CONCLUSIE VAN ADVOCAAT-GENERAAL D. RUIZ-JARABO COLOMER van 27 april 2004 [1]

I — Voorgeschiedenis

1. Het is voor de tweede keer dat ik conclusie neem in de onderhavige zaken [2], die in 2001 werden ingeleid toen het Arbeitsgericht Lörrach (Duitsland) [3], bevoegd voor arbeidszaken in eerste aanleg, aan het Hof drie prejudiciële vragen voorlegde.

2. Oorspronkelijk besloot het Hof deze zaken, die van technische aard zijn [4], toe te wijzen aan een kamer van vijf rechters [5], en zonder mondelinge behandeling arrest te wijzen. Terwijl het antwoord op de eerste twee vragen voorspelbaar lijkt, schept de derde grotere problemen.

Met deze laatste vraag wenst het Arbeitsgericht te vernemen of artikel 6, punt 2, van richtlijn 93/104/EG betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd [6], dat de nationale autoriteiten verplicht ervoor te waken dat de wekelijkse arbeidstijd, inclusief overuren, niet meer bedraagt dan 48 uur, voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is om door particulieren voor de nationale rechterlijke instanties te kunnen worden ingeroepen wanneer een lidstaat zijn nationaal recht niet naar behoren aan deze richtlijn heeft aangepast.

3. Blijkens de beschikking van de grote kamer van het Hof van 13 januari 2004 tot heropening van de mondelinge procedure [7], oordeelde de Zesde kamer dat, mocht dit artikel voldoen aan de voorwaarden voor rechtstreekse werking, er aanleiding zou kunnen bestaan om in het kader van een geding tussen particulieren de consequenties vast te stellen van de onverenigbaarheid van een nationale bepaling tot omzetting van een richtlijn met een voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk voorschrift van het gemeenschapsrecht. Dit is de reden waarom

1 — Oorspronkelijke taal: Spaans.

2 — De eerste conclusie is genomen op 6 mei 2003, op welke datum de mondelinge behandeling is gesloten.

3 — Het betreft zeven beschikkingen van 26 september 2001, overeenkomende met evenzovele hoofdzaken die bij deze rechterlijke instantie aanhangig zijn. De zeven zaken zijn bij beschikking van de president van het Hof van 7 november 2001 ten behoeve van de schriftelijke procedure gevoegd.

4 — In de loop van de schriftelijke procedure hebben alleen verzoekers in de hoofdgedingen en de Commissie opmerkingen ingediend.

5 — In dit geval de Zesde kamer.

6 — Richtlijn van de Raad van 23 november 1993 (PB L 307, blz. 18).

7 — Dit blijkt uit punt 6 van die beschikking.

de Zesde kamer op grond van artikel 44, lid 4, van het Reglement voor de procesvoering besloot de zaken naar de voltallige zitting te verwijzen.

4. Om het debat te vergemakkelijken werd een zitting georganiseerd waarvoor, naast de partijen in de hoofdgedingen, de lidstaten, de Raad en de Commissie werden uitgenodigd.

In deze conclusie beperk ik mij tot de behandeling van deze vraag, terwijl ik voor het overige naar mijn eerdere conclusie verwijs.

5. Aan de op 9 maart 2004 gehouden zitting is deelgenomen door de vertegenwoordigers van verzoekers in het hoofdgeding en door de gemachtigden van de Duitse, de Franse en de Italiaanse regering en de regering van het Verenigd Koninkrijk en van de Commissie.

II — Juridisch en feitelijk kader

6. De arbeidstijd en de rusttijd zijn in Duitsland geregeld in het Arbeitszeitgesetz (arbeidstijdenwet) van 6 juni 1994, dat is vastgesteld ter omzetting van richtlijn 93/104.

7. Volgens § 2, lid 1, Arbeitszeitgesetz wordt als arbeidstijd beschouwd de tijd van het begin tot het einde van de arbeid, zonder de pauzes; ingevolge § 3 Arbeitszeitgesetz mag de arbeidstijd per dag niet meer dan 8 uur bedragen, maar hij kan nochtans tot 10 uur worden verlengd, mits hij niet een gemiddelde van 8 uur per dag binnen een tijdvak van 6 kalendermaanden of 24 weken overschrijdt.

8. § 7, lid 1, punt 1, Arbeitszeitgesetz staat evenwel toe dat bij collectieve arbeidsovereenkomst of bij bedrijfsakkoord, en in afwijking van § 3:

„a) de arbeidstijd, zelfs zonder compensatie, tot meer dan 10 uur per dag wordt verlengd, wanneer de arbeidstijd regelmatig en in aanzienlijke mate aanwezigheidsdienst omvat;

[...]"

9. § 14, lid 1, van het Tarifvertrag über Arbeitsbedingungen für Angestellte, Arbeiter und Auszubildende des Deutschen Roten Kreuzes (collectieve arbeidsovereenkomst inzake de arbeidsvoorwaarden voor functio-

narissen, werknemers en medewerkers in opleiding van het Duitse Rode Kruis; hierna: „collectieve arbeidsovereenkomst van het Rode Kruis"), dat is gebaseerd op § 7, lid 1, punt 1, sub a, Arbeitszeitgesetz, bepaalt dat de normale arbeidstijd, exclusief pauzes, 39 uur (vanaf 1 april 1990 38 ½ uur) per week niet mag overschrijden. In de regel wordt de gemiddelde tijd berekend over een tijdvak van 26 weken.

Niettemin kan volgens § 14, lid 2, de normale arbeidstijd worden verlengd:

a) tot 10 uur per dag of gemiddeld 49 uur per week, indien de arbeidstijd regelmatig aanwezigheidsdienst van gemiddeld minstens 2 uur per dag omvat;

b) tot 11 uur per dag, of gemiddeld 54 uur per week, indien de arbeidstijd regelmatig aanwezigheidsdienst van gemiddeld minstens 3 uur per dag omvat, en

c) tot 12 uur per dag, of gemiddeld 60 uur per week, indien de werknemer enkel op de werkplek aanwezig behoeft te zijn om indien nodig werkzaamheden te verrichten.

10. Verzoekers zijn allen ambulancehulpverleners, bevoegd om medische spoedhulp te verlenen en patiënten te vervoeren, en werknemers of gewezen werknemers van het Duitse Rode Kruis. Twee van hen vorderen de betaling van overuren en de overigen de erkenning van het recht om niet meer dan 48 uur per week te werken. Naast andere activiteiten verleent verweerster medische spoedhulp te land, beheert zij verschillende permanent bemande hulpposten, en voert zij deze taken met behulp van ambulances uit.

11. De arbeidsovereenkomsten worden beheerst door de collectieve arbeidsovereenkomst van het Rode Kruis. Tussen partijen is in confesso dat aan de door § 14, lid 2, sub b, van die collectieve arbeidsovereenkomst gestelde feitelijke voorwaarden voor de verlenging van de arbeidstijd, te weten minstens drie uur verplichte aanwezigheidsdienst per dag („Arbeitsbereitschaft"), is voldaan.

12. Volgens de ten tijde van de feiten geldende versie van het Arbeitszeitgesetz kon de maximale wekelijkse arbeidstijd, vastgesteld in artikel 6, punt 2, van richtlijn 93/104, permanent worden verlengd, omdat volgens § 7, lid 1, punt 1, sub a, van deze wet de arbeidstijd zonder compensatie tot meer

dan tien uur per dag kon worden verlengd, wanneer zij regelmatig en in aanzienlijke mate aanwezigheidsdienst omvatte. [8]

III — Onderzoek van de vraag

13. In mijn eerdere conclusie heb ik, met verwijzing naar verschillende citaten uit rechtspraak en doctrine, betoogd dat het een geschil tussen particulieren betreft, zodat de werknemers op grond van de welbekende arresten van het Hof aangaande de rechtstreekse werking van richtlijnen die door de lidstaten niet naar behoren zijn omgezet, geen beroep kunnen doen op artikel 6, punt 2, van richtlijn 93/104.

14. Ik heb eveneens beklemtoond dat in dergelijke gevallen de geadieerde rechter het nationale recht zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn, teneinde het hiermee beoogde resultaat te bereiken en aldus aan artikel 249, derde alinea, EG, te voldoen.

15. Ik heb er ten slotte aan herinnerd dat wanneer deze „richtlijnconforme uitlegging" niet mogelijk is, de nationale rechter op grond van de rechtspraak van het Hof gehouden is zorg te dragen voor de volle werking van het gemeenschapsrecht en daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de nationale wetgeving buiten toepassing te laten, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enige andere constitutionele procedure hoeft te vragen of af te wachten.

