 26; 13 november 1990, Marleasing, C-106/89, EU:C:1990:395, punt 8, en 5 oktober 2004, Pfeiffer e.a., C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584, punten 113 en 114.

9 Richtlijn 83/189/EEG van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB 1983, L 109, blz. 8); vervolgens richtlijn 98/34/EG van het Europees Parlement en de Raad van 22 juni 1998 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB 1998, L 204, blz. 37), en ten slotte richtlijn (EU) 2015/1535 van het Europees Parlement en de Raad van 9 september 2015 betreffende een informatieprocedure op het gebied van technische voorschriften en regels betreffende de diensten van de informatiemaatschappij (codificatie) (PB 2015, L 241, blz. 1). Deze rechtspraak is ook van toepassing met betrekking tot de verplichting van artikel 3, lid 4, van richtlijn 2000/31/EG van het Europees Parlement en de Raad van 8 juni 2000 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, met name de elektronische handel, in de interne markt („richtlijn inzake elektronische handel”) (PB 2000, L 178, blz. 1). Zie in dat opzicht arrest van 19 december 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, EU:C:2019:1112, punt 100.

10 Zie arresten van 30 april 1996, CIA Security International, C-194/94, EU:C:1996:172, punt 48, en 26 september 2000, Unilever, C-443/98, EU:C:2000:496, punten 44, 50 en 51.

11 Hierna: „Handvest”.

12 Zie de rechtspraak die wordt aangehaald in punt 67 infra.

28. In de vierde plaats is het niet uitgesloten dat een richtlijn wordt ingeroepen in een zogenoemde driehoekssituatie, dat wil zeggen in een situatie waarin de gevolgen van een verticaal geding over een richtlijn tussen een particulier en een staat van invloed zijn op de rechtspositie van een derde particulier. [13]

B. Bijzonderheid van het hoofdgeding

29. Voor de onderhavige procedure zijn de hiernavolgende aspecten van de in het hoofdgeding aan de orde zijnde feiten van belang:

– Het hoofdgeding betreft een geschil tussen particulieren (particuliere marktdeelnemers) en de rechtsverhouding vindt haar oorsprong in een dienstenovereenkomst. De verhouding tussen partijen is derhalve horizontaal van aard.

– Alle aspecten van het hoofdgeding spelen zich binnen één enkele staat af.

– De vordering is gebaseerd op een bepaling van nationaal recht die tot gevolg heeft dat het minimumtarief moet worden toegepast in plaats van een contractueel beding waarbij het honorarium van een dienstverrichter voor een geleverde dienst is vastgesteld op een bedrag dat lager is dan dat minimumtarief.

– Deze bepaling van nationaal recht is strijdig met de bepalingen van artikel 15, lid 1, artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123. [14]

– Deze strijdigheid is bij arrest vastgesteld in het kader van een procedure van artikel 258 VWEU.

– Volgens de verwijzende rechter kan de litigieuze bepaling niet aldus worden uitgelegd dat de overeenstemming ervan met artikel 15, lid 1, artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123 kan worden verzekerd.

– De overeenkomst tussen partijen is gesloten na het verstrijken van de termijn voor de omzetting van de richtlijn in nationaal recht maar vóór de inleiding van de gerechtelijke procedure in de zaak Commissie/Duitsland. [15]

C. Mogelijkheid van conforme uitlegging

30. Uit vaste rechtspraak van het Hof volgt dat de vraag of een bepaling van nationaal recht die indruist tegen het recht van de Unie buiten toepassing moet worden gelaten, alleen rijst indien geen met het Unierecht strokende uitlegging van die bepaling mogelijk is. [16]

13 Zie met name arresten van 24 oktober 1996, Kraaijeveld e.a., C-72/95, EU:C:1996:404, en 7 januari 2004, Wells, C-201/02, EU:C:2004:12.

14 Zie de punten 14 en 15 supra.

15 Arrest van 4 juli 2019, Commissie/Duitsland, C-377/17, EU:C:2019:562.

16 Zie met name arresten van 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punt 71-75 en punt 3 van het dictum, en 6 november 2018, Bauer en Willmeroth, C-569/16 en C-570/16, EU:C:2018:871, punt 25, punt 2 van het dictum.

31. Volgens de verwijzende rechter kunnen de bepalingen van het nationale recht niet aldus worden uitgelegd dat de overeenstemming ervan met richtlijn 2006/123 wordt verzekerd. Dit zou namelijk een uitlegging contra legem zijn. In haar schriftelijke opmerkingen en ter terechtzitting heeft de Commissie het standpunt van de verwijzende rechter betwist.

32. Hoewel het Hof in het verleden herhaaldelijk heeft gewezen op de verplichting van de nationale rechterlijke instanties om handelingen als richtlijnen of kaderbesluiten in overeenstemming met het Unierecht uit te leggen, heeft het zich tegelijkertijd stelselmatig op het standpunt gesteld dat het beginsel van conforme uitlegging niet kan dienen als grondslag voor een uitlegging van het nationale recht contra legem.[17] Aangezien het Hof, zoals het zelf heeft benadrukt, niet bevoegd is om het nationale recht van een lidstaat uit te leggen[18], staat het in laatste instantie aan de nationale rechter om te beslissen of een richtlijnconforme uitlegging contra legem zou zijn.[19]

33. In deze context kan ik enerzijds instemmen met het standpunt van de Commissie dat de grenzen aan de uitlegging in het Duitse recht, zoals die door de verwijzende rechter in de prejudiciële verwijzing zijn uiteengezet, overdreven beperkt lijken. Dat is met name het geval in het licht van de in het verzoek om een prejudiciële beslissing uiteengezette rechtspraak van de Duitse rechterlijke instanties, waaruit volgt dat een beroep op het in het Duitse burgerlijk wetboek neergelegde beginsel van goede trouw het in een aantal vergelijkbare zaken in het verleden mogelijk heeft gemaakt om een betwiste bepaling van Duits recht buiten toepassing te laten. Anderzijds zie ik, gelet op het categorische standpunt van de verwijzende rechter dat deze rechtspraak in de onderhavige zaak niet kan worden toegepast, niet in hoe het Hof zich bij de beoordeling van de grenzen van de geoorloofde conforme uitlegging in het Duitse recht in de plaats van de verwijzende rechter kan stellen.

D. Mogelijke gronden waarop de verwijzende rechter de litigieuze bepaling buiten toepassing kan laten

1. Bijzonderheid van richtlijn 2006/123 als instrument ter concretisering van de fundamentele vrijheid van de interne markt

34. Mijns inziens dient de analyse van de onderhavige zaak te beginnen met een nader onderzoek van het wezen van richtlijn 2006/123 als instrument dat onder meer de vrijheid van vestiging van artikel 49 VWEU concreet vormgeeft. Hoewel partijen deze kwestie in hun standpunten niet uitdrukkelijk hebben opgeworpen, lijkt het wenselijk dat het Hof in de onderhavige zaak het verband tussen artikel 49 VWEU en richtlijn 2006/123 nader onderzoekt.

35. Wat betreft het eerste deel van de tweede vraag van de verwijzende rechter heeft de Commissie uitgesloten dat artikel 49 VWEU op zich volstaat als grondslag voor de verplichting van de verwijzende rechter om een met dit artikel strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing te laten. Volgens haar staat de omstandigheid dat de toepassing van de litigieuze bepaling van Duits recht beperkt is tot binnenlandse verhoudingen eraan in de weg dat artikel 49 VWEU in de onderhavige zaak in aanmerking wordt genomen. Dit argument berust op de

17 Zie met name arresten van 15 april 2008, Impact, C-268/06, EU:C:2008:223, punt 100, en 29 juni 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, punt 33 en aldaar aangehaalde rechtspraak.

18 Zie met name arrest van 16 februari 2017, Agro Foreign Trade & Agency, C-507/15, EU:C:2017:129, punt 23.

19 Zie met name arresten van 29 juni 2017, Popławski, C-579/15, EU:C:2017:503, punt 39, en 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punten 73-75.

premisse dat artikel 49 VWEU zou kunnen worden ingeroepen indien er in deze zaak sprake was van een grensoverschrijdend aspect en de litigieuze bepaling van Duits recht van toepassing zou zijn. Dit zou tevens betekenen dat feiten die binnen de werkingssfeer van richtlijn 2006/123 vallen, eveneens aan artikel 49 VWEU kunnen worden getoetst. Ik heb dienaangaande ernstige twijfels, die ik hier met het Hof zou willen delen. Mijns inziens rechtvaardigen deze twijfels de rechtstreekse werking van richtlijn 2006/123 in de onderhavige procedure.

36. Laten we de bijzondere kenmerken van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123 nader bezien, waarin de in artikel 49 VWEU neergelegde vrijheid van vestiging concreet wordt vormgegeven met betrekking tot nagenoeg alle dienstenactiviteiten. In dat opzicht onderscheidt richtlijn 2006/123 zich van andere handelingen van afgeleid recht, waarin bepaalde – en gewoonlijk uiterst specifieke – aspecten van de vrijheid van vestiging in de diverse sectoren worden geharmoniseerd.[20] Dat betekent dat de in de bestaande rechtspraak uitgewerkte regels die de verhouding vastleggen tussen de vrijheden van het Verdrag en de maatregelen tot harmonisatie van bepaalde aspecten daarvan, niet automatisch kunnen worden toegepast op richtlijn 2006/123.

