

Bauer: het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie is jarig en trakteert, ook in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen

Carla Sieburgh & Marloes van de Moosdijk

1 INLEIDING

Op 1 december 2019 is het EU-Grondrechtenhandvest 10 jaar juridisch bindend. Zoals iedere jubilaris, verdient ook het Handvest een feestelijke viering. Met deze bundel wordt daaraan vorm gegeven. De bundel bouwt voort op eerder onder Nijmeegse redacties verschenen banden met als onderwerp de invloed van grondrechten op andere rechtsgebieden.¹ In de bundel die verscheen ter gelegenheid van vijf jaar bindend Handvest, is door Sieburgh geanticipeerd op de ontwikkeling dat het Hof van Justitie aan Handvestbepalingen directe horizontale werking zou toekennen.² In het in deze bijdrage te bespreken arrest lijkt die ontwikkeling zich inderdaad te hebben voltrokken.

Deze bijdrage gaat in op de doorwerkingstechnieken waarmee het Handvest in rechtsverhoudingen tussen particulieren tot expressie kan komen.³ Wij besteden in het bijzonder aandacht aan de directe horizontale werking van Handvestbepalingen. Daarmee doelen wij op de situatie dat de inroeping van een bepaling van het Handvest in een rechtsverhouding tussen particulieren het gevolg heeft dat de ene particulier tegen een andere particulier een recht kan geldend maken of van een verplichting wordt bevrijd. Dit houdt in dat de

-
- 1 J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Wolters Kluwer: Deventer 2013 en J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest: Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.
 - 2 C.H. Sieburgh, 'Het EU-Handvest van de Grondrechten en het algemene vermogensrecht', in: J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest: Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 524-528.
 - 3 Zie daarover ook C.H. Sieburgh, 'Het EU-Handvest van de Grondrechten en het algemene vermogensrecht', in: J. Gerards, H. de Waele & K. Zwaan (red.), *Vijf jaar bindend EU-Grondrechtenhandvest: Doorwerking, consequenties, perspectieven*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 508 e.v. en C.H. Sieburgh, 'Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt', *RM Themis* 2015, p. 3-13.

Handvestbepaling de inhoud van de desbetreffende rechtsverhouding rechtstreeks beïnvloedt. De bepaling roept tussen particulieren rechten of verplichtingen in het leven, wijzigt deze of doet ze teniet. Wegens strijd met een dergelijke bepaling kan een door partijen gesloten overeenkomst nietig zijn of is een gedraging van een burger een onrechtmatige daad jegens een andere burger.⁴

Op het verschil tussen directe horizontale werking en andere doorwerkingstechnieken gaan wij hierna in bij de behandeling van het arrest *Bauer* dat het Hof van Justitie op 6 november 2018 heeft gewezen.⁵

2 DE CASUS

Maria Elisabeth Bauer is de weduwe en enig erfgenaam van haar echtgenoot X, die in dienst was bij de stad Wuppertal te Duitsland. X had op het moment van zijn overlijden nog recht op vijftientig jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon. Martina Broßonn bevindt zich in een vergelijkbare positie. Zij is de weduwe en enige rechtsopvolgster van haar echtgenoot Y, die in dienst was bij *TWI Technische Wartung und Instandsetzung Volker Willmeroth eK* (hierna: TWI). Y was sinds juli 2012 arbeidsongeschikt wegens ziekte en is begin 2013 overleden. Op dat moment had Y nog recht op tweeëndertig jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon. Beide vrouwen hebben de werkgevers van hun echtgenoten verzocht om een vergoeding voor de niet-opgenomen vakantiedagen. De stad Wuppertal en Volker Willmeroth, eigenaar van TWI, gaan niet over tot betaling.