16. Ik begrijp en deel de bezorgdheid van hen die van mening zijn dat het feit dat de horizontale rechtstreekse werking van richtlijnen niet is erkend aan deze stelling in de weg staat, maar het is nu eenmaal zo dat het het in overeenstemming brengen van deze jurisprudentiële koers, die ingaat tegen de mening van verschillende advocaten-generaal en een groot deel van de doctrine, met het vereiste van de „richtlijnconforme uitlegging" één van de meest ingewikkelde problemen van het communautaire recht vormt, waarvoor moeilijk een algemene oplossing kan worden gevonden. Het is evenwel nuttig hier dieper op in te gaan om althans een aan de bijzonderheden van de onderhavige zaken aangepaste oplossing te vinden die rekening houdt met het beginsel van de voorrang van het gemeenschapsrecht, de verplichting tot loyale samenwerking die krachtens artikel 10 EG op de lidstaten rust, alsmede met de normatieve aard van de richtlijn en de gevolgen die zij op het door het Verdrag ingevoerde rechtsstelsel heeft.

8 — De Duitse regering wijst er in haar antwoord op een door het Hof geformuleerde vraag op, dat het Arbeitszeitgesetz met ingang van 1 januari 2004 is gewijzigd en dat vanaf die datum aan de werknemer een compensatie moet worden verleend voor de verlenging van de dagelijkse arbeidstijd tot meer dan tien uur. De wijziging is ingevoerd naar aanleiding van het arrest van 9 september 2003, Jaeger (C-151/02, Jurispr. blz. I-8389). In punt 71 daarvan is vastgesteld dat een beschikbaarheidsdienst, waarbij een arts fysiek in het ziekenhuis aanwezig moet zijn, volledig arbeidstijd in de zin van richtlijn 93/104 is, zodat deze communautaire regeling zich verzet tegen de wetgeving van een lidstaat die de tijdvakken gedurende welke de werknemer in het kader van die dienst niet werkzaam is, als rusttijd kwalificeert.

Ik kan er al terstond op wijzen dat geen enkel in het kader van de pleidooien ontwikkeld argument mij volledig heeft overtuigd.

17. Het Hof wenst te worden voorgelicht over de haalbaarheid van de „richtlijnconforme uitlegging", gezien de bijzondere omstandigheden van deze zaken: ten eerste vormt § 7, lid 1, punt 1, sub a, Arbeitszeitgesetz een uitzondering op algemenere bepalingen van die wet die geheel in overeenstemming zijn met de letter en het doel van de communautaire norm; ten tweede beoogt richtlijn 93/104 de werknemers te beschermen omdat zij de zwakkere partij in de arbeidsverhouding zijn; ten derde strekt de vordering van het merendeel van de verzoekers tot erkenning van het recht niet meer dan 48 uur per week te werken, een eis die niet van financiële aard is en moeilijk in geld kan worden gewaardeerd, zodat het erg onwaarschijnlijk is dat zij op grond van schending van de communautaire rechtsorde van de overheidsorganen schadevergoeding zullen krijgen.

18. Deze zaken onderscheiden zich door hun bijzondere kenmerken van eerder door het Hof onderzochte zaken waarin de wetgeving van een lidstaat niet binnen de gestelde termijn dan wel niet naar behoren aan een richtlijn was aangepast. In het onderhavige geval heeft de Bondsrepubliek Duitsland een wet afgekondigd om richtlijn 93/104 naar de letter en de geest in haar nationaal recht om te zetten. Ik ga ervan uit dat het haar bedoeling was dit naar behoren te doen, omdat er geen enkele aanwijzing bestaat dat zij welbewust de bedoeling had de haar bij artikel 10 EG opgelegde loyaliteitsverplichting te omzeilen. Het bewijs van haar goede wil blijkt uit het feit dat zij in minder dan vier maanden haar wetgeving heeft gewijzigd teneinde die aan de door het Hof in zijn arrest Jaeger [9] gegeven uitlegging aan te passen. Bovendien moet elke rechter er volgens de rechtspraak van uitgaan dat de staat de bedoeling heeft gehad ten volle uitvoering te geven aan de uit de betrokken richtlijn voortvloeiende verplichtingen. [10]

19. Bijgevolg moet worden aangenomen dat het Duitse Arbeitszeitgesetz tot doel heeft de voorschriften van richtlijn 93/104 volledig over te nemen. Dit is echter op één punt mislukt: het heeft de grenzen overschreden die worden afgebakend door de correcte indeling in beginselen (artikelen 1-16) en afwijkingen (artikelen 17 en 18) waarop het systeem van de richtlijn is gebaseerd. Ik heb het natuurlijk over § 7, lid 1, punt 1, sub a, van de betrokken wet, die een uitzonderingsbepaling vormt, aangezien de andere bepalingen, die de definitie van arbeidstijd en rusttijden bevatten, de communautaire regelgeving uiterst nauwgezet in acht nemen.

20. Deze bepaling van de Duitse wet, waarop de verlenging van de wekelijkse arbeidstijd in

9 — Arrest Jaeger, aangehaald in voetnoot 8.

10 — Arrest van 16 december 1993, Wagner Miret (C-334/92, Jurispr. blz. I-6911, punt 20).

§ 14 van de collectieve arbeidsovereenkomst van het Rode Kruis berust, is namelijk als een uitzondering op § 3 van die wet geformuleerd, volgens welke de arbeidstijd niet langer mag zijn dan acht uur per dag.

21. Wanneer deze laatste bepaling wordt uitgelegd in samenhang met § 9 van de aangehaalde wet, volgens welke de zondag een rustdag is, komt men uit bij een wekelijkse arbeidstijd van 48 uur, hetgeen overeenkomt met de regeling van artikel 6, punt 2, van richtlijn 93/104. Alleen al via de toepassing van deze twee nationale bepalingen zou de meerderheid van de verzoekers in de hoofdgedingen in het gelijk kunnen worden gesteld, omdat, zoals ik al heb gezegd, twee van de zeven verzoekers betaling van overuren vorderen, de vijf anderen echter erkenning van het recht niet meer dan 48 uur per week te werken.

Wanneer de Duitse rechter aldus zou handelen, zou dit dan betekenen dat hij in strijd met vaste rechtspraak de rechtstreekse werking van een bepaling van een richtlijn erkent die, zoals bekend, als zodanig geen verplichtingen aan particulieren kan opleggen? [11]

11 — Arresten van 26 februari 1986, Marshall (152/84, Jurispr. blz. 723, punt 48), en 13 november 1990, Marleasing (C-106/89, Jurispr. blz. I-4135, punt 6).

22. De lidstaten die aan deze prejudiciële procedure hebben deelgenomen, hebben openlijk blijk gegeven van hun consternatie over de mogelijkheid van een ommekeer in de rechtspraak in die zin dat de rechtstreekse werking van een richtlijn die niet binnen de vastgestelde termijn of op onjuiste wijze in nationaal recht is omgezet, zou worden erkend. Ik deel deze vrees niet want ik geloof niet dat deze vraag aan de orde is ten aanzien van artikel 6, punt 2, van richtlijn 93/104, ofschoon het voldoet aan de voorwaarden dat het voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk is. [12] Evenmin ben ik het eens met degenen die hebben aangevoerd dat de niettoepassing in de hoofdgedingen van de met voormelde gemeenschapsrechtelijke bepaling strijdige Duitse regel erop zou neerkomen dat aan deze bepaling rechtstreekse werking wordt toegekend, zulks ondanks de talrijke beslissingen van het Hof waarin deze rechtstreekse werking in geschillen tussen particulieren wordt verworpen.

Ik schaar mij daarentegen achter de Italiaanse regering, die het zowel minder verstorend als — gezien de door het Verdrag via de richtlijnen nagestreefde doelen — doelmatiger acht vast te houden aan de door het Hof uitgewerkte oplossing, waarbij de voorkeur wordt gegeven aan die uitlegging van de nationale norm die het meest beantwoordt aan het communautaire rechtssysteem.

12 — Arresten van 19 januari 1982, Becker (8/81, Jurispr. blz. 53, punt 25); 22 juni 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Jurispr. blz. 1839, punt 29); 17 september 1996, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e.a. (C-246/94–C-249/94, Jurispr. blz. I-4373, punt 17); 1 juni 1999, Kortas (C-319/97, Jurispr. blz. I-3143, punt 21), en 5 februari 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Jurispr. blz. I-1477, punt 22).