37. In de eerste plaats zou ik twee uiterst belangrijke beslissingen van het Hof in herinnering willen brengen. Ten eerste heeft het Hof in het arrest Rina Services geoordeeld dat een vraagstuk dat binnen de werkingssfeer van richtlijn 2006/123 valt, niet meer in het licht van de Verdragsbepalingen hoeft te worden onderzocht.[21] Ten tweede heeft het Hof in het arrest X en Visser geoordeeld dat de bepalingen van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123 betreffende de vrijheid van vestiging van dienstverrichters ook van toepassing zijn op een situatie waarvan alle relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen.[22]

38. In de tweede plaats zij gewezen op de aspecten die ondubbelzinnig aantonen dat de Uniewetgever met de vaststelling van richtlijn 2006/123 heeft beoogd om twee fundamentele vrijheden van de interne markt, waaronder de vrijheid van vestiging, te verwezenlijken oftewel concreet vorm te geven.[23] Richtlijn 2006/123 heeft niet tot doel om bepaalde aspecten van de dienstenactiviteit te harmoniseren maar om het Verdrag zelf nader uit te werken. Daartoe wordt in deze richtlijn in zeer ruime mate rekening gehouden met de bestaande rechtspraak van het Hof, onder meer door het verbod op specifieke beperkingen nader uit te werken of uitzonderingen daarop te preciseren. Voorts heeft artikel 15 van de richtlijn duidelijk tot doel de regelgevende bevoegdheden van de lidstaten inzake de eisen betreffende de uitoefening van een economische activiteit te verzoenen met het door het Verdrag gewaarborgde daadwerkelijke genot van de vrijheid van vestiging.

39. Uit de voorgaande analyse kunnen twee conclusies worden getrokken. Enerzijds hoeft de verenigbaarheid van de beoordeelde nationale regeling met het Verdrag niet te worden onderzocht indien deze regeling binnen de werkingssfeer van richtlijn 2006/123 valt en daarmee *onverenigbaar* is. Dit lijkt een voor de hand liggende conclusie en het Hof heeft wat dat betreft geen twijfels.[24] Anderzijds bestaat het natuurlijke gevolg van het arrest Rina Services[25] er mijns

20 Bijvoorbeeld richtlijn 77/249/EEG van de Raad van 22 maart 1977 tot vergemakkelijking van de daadwerkelijke uitoefening door advocaten van het vrij verrichten van diensten (PB 1977, L 78, blz. 17).

21 Arrest van 16 juni 2015, Rina Services e.a., C-593/13, EU:C:2015:399, punten 23 e.v.

22 Zie arrest van 30 januari 2018, X en Visser, C-360/15 en C-31/16, EU:C:2018:44, punten 99-110 en punt 3 van het dictum.

23 Zie de overwegingen 5, 6 en 64 van richtlijn 2006/123. Zie ook arrest van 16 juni 2015, Rina Services e.a., C-593/13, EU:C:2015:399, punt 40, waarin het Hof uitdrukkelijk heeft vastgesteld dat richtlijn 2006/123 een handeling van secundair recht is die concrete vorm geeft aan een in het VWEU neergelegde fundamentele vrijheid.

24 Zie arresten van 23 februari 2016, Commissie/Hongarije, C-179/14, EU:C:2016:108, punt 118, en 30 januari 2018, X en Visser, C-360/15 en C-31/16, EU:C:2018:44, punt 137.

25 Arrest van 16 juni 2015, Rina Services e.a., C-593/13, EU:C:2015:399.

inziens in dat de onderzochte nationale regeling, wanneer zij binnen de werkingssfeer van richtlijn 2006/123 valt en daarmee *verenigbaar* is, niet kan worden betwist krachtens de Verdragsbepalingen inzake het vrij verrichten van diensten en de vrijheid van vestiging. [26]

40. Deze logica doet mijns inziens twijfel rijzen over de geldigheid van het argument van de Commissie dat artikel 49 VWEU zou kunnen worden ingeroepen indien er in de zaak sprake was van een grensoverschrijdend aspect en de litigieuze bepaling van Duits recht van toepassing zou zijn. Dat zou namelijk betekenen dat dezelfde feiten kunnen worden beoordeeld vanuit het oogpunt van de verenigbaarheid met zowel richtlijn 2006/123 als artikel 49 VWEU. Dat zou mijns inziens strijdig zijn met de bedoeling van de Uniewetgever, die met de vaststelling van deze richtlijn heeft beoogd de vrijheid van vestiging met betrekking tot dienstenactiviteiten uitputtend te regelen. Met andere woorden, de verschillende soorten vrijheid van vestiging die binnen de werkingssfeer van deze richtlijn vallen en de verschillende aspecten daarvan kunnen niet meer worden getoetst aan artikel 49 VWEU.

41. Zoals volgt uit het arrest X en Visser [27] zijn de bepalingen van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123 tegelijkertijd ook van toepassing op een situatie waarvan alle relevante aspecten zich binnen één lidstaat afspelen. Dit arrest bevestigt volgens mij dat de Uniewetgever met de vaststelling van richtlijn 2006/123 heeft beoogd om de vrijheid van vestiging binnen de werkingssfeer van deze richtlijn ook tot zuiver binnenlandse verhoudingen uit te breiden. [28]

42. Mijns inziens impliceert de aanvaarding van de veronderstelling dat hoofdstuk III van richtlijn 2006/123 de in artikel 49 VWEU neergelegde vrijheid van vestiging concreet vormgeeft dat de problematiek van de horizontale toepassing van deze richtlijn op specifieke wijze moet worden benaderd.

43. Ik ben ervan overtuigd dat, wanneer de feiten van een bepaald geval binnen de werkingssfeer van hoofdstuk III van richtlijn 2006/123 vallen, de inroepbaarheid van de vrijheid van vestiging van artikel 49 VWEU met het oog op de betwisting van een nationale regeling in een geding tegen een andere particulier moet worden uitgesloten. Een dergelijke inroepbaarheid zou niet alleen in strijd zijn met de gedachte dat richtlijn 2006/123 is vastgesteld om de vrijheid van vestiging concreet vorm te geven, maar zou daarenboven aanleiding geven tot ingewikkelde analyses met betrekking tot de materiële werkingssfeer van de vrijheid van vestiging. In dat geval zou moeten worden onderzocht of een met de richtlijn strijdige nationale regeling tevens zou indruisen tegen artikel 49 VWEU in het hypothetische geval dat de richtlijn niet was vastgesteld. Ik twijfel er niet aan dat een dergelijke oplossing afbreuk zou doen aan het nuttig effect (*effet utile*) van richtlijn 2006/123.

44. Hypothetisch kan worden uitgegaan van de traditionele uitsluiting van de horizontale rechtstreekse werking en kan worden aangenomen dat, los van de vraag of er in de zaak sprake is van een grensoverschrijdend aspect, het inroepen van de bepalingen van hoofdstuk III van deze richtlijn tegen een particulier uitgesloten is. Een dergelijke oplossing zou volgens mij kennelijk

[26] Een dergelijke nationale regeling zou slechts ter discussie kunnen worden gesteld indien specifieke bepalingen van de dienstenrichtlijn onverenigbaar met het Verdrag zouden blijken te zijn.

[27] Arrest van 30 januari 2018, X en Visser, C-360/15 en C-31/16, EU:C:2018:44, punt 3 van het dictum.

[28] Het valt moeilijk te ontkennen dat een dergelijke oplossing veel voordelen biedt. Het is daardoor namelijk niet nodig telkens op zoek te gaan naar een grensoverschrijdend aspect, waarvan het bestaan vaak moeilijk vast te stellen is, om de vrijheid van het Verdrag rechtstreeks te kunnen toepassen.

ontoelaatbaar zijn om de enkele reden dat een handeling van afgeleid recht, zoals richtlijn 2006/123, de werkingssfeer van de vrijheid van het Verdrag in geen geval kan inperken, ook niet wat betreft het inroepen ervan in een geding tegen een particulier.

45. De enige oplossing die ons rest en die mijns inziens juist is, bestaat er derhalve in om ervan uit te gaan dat hoofdstuk III van richtlijn 2006/123 niet alleen de in het Verdrag neergelegde vrijheid van vestiging concreet vormgeeft, maar tevens de grenzen van de toepassing ervan uitbreidt tot zuiver binnenlandse verhoudingen. Het inroepen van de bepalingen van dit hoofdstuk in een geding tegen een andere particulier zou net zo toelaatbaar moeten zijn als het rechtstreeks inroepen van de in het Verdrag neergelegde vrijheid van vestiging in soortgelijke situaties.

46. De onverenigbaarheid van de litigieuze bepaling van nationaal recht met artikel 15, lid 2, onder g), van richtlijn 2006/123 moet door de nationale rechter derhalve op specifieke wijze worden vastgesteld, namelijk zonder dat daarbij rekening wordt gehouden met de rechtspraak die de horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen uitsluit.

47. Bijgevolg ben ik van mening dat een nationale rechter die moet oordelen in een geding tussen particulieren betreffende een vordering die is gebaseerd op een nationale bepaling die voorziet in minimumtarieven voor dienstverrichters op een wijze die strijdig is met artikel 15, lid 1, artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123, een dergelijke nationale bepaling buiten toepassing moet laten wanneer een Unierechtconforme uitlegging niet mogelijk is. Deze verplichting rust op de nationale rechter uit hoofde van artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123, waarin bepalingen zijn opgenomen die de in artikel 49 VWEU neergelegde vrijheid van vestiging concreet vormgeven.

2. Analoge toepassing van de rechtspraak inzake technische voorschriften

48. De Nederlandse regering heeft het Hof onder meer in overweging gegeven om in de onderhavige zaak zijn rechtspraak inzake niet-aangemelde technische voorschriften naar analogie toe te passen.

49. Zoals het Hof zelf heeft aangegeven, is zijn rechtspraak inzake technische voorschriften uitzonderlijk van aard en zijn er geen gronden om deze uit te breiden tot andere situaties. De bijzondere kenmerken van de zaken waarin het Hof deze rechtspraak heeft vastgesteld [29], bestonden erin dat de aangehaalde richtlijn, die aan particulieren geen rechten toekent of verplichtingen oplegt, niet de materiële inhoud heeft bepaald van de rechtsregel op basis waarvan de nationale rechter het bij hem aanhangige geschil moest beslechten, zodat de rechtspraak met betrekking tot de niet-inroepbaarheid tussen particulieren van een niet omgezette richtlijn in een dergelijke situatie niet relevant was. [30]

50. De onderhavige zaak houdt geen verband met zaken betreffende niet-aangemelde technische voorschriften. Artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van de richtlijn voorzien niet in een aanmeldingsplicht. Derhalve is er geen reden om de rechtspraak inzake niet-aangemelde technische voorschriften naar analogie toe te passen.