Bauer en Broßonn stellen daarop, elk afzonderlijk, een vordering in bij het *Arbeitsgericht*.⁶ Het *Arbeitsgericht* wijst de vergoedingen voor de niet-opgenomen vakantiedagen toe. Stad Wuppertal en Willmeroth gaan in hoger beroep

4 Zie Asser/Hartkamp 3-1 2019/12 en 17.

5 Zie HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*). Naar aanleiding van dit arrest zijn onder meer de volgende bijdragen verschenen: A.S. Hartkamp, 'Rechtstreekse doorwerking van het EU Handvest van de grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen', *Ars Aequi* 2019, p. 218-224; M. de Mol, 'Het leerstuk van de horizontale directe werking van Uniegrondrechten op de voet gevolgd', *Ars Aequi* 2019, p. 371-382; A. Eleveld, 'Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie', *NtEr* 2019, p. 88-95.2019, p. 218-224; M. de Mol, 'Het leerstuk van de horizontale directe werking van Uniegrondrechten op de voet gevolgd', *Ars Aequi* 2019, p. 371-382; A. Eleveld, 'Rechtstreekse horizontale werking van grondrechten van de Europese Unie', *NtEr* 2019, p. 88-95; A.W.H. Meij, noot bij *NJ* 2019/245.

6 *Arbeitsgericht* Wuppertal 24 oktober 2014, ECLI:DE:ARBGW:2014:1024.3CA2373.14.00, 3 Ca 2373/14; *Arbeitsgericht* Wuppertal 25 maart 2015, ECLI:DE:ARBGW:2015:0325.3 CA2643.14.00, 3 Ca 2643/14.

tegen deze uitspraken. Het *Landesarbeitsgericht* wijst in beide zaken het hoger beroep af.⁷ Stad Wuppertal en Willmeroth hebben tegen deze beslissingen *Revision* ingesteld bij het *Bundesarbeitsgericht*. Het *Bundesarbeitsgericht* schorst de behandeling van de zaken en stelt prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie.⁸ De vraag is of het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon op basis van het Unierecht was omgezet in een recht op een financiële vergoeding, dat door de echtgenotes (tevens erfgenamen) tegen de desbetreffende werkgever kon worden ingeroepen.⁹

- 3 ARTIKEL 31 LID 2 HANDVEST: HET UNIERECHTELIIK RECHT OP JAARLIJKSE VAKANTIE MET BEHOUD VAN LOON ALS OPMAAT VOOR DIRECTE HORIZONTALE WERKING

3.1 De uitleg van de Unierechtelijke rechtsnormen

De aanleiding voor het stellen van vragen over de uitleg van de toepasselijke regels van Unierecht is dat het Duitse recht mogelijk in de weg staat aan het ontstaan van een recht op de financiële vergoeding.

Het *Bundesarbeitsgericht* verzoekt het Hof in beide zaken om een prejudiciële beslissing over de uitleg van artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG,¹⁰ dat onder meer inhoudt dat de minimumperiode jaarlijkse vakantie met behoud van loon van tenminste vier weken slechts door een financiële vergoeding kan worden vervangen bij beëindiging van het dienstverband, en artikel 31 lid 2 Handvest, dat bepaalt dat iedere werknemer recht heeft op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon. Het stelt aan het Hof de vraag of artikel 7 van de richtlijn en/of artikel 31 lid 2 Handvest de erfgenaam van een tijdens zijn dienstverband overleden werknemer een aanspraak geven op financiële vergoeding voor de minimale jaarlijkse vakantie waarop de werknemer recht had voor zijn overlijden, ook in geval het nationale recht een dergelijke aanspraak uitsluit. Uit § 7 lid 4 van het *Bundesurlaubsgesetz* jo. § 1922 lid 1 *Bürgerliches*

7 *Landesarbeitsgericht* Düsseldorf 15 december 2015, ECLI:DE:LAGD:2015:1215.3SA21.15.00, 3 *Sa* 21/15; *Landesarbeitsgericht* Düsseldorf 29 oktober 2015, ECLI:DE:LAGD:2015:1029.11SA537.15.00, 11 *Sa* 537/15.