23. Het spreekt vanzelf dat de verplichting van de lidstaten om het in de richtlijnen vastgelegde resultaat te bereiken, alsmede hun uit artikel 10 EG voortvloeiende verplichting om alle algemene en bijzondere maatregelen te treffen die geschikt zijn om de nakoming van die verplichting te verzekeren, voor alle met overheidsgezag beklede instanties in de lidstaten, met inbegrip van de rechterlijke instanties, gelden. [13]

24. Teneinde de weigering van de erkenning van de rechtstreekse werking van een bepaald artikel van een richtlijn in een geding tussen particulieren te compenseren, heeft het Hof de doctrine van de „richtlijnconforme uitlegging" ontwikkeld, op grond waarvan de rechter bij de toepassing van bepalingen van nationaal recht, ongeacht of zij van eerdere of latere datum dan de richtlijn zijn, deze zoveel mogelijk moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en het doel van de richtlijn om aldus aan artikel 249, derde alinea, EG, te voldoen. [14] Dit beginsel dient in het bijzonder door de nationale rechter te worden toegepast wanneer een lidstaat, zoals in casu, van mening is dat de door hem vastgestelde bepalingen voldoen aan de vereisten van die richtlijn. [15]

25. Evenwel heeft het Hof zich in een reeks zaken, waarin het voor een dergelijke uitlegging heeft gekozen omdat het om geschillen tussen particulieren ging, er niet toe beperkt dit beginsel alleen maar te noemen, maar is het verder gegaan door geval per geval aan de verwijzende rechter het concrete resultaat aan te geven waartoe hij moest komen. Bij wijze van illustratie zal ik hier enkele voorbeelden geven. [16]

13 — Arresten van 10 april 1984, Von Colson en Kamann (14/83, Jurispr. blz. 1891, punt 26), en 15 mei 1986, Johnston (222/84, Jurispr. blz. 1651, punt 53).

14 — Arresten Marleasing, aangehaald in voetnoot 11, punt 8, en Wagner Miret, aangehaald in voetnoot 10, punt 20; arresten van 14 juli 1994, Faccini Dori (C-91/92, Jurispr. blz. I-3325, punt 26), en 13 juli 2000, Centrosteel (C-456/98, Jurispr. blz. I-6007, punt 16).

15 — Arrest Wagner Miret, aangehaald in voetnoot 10, punt 21. Zie Bernardeau, L., „Clauses abusives: l'illicéite des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire", *Revue européenne de droit de la consommation*, 2000, blz. 261-281, met name blz. 270: „L'obligation d'interprétation conforme qui découle du principe de la primauté du droit communautaire s'applique *a fortiori* lorsque la directive a été transposée".

16 — Een deel van de Duitse doctrine kent aan de nationale rechter de bevoegdheid toe om de in het nationale recht bestaande onvolkomenheden of zelfs de onverenigbaarheden met het communautaire recht door middel van een richtlijnconforme uitlegging te verhelpen, teneinde zich te voegen naar de doelstellingen van de communautaire richtlijn. Zie Götz, V., „Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien — Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat", *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, blz. 1854: „Über die Auslegung von Begriffen und Normen, die eine offensichtliche Kongruenz zwischen Richtlinie und staatlichem Umsetzungsrecht aufweisen, hinaus, kann richtlinienkonforme Auslegung in begrenztem Umfange die weitergehende Funktion erfüllen, Unzulänglichkeiten der staatlichen Gesetzgebung zu überbrücken oder der Richtlinie zu einem Anwendungsvorrang gegenüber solchen Bestimmungen des nationalen Rechts zu verhelfen, die nicht direkt umsetzungsbedingt sind, deren Anwendung aber im Bereich der Richtlinie mit dieser nicht zu vereinbaren wäre." Volgens deze doctrine strekt de voorrang van het gemeenschapsrecht zich uit tot zijn uitlegging, hetgeen impliceert dat de door het Hof gegeven uitlegging voorrang moet hebben boven elke andere uitlegging die aan de nationale voorschriften ter omzetting van de communautaire richtlijn zou kunnen worden gegeven, hetgeen als ultieme gevolg zou hebben dat de nationale rechter het nationale recht contra legem moet uitleggen teneinde de toepassing van de communautaire rechtsnorm te verzekeren. Als voorbeeld kan worden geciteerd Dendrinos, A., *Rechtsprobleme der Direktwirkung von EWG-Richtlinien*, blz. 290-292, met name blz. 290: „In diesem Punkt muss hervorgehoben werden, dass die Richtlinienbestimmungen Vorrang in der Auslegung haben. Dies bedeutet, dass den durch den EuGH ausgelegten Richtlinienvorschriften des Gemeinschaftsrechts für den Ausgangsfall Vorrang gegenüber der gegenteiligen einheimischen Interpretation einer mehrdeutigen zur Ausführung der Richtlinien ergangenen nationalen Norm gebührt. Hier spricht man von der unmittelbar wirkenden Auslegung. Aufgrund dieser Erkenntnis kommt man der Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung ein Stück näher, da der nationale Richter wegen der vorrangigen Auslegung des EuGH gegebenenfalls nationales Recht contra legem auslegen muss, welches zur Umsetzung der Richtlinie ergangen ist und zugleich private Rechtsverhältnisse regelt", en Brechmann, W., *Die Richtlinienkonforme Auslegung*, blz. 160-166, met name blz. 163, die verwijst naar deze door verschillende auteurs verdedigde doctrine: „Die These von Dendrinos, dass eine richtlinienkonforme Auslegung auch eine Auslegung contra legem erlaube, ist jedoch keineswegs eine vereinzelte Sondermeinung, sondern sie wird von anderen Autoren der völkerrechtlichen Theorie vertreten".

26. Naar aanleiding van de uitlegging van de niet in Spaans recht omgezette richtlijn 68/151/EEG [17], die tot doel heeft de gevallen van nietigheid van naamloze vennootschappen te beperken teneinde de rechtszekerheid te waarborgen in de betrekkingen tussen de vennootschap en derden, alsmede tussen de deelnemers in de vennootschap, heeft het Hof de nationale rechter erop gewezen dat hij gehouden is om zijn nationale recht uit te leggen in het licht van de bewoordingen en het doel van deze richtlijn, *teneinde te voorkomen dat de nietigheid van een vennootschap wordt uitgesproken op andere dan in artikel 11 van de richtlijn genoemde gronden.* [18]

De vennootschap Marleasing had nietigverklaring gevorderd van de oprichtingsakte van een naamloze vennootschap wegens het ontbreken van een oorzaak, wegens simulatie alsmede wegens benadeling van de schuldeisers van de vennootschap. Verweerster concludeerde tot afwijzing van de vordering, omdat in artikel 11 van de richtlijn, waarin de gevallen van nietigheid van een naamloze vennootschap limitatief worden opgesomd, het ontbreken van een oorzaak niet voorkomt. Om te voldoen aan de door het Hof voorgestane oplossing moest de nationale rechter de artikelen 1261 en 1275 van het Spaanse burgerlijk wetboek, volgens welke overeenkomsten zonder oorzaak of met een ongeoorloofde oorzaak geen enkel rechtsgevolg hebben, buiten toepassing laten. Dit is precies wat de Juzgado de Primeria Instancia nr. 1 de Oviedo heeft gedaan in zijn vonnis van 23 februari 1991, waarin hij de vordering afwees voorzover zij was gebaseerd op het ontbreken van een oorzaak, een nietigheidsgrond die niet in richtlijn 68/151 is genoemd. [19] In het arrest, dat unaniem werd geprezen wegens de communautaire geest die eruit spreekt, is de vraag of de toepassing van de leer van de „richtlijnconforme uitlegging" soortgelijke gevolgen zou kunnen hebben als de erkenning van de rechtstreekse horizontale werking van richtlijnen, niet aan bod gekomen.

27. In het arrest Wagner Miret [20] werd uit de verwijzingsbeschikking afgeleid, dat de Spaanse bepalingen niet in overeenstemming met richtlijn 80/987/EEG [21] konden worden uitgelegd en *hoger leidinggevend personeel dus niet de door die richtlijn verleende waarborgen konden bieden.* Dientengevolge moest de betrokken lidstaat de schade vergoeden die de belanghebbenden hadden geleden doordat de richtlijn niet was uitgevoerd.

In de prejudiciële procedure werd de nadruk gelegd op het feit dat het Koninkrijk Spanje

17 — Eerste richtlijn van de Raad van 9 maart 1968 strekkende tot het coördineren van de waarborgen, welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van de tweede alinea van artikel 58 van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 65, blz. 8).

18 — Arrest Marleasing, aangehaald in voetnoot 11, punt 13. Curtin D., „Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights", *Common Market Law Review*, 1990, blz. 709-739, met name blz. 724: „In Marleasing, the end result was that the Spanish tribunal was obliged to interpret the provisions of the Spanish Civil Code in a manner so as to preclude a declaration of nullity of a public limited company based on a ground different from those set out in Article 11 of the (unimplemented) first Company Directive. This means in effect that the obligation contained in a directive is placed on *private parties*, albeit after having been transformed, via judicial interpretation, into one of national law. In practice, this clever judicial strategy achieves, where the national law is at all open to interpretation, the same result as if a particular provision of that directive could be recognized as enjoying horizontal direct effects. In this manner, 'horizontal' rights which are enshrined in directives can have the force of law as between individuals without a specific domestic legislative process and the primacy of Community law is assured."

19 — Zie databank DEC-NAT van het Hof, referentie: dos-Cour QP/01853-P1.