[29] Zie met name arrest van 30 april 1996, CIA Security International, C-194/94, EU:C:1996:172, punt 48; 26 september 2000, Unilever, C-443/98, EU:C:2000:496, punten 44, 50 en 51, en 19 december 2019, Airbnb Ireland, C-390/18, EU:C:2019:1112, punt 100.

[30] Aldus arrest van 7 augustus 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punt 53.

3. Gebruik van de richtlijn als „schild” in plaats van als „zwaard”

51. Volgens de Nederlandse regering volgt uit de rechtspraak van het Hof[31] dat een particulier zich niet op een richtlijnbepaling kan beroepen om jegens een andere particulier een daaruit voortvloeiende verplichting te doen gelden wanneer die verplichting niet uit het nationale recht voortvloeit (de richtlijn kan niet als „zwaard” worden gebruikt). Hieruit volgt evenwel niet dat een particulier zich niet op een richtlijnbepaling kan beroepen wanneer een wederpartij hem een met de richtlijn strijdige nationaalrechtelijke verplichting wil doen opleggen. Volgens de Nederlandse regering dienen de nationale rechterlijke instanties een bepaling van nationaal recht in dat tweede geval (waarin de richtlijn als „schild” wordt gebruikt) buiten toepassing te laten.

52. De Commissie onderkent de noodzaak van een dergelijk onderscheid. Zij benadrukt dat het Hof in zijn rechtspraak heeft vastgesteld dat een richtlijn *uit zichzelf* geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen en bijgevolg niet *als zodanig* jegens een particulier kan worden ingeroepen. In de onderhavige zaak is de verzoekende partij gehouden de overeengekomen vergoeding *te aanvaarden*. Derhalve is verweersters verdediging tegen verzoekers verdergaande vordering niet gebaseerd op de richtlijn zelf, maar op de richtlijn in samenhang met de gesloten overeenkomst. Het gaat derhalve niet om een situatie waarin de richtlijn *uit zichzelf* of *als zodanig* bepaalde rechten aan een particulier toekent.

53. De Commissie betwijfelt evenwel of het voorgaande in deze zaak van doorslaggevend belang is. In de eerste plaats twijfelt zij daaraan omdat het Hof in zijn rechtspraak op categorische wijze heeft vastgesteld dat een richtlijn niet kan worden ingeroepen in een geding tussen particulieren met het oog op het buiten toepassing laten van een met die richtlijn strijdige regeling van een lidstaat.[32] In de tweede plaats twijfelt zij eraan uit hoofde van de bijzondere kenmerken van overeenkomsten tussen particulieren, die erdoor worden gekenmerkt dat de contractpartijen bij de vaststelling van hun rechten en verplichtingen zelf hun belangen afwegen. Het in aanmerking nemen van een richtlijn houdt noodzakelijkerwijs een verslechtering van de situatie van een van de partijen in, zodat de vraag of er een recht of een verplichting uit voortvloeit niet van doorslaggevend belang is. In wezen gaat het namelijk om twee kanten van dezelfde medaille.

54. Ik deel deze laatste conclusie van de Commissie.

55. In de eerste plaats vindt de opvatting dat een richtlijn als zodanig andere gevolgen in horizontale verhoudingen heeft naargelang zij als „schild” dan wel als „zwaard” wordt gebruikt, mijns inziens geen steun in de bewoordingen van artikel 288, derde alinea, VWEU. Deze bepaling voorziet niet in de bevoegdheid om in een horizontale verhouding nationale bepalingen die tegen een richtlijn indruisen nietig te verklaren of deze bepalingen hun nuttig effect te ontnemen.

56. Zoals de Commissie terecht opmerkt, volgt uit de rechtspraak van het Hof in wezen dat het particulieren in horizontale verhoudingen verboden is om aan richtlijnen rechtsgevolgen te ontlenen, hetzij in de vorm van rechten hetzij in de vorm van verplichtingen. De vaststelling of uit een richtlijn een verplichting volgt die een partij aan haar wederpartij wil opleggen dan wel uitsluitend een verbod om een uit het nationale recht voortvloeiende verplichting op te leggen hangt in wezen namelijk af van de processituatie en de gekozen invalshoek, zodat dit onderscheid niet op een objectief criterium berust.

31 De Nederlandse regering verwijst naar de arresten van 7 augustus 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, en 24 januari 2012, Dominguez, C-282/10, EU:C:2012:33.

32 Arrest van 7 augustus 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punt 44.

57. Indien uit de richtlijn een verbod voortvloeit om bepalingen vast te stellen waarbij een voor partijen bindende minimumvergoeding voor een dienst wordt vastgesteld, kan namelijk uiteraard worden betoogd dat dit een situatie is waarin uit een bepaling van nationaal recht de verplichting voortvloeit om een bedrag te betalen dat hoger is dan het door de partijen vastgestelde bedrag en dat de betrokken partij door de richtlijn als door een „schild" tegen die verplichting wordt beschermd. Anderzijds kan echter ook worden betoogd dat uit de richtlijn voor de betrokken particulieren onrechtstreeks een recht en een specifieke verplichting voortvloeit, meer bepaald het recht van de afnemer om door de betaling van de contractueel vastgestelde prijs van zijn verplichting bevrijd te worden en de verplichting van de dienstverrichter om betaling van de overeengekomen prijs te beschouwen als bevrijding van de afnemer van zijn contractuele verplichting. De afnemer verdedigt zich derhalve tegen de vordering met een schild in de ene hand maar slaat tegelijkertijd toe met een zwaard in de andere hand, namelijk om de dienstverrichter ertoe te verplichten de op hemzelf rustende verplichting om betaling van een bedrag dat lager is dan het minimumtarief te beschouwen als een wijze van tenietgaan van de verbintenis.

58. Stel dat een afnemer ten onrechte een vergoeding heeft betaald die hoger is dan langs contractuele weg is overeengekomen en dat hij vervolgens van de dienstverrichter terugbetaling daarvan eist. In dat geval zou hij beogen deze laatste te verplichten om een onverschuldigde betaling te retourneren. Daartoe zou de afnemer een beroep doen op de richtlijn als op een „zwaard". Hetzelfde zou gelden wanneer de partijen een vergoeding zouden zijn overeengekomen die hoger is dan de toepasselijke maximumtarieven, en de dienstverrichter – nadat hij slechts betaling van dat maximumtarief heeft ontvangen – betaling van het verschil tussen dat tarief en het langs contractuele weg vastgestelde bedrag zou vorderen. In wezen zou hij aldus beogen de afnemer ertoe te verplichten hem de uit de richtlijn voortvloeiende contractuele prijs te betalen. Hoewel dergelijke situaties zich in de onderhavige zaak niet voordoen, is het logisch dat de te hanteren oplossing in alle gevallen dezelfde behoort te zijn: indien een bepaling van nationaal recht niet van toepassing behoort te zijn, dan kan zij dat in geen van al die situaties zijn. Het betoog waarin wordt verwezen naar de oplegging van een verplichting aan een particulier garandeert niet dat dit effect in elke processituatie wordt bereikt en berust op een onnauwkeurig en vloeiend criterium.

59. Door het voorstel van de Nederlandse regering vanuit een enigszins andere invalshoek te bekijken kan de aandacht worden gevestigd op de loutere inroepbaarheid van een richtlijn jegens een particulier. De werking van de richtlijn als „schild" zou er in dat geval op neerkomen dat een daarmee strijdige bepaling van nationaal recht als grondslag van de te geven beslissing wordt uitgesloten. In die zin komt de werking van een richtlijn als „schild" overeen met het zogenoemde beroep op een richtlijn met het oog op de uitsluiting van een bepaling van nationaal recht (in het Frans: *invocabilité d'exclusion*) en staat die werking in tegenstelling tot het beroep op een richtlijn met het oog op de substitutie van de nationale bepaling door de richtlijnbepaling, als grondslag van de te geven beslissing (in het Frans: *invocabilité de substitution*). [33]

60. Dit criterium voor het onderscheid van de werking van een richtlijn als een „schild" dan wel als een „zwaard" (aangenomen dat dit onderscheid overeenkomt met de indeling in „uitsluiting" en „substitutie") is wellicht nauwkeuriger, maar er zijn situaties denkbaar waarin het maken van een dergelijk onderscheid moeilijk blijkt.

[33] Zie de conclusie van advocaat-generaal Léger in de zaak Linster, C-287/98, EU:C:2000:3, punt 57 e.v. en het aldaar aangehaalde artikel van Galmot, Y., en Bonichot, J-C., „La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national", *Revue française de droit administratif*, 4(1), janvier-février 1988, blz. 16.

61. Ondanks de stimulansen van de advocaten-generaal Saggio [34], Alber [35] en Ruiz-Jarabo Colomer [36] lijkt het Hof deze opvatting in het arrest Pfeiffer [37] uiteindelijk van de hand te hebben gewezen.

62. In die laatste zaak vloeide de met de arbeidstijdenrichtlijn strijdige verplichting inderdaad niet voort uit de wet maar uit een collectieve arbeidsovereenkomst waarnaar in de door de werknemer gesloten overeenkomst werd verwezen. Het verschil tussen deze twee zaken is erin gelegen dat de met de richtlijn strijdige verplichting in de ene zaak tegelijkertijd kennelijk in strijd is met een beding in de door partijen gesloten prijsovereenkomst (de onderhavige zaak), terwijl er in de andere zaak geen sprake was van een dergelijke kennelijke strijdigheid, aangezien de overeenkomst zelf geen passend arbeidstijdenbeding bevatte maar verwees naar een collectieve overeenkomst waar deze verplichting uit voortvloeide (de zaak die aanleiding heeft gegeven tot het arrest Pfeiffer [38]). Evenwel kan worden betoogd dat het ontbreken van een passend beding in de overeenkomst betekende dat de betrokken verplichting werd vastgesteld door een wettelijke bepaling waarin de maximumduur van de arbeidstijd voor werknemers werd bepaald. De omstandigheid dat de onverenigbaarheid in de onderhavige zaak rechtstreeks voortvloeit uit de inhoud van de overeenkomst kan mijns inziens niet worden geacht in deze zaak tot een andere conclusie met betrekking tot de horizontale rechtstreekse werking van de richtlijn te nopen.