8 *Bundesarbeitsgericht* 18 oktober 2016, ECLI:DE:BAG:2016:181016.B.9AZR45.16A.0, 9 *AZR* 45/16 (A); *Bundesarbeitsgericht* 18 oktober 2016, ECLI:DE:BAG:2016:181016.B.9AZR196.16A.0, 9 *AZR* 196/16 (A).

9 Zie aldus A.S. Hartkamp, 'Rechtstreekse doorwerking van het EU Handvest van de grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen', *Ars Aequi* 2019, p. 218.

10 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. EG* 2003, L 299, p. 9).

Gesetzbuch volgt volgens het *Bundesarbeitsgericht* namelijk dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon van de werknemer bij diens overlijden vervalt en dus niet kan overgaan in een recht op een financiële vergoeding en evenmin deel van de nalatenschap kan worden. Het *Bundesarbeitsgericht* voegt toe dat een andere uitleg van deze bepalingen tegen de letter van de wet zou indruisen en niet kan worden aanvaard.¹¹ Ter rechtvaardiging van de voorgestane uitleg van de nationale bepalingen voert het *Bundesarbeitsgericht* aan dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon ertoe strekt dat de werknemer vakantie heeft om uit te rusten en over een periode van ontspanning en vrije tijd kan beschikken. Het herinnert eraan dat het eerder oordeelde dat het recht daarom na het verstrijken van vijftien maanden, te rekenen vanaf het einde van het betrokken jaar, kan vervallen.¹² Nu het doel van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon ook niet kan worden bereikt als de werknemer is overleden, vraagt het *Bundesarbeitsgericht* zich af of het recht en daarmee de financiële vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen ook in geval van overlijden van de werknemer moet worden geacht te zijn vervallen.¹³

3.2 Artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG

Het Hof benadrukt dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon als neergelegd in Richtlijn 2003/88/EG een beginsel van sociaal recht van de Unie is, waarvan niet mag worden afgeweken. Het recht is tweeledig en omvat naast het recht op vakantiedagen het recht op betaling. De werknemer blijft ook in zijn vakantie zijn normale loon ontvangen.¹⁴ Wanneer het dienstverband is beëindigd, is het opnemen van jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon niet meer mogelijk. Om te voorkomen dat de werknemer zijn recht op jaarlijkse vakantie, ook in de vorm van het recht op betaling, verliest, is in artikel 7 richtlijn bepaald dat de werknemer recht heeft op een vergoeding

11 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 15.

12 HvJ EU 22 november 2011, zaak C-214/10, ECLI:EU:C:2011:761 (*KHS*).

13 Het *Bundesarbeitsgericht* vraagt het Hof in feite terug te komen op zijn eerdere oordeel in *Bollacke* waarin al werd geoordeeld dat artikel 7 vereist dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon ook in geval van overlijden van de werknemer wordt omgezet in een recht op een financiële vergoeding. Impliciet volgt hieruit ook de eis dat het recht op de vergoeding vererft. Zie HvJ EU 12 juni 2014, zaak C-118/13, ECLI:EU:C:2014:1755 (*Gülray Bollacke/K+K*); A.S. Hartkamp, 'Rechtstreekse doorwerking van het EU Handvest van de grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen', *Ars Aequi* 2019, p. 218.

14 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 38-39.

voor de niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen.¹⁵ De reden waarom het dienstverband is geëindigd, doet er niet toe.¹⁶ Het argument dat het overlijden van de werknemer tot gevolg heeft dat deze werknemer niet langer van zijn jaarlijkse vakantie kan genieten, rechtvaardigt volgens het Hof niet dat hem het even zo belangrijke aspect van het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon wordt onthouden, te weten de financiële vergoeding.¹⁷ Nu het recht vermogensrechtelijk van aard is, en als zodanig aan het vermogen van de werknemer kan worden toegevoegd, kan zijn overlijden er niet toe leiden dat dit recht met terugwerkende kracht aan dat vermogen wordt onttrokken, waardoor de erfgenamen daarop niet langer aanspraak kunnen maken. Als dat wel het geval zou zijn, zou het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, en het daarmee samenhangende