20 — Aangehaald in voetnoot 10, punt 22.

21 — Richtlijn van de Raad van 20 oktober 1980 betreffende de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten inzake de bescherming van de werknemers bij insolventie van de werkgever (PB L 283, blz. 23), zoals gewijzigd bij richtlijn 87/164/EEG van de Raad van 2 maart 1987 (PB L 66, blz. 11).

geen andere waarborginstelling had opgericht dan het Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), dat echter geen dekking verleende aan deze personeelscategorie in geval van niet-betaling van salarissen als gevolg van de insolvabiliteit van de ondernemer. Ingevolge de ruime beoordelingsmarge die bij richtlijn 80/987 aan de lidstaten is toegekend, oordeelde het Hof dat deze personeelscategorie niet met een beroep op de richtlijn de betaling van achterstallige salarissen kon vorderen van het waarborgfonds, dat voor andere categorieën werknemers was opgericht. In zijn vonnis van 16 februari 1994 heeft het Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de vordering afgewezen en aldus Fogasa niet-aansprakelijk verklaard, maar wel erkend dat verzoeker een schadevordering had op de staat, die hij voor de bevoegde rechter moest instellen. [22]

28. In het arrest Océano Grupo Editorial en Salvat Editores [23] moest worden beslist of bij gebreke van aanpassing van het nationale recht aan richtlijn 93/13/EEG [24] binnen de gestelde termijn, een civiele rechter te Barcelona zich ambtshalve onbevoegd kon verklaren omdat zijn bevoegdheid was overeengekomen in een contractueel beding dat door diezelfde rechter als oneerlijk in de zin van de richtlijn werd beschouwd. In navolging van advocaat-generaal Saggio, die in de punten 27 tot en met 37 van zijn voortreffelijke conclusie deze netelige vraag uitputtend onderzocht, antwoordde het Hof hierop bevestigend, overwegende dat het vereiste van „conforme uitlegging" in het bijzonder meebrengt dat de nationale rechter *die uitlegging volgt die hem de mogelijkheid biedt, zich ambtshalve onbevoegd te verklaren ingeval hij als bevoegde rechter is aangewezen in een oneerlijk beding.*

In het litigieuze beding werd aan de rechter van de plaats van vestiging van een onderneming de exclusieve bevoegdheid toegekend kennis te nemen van geschillen betreffende de toepassing van een verkoopovereenkomst. Richtlijn 93/13 werd met vertraging in het nationale recht omgezet en in de tussenliggende periode werden de geldende bepalingen inzake consumentenbescherming toegepast, die de vraag of de nietigheid van oneerlijke bedingen ambtshalve kon worden vastgesteld niet expliciet regelden. Evenmin bestond in het Spaanse recht een rechtsgrondslag waarop de bevoegdheid van de rechter om anders dan op vordering van een partij over de nietigheid te oordelen kon worden gebaseerd. Het Hof heeft evenwel verklaard dat de Spaanse rechter zich ambtshalve onbevoegd diende te verklaren kennis te nemen van een geschil dat onder die omstandigheden aanhangig was gemaakt. [25]

22 — Zie databank DEC-NAT van het Hof, referentie: dos-Cour QP/02395-P1.

23 — Arrest van 27 juni 2000 (C-240/98–C-244/98, Jurispr. blz. I-4941, punt 32).

24 — Richtlijn van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten (PB L 95, blz. 29).

25 — Craig, P., en Búrca. G., *EU Law. Text, cases and materials*, 3e uitgave, Oxford University Press, blz. 219: „This ruling does not declare that the Spanish court must decline jurisdiction by reading national law in the light of the Directive's requirements, but it certainly encourages the national court to do this, by indicating that it should 'favour' that interpretation if it is possible. And while such an interpretation of national law would not impose any legal obligation on Océano, it would deprive that company of any possible existing right under national law to enforce the consumer contract before the Barcelona court. While the defendant would not himself or herself have to 'invoke' the right (since the defendant might well not appear before a court outside his or her domicile) that party would benefit from the terms of the directive even though it was not implemented, and the plaintiff company would suffer a legal disadvantage"; en Stuyck, J., *Common Market Law Review*, 38, blz. 719-737, met name blz. 737: „Océano means a further step in the Court's case law on the role of the national judge in applying Community law, by construing a duty for the national courts to invoque of their own motion the unfair character [...] of a jurisdiction clause."

In zijn beschikking van 14 juli 2000 heeft de Spaanse Juzgado de Primera Instancia de Barcelona het arrest van het Hof nauwgezet gevolgd en van zijn bevoegdheid gebruikgemaakt om ambtshalve de onrechtmatigheid van een beding te onderzoeken en de vordering niet-ontvankelijk te verklaren omdat het beding waarbij hij bevoegd werd verklaard onrechtmatig was, waaraan hij heeft toegevoegd dat de bevoegdheid om van de zaak kennis te nemen op grond van deze nietigheid toekwam aan de rechtbanken van de woonplaats van gedaagde. [26]

29. De verplichting tot „richtlijnconforme uitlegging" bestaat niet alleen in prejudiciële procedures, zoals men op grond van de genoemde voorbeelden zou kunnen aannemen. Het arrest Commissie/Italië [27] heeft aangetoond dat de vaststelling dat een lidstaat de op hem rustende communautaire verplichtingen niet is nagekomen, *voor de bevoegde rechterlijke en administratieve autoriteiten van die lidstaat een verbod van rechtswege meebrengt om de met het Verdrag onverenigbare fiscale vrijstellingsregeling toe te passen, en de verplichting alle maatregelen te nemen om de volledige doorwerking van het gemeenschapsrecht te vergemakkelijken.*

30. In andere gevallen heeft het Hof de nationale rechter, zonder hem even nauwkeurig voor te houden wat hij moest bereiken, de doelmatigste manier gesuggereerd om de doelstelling van de richtlijn te verwezenlijken.

31. In het arrest Pafitis e.a. [28] heeft het Hof geoordeeld dat artikel 25 van richtlijn 77/91/EEG [29], dat ertoe strekt om een minimumniveau van bescherming van aandeelhouders in alle lidstaten te verzekeren, in de weg staat aan een nationale regeling die bepaalt dat het kapitaal van een naamloze bankvennootschap die wegens haar schuldenlast in een uitzonderlijke situatie verkeert, kan worden verhoogd bij bestuurshandeling en zonder besluit van de algemene vergadering.

In het hoofdgeding stonden een bank, opgericht in de vorm van een naamloze vennootschap, en haar nieuwe aandeelhouders enerzijds en haar oude aandeelhouders anderzijds tegenover elkaar; laatstgenoemden bestreden zowel de wijziging van de statuten van de vennootschap op grond waarvan het maatschappelijk kapitaal kon worden verhoogd, stellende dat het een beslissing van de provisionele bewindvoerder betrof waarvoor de algemene vergadering niet was bijeengeroepen, als de verdeling van de aandelen. De oude aandeelhouders verlangden eveneens de nietigverklaring van drie later uitgevoerde verhogingen van het maatschappelijk kapitaal. De latere verwikkelingen in de procedure maken het onmogelijk vast te stellen welke gevolgen de beslissing van het Hof zou hebben gehad. [30]

26 — Zie databank DEC-NAT van het Hof, referentie: dos-Cour QP/03748-P1.

27 — Arrest van 19 januari 1993 (C-101/91, Jurispr. blz. I-191, punt 24). Zie eveneens arrest van 13 juli 1972, Commissie/Italië (48/71, Jurispr. blz. 529, punt 7).

28 — Arrest van 12 maart 1996 (C-441/93, Jurispr. blz. I-1347, punt 60).

29 — Tweede richtlijn van de Raad van 13 december 1976 strekkende tot het coördineren van de waarborgen welke in de lidstaten worden verlangd van de vennootschappen in de zin van artikel 58, tweede alinea, van het Verdrag, om de belangen te beschermen zowel van de deelnemers in deze vennootschappen als van derden met betrekking tot de oprichting van de naamloze vennootschap, alsook de instandhouding en wijziging van haar kapitaal, zulks teneinde die waarborgen gelijkwaardig te maken (PB L 26, blz. 1).

30 — In dit geval heeft de nationale rechter die de prejudiciële vraag had gesteld, de uitlegging van het Hof verworpen en de vordering afgewezen (databank DEC-NAT, dos-Cour QP/02610-P1). Nadat tegen het vonnis hoger beroep was ingesteld, heeft de Griekse rechter een nieuwe prejudiciële vraag gesteld (dos-Cour QP/03745-P1), die werd ingetrokken nadat er afstand van instantie was gedaan. Op deze manier werd aan het Hof de mogelijkheid ontnomen zich over de „insubordinatie" van de rechter van eerste aanleg uit te laten.