63. Dit gedeelte van mijn uiteenzetting samenvattend ben ik van mening dat op grond van artikel 288, derde alinea, VWEU en de rechtspraak van het Hof niet kan worden aangenomen dat rechten en verplichtingen van particulieren überhaupt bindend kunnen worden vormgegeven door bij de vaststelling van de rechtsgrondslag van een te geven beslissing over een geding tussen particulieren een richtlijnbepaling „als zodanig" in aanmerking te nemen. In deze context moet worden aangenomen dat het bij de vaststelling van de rechtsgrondslag van een dergelijke beslissing van weinig belang is of een bepaling van nationaal recht daarbij buiten toepassing wordt gelaten dan wel door een richtlijnbepaling wordt vervangen of dat de grondslag van de te geven beslissing met een richtlijnbepaling wordt aangevuld. Uiteindelijk zijn de begrippen „substitutie" of „uitsluiting" van een bepaling van nationaal recht in een horizontale verhouding slechts geschikt om de gevolgen van de eventuele inaanmerkingneming van een richtlijn bij de toepassing van het recht vast te stellen. Er is echter geen reden om aan te nemen dat een richtlijn in een horizontale verhouding rechtstreekse werking heeft wanneer de inaanmerkingneming ervan enkel tot gevolg heeft dat een bepaling van nationaal recht buiten toepassing wordt gelaten.

4. Beroep op algemene beginselen van het Unierecht, met inbegrip van de contractvrijheid

64. In haar schriftelijke opmerkingen heeft de Commissie subsidiair voorgesteld om de litigieuze bepaling buiten toepassing te laten wegens de onverenigbaarheid ervan met de door artikel 16 van het Handvest gewaarborgde contractvrijheid. Deze vrijheid omvat de vrijheid van partijen om de prijs voor een prestatie te bepalen en wordt door de bepaling van nationaal recht die voor bepaalde diensten voorziet in verplichte minimumtarieven beperkt. Gelet op de onevenredigheid van de

[34] Zie de conclusie van advocaat-generaal Saggio in de gevoegde zaken Océano Grupo Editorial en Salvat Editores, C-240/98-C-244/98, EU:C:1999:620, punt 38.

[35] Zie de conclusie van advocaat-generaal Alber in de zaak Collino en Chiappero, C-343/98, EU:C:2000:23, punt 30.

[36] Zie de conclusie van advocaat-generaal Ruiz-Jarabo Colomer in de gevoegde zaken Pfeiffer e.a., C-397/01–C-403/01, EU:C:2003:245, punt 58.

[37] Arrest van 5 oktober 2004, C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584.

[38] Arrest van 5 oktober 2004, C-397/01–C-403/01, EU:C:2004:584.

opgelegde beperking van deze vrijheid is de Commissie van mening dat de litigieuze bepaling van Duits recht, voor zover deze strijdig is met artikel 16 van het Handvest, door de nationale rechter buiten toepassing moet worden gelaten.

65. Ik bespreek om te beginnen de uit de bestaande rechtspraak voortvloeiende criteria voor de inroepbaarheid van het Handvest om een met een richtlijn strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten (a). Vervolgens onderzoek ik of daaraan is voldaan wat betreft de contractvrijheid en het recht om de prijs te bepalen (b). Ten slotte beoordeel ik of de bepaling die deze vrijheid waarborgt, in het onderhavige geval kan worden toegepast (c).

a) Voorwaarden voor het inroepen van algemene beginselen van Unierecht, met inbegrip van de beginselen die concreet worden vormgegeven door het Handvest

66. In de rechtspraak die is ontwikkeld naar aanleiding van het arrest Mangold [39] heeft het Hof ingestemd met de mogelijkheid om in horizontale verhoudingen bepalingen van nationaal recht die strijdig zijn met een richtlijn buiten toepassing te laten wanneer dit wordt vereist uit hoofde van algemene beginselen van Unierecht, met inbegrip van de beginselen die concreet worden vormgegeven door het Handvest. [40]

67. Derhalve heeft het Hof geoordeeld dat er een grond bestaat om nationale bepalingen die in strijd zijn met richtlijn 2000/78/EG van de Raad [41] buiten toepassing te laten voor zover dit noodzakelijk is ter wille van de eerbiediging van algemene beginselen van het Unierecht, zoals het verbod van discriminatie op grond van leeftijd [42], het verbod van discriminatie op grond van godsdienst of overtuiging [43] en het recht op effectieve rechterlijke bescherming [44]. In zaken betreffende richtlijn 2003/88/EG [45] heeft het Hof geoordeeld dat er een grond bestaat om nationale bepalingen die inbreuk maken op het door artikel 31, lid 2, van het Handvest gewaarborgde recht van de werknemer op jaarlijkse vakantie met behoud van loon buiten toepassing te laten. [46]

68. Het Hof heeft zich daarentegen tegen een dergelijke benadering verzet met betrekking tot de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 1 van de Derde richtlijn (90/232/EEG) van de Raad [47], op grond dat deze bepaling niet kan worden geacht concreet vorm te geven aan een algemeen

39 Arrest van 22 november 2005, C-144/04, EU:C:2005:709, punt 76.

40 De verhouding tussen de algemene beginselen van het Unierecht en de door het Handvest gewaarborgde grondrechten blijkt niet eenduidig uit de rechtspraak van het Hof. Advocaat-generaal Cruz Villalón was in zijn conclusie in de zaak Prigge e.a., C-447/09, EU:C:2011:321, van oordeel dat het algemene Unierechtelijke beginsel van non-discriminatie sinds de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in het „Handvest van Lissabon" is gepositiveerd (punt 26 van de conclusie). Gemakshalve zal ik gebruikmaken van het begrip „algemene beginselen van Unierecht, met inbegrip van de beginselen die concreet zijn vormgegeven door het Handvest".

41 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep (PB 2000, L 303, blz. 16).

42 Zie met name arresten van 22 november 2005, Mangold, C-49/17, EU:C:2018:709; 19 januari 2010, Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, punt 46, en 19 april 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punten 35-37.

43 Zie met name arresten van 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punten 76, 77 en 79; 11 september 2018, IR, C-68/17, EU:C:2018:696, punten 69-71, en 22 januari 2019, Cresco Investigation, C-193/17, EU:C:2019:43, punten 76 en 80).

44 Zie arrest van 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punt 78.

45 Richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB 2003, L 299, blz. 9)

46 Zie met name arresten van 6 november 2018 Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, punten 74, 80 en 81 en punt 2 van het dictum, en 6 november 2018, Bauer en Willmeroth, C-569/16 en C-570/16, EU:C:2018:871, punten 80, 84 en 91.

47 Richtlijn van 14 mei 1990 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen van de lidstaten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven (PB 1990, L 129, blz. 33).

beginsel van Unierecht.[48] Het heeft in dezelfde zin overwogen met betrekking tot de bepalingen van richtlijn 2002/14/EG[49] en vastgesteld dat het verbod in artikel 3, lid 1, als rechtstreeks toepasselijk rechtsvoorschrift, noch uit de bewoordingen van artikel 27 van het Handvest noch uit de toelichtingen bij dit artikel kan worden afgeleid.[50]

69. De rechtspraak van het Hof wordt bekritiseerd in de rechtsleer omdat deze er in verhoudingen tussen particulieren aanleiding toe zou geven dat het Handvest[51] overdreven eng en aan de hand van vage criteria wordt toegepast[52]. Ook de advocaten-generaal hebben in het verleden een ruimere toepassing van het Handvest in horizontale verhoudingen bepleit.[53] Niettemin blijft het Hof in beginsel zijn behoedzame en casuïstische benadering toegedaan.[54]

70. De paradox van deze hele situatie is dat het nuttig effect van het Handvest, dat een met de Verdragen vergelijkbare handeling van primair recht is, gelet op de niet-toepasselijkheid van de richtlijnen in horizontale verhoudingen, in horizontale verhoudingen door de jaren heen „in stukken" aan het licht is gekomen naar aanleiding van opeenvolgende verzoeken om een prejudiciële beslissing betreffende de mogelijkheid om bepalingen van nationaal recht die strijdig zijn met niet of niet correct omgezette richtlijnen buiten toepassing te laten. Op dit gebied is het Handvest namelijk van uitzonderlijk praktisch belang gebleken en is het *de facto* – om de taal van de alchemisten te gebruiken – de steen der wijzen van het Unierecht geworden, die ertoe dient om niet-edele normen (die niet de horizontale werking van richtlijnbepalingen hebben) om te zetten in edele normen (die wel een dergelijke werking hebben). Naar aanleiding hiervan zijn de regels voor het inroepen van het Handvest in verhoudingen tussen particulieren ontwikkeld.

71. Gelet op de huidige stand van de rechtspraak van het Hof is de essentiële voorwaarde om een bepaling van het Handvest als autonome grondslag voor een beslissing in procedures voor de nationale rechterlijke instanties in te roepen dat zij „op zich volstaan"[55]. De betrokken bepaling moet namelijk volstaan om op autonome basis een recht aan particulieren te verlenen dat zij als zodanig in gedingen met andere particulieren kunnen doen gelden. Om dit mogelijk te maken moet daaruit een recht voortvloeien dat zowel dwingend als onvoorwaardelijk is. Aan deze laatste voorwaarde is niet voldaan wanneer voor de vaststelling van de reikwijdte van dat recht hetzij in het Unierecht hetzij in het nationale recht aanvullende bepalingen moeten worden vastgesteld.[56]

48 Zie arrest van 7 augustus 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punt 48.

49 Richtlijn van het Europees Parlement en de Raad van 11 maart 2002 tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Europese Gemeenschap (PB 2002, L 80, blz. 29).