32. De zaak Ruiz Bernáldez [31] betrof een strafzaak tegen een beschonken bestuurder die een verkeersongeluk had veroorzaakt. De nationale rechter had hem veroordeeld tot vergoeding van de door hem veroorzaakte materiële schade, maar de verzekeringsmaatschappij van iedere schadevergoedingsverplichting vrijgepleit, waarbij hij zich baseerde op de nationale regelgeving inzake de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer met motorrijtuigen aanleiding kan geven, die een uitsluiting bevatte voor schade veroorzaakt door dronken bestuurders.

Het Hof legde de richtlijnen 72/166/EEG [32] en 84/5/EEG [33] aldus uit dat de verplichte motorrijtuigenverzekering het, gelet op het beschermingsoogmerk, mogelijk moet maken dat de slachtoffers van een door een motorrijtuig veroorzaakt ongeval schadeloos worden gesteld voor alle door hen geleden lichamelijk letsel en materiële schade, en dat de verplichte verzekeringsovereenkomst niet kan bepalen dat de verzekeraar in bepaalde gevallen, in het bijzonder wanneer de bestuurder onder invloed verkeerde, niet gehouden is tot vergoeding van het lichamelijk letsel en de materiële schade die het verzekerde motorrijtuig aan derden heeft toegebracht. Aan de nationale rechter werd derhalve gesuggereerd dat de verzekeringsmaatschappij de slachtoffers moest bijstaan, hoewel de nationale wetgeving daarin niet voorzag. [34] De Audiencia Provincial de Sevilla heeft de prejudiciële beslissing van het Hof gevolgd en de verzekeraar op 30 april 1996 veroordeeld om het slachtoffer van het door Ruiz Bernáldez in beschonken toestand veroorzaakte ongeluk schadeloos te stellen. [35]

33. In het arrest Draehmpaehl [36] verklaarde het Hof dat richtlijn 76/207/EEG [37] in de weg staat aan nationale wettelijke bepalingen die, anders dan de overige nationale civiel- en arbeidsrechtelijke bepalingen, de schadevergoeding waarop de in een aanwervingsprocedure op grond van geslacht gediscrimineerde sollicitant aanspraak kan maken, aan een maximum van drie maandsalarissen binden wanneer vaststaat dat deze sollicitant de te vervullen betrekking zou hebben gekregen indien hij niet was gediscrimineerd, of van zes maanden voor het geval dat meerdere sollicitanten een vordering tot schadevergoeding indienen. De betrokkene had gesolliciteerd naar aanleiding van een tot vrouwen gerichte personeelsadvertentie in een dagblad, zonder dat de onderneming

31 — Arrest van 28 maart 1996 (C-129/94, Jurispr. blz. I-1829, punt 24).

32 — Richtlijn van de Raad van 24 april 1972 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven en de controle op de verzekering tegen deze aansprakelijkheid (PB L 103, blz. 1).

33 — Tweede richtlijn van de Raad van 30 december 1983 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende de verzekering tegen de wettelijke aansprakelijkheid waartoe de deelneming aan het verkeer van motorrijtuigen aanleiding kan geven (PB 1984, L 8, blz. 17).

34 — Tridimas, T., „Black, white and shades of grey: horizontality of directives revisited", *Yearbook of European Law*, 21, 2001-2002, blz. 327-354, met name blz. 352: „Bernáldez causes problems. It is clear that the insurance directives were relied upon to impose an obligation on a third party, i.e. the insurance company, which was not represented in the proceedings. The Court expressly held that Article 3(1) of the First Directive precludes an insurer from being able to rely on statutory provisions or contractual clauses to refuse to compensate third-party victims of an accident caused by the insured vehicle. How can this be distinguished from horizontal direct effect? The answer is with difficulty."

35 — Zie databank DEC-NAT van het Hof, referentie: dos-Cour QP/02722-P1.

36 — Arrest van 22 april 1997 (C-180/95, Jurispr. blz. I-2195, punten 37 en 43).

37 — Richtlijn van de Raad van 9 februari 1976 betreffende de tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen ten aanzien van de toegang tot het arbeidsproces, de beroepsopleiding en de promotiekansen en ten aanzien van de arbeidsvoorwaarden (PB L 39, blz. 40).

daarop had geantwoord en evenmin zijn sollicitatiedossier had geretourneerd. Hij maakte de zaak in rechte aanhangig, stellende dat hij de meest gekwalificeerde was en het slachtoffer was van discriminatie. Ook hier was de prejudiciële beslissing duidelijk en liet zij het Arbeitsgericht Hamburg weinig keuze. [38]

34. In de zaak Bellone [39] heeft het Hof geoordeeld dat richtlijn 86/653/EEG [40] in de weg staat aan een nationale regeling die de geldigheid van een agentuurovereenkomst afhankelijk stelt van de inschrijving van handelsagenten in een daartoe bestemd register. De Italiaanse wetgeving verlangde niet enkel de inschrijving van handelsagenten in het register van de kamer van koophandel, maar stelde de geldigheid van de agentuurovereenkomst ook van die inschrijving afhankelijk, met het gevolg dat de agent die niet was ingeschreven, geen contractuele bescherming genoot, met name niet na de beëindiging van de betrekkingen tussen de partijen. Het ging in de procedure om een vordering tot schadevergoeding die door een agent was ingediend na de ontbinding van de met een vennootschap gesloten agentuurovereenkomst. In punt 35 van zijn conclusie in de zaak Océano Grupo Editorial en Salvat Editores, betoogde advocaat-generaal Saggio dat het Hof in het arrest Bellone een zodanige onverenigbaarheid tussen de norm van het nationale recht en de betrokken richtlijn had vastgesteld, dat elke mogelijkheid van „richtlijnconforme uitlegging" duidelijk was uitgesloten, en dat het daarom aan de verwijzende nationale rechter de verplichting had opgelegd om de regeling van zijn eigen rechtsorde buiten toepassing te laten. [41]

35. Het arrest Centrosteel [42] heeft een zaak beslecht die geacht wordt in het verlengde van de vorige te liggen. Een andere Italiaanse rechter, die ervan uitging dat de weigering van de rechtspraak om aan richtlijnen rechtstreekse horizontale werking toe te kennen hem belette de nationale bepaling buiten toepassing te laten, legde aan het Hof de vraag voor of de bepalingen van het Verdrag betreffende de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverrichting, waarvan de rechtstreekse toepasselijkheid niet kon worden betwijfeld, in de weg stonden aan een nationale wet volgens welke een ieder die als handelsagent werkzaam was in het register moest zijn ingeschreven op straffe van nietigheid van de agentuurovereenkomst.

38 — Zie databank DEC-NAT van het Hof, referentie: dos-Cour QP/02961-P1. Het Arbeitsgericht Hamburg veroordeelde de onderneming, die in geen enkele fase van de procedure was verschenen, bij verstek tot betaling aan de belanghebbende van een bedrag van 11 100 DEM. Ofschoon het Duitse vonnis van 29 april 1998 geen motivering bevat, hetgeen in dit soort procedures gebruikelijk schijnt te zijn, kan worden aangenomen dat het bedrag overeenkomt met drieënhalve maand salaris zoals door verzoeker gevorderd. Volgens de van de verwijzende rechter verkregen inlichtingen is tegen het vonnis geen beroep ingesteld.

39 — Arrest van 30 april 1998 (C-215/97, Jurispr. blz. I-2191, punt 18).

40 — Richtlijn van de Raad van 18 december 1986 inzake de coördinatie van de wetgevingen van de lidstaten inzake zelfstandige handelsagenten (PB L 382, blz. 17).

41 — Het Tribunale civile di Bologna heeft in zijn vonnis van 5 mei 1999 geoordeeld dat de agentuurovereenkomst geldig was en rechtsgevolgen had tussen partijen, de vordering van Bellone toegewezen en de vennootschap veroordeeld om de aan haar verschuldigde bedragen te voldoen. In zijn motivering heeft het aangegeven dat de in de nationale regeling bepaalde sanctie, te weten de nietigheid van de agentuurovereenkomst bij gebreke van inschrijving van de agent in het register, onverenigbaar was met de communautaire rechtsorde; dat in geval van onverenigbaarheid deze laatste voorrang heeft boven het recht van de lidstaten en dat de arresten van het Hof rechtstreekse werking hebben, zodat, volgens hem, de nationale wetgeving die de geldigheid van de betrokken overeenkomst afhankelijk stelde van de voorafgaande inschrijving van de agent in een register niet toepasbaar was (dos-Cour QP/03475-P1). Bovendien bevat de databank DEC-NAT van het Hof meerdere arresten van de Corte suprema di cassazione, waarbij beslissingen van lagere rechterlijke instanties zijn vernietigd omdat zij de vorderingen van handelsagenten tot betaling van de in het kader van de uitvoering van een agentuurovereenkomst verschuldigde bedragen wegens het ontbreken van de inschrijving in het register hadden afgewezen. Zie de arresten van 15 mei 1999 (dos-Cour IA/18784-A); 18 maart 2002 (dos-Cour IA/22741-A), en 17 april 2002 (dos-Cour IA/22749-A).

42 — Arrest Centrosteel, aangehaald in voetnoot 14.

Het Hof loste de prejudiciële kwestie op zonder het primaire recht uit te leggen, door de nationale rechter te attenderen op de welbekende leer van de „richtlijnconforme uitlegging" van het nationale recht, via welke het doel van richtlijn 86/653 diende te worden bereikt. Zowel advocaat-generaal Jacobs, in punt 5 van zijn conclusie, als het Hof, in punt 17 van het arrest, heeft erop gewezen dat de Corte suprema di cassazione als gevolg van het arrest in de zaak Bellone haar rechtspraak aldus had gewijzigd dat de niet-inachtneming van de wettelijke verplichting zich in het register te doen inschrijven niet langer de nietigheid van de agentuurovereenkomst impliceerde.

36. Afwijken van deze jurisprudentiële koers zou een ernstige stap terug betekenen in het begrip van het beginsel van de voorrang van het communautaire recht. Het zou tevens de bevoegdheid van het Hof om een uniforme uitlegging van de normen van het gemeenschapsrecht op het grondgebied van de Europese Unie voor te schrijven aantasten en de nationale rechters ontmoedigen bij de uitoefening van hun functie van communautaire rechter, met name die rechters die de in de prejudiciële arresten verstrekte relevante aanwijzingen voor de „richtlijnconforme uitlegging" van hun wetgeving hebben opgevolgd.

Aangezien wij — zoals Cicero heeft gezegd [43] — vooral worden gedreven door het verlangen bij te dragen aan de ontwikkeling van de welvaart van de mensheid, streven wij ernaar het leven van de mensen te behoeden en te verrijken door onze adviezen en inspanningen, en aangezien wij door onze aard zelf tot het beleven van dit genoegen worden aangezet, volgen wij de richting die de besten onder ons zijn ingeslagen, zonder acht te slaan op het signaal tot terugkeer, dat degenen die ons al vooruit zijn, doet terugdeinzen.

37. In het arrest Arcaro [44], in een andere Italiaanse prejudiciële zaak, heeft het Hof echter aangetekend dat het gemeenschapsrecht geen middel kent om nationale bepalingen die in strijd zijn met een richtlijnbepaling waarop voor de nationale rechter geen beroep kan worden gedaan, terzijde te stellen; het heeft in dat arrest eveneens verklaard dat de verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging van de ter zake dienende voorschriften van zijn nationale recht te rade te gaan met de inhoud van de richtlijn, haar begrenzing vindt wanneer een dergelijke uitlegging ertoe leidt, dat aan een particulier een in een niet-omgezette richtlijn vastgestelde verplichting wordt opgelegd en a fortiori, wanneer zij tot de strafrechtelijke aansprakelijkheid leidt van degenen die in strijd met haar bepalingen handelen.

38. Deze bevindingen in het arrest Arcaro kunnen evenwel niet zonder meer worden toegepast op de thans onderzochte zaken, zoals sommige van de lidstaten die opmerkingen hebben ingediend, op diverse gronden hebben aangevoerd.

In de eerste plaats stonden in de procedure waarin Arcaro was verwikkeld geen particulieren tegenover elkaar, omdat hij verdachte

43 — Cicero, *De Re Publica*, volgens de vrij vertaalde Spaanse versie van Álvaro D'Ors, Editorial Gredos, Madrid 1984, eerste boek, 2.2, blz. 38.

44 — Arrest van 26 september 1996 (C-168/95, Jurispr. blz. I-4705, punten 42 en 43).

was in een strafzaak. Het ging er dus om te voorkomen dat de lidstaat die niet had voldaan aan zijn verplichting om zijn wetgeving aan de richtlijnen 76/464/EEG [45] en 83/513/EEG [46] aan te passen, voordelen uit zijn schending van het Verdrag zou genieten en een ondernemer die één van de voorschriften van de richtlijn had geschonden, zou bestraffen. Hoe dit ook zij, het Hof verklaarde dat de verplichting van de nationale rechter om bij de uitlegging van een nationale regel de strekking van de richtlijn in acht te nemen haar begrenzing vindt in de algemene rechtsbeginselen die deel uitmaken van het gemeenschapsrecht, en met name in het rechtszekerheidsbeginsel en het verbod van terugwerkende kracht, inzonderheid wanneer de strafrechtelijke aansprakelijkheid op het spel staat. [47]

In de tweede plaats bestaat er een groot verschil tussen de feiten van de zaak Arcaro en die van de zaken die door de werknemers van het Duitse Rode Kruis zijn ingeleid, omdat in de eerste zaak de Italiaanse wetgever het gemeenschapsrecht slechts gedeeltelijk had omgezet, terwijl de Bondsrepubliek Duitsland voor de volledige omzetting van richtlijn 93/104 een speciale wet heeft aangenomen, waarvan § 3 de inhoud van artikel 6, punt 2, van de communautaire regeling correct weergeeft door de maximale wekelijkse arbeidsduur op 48 uur te bepalen.

39. Daarom kan niet worden gezegd, zoals de Bondsregering doet, dat wanneer § 7, lid 1, punt 1, sub a, Arbeitszeitgesetz werd gepasseerd, de nationale rechter zich in een juridisch vacuüm zou bevinden dat hem ertoe zou nopen een ondernemer op grond van richtlijn 93/104 verplichtingen op te leggen, daar hij eenvoudigweg zou kunnen terugvallen op een ander nationaal voorschrift, behorende tot dezelfde groep van voorschriften ter omzetting van de communautaire bepalingen [48], dat wel voldoet aan

45 — Richtlijn van de Raad van 4 mei 1976 betreffende de verontreiniging veroorzaakt door bepaalde gevaarlijke stoffen die in het aquatisch milieu van de Gemeenschap worden geloosd (PB L 129, blz. 23).

46 — Richtlijn van de Raad van 26 september 1983 betreffende grenswaarden en kwaliteitsdoelstellingen voor lozingen van cadmium (PB L 291, blz. 1).

47 — Arresten van 11 juni 1987, Pretore di Salò (14/86, Jurispr. blz. 2545, punt 20), en 8 oktober 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Jurispr. blz. 3969, punt 13).

48 — Een deel van de doctrine uit zich in deze zin; zie bijvoorbeeld: Faro, S., „La Cassazione torna a pronunciarsi sull'efficacia diretta ‚orizzontale' delle direttive comunitarie", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, blz. 1398-1407, met name blz. 1403 en 1404: „la previsione di questo obbligo [interpretare la norma nazionale in coerenza con quella contenuta in una directiva comunitaria] comporta, di fatto, il riconoscimento di un effetto orizzontale ‚indiretto' delle direttive, indirecto in quanto la norma che trova applicazione al rapporto tra i privati è, in ogni caso, la norma nazionale"; Tesauro, G., *Diritto comunitario*, 3e druk, CEDAM, 2003, blz. 162-184, met name blz. 180: „I risultati pratici cui si previene con l'obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alla norma di una direttiva [...] non sono molto diversi da quelli che si realizzerebbero con l'affermazione pura e semplice dell'effetto orizzontale e verticale. Non a caso, dunque, la Corte ha talvolta trasformato il problema della portata dell'effetto directo della directiva in un problema di interpretazione conforme"; Rodière, P., „Sur les effets directifs du droit (social) communautaire", *Revue trimestrielle de droit européen*, 27 (4), 1994, blz. 565-586, met name blz. 577: „L'opération consiste, donc, à substituer une norme de droit national conforme au droit communautaire à celle qui ne l'était pas. La norme à appliquer a un caractère national, le rôle du droit communautaire se borne à en opérer la désignation. Double avantage: peu importe qu'une directive communautaire ne puisse créer directement des obligations pesant sur les particuliers, puisque on le demande au droit national"; Timmermans, C.W.A., „Directives: their effect within the national legal systems", *Common Market Law Review*, 16, 1979, blz. 533-555, met name blz. 551 : „I do not exclude the possibility that, once the process of legal review of national law with regard to directives has become common practice, the Court of Justice will accept and even require such review also with regard to directives relating to horizontal relationships", en Bach A., *Juristenzeitung*, 1990, blz. 1113: „Die richtlinienkonforme Auslegung ebenso wie die Nichtanwendung gemeinschaftswidriger Normen können dabei erhebliche Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten einzelner haben. Objektive Wirkungen sind durchaus auch zu Lasten Privater möglich."

de door de communautaire wetgever bepaalde algemene regel [49], dat de arbeidstijd in de lidstaten dit aantal uren niet mag overschrijden. [50]

In dit opzicht deel ik de mening van advocaat-generaal Van Gerven in punt 7, tweede alinea, van zijn conclusie in de zaak Marleasing [51], dat de verplichting voor nationale rechtscolleges om hun nationale wetgeving conform de richtlijn te interpreteren, niet inhoudt dat deze rechtstreekse werking tussen particulieren heeft. Het zijn integendeel de nationale bepalingen zelf die, op een richtlijnconforme manier geïnterpreteerd, toepassing vinden.