50 Zie arrest van 15 januari 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, punt 46.

51 Zie bijvoorbeeld Leczykiewicz, D., „*Horizontal application of the Charter of Fundamental Rights*", *European Law Review*, 2013, 38(4), blz. 479-497.

52 Zie bijvoorbeeld Frantziou, E., *The horizontal effect of fundamental rights in the European Union: a constitutional analysis*, Oxford, Oxford University Press, 2019, waarin het standpunt wordt vertolkt dat „[the] judgments remain rooted in largely unpredictable, case-by-case assessments, which predominantly concern direct effect, but marginalise the overall significance of horizontality in the field of fundamental rights (as well as the risk of its over-extension)" (blz. 114).

53 Zie met name de conclusie van advocaat-generaal Cruz Villalón in de zaak Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2013:491, punten 34-80.

54 In het licht van de recentste rechtspraak rijst evenwel de vraag of advocaat-generaal Bot het standpunt dat hij heeft ingenomen in zijn conclusie in de gevoegde zaken Bauer en Willmeroth, C-569/16 en C-570/16, EU:C:2018:337, punt 95, waarin hij de toenmalige benadering van het Hof „overdreven beperkend" heeft genoemd, vandaag nog zou handhaven.

55 Zie in dit verband de conclusie van advocaat-generaal Bot in de gevoegde zaken Bauer en Willmeroth, C-569/16 en C-570/16, EU:C:2018:337, punten 80 en 82 en aldaar aangehaalde literatuur.

56 Lenaerts, K., „The Role of the EU Charter in the Member States", in: *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States*, Oxford, Hart, 2020, blz. 32-33; Prechal, S., „Horizontal direct effect of the Charter of Fundamental Rights of the EU", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, deel 66 (2020), blz. 420.

72. Een voorwaarde voor de toepassing van een bepaling van het Handvest om de horizontale werking van een richtlijnbepaling tot stand te brengen is daarenboven het bestaan van een verband tussen de specifieke bepaling van het Handvest en de bepaling van de richtlijn. Wat betreft een aantal rechten moet dit verband erin bestaan dat de bepaling van het Handvest door de richtlijnbepaling concreet wordt vormgegeven. [57]

73. De vraag luidt of aan deze voorwaarden is voldaan met betrekking tot artikel 16 van het Handvest voor zover dit artikel de contractvrijheid waarborgt.

74. Alvorens deze vraag te beantwoorden onderstreep ik dat de onderhavige zaak in wezen geen betrekking heeft op de horizontale rechtstreekse werking van een bepaling van het Handvest in de klassieke zin. De vraag luidt namelijk niet of een bepaling van het Handvest rechtstreeks verplichtingen aan een van de contractpartijen oplegt, maar of een bepaling van nationaal recht in een geding tussen particulieren buiten toepassing kan worden gelaten wegens de onverenigbaarheid daarvan met een bepaling van het Handvest, meer bepaald artikel 16 daarvan. Ook in dat geval moet evenwel aan de genoemde voorwaarden worden voldaan, aangezien deze van doorslaggevend belang zijn voor de rechtstreekse werking van de bepaling van het Handvest, dat wil zeggen voor de rechtstreekse toepasselijkheid ervan in het aanhangige geding.

b) Contractvrijheid

1) Inleidende opmerkingen

75. De contractvrijheid [58] is een van de wezenlijke beginselen van het privaatrecht, naast het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen en het beginsel van goede trouw. Hoewel de bronnen van dit beginsel teruggaan tot de oudheid, wordt traditioneel aangenomen dat het voor het eerst ten volle in de Code Napoléon tot uitdrukking is gekomen. [59]

76. Soms kan de indruk ontstaan dat de contractvrijheid als het ware – om een Engelse uitdrukking te gebruiken – „the elephant in the room" is. Naar mijn mening heeft dit beginsel zijn juiste plaats in het stelsel van het Unierecht nog niet gevonden. Niettemin vormt het de hoeksteen van dat stelsel, met name in de context van de werking van de fundamentele vrijheden. [60] Zonder dit instrument is het ondenkbaar dat een interne markt of een sociale markteconomie met een groot concurrentievermogen in de zin van artikel 3, lid 3, VEU tot stand kan worden gebracht of dat een economisch beleid zou kunnen worden gevoerd dat strookt met

[57] Deze voorwaarde is niet absoluut. In de oudere rechtspraak leek deze voorwaarde een essentiële rol te spelen (zie bijvoorbeeld arresten van 19 januari 2010, Kücükdeveci, C-555/07, EU:C:2010:21, punt 21; 19 april 2016, DI, C-441/14, EU:C:2016:278, punten 22, 27, 35 en 38, en 7 augustus 2018, Smith, C-122/17, EU:C:2018:631, punt 48). Anderzijds heeft het Hof in zijn arrest van 6 november 2018, Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften, C-684/16, EU:C:2018:874, punten 78 en 79, geoordeeld dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon geen concretisering in afgeleid recht vereist. In gelijke zin heeft het Hof geoordeeld in het arrest van 17 april 2018, Egenberger, C-414/16, EU:C:2018:257, punt 78, met betrekking tot het recht op een doeltreffende rechterlijke bescherming.

[58] In de Poolse rechtsleer wordt dikwijls het begrip „beginsel van contractvrijheid" gebruikt. Om de indruk te vermijden dat ik die vrijheid kwalificeer als „beginsel" in plaats van als „recht" in de zin van artikel 52 van het Handvest, zal ik het begrip „contractvrijheid" hanteren.

[59] Trzaskowski, R., *Granice swobody kształtowania treści i celu umów obligacyjnych. Art. 353(1) k.c.*, Kraków, Zakamycze, 2005, blz. 41; in navolging van Ghestin, J., *Traité de droit civil. La formation du contrat*, Parijs, 1993, blz. 41, wijst hij er evenwel op dat artikel 1134 van dit wetboek, dat traditioneel als uitvloeisel van dat beginsel wordt beschouwd, dat beginsel in wezen in het geheel niet uitdrukt.

[60] Zoals J. Basedow onlangs heeft opgemerkt, „[w]hile the freedom of contract was a necessary element in the overall scheme of the internal market from the very beginning, it has only much more recently been acknowledged as a principle of EU law." (Basedow, J., *EU Private Law. Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, Cambridge – Antwerp – Chicago, 2021, blz. 426, Nb 68.).

het beginsel van een openmarkteconomie met vrije mededinging, zoals bedoeld in artikel 119 VWEU. Niettemin blijft dit beginsel verborgen achter een heel stelsel van andere beginselen en rechten van de Unie.

77. De onderhavige zaak zou voor het Hof de gelegenheid kunnen vormen om meer aandacht aan de contractvrijheid te besteden en om de plaats ervan in het stelsel van het Unierecht te verduidelijken.

2) Erkenning van de contractvrijheid in het recht en in de rechtspraak

78. Bij de huidige stand van het recht wordt de contractvrijheid gewaarborgd door artikel 16 van het Handvest. Hoewel deze vrijheid daarin niet uitdrukkelijk wordt genoemd, blijkt uit de toelichtingen bij het Handvest [61] dat zij een bestanddeel is van de vrijheid van ondernemerschap, waaraan het genoemde artikel is gewijd.

79. Een bepaling van het Handvest kan verschillende rechten en vrijheden waarborgen en verschillende beginselen in het leven roepen. [62] Sommige daarvan kunnen voldoen aan de voorwaarden om in procedures voor de nationale rechterlijke instanties als grondslag van de te nemen beslissingen in aanmerking te worden genomen, andere niet. [63] De omstandigheid dat artikel 16 onder meer betrekking heeft op de contractvrijheid betekent niet dat de regels voor de inroepbaarheid ervan voor de nationale rechterlijke instanties ook gelden voor de andere in artikel 16 van het Handvest gewaarborgde rechten en vrijheden. Gelet op het voorwerp van de onderhavige zaak zal ik mijn onderzoek beperken tot de contractvrijheid, en voorts tot het specifieke recht dat daaruit voortvloeit.

80. Uit de toelichtingen bij het Handvest volgt uitdrukkelijk dat artikel 16 ervan uitsluitend strekt tot codificering van de rechtspraak van het Hof waarin het reeds had geoordeeld dat de contractvrijheid in het Unierecht van toepassing is. [64] Vervolgens is de status van de contractvrijheid als beginsel van het Unierecht bevestigd in de arresten van het Hof die na de vaststelling van het Handvest zijn gewezen. [65] Derhalve kan worden aangenomen dat zij een door het Unierecht gewaarborgde, bestendige vrijheid is. Aangenomen wordt dat zij een recht is en geen beginsel in de zin van artikel 52, lid 5, van het Handvest. [66]

61 Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten (PB 2007, C 303, blz. 17; hierna: „toelichtingen bij het Handvest").

62 Zie toelichtingen bij het Handvest met betrekking tot artikel 52, lid 5, ervan.

63 Lenaerts, K., op. cit., blz. 33, waarin wordt aangegeven dat artikel 31, lid 2, van het Handvest slechts wat betreft „de wezenlijke inhoud" ervan („the essence") horizontale rechtstreekse werking heeft.

64 Op dit punt wordt naar de toelichtingen bij het handvest verwezen in de arresten van 16 januari 1979, Sukkerfabriken Nykøbing, 151/78, EU:C:1979:4, punt 19, en 5 oktober 1999, Spanje/Commissie, C-240/97, EU:C:1999:479, punt 99.

65 Zie met name arresten van 22 januari 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punten 42 en 43; 18 juli 2013, Alemo-Herron e.a., C-426/11, EU:C:2013:521, punten 32-35, en 24 september 2020, YS (Bedrijfspensioenen van kaderpersoneel), C-223/19, EU:C:2020:753, punt 86.

66 Arrest van 22 januari 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punten 43-48. Zie ook Oliver, P., „What purpose does Article 16 of the Charter serve?", in: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 12.06, blz. 295-296; Jarass, H. D., „Art.16 Unternehmerische Freiheit", *Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar*, 4e ed., 2021, München, C.H. Beck, 2021, punt 2.

3) Reikwijdte van de contractvrijheid

81. De contractvrijheid is een subtype van de vrijheid in het algemeen. Daarbij gaat het om de vrijheid op het gebied van de privaatrechtelijke verbintenissen. Deze vrijheid wordt vaak gelijkgesteld met de wilsautonomie van het individu, maar heeft een beperktere reikwijdte, aangezien zij niet op alle rechtshandelingen ziet maar alleen op overeenkomsten. [67]

82. Traditioneel wordt aangenomen dat de contractvrijheid bestaat uit ten minste de vrije sluiting van overeenkomsten, de vrije keuze van een medecontractant, de vrije vaststelling van de inhoud van overeenkomsten – en derhalve van verbintenissen – en de vrije keuze met betrekking tot de vorm van een overeenkomst. [68] Het recht op de vrije vormgeving van rechtsbetrekkingen door de betrokken partijen omvat het recht op het vaststellen van de hoogte van de wederzijdse prestaties, waaronder met name de prijs van of het honorarium voor een door de wederpartij verrichte dienst.

83. Een dergelijk beeld van de vrijheid komt naar voren in de rechtspraak van het Hof, dat er uitdrukkelijk op wijst dat de oplegging door een lidstaat van een contracteerplicht aan een particulier een substantiële inmenging in de contractvrijheid vormt [69], dat de contractvrijheid onder meer de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer behelst [70] alsook het recht van partijen om vrij wederzijdse verplichtingen aan te gaan [71], waaronder de vrijheid om de prijs voor een prestatie te bepalen [72], en ten slotte het recht van partijen om door hen gesloten contracten te wijzigen [73].

84. Gelet op het voorgaande ben ik van mening dat de contractvrijheid een recht is dat zowel in de rechtsorden van de lidstaten als in het Unierecht wordt erkend. Deze vrijheid verleent aan particulieren bepaalde rechten, die gepaard gaan met de verplichting om niet in te grijpen in de wilsautonomie van de partijen, met name door een verplichting om overeenkomsten te sluiten of te beëindigen of door een bepaalde inhoud aan dergelijke overeenkomsten op te leggen.

4) Relevantie van de verwijzing in artikel 16 van het Handvest

85. Gelet op de bewoordingen van artikel 16 van het Handvest kan aan de stelligheid van de hierboven getrokken conclusie worden getwijfeld. Uit dat artikel volgt namelijk dat de vrijheid van ondernemerschap wordt erkend „overeenkomstig het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken". In het arrest Association de médiation sociale [74] heeft het Hof

67 Machnikowski, P., *Swoboda umów według art. 353(1) k.c. Konstrukcja prawna*, Warschau, C.H. Beck, 2005, blz. 2–3.

68 *Ibidem*, blz. 3–4. Deze definitie strookt met de bewoordingen van artikel 1102 van het Franse burgerlijk wetboek, waarin is bepaald: „Chacun est libre de contracter ou de ne pas contracter, de choisir son cocontractant et de déterminer le contenu et la forme du contrat dans les limites fixées par la loi." Zie ook von Bar, C., Clive, E., Schulte-Nölke, Hans (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline Edition, Munich, Sellier, 2009, Book II – I:102: Party Autonomy (1) „Parties are free to make a contract or other juridical act and to determine its contents, subject to any applicable mandatory rules"; alsmede UNIDROIT Principles 2016, Art. 1.1., getiteld „Freedom of contract", waarin is bepaald: „The parties are free to enter into a contract and to determine its content."

69 Zie met name arrest van 28 april 2009, Commissie/Italië, C-518/06, EU:C:2009:270, punten 66-71.

70 Zie met name arresten van 22 januari 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punt 43, en 20 december 2017, Polkomtel, C-277/16, EU:C:2017:989, punt 50.

71 Zie met name arrest van 20 mei 2010, Harms, C-434/08, EU:C:2010:285, punt 36.

72 Zie met name arresten van 22 januari 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punt 43; 20 december 2017, Polkomtel, C-277/16, EU:C:2017:989, punt 50, en 24 september 2020, YS (Bedrijfspensioenen van kaderpersoneel), C-223/19, EU:C:2020:753, punt 86.

73 Zie met name arrest van 5 oktober 1999, Spanje/Commissie, C-240/97, EU:C:1999:479, punt 99.

74 Arrest van 15 januari 2014, C-176/12, EU:C:2014:2.

geoordeeld dat uit de bewoordingen van artikel 27 van het Handvest[75], waarin een soortgelijke verwijzing is opgenomen, „duidelijk [blijkt] dat dit artikel pas zijn volle werking verkrijgt nadat het nader is bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften".[76] Bijgevolg kon het voor de beslissing in die zaak doorslaggevende verbod, als rechtstreeks toepasselijk rechtsvoorschrift, noch uit de bewoordingen van artikel 27 van het Handvest, noch uit de toelichtingen bij dit artikel worden afgeleid.[77]

86. Anders dan de rechten waarop artikel 27 van het Handvest betrekking heeft, wordt de contractvrijheid, hoewel zij in artikel 16 niet uitdrukkelijk wordt genoemd, in de toelichtingen bij het Handvest evenwel als een door die bepaling beschermde vrijheid genoemd. Daarenboven is zij bevestigd in de rechtspraak van het Hof. Derhalve is er geen reden om de rechtspraak over artikel 27 van het Handvest zonder meer op deze vrijheid toe te passen.

87. Ik ben tevens van mening dat de verwijzing naar het Unierecht en het nationale recht in artikel 16 van het Handvest van andere aard is dan die in artikel 27 van het Handvest. Terwijl in het laatste geval verwezen wordt naar bepalingen waardoor het betrokken recht eerst nog moet worden vormgegeven, is er in het eerste geval sprake van een verwijzing naar bepalingen waarin de regels zijn neergelegd voor de uitoefening van een reeds bestaand en in het Handvest gewaarborgd recht.

88. Zoals blijkt uit de toelichtingen bij het Handvest wordt het door artikel 16 gewaarborgde „recht […] vanzelfsprekend uitgeoefend met inachtneming van het recht van de Europese Unie en de nationale wetgevingen. Het kan worden onderworpen aan de beperkingen van artikel 52, lid 1, van het Handvest." Zoals het Hof heeft benadrukt, heeft de vrijheid van ondernemerschap geen absolute gelding, maar moet zij in relatie tot haar functie in de samenleving worden beschouwd.[78] Door de overheid kan op een groot aantal wijzen in deze vrijheid worden ingegrepen. Met dit overheidsingrijpen kunnen in het algemeen belang beperkingen aan de uitoefening van deze vrijheid worden gesteld.[79] Hetzelfde geldt voor de contractvrijheid.

89. In dit verband deel ik de in de rechtsleer vertolkte opvatting dat de verwijzing in artikel 16 van het Handvest enkel beoogt te benadrukken dat met betrekking tot het in dit artikel gewaarborgde recht een grotere mate van overheidsingrijpen is toegestaan dan bij andere rechten. Deze verwijzing getuigt er niet van dat het door dit recht gewaarborgde beschermingsniveau wordt beperkt, dat het recht de status van beginsel heeft of dat het een recht van de „tweede categorie" is.[80]

90. Dat neemt niet weg dat beslissingen in de praktijk zelden uitsluitend op artikel 16 van het Handvest zullen worden gebaseerd.[81] In vergelijking met andere grondrechten moeten de vrijheid van ondernemerschap en derhalve ook de contractvrijheid vaak andere door het

75 In artikel 27 van het Handvest is bepaald: „Werknemers en hun vertegenwoordigers moeten in de gevallen en onder de voorwaarden waarin het recht van de Unie en de nationale wetgevingen en praktijken voorzien, de zekerheid hebben, dat zij op passende niveaus tijdig worden geïnformeerd en geraadpleegd."

76 Arrest van 15 januari 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, punt 45.

77 Arrest van 15 januari 2014, Association de médiation sociale, C-176/12, EU:C:2014:2, punt 46.

78 Zie met name arresten van 9 september 2004, Spanje en Finland/Parlement en Raad, C-184/02 en C-223/02, EU:C:2004:497, punten 51 en 52; 6 september 2012, Deutsches Weintor, C-544/10, EU:C:2012:526, punt 54; 22 januari 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punt 45, en 24 september 2020, YS (Bedrijfspensioenen van kaderpersoneel), C-223/19, EU:C:2020:753, punt 88.

79 Arrest van 22 januari 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punt 46.

80 Zie bijvoorbeeld Leonard, T., Salteur, J., „Article 16. Liberté d'entreprise", in: Picod, F., Rizcallah, C., Van Drooghenbroeck, S., (red.) *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne: commentaire article par article. 2e éd.*, Brussel, Bruylant, 2020, blz. 407, § 15, blz. 415, § 24; Jarass, H. D., *op. cit.*, punt 20.

81 Oliver, P., *op. cit.*, § 12.08, blz. 299. Volgens de auteur is de bepaling voorbehouden voor extreme gevallen („extreme cases").

Unierecht beschermde waarden voor laten gaan. [82] De noodzaak van een vergaand ingrijpen in de contractvrijheid is met name duidelijk ten aanzien van gereglementeerde markten en consumententransacties.

5) Autonomie van artikel 16 van het Handvest voor zover daaruit het recht van partijen voortvloeit om de prijs voor een dienst te bepalen

91. Wat betreft voornoemde rechten, die bestanddelen van de vrijheid zijn en die zijn bevestigd in de rechtspraak van het Hof, is in de onderhavige zaak het recht van contractpartijen van belang om de inhoud van een rechtsbetrekking vorm te geven door de prijs voor de betrokken dienst te bepalen. Ik zal de rest van mijn uiteenzetting tot dat recht beperken.