40. Ik moet ook nog de aandacht vestigen op twee arresten die herhaaldelijk zijn aangehaald door degenen die in deze fase van de procedure hebben geïntervenieerd, en die zowel vóór als tegen hun respectieve opvattingen pleiten. Het betreft de arresten CIA Security International [52] en Unilever [53], die misschien wel mijlpalen vormen in de ontwikkeling van de rechtspraak van het Hof op het gebied van de toepassing door nationale rechters van door de lidstaten niet omgezette richtlijnen, maar niet van groot nut lijken te zijn voor de beantwoording van de thans aan de orde zijnde vraag. [54]

In beide zaken werd de nationale rechter erop gewezen dat hij zich in een geschil tussen particulieren moest onthouden van de toepassing van een nationale technische regeling die niet vooraf aan de Commissie was bekendgemaakt, zulks met flagrante schending van de artikelen 8 en 9 van richtlijn 83/189/EEG [55], maar het Hof vond het nodig te preciseren dat het arrest Faccini Dori [56] in dit opzicht niet van toepassing was

49 — Advocaat-generaal Alber heeft zich in de punten 25-31 van zijn conclusie in de zaak Collino en Chiappero (arrest van 14 september 2000, C-343/98, Jurispr. blz. I-6659) een voorstander van een dergelijke oplossing betoond voor het geval dat de nationale rechter van mening is dat de bij hem aanhangige zaak een geschil tussen particulieren betreft. In zijn beslissing over de prejudiciële vragen heeft het Hof het aan de nationale rechter overgelaten om vast te stellen of de werknemers zich konden beroepen op de voorschriften van richtlijn 77/187/EEG van de Raad van 14 februari 1977 inzake de onderlinge aanpassing van de wetgevingen der lidstaten betreffende het behoud van de rechten van de werknemers bij overgang van ondernemingen, vestigingen of onderdelen daarvan (PB L 61, blz. 26), tegenover een vennootschap waaraan een concessie was verleend voor de exploitatie van telecommunicatievoorzieningen ten dienste van het publiek en die de opvolgster was van een overheidsinstelling die voordien met deze taak was belast.

50 — Zie eveneens de conclusie van advocaat-generaal Jacobs in de zaak Centrosteel (arrest aangehaald in voetnoot 14), punt 35, en die van advocaat-generaal Geelhoed in de zaak Marks & Spencer (arrest van 11 juli 2002, C-62/00, Jurispr. blz. I-6325, punt 42).

51 — Arrest aangehaald in voetnoot 11.

52 — Arrest van 30 april 1996 (C-194/94, Jurispr. blz. I-2201).

53 — Arrest van 26 september 2000 (C-443/98, Jurispr. blz. I-7535).

54 — López Escudero, M., „Effectos del incumplimiento del procediminiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas (Directiva 83/189/CEE)", *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, blz. 839-861, met name blz. 861: „Los particulares no pueden deducir derecho alguno de actos normativos comunitarios que, como la Directiva 83/189, establecen un procedimiento de información en el seno del cual las Instituciones comunitarias carecen de poder par determinar la compatibilidad con el derecho comunitario de las reglamentaciones nacionales notificadas. Por ello, considero que la utilización del principio del efecto directo para garantizar la efectividad de este tipo de normas comunitarias no es conveniente. El efecto directo no debe ser utilizado jurisprudencialmente para ‚enmendar' las deficiencias surgidas en la aplicación de cualquier tipo de normativa comunitaria."

55 — Richtlijn van de Raad van 28 maart 1983 betreffende een informatieprocedure op het gebied van normen en technische voorschriften (PB L 109, blz. 8).

56 — Arrest aangehaald in voetnoot 14.

omdat de niet-nakoming van de bepalingen van deze richtlijn schending van een wezenlijk vormvoorschrift opleverde en haar bepalingen voor particulieren rechten noch plichten creëerden. [57]

41. De omstandigheid dat de rechtstreekse werking van een bepaling van een richtlijn gevolgen heeft voor de rechten van particulieren die geen deel uitmaken van de verticale relatie, was voor het Hof evenmin een beletsel deze werking te erkennen. Duidelijke voorbeelden hiervan zijn het arrest Fratelli Costanzo [58], waarin richtlijn 71/305/EEG [59] werd uitgelegd in het kader van een beroep tot nietigverklaring van de gunning van een overheidsopdracht van werken [60]; het arrest WWF e.a. [61], gewezen op een ander beroep tot nietigverklaring, ingesteld door verschillende particulieren die dichtbij een vliegveld woonden en twee verenigingen voor de bescherming van het milieu, die de vergunning voor een plan tot herstructurering van de installaties van dat vliegveld aanvochten; het arrest Smith & Nephew en Primecrown [62], waarin is erkend dat de houder van een vergunning voor het in de handel brengen van een farmaceutische specialiteit, verstrekt op grond van richtlijn 65/65/EEG [63], zich op de bepalingen van deze richtlijn kan beroepen in een nationale procedure waarin hij opkomt tegen de geldigheid van een door de bevoegde instantie op grond van deze richtlijn aan één van zijn concurrenten verleende vergunning voor een merkgeneesmiddel met dezelfde naam; of het recente arrest Wells [64], waarin wordt beklemtoond dat louter negatieve gevolgen voor de rechten van derden, zelfs wanneer zij waarschijnlijk zijn, geen reden zijn om een particulier het recht te ontzeggen zich ten aanzien van de betrokken lidstaat op de bepalingen van een richtlijn te beroepen.

42. Evenmin ben ik het eens met hen die betogen dat de voorrang alleen kan worden ingeroepen voor het primaire gemeenschapsrecht of hoogstens voor een verordening aangezien dit instrument aan de orde was in het arrest Simmenthal [65]: dit onderscheid lijkt kunstmatig en onnauwkeurig [66] omdat het Hof in dit arrest de voorrang heeft bevestigd zowel van de verdragsbepalingen als van de rechtstreeks toepasselijke handelingen der instellingen. Bovendien wordt steeds opnieuw wanneer een communautair voorschrift zich blijkt te verzetten tegen een norm van een van de lidstaten, de voorrang,

57 — Arrest Unilever, aangehaald in voetnoot 53, punten 50 en 51.

58 — Arrest aangehaald in voetnoot 12.

59 — Richtlijn van de Raad van 26 juli 1971 betreffende de coördinatie van de procedure voor het plaatsen van overheidsopdrachten voor de uitvoering van werken (PB L 185, blz. 5).

60 — Tridimas, T., aangehaald in voetnoot 34, blz. 334: „Although [the Court] did not examine specifically the implications of allowing reliance on the directive, it did not consider as impermissible horizontal effect the adverse legal implications that would inevitably flow for the successful tenderer by the annulment of the tendering authority's decision."

61 — Arrest van 16 september 1999 (C-435/97, Jurispr. blz. I-5613, punten 69-71).

62 — Arrest van 12 november 1996 (C-201/94, Jurispr. blz. I-5819, punt 39).

63 — Richtlijn van de Raad van 26 januari 1965 betreffende de aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen inzake farmaceutische specialiteiten (PB 1965, nr. 22, blz. 369).

64 — Arrest van 7 januari 2004 (C-201/02, Jurispr. blz. I-723, punt 57).

65 — Arrest van 9 maart 1978 (106/77, Jurispr. blz. 629, punt 17).

66 — Zie Simon, D., *La directive européenne*, Dalloz, 1997, blz. 95: „L'obligation d'écarter les règles nationales contraires au droit communautaire s'impose au juge national en vertu du principe de primauté, y compris si la norme en cause est dépourvue d'effet direct."

die al gedurende bijna 40 jaar wordt verkondigd, erkend, ongeacht de bron van het gemeenschapsrecht: het Verdrag [67], een verordening of een richtlijn. [68]

43. Het is hier niet mijn bedoeling de horizontale rechtstreekse werking te verdedigen van niet-omgezette richtlijnen die aan de in de rechtspraak gestelde voorwaarden voldoen. Nog minder ligt het op mijn weg de nationale rechters ertoe te bewegen deze regels toe te passen en daarmee binnen te dringen in het bevoegdheidsgebied van de nationale wetgever.

Ik kan mij echter evenmin verenigen met hen die betogen dat particulieren in een geval als het onderhavige uitsluitend de mogelijkheid hebben de staat aansprakelijk te stellen voor de schade veroorzaakt door het niet uitvoeren van de krachtens het gemeenschapsrecht op hem rustende verplichtingen. Deze oplossing is slechts van subsidiaire aard, zoals het Hof heeft beslist, en kan in casu alleen worden toegepast wanneer de andere nationale bepalingen, vastgesteld om richtlijn 93/104 om te zetten, niet aldus kunnen worden uitgelegd dat zij beantwoorden aan de tekst en de doelstelling van die richtlijn.

44. In de context van de onderhavige zaken staat de functie van het Hof als borg voor de uniforme uitlegging van het communautaire recht, die het inzonderheid in het kader van zijn prejudiciële bevoegdheid heeft, eraan in de weg dat het de nationale rechter geen enkele andere mogelijkheid laat dan een voorschrift van de nationale rechtsorde [69] toe te passen dat in strijd is met zowel de tekst van artikel 6, punt 2, van richtlijn 93/104 als met zijn doelstelling de veiligheid, arbeidshygiëne en gezondheid van de werknemers te verbeteren. [70]

45. In aanmerking genomen dat artikel 6, punt 2, van richtlijn 93/104 een duidelijke, nauwkeurige en onvoorwaardelijke bepaling is die geen enkele nadere uitwerking door de nationale wetgever behoeft [71], en dat de Duitse rechter zich op andere bepalingen van het Arbeitszeitgesetz dan § 7, lid 1,

67 — Zie arrest van 15 juli 1964, Costa/ENEL (6/64, Jurispr. blz. 1203, met name blz. 1218-1220).

68 — Arrest van 5 april 1979, Ratti (148/78, Jurispr. blz. 1629, punten 20-24). Advocaat-generaal Van Gerven stelt in punt 9 van zijn conclusie in de zaak Marleasing: „Daarenboven heeft de [...] richtlijn als onderdeel van het communautair recht in principe voorrang op alle bepalingen van nationaal recht. Dit geldt in het bijzonder wanneer het gaat om nationale bepalingen die [...] betrekking hebben op het door de richtlijn bestreken rechtsgebied."

69 — Prechal, S., *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Clarendon Press Oxford, 1995, blz. 229: „The domestic courts are here operating within the context of Community law. For this very reason Community law and, specially Article 5 of the Treaty, may not only require them to do something positive but may also stop them if they should transcend the limits of what is considered as acceptable under Community law."

70 — Lenaerts, K., „L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples", *Cahiers de droit européen*, 1991, blz. 3-41, met name blz. 38: „Le juge aura généralement tendance à interpréter la norme nationale concernée dans le sens de la directive et de garantir de la sorte l'effet utile de la directive dans les relations entre particuliers", en Morris, P.E., „The direct effect of directives — some recent developments in the European Court", *The journal of business law*, mei 1989, blz. 233-245, met name blz. 241: „If national judiciaries respond positively to this exhortation something approaching horizontal direct effect may be achieved by a circuitous route. The substantive contents of directives could gradually percolate into private legal relationships without the problems which investing directives with horizontal direct effect would bring in its train, most notably the erosion of legal certainty, the risk of a national judicial revolt and the distortion of article 189."

71 — Arrest van 5 maart 1996, Brasserie du pêcheur en Factortame (C-46/93 en C-48/93, Jurispr. blz. I-1029, punt 22).

punt 1, sub a, kan beroepen, is het niet aangewezen de werknemers te suggereren een vordering tot schadevergoeding tegen de staat in te dienen.

46. Ik wil hieraan toevoegen dat de nationale rechter bij zijn uitlegging van het nationale recht tot omzetting van richtlijn 93/104 het belang dat deze richtlijn hecht aan de bescherming van de werknemers als de zwakkere partij bij de arbeidsovereenkomst, in zijn overwegingen moet betrekken. [72] Het Hof zelf heeft in het arrest Unilever [73] het verschil aangegeven tussen richtlijnen die rechten en verplichtingen voor particulieren scheppen en richtlijnen die dit niet doen.

47. Het lijkt derhalve aangewezen het Arbeitsgericht Lörrach aan te bevelen zijn communautaire verantwoordelijkheden ter harte te nemen en de weg te volgen die de Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, het Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de Juzgado de Primera Instancia nr. 35 de Barcelona, de Audiencia Provincial de Sevilla, het Arbeitsgericht Hamburg, het Tribunale civile de Bologna, de Corte suprema di cassazione en de Pretore de Brescia hebben uitgestippeld.

48. Gelet op een en ander geef ik het Hof in overweging, voor recht te verklaren dat artikel 6, punt 2, van richtlijn 93/104 zich — voorzover de lidstaat geen gebruik heeft gemaakt van de in artikel 18, lid 1, sub b-i, van deze richtlijn geboden mogelijkheid — verzet tegen een bepaling als § 7, lid 1, punt 1, sub a, Arbeitszeitgesetz, die toestaat om bij collectieve arbeidsovereenkomst of bedrijfsakkoord de dagelijkse arbeidstijd tot meer dan tien uur te verlengen wanneer de arbeidstijd regelmatig en in aanzienlijke mate aanwezigheidsdienst omvat.

Bijgevolg dient § 14 van de collectieve arbeidsovereenkomst van het Rode Kruis, voorzover hij is gebaseerd op § 7 Arbeitszeitgesetz, in die zin te worden uitgelegd dat de betrokken werknemers niet verplicht zijn gemiddeld meer dan 48 uur per week te werken, waarbij de bepalingen van de artikelen 16, punt 2, en 17, lid 4, van richtlijn 93/104 betreffende de vaststelling van de referentieperiode voor de berekening van de gemiddelde arbeidstijd in acht moeten worden genomen.

72 — Sommige auteurs beklemtonen dat bepaalde gebieden van de rechtsorde, waaronder het arbeidsrecht en het consumentenbeschermingsrecht, die de betrekkingen tussen particulieren regelen, zo rekbaar zijn dat een uitlegging van nationale normen in het licht van het gemeenschapsrecht, die bijdraagt aan zijn verdere ontwikkeling, zonder grote problemen mogelijk is. Zie Rodríguez Iglesias, G.C., en Riechenberg, K., „Zur richtlinienkonformen Auslegung (Ein Ersatz für die fehlende horizontale Wirkung?)", *Festschrift für Ulrich Everling*, deel II, blz. 1229: „Es gibt Rechtsgebiete, die so flexibel ausgestaltet sind, dass eine Auslegung der einschlägigen innerstaatlichen Vorschriften im Lichte des Gemeinschaftsrechts ohne grössere Schwierigkeiten möglich ist. Ein gutes Beispiel für ein Rechtsgebiet, das in allen Mitgliedstaaten in den letzten Jahren tiefgreifende Änderungen erfahren hat, ist das Arbeitsrecht. Auch jüngere Rechtsgebiete, wie das Verbraucherschutzrecht, dürften für eine solche Rechtsfortbildung offen sein."

73 — Arrest aangehaald in voetnoot 53.

IV — Conclusie

49. Mitsdien geef ik het Hof wederom in overweging de derde door het Arbeitsgericht Lörrach in de onderhavige zaak gestelde vraag te beantwoorden als volgt:

„Artikel 6, punt 2, van richtlijn 93/104/EG van de Raad van 23 november 1993 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd, is, zelfs in de gevallen waarin de lidstaten afwijken van de bij artikel 16, punt 2, van deze richtlijn vastgestelde referentieperiode, duidelijk, nauwkeurig en onvoorwaardelijk. Het verleent bovendien rechten aan particulieren, zodat daarop een beroep kan worden gedaan voor de nationale rechter wanneer de lidstaat het niet binnen de daarvoor vastgestelde termijn naar behoren heeft omgezet. Gelet op het feit dat de hoofdgedingen geschillen tussen particulieren betreffen, kunnen de werknemers zich evenwel niet op de rechtstreekse werking van deze bepaling beroepen.

Voorzover de staat niet van de in artikel 18, lid 1, sub b-i, van richtlijn 93/104 geboden mogelijkheid gebruik heeft gemaakt, verzet artikel 6, punt 2, zich tegen een bepaling als § 7, lid 1, punt 1, sub a, Arbeitszeitgesetz, die toestaat bij collectieve arbeidsovereenkomst of bedrijfsakkoord de dagelijkse arbeidstijd tot meer dan 10 uur te verlengen wanneer de arbeidstijd regelmatig en in aanzienlijke mate aanwezigheidsdienst omvat. Bijgevolg dient § 14 van de collectieve arbeidsovereenkomst inzake de arbeidsvoorwaarden voor functionarissen, werknemers en medewerkers in opleiding van het Duitse Rode Kruis, voorzover hij op § 7 is gebaseerd, aldus te worden uitgelegd dat de betrokken werknemers niet verplicht zijn om gemiddeld meer dan 48 uur per week te werken, waarbij de bepalingen van de artikelen 16, punt 2, en 17, lid 4, van richtlijn 93/104 betreffende de vaststelling van de referentieperiode voor de berekening van de gemiddelde arbeidstijd in acht moeten worden genomen."