92. Ik ben van mening dat het recht van partijen om afspraken te maken over de prijs van de dienst waarop de door hen gesloten overeenkomst betrekking heeft dermate duidelijk, helder en ondubbelzinnig is dat in het Unierecht, of in het nationale recht, niet hoeft te worden gepreciseerd om de inhoud ervan vast te stellen.

93. Voor zover artikel 16 van het Handvest de vrijheid van partijen waarborgt om de prijs voor een dienst te bepalen, is dit artikel derhalve een bepaling die „op zich volstaat". Dit artikel voldoet derhalve aan de essentiële voorwaarde voor rechtstreekse werking.

6) Geoorloofde beperkingen van de contractvrijheid wat betreft het recht om de prijs te bepalen

94. Uit de opmerkingen in punt 88 van deze conclusie volgt dat het bestaan van beperkingen van de contractvrijheid inherent is aan deze vrijheid. In wezen wordt de reikwijdte ervan in negatieve zin bepaald door de door het Unierecht en de wetgeving van de lidstaten opgelegde beperkingen ervan. De toelaatbaarheid van deze beperkingen moet worden getoetst aan artikel 52, lid 1, van het Handvest.

95. Een beperking van die vrijheid kan voortvloeien uit het nationale recht, uit het Unierecht of, in voorkomend geval, uit beide. [83]

7) Wijze van inroepen van artikel 16 van het Handvest in horizontale verhoudingen

96. De vraag rijst hoe het recht van partijen om de prijs voor een dienst te bepalen moet worden ingeroepen in een geding tussen particulieren. De twijfels dienaangaande vloeien eruit voort dat het inroepen van het betreffende recht niet volledig strookt met de wijze van inroepen die bekend is uit de rechtspraak.

97. De rechtspraak van het Hof waarin de rechtstreekse inroepbaarheid van de algemene beginselen van het Unierecht is toegelaten, met inbegrip van de beginselen die concreet worden vormgegeven door het Handvest, had betrekking op de subjectieve rechten van particulieren. Deze lagen ten grondslag aan specifieke rechten, die gepaard gingen met verplichtingen van de wederpartij. Het recht op vakantie of het recht om niet te worden gediscrimineerd ging gepaard

[82] Bijvoorbeeld ten aanzien van het intellectuele eigendomsrecht – zie arrest van 24 november 2011, Scarlet Extended, C-70/10, EU:C:2011:771, punt 50 –, of het recht van het publiek op informatie – zie arrest van 22 januari 2013, Sky Österreich, C-283/11, EU:C:2013:28, punt 66.

[83] Gelet op het voorrangsbeginsel kunnen door het nationale recht opgelegde beperkingen niet strijdig zijn met de beperkingen die door het Unierecht worden opgelegd.

met de verplichting van de wederpartij om hetzij vakantie of een compensatie voor niet-opgenomen vakantiedagen toe te kennen, hetzij rechten toe te kennen die in een soortgelijke situatie ook aan andere personen worden toegekend. [84]

98. Deze redenering kan niet worden gevolgd met betrekking tot het recht om de prijs voor een dienst te bepalen. In de eerste plaats vloeit uit de contractvrijheid voort dat een particulier recht heeft op een rechtsbetrekking die vrij is van inmenging in de wilsautonomie van de partijen bij een potentiële of reeds bestaande rechtsbetrekking. Dit recht kan niet in dezelfde mate worden gekwantificeerd als het recht op vakantie of arbeid. In de tweede plaats is er in dit geval geen sprake van een recht jegens een particulier in een geding. In wezen zijn inbreuken op de contractvrijheid namelijk het gevolg van beperkingen van het genot ervan die worden gesteld door partijen die buiten de bestaande of de potentiële rechtsbetrekking staan. Dergelijke beperkingen zijn zonder twijfel terug te voeren op het optreden van de overheid of van instanties die bevoegd zijn om bindende bepalingen vast te stellen die regels bevatten voor het sluiten van overeenkomsten op het betrokken gebied. De partij op wie de verplichting uit hoofde van de contractvrijheid rust, is geen andere particulier, zoals met name de wederpartij bij een overeenkomst. [85]

99. Het recht om betaling van de overeengekomen prijs te verlangen kan namelijk niet worden gelijkgesteld met het recht op vaststelling van de inhoud van een rechtsbetrekking, waaronder de te betalen prijs. Dit recht is namelijk niet gebaseerd op de contractvrijheid maar op de gesloten specifieke overeenkomst. De niet-nakoming of tekortkoming in de nakoming van een overeenkomst door een van de betrokken partijen vormt geen schending van de contractvrijheid maar van het beginsel dat verbintenissen moeten worden nagekomen. [86]

100. Zoals de Commissie ter terechtzitting terecht heeft opgemerkt, beschermt de contractvrijheid beide partijen namelijk in wezen tegen inmenging van buitenaf en niet tegen elkaar. Het essentiële recht om een prijs te bepalen is het gezamenlijke recht van deze twee partijen en geen recht van de ene partij jegens de andere.

101. Hieruit volgt dat schendingen van uit de contractvrijheid voortvloeiende rechten in de eerste plaats verticaal van aard zijn. Dat is niet ongebruikelijk, aangezien het grondrecht in alle situaties waarin het Hof de rechtstreekse horizontale werking van het Handvest heeft erkend, eerst in een verticale betrekking werd geschonden, namelijk omdat de staat had verzuimd de passende bescherming van de grondrechten van een particulier te waarborgen. Pas later is de vraag gerezen of de andere particulier, bij gebreke van een bepaling die een dergelijke bescherming verzekert, verplicht was positief te handelen. [87]

102. Het specifieke karakter van schendingen van de contractvrijheid is dat zij formeel gezien tegen beide contractpartijen gericht zijn. Dit kan zich evenwel op verschillende wijzen in het rechtsbelang van elk van hen vertalen. Voor de ene partij kan het een bijkomend recht inhouden, terwijl het voor de andere een verplichting kan inhouden.

84 Hoewel het Hof dit niet uitdrukkelijk erkent, is het natuurlijke gevolg van bijvoorbeeld de erkenning van het recht op compensatie voor niet-opgenomen vakantiedagen de verplichting van de werkgever om een dergelijke compensatie te verstrekken.

85 Jarass, H. D., *op. cit.*, punt 2.

86 Zie in dit verband het duidelijke onderscheid dat tussen deze beginselen wordt gemaakt in UNIDROIT Principles 2016, commentaar bij artikel 1.3, getiteld „Binding character of contract": „1. The principle pacta sunt servanda. This Article lays down another basic principle of contract law […]".

87 Zie in dat opzicht Frantziou, E., *op. cit., blz. 39, die* betoogt: „Indeed, it is not necessary to view vertical and horizontal obligations to protect fundamental rights as emphatically separate issues. Responsibility for violations of fundamental rights operates on a spectrum, which ranges from state obligations to the duties we owe to one another."

103. Aangezien de voornaamste wijze van inmenging in de contractvrijheid erin bestaat dat deze door de overheid wordt beperkt, is verdediging tegen een dergelijke inmenging in een geding met een contractpartij die een recht aan deze beperking ontleent slechts mogelijk door de onrechtmatigheid van de betreffende vrijheidsbeperking aan te voeren. De rechtmatigheid ervan hangt af van de vraag of zij voldoet aan de voorwaarden waaraan de in artikel 52, lid 1, van het Handvest genoemde beperkingen van de rechten en vrijheden moeten voldoen. De bewering dat een beperking onrechtmatig is, impliceert een schending van een door artikel 16 van het Handvest gewaarborgd grondrecht.

104. In het licht van het voorgaande is het duidelijk dat een zaak als de onderhavige geen betrekking heeft op de rechtstreekse horizontale werking in de klassieke zin, namelijk die waarin een particulier de adressaat van een rechtsregel is en derhalve verplicht is om op een bepaalde wijze te handelen. Het gaat erom dat het Handvest in een geding wordt ingeroepen als toetssteen voor de onrechtmatigheid van de bepaling waarop de ingestelde vordering gebaseerd is. [88]

105. Ik zie niet in waarom de bepaling van artikel 16 van het Handvest niet als dergelijke rechtmatigheidstoetssteen zou kunnen worden beschouwd. De bepaling is voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk voor zover zij relevant is voor de beslissing in de onderhavige zaak, dat wil zeggen voor zover de vrijheid van particulieren om de prijs te bepalen eruit voortvloeit. In geval van een schending door een bepaling van nationaal recht die binnen de werkingssfeer van het Handvest valt, dienen dezelfde beginselen te worden toegepast die gelden in het geval van onverenigbaarheid van bepalingen van nationaal recht met Verdragsbepalingen die inhouden dat een regel van nationaal recht buiten toepassing moet worden gelaten. [89]

106. Deze conclusie wordt geenszins weerlegd door artikel 51, lid 1, van het Handvest. Het Hof heeft namelijk reeds aangegeven dat de omstandigheid dat een aantal bepalingen van het primaire recht in de eerste plaats gericht is tot de lidstaten niet uitsluit dat zij kunnen worden toegepast op betrekkingen tussen particulieren. [90]

c) Beroep op de contractvrijheid in het hoofdgeding

107. De onderhavige zaak valt binnen de werkingssfeer van artikel 16 van het Handvest. De litigieuze bepaling van nationaal recht beperkt namelijk de door dit artikel gewaarborgde contractvrijheid en valt binnen de werkingssfeer van Unierechtelijke bepalingen, namelijk van artikel 15, lid 1, artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123.

108. De litigieuze bepaling van nationaal recht is strijdig met de aangehaalde bepalingen van richtlijn 2006/123, zoals uitdrukkelijk blijkt uit het arrest Commissie/Duitsland [91] en uit de beschikking in de zaak hapeg dresden [92]. Een krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest bindt de nationale rechterlijke instanties.

88 In de rechtsleer wordt aangegeven dat deze situatie vergelijkbaar is met de driehoekssituaties genoemd in punt 28 supra. Leczykiewicz, D., „Horizontal Effect of Fundamental Rights: In Search of Social Justice or Private Autonomy in EU Law", in: *General Principles of EU law and European Private Law*, The Netherlands, Wolters Kluwer, 2013, § 6.06, blz. 185.

89 Zie met name arrest van 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, EU:C:1978:49, punt 25.

90 Zie arrest van 6 november 2018, Bauer en Willmeroth, C-569/16 en C-570/16, EU:C:2018:871, punt 88.

91 Arrest van 4 juli 2019, C-377/17, EU:C:2019:562.

92 Beschikking van 6 februari 2020, C-137/18, niet gepubliceerd, EU:C:2020:84.

109. De bepalingen van artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123 voorzien ten aanzien van de lidstaten in specifieke eisen met betrekking tot de vaststelling van bepalingen van nationaal recht die voorzien in prijsregulering voor diensten die binnen de werkingssfeer van hoofdstuk III van deze richtlijn vallen. [93]

110. Bij de vaststelling van deze bepalingen heeft de Uniewetgever de verschillende concurrerende grondrechten reeds tegen elkaar afgewogen en de evenredigheid van de oplossing beoordeeld.

111. Bij de toepassing van artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123 moeten de uit het nationale recht voortvloeiende beperkingen van de contractvrijheid binnen de door de bepalingen van het Unierecht gestelde grenzen blijven.

112. Derhalve impliceert de door het Hof in het arrest Commissie/Duitsland [94] vastgestelde onverenigbaarheid van een litigieuze bepaling van nationaal recht die voorziet in een beperking van het recht om vrijelijk een prijs te bepalen met een bepaling van Unierecht die de grenzen voor dergelijke wettelijke bepalingen afbakent, dat de bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet worden gelaten. In het geval van een dergelijke onverenigbaarheid lijdt het namelijk geen twijfel dat de in het nationale recht vastgestelde beperking van het recht om vrijelijk een prijs te bepalen niet voldoet aan de voorwaarden van artikel 52, lid 1, van het Handvest. Aangezien dit het geval is, schendt deze beperking de bepaling van artikel 16 van het Handvest.

113. Gelet op het voorgaande dient de nationale rechter in het hoofdgeding de met richtlijn 2006/123 strijdige litigieuze nationale bepaling buiten toepassing te laten op grond dat het grondrecht van de contractvrijheid, en meer bepaald het recht van partijen om vrijelijk de prijs te bepalen moet worden geëerbiedigd.

114. Los van het voorstel dat ik formuleer in deel 1 van afdeling D van mijn analyse ben ik derhalve van mening dat een nationale rechter die moet oordelen over een vordering die is gebaseerd op een nationale bepaling die in minimumtarieven voor dienstverrichters voorziet op een wijze die strijdig is met artikel 15, lid 1, artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123, een dergelijke nationale bepaling buiten toepassing moet laten wanneer een Unierechtconforme uitlegging niet mogelijk is. Deze verplichting rust op de nationale rechter uit hoofde van artikel 16 van het Handvest.

5. Verplichting tot tenuitvoerlegging van een niet-nakomingsarrest

115. In de onderhavige zaak rijst de vraag of de nationale rechter verplicht is om de litigieuze nationale bepaling buiten toepassing te laten op grond dat krachtens artikel 258 VWEU een arrest is gewezen waarin de onverenigbaarheid van deze bepaling met de richtlijn is vastgesteld.

[93] In dit verband merk ik op dat artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123 geen absoluut verbod op prijsregulering inhoudt maar slechts de verplichting om ervoor te zorgen dat bepalingen die voorzien in maximum- en maximumtarieven voor diensten voldoen aan de voorwaarden van artikel 15, lid 3, te weten aan de voorwaarden van non-discriminatie, noodzakelijkheid en evenredigheid.

[94] Arrest van 4 juli 2019, C-377, EU:C:2019:562.

116. Volgens vaste rechtspraak van het Hof is de vaststelling in een krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest dat een lidstaat in zijn verplichtingen tekort is geschoten van declaratoire aard. [95] Een dergelijk arrest roept evenwel verplichtingen in het leven voor de autoriteiten van de staat die het ten uitvoer moeten leggen. Die verplichting rust ook op de rechterlijke instanties, die in de uitoefening van hun functie gehouden zijn de eerbiediging van het arrest te verzekeren [96] en die verplicht zijn om met het Unierecht strijdige bepalingen buiten toepassing te laten [97].

117. De vraag rijst of deze laatste verplichting op zich volstaat als grond om een met een richtlijn strijdige bepaling van nationaal recht in een horizontale betrekking buiten toepassing te laten.

118. Ik denk van niet.

119. In de eerste plaats volgt uit de rechtspraak van het Hof dat het in een procedure die wordt geregeld door artikel 258 VWEU niet bevoegd is om handelingen van de lidstaten nietig te verklaren. [98] Indien wordt aangenomen dat een bepaling van nationaal recht waarvan de onverenigbaarheid met de richtlijn voortvloeit uit een krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest, uit hoofde van dat arrest niet door de rechterlijke instanties kan worden toegepast, zou dit gevolgen hebben die gelijkwaardig zijn aan de nietigverklaring van die bepaling.

120. In de tweede plaats zijn de rechterlijke instanties van een lidstaat, zoals het Hof zelf heeft benadrukt in het arrest Waterkeyn e.a. [99], in het geval van een arrest waarin wordt vastgesteld dat een lidstaat zijn verplichtingen uit het Verdrag niet is nagekomen, krachtens (thans) artikel 260, lid 1, VWEU gehouden daaruit de passende consequenties te trekken. Niettemin vloeien de voor particulieren geldende specifieke rechten niet voort uit dat arrest maar uit de bepalingen van Unierecht die rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde hebben.

121. Met dit betoog strookt ook de rechtspraak van het Hof inzake de overheidsaansprakelijkheid voor schade in geval van niet-omzetting of onjuiste omzetting van een richtlijn die is ingezet met het arrest Francovich e.a. [100] Daaruit volgt dat schadevorderingen in een dergelijke situatie gebaseerd zijn op de bepalingen van het Unierecht en niet op het arrest waarin de schending van de op de lidstaat rustende verplichtingen wordt vastgesteld. [101]

122. Derhalve ben ik van mening dat een krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest, hoewel het specifieke verplichtingen aan de rechterlijke instanties van de lidstaten oplegt, voor deze instanties niet tegelijkertijd een bron is van nieuwe bevoegdheden, naast de al toegekende. Indien een nationale rechterlijke instantie in het geval van de onverenigbaarheid van een bepaling van nationaal recht met een bepaling van Unierecht met rechtstreekse werking, de betrokken bepaling van nationaal recht krachtens het Unierecht buiten toepassing moet laten, wordt die verplichting door het krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest slechts geactualiseerd.

95 Arrest van 16 december 1960, Humblet, 6/60, EU:C:1960:48.

96 Zie met name arrest van 14 december 1982, Waterkeyn e.a., 314/81–316/81 en 83/82, EU:C:1982:430, punt 14.

97 Zie met name arresten van 13 juli 1972, Commissie/Italië, 48/71, EU:C:1972:65, punt 7, en 19 januari 1993, Commissie/Italië, C-101/91, EU:C:1993:16, punt 24.

98 Arrest van 16 december 1960, Humblet, 6/60, EU:C:1960:48, blz. 1206.

99 Arrest van 14 december 1982, Waterkeyn e.a., 314/81–316/81 en 83/82, EU:C:1982:430, punt 16.

100 Arrest van 19 november 1991, C-6/90 en C-9/90, EU:C:1991:428.

101 Zie punten 40, 41 en 44 van dat arrest.

123. De bepaling van artikel 260, lid 1, VWEU kan niet aldus worden uitgelegd dat een krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest ertoe zou leiden dat aan particulieren nieuwe verplichtingen worden opgelegd. Dergelijke verplichtingen kunnen overeenkomstig artikel 288, derde alinea, VWEU namelijk niet door de richtlijn als zodanig aan particulieren worden opgelegd. In dat geval zou een krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest tot gevolg hebben dat de bindende werking van de bepalingen van een richtlijn, als bron van Unierecht, wordt gewijzigd.

124. Zoals een bindende uitlegging van een richtlijnbepaling in een prejudiciële beslissing de verwijzende rechter bindt maar niet tot gevolg heeft dat de regels voor de toepassing van de richtlijn in horizontale verhoudingen worden gewijzigd, zo is er mijns inziens ook geen reden waarom een krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest een dergelijk gevolg zou hebben.

125. Een dergelijk arrest geeft zonder twijfel aanleiding tot een bepaalde uitlegging van het Unierecht. Het is voor de nationale rechterlijke instanties bindend bij de toepassing van het recht. Deze uitlegging dient door de verwijzende rechter in aanmerking te worden genomen. Het is in dit verband irrelevant dat deze verplichting samenvalt met de verplichting het arrest dat in het kader van de procedure van artikel 258 VWEU is gewezen ten uitvoer te leggen.

126. Om deze redenen ben ik van mening dat een krachtens artikel 258 VWEU gewezen arrest op zich niet volstaat om een bepaling van nationaal recht, waarop dat arrest betrekking heeft, die strijdig is met de richtlijn in een horizontale verhouding buiten toepassing te laten.

V. Conclusie

127. Gelet op het voorgaande geef ik het Hof in overweging de prejudiciële vragen van het Bundesgerichtshof te beantwoorden als volgt:

„Een nationale rechterlijke instantie die moet oordelen over een geding tussen particulieren betreffende een vordering die is gebaseerd op een nationale bepaling die in minimumtarieven voor dienstverrichters voorziet op een wijze die strijdig is met artikel 15, lid 1, artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 betreffende diensten op de interne markt, moet een dergelijke nationale bepaling buiten toepassing laten. Deze verplichting rust op de nationale rechter uit hoofde van:

– artikel 15, lid 2, onder g), en artikel 15, lid 3, van richtlijn 2006/123, waarin bepalingen zijn opgenomen die de in artikel 49 VWEU neergelegde vrijheid van vestiging concreet vormgeven, en

– artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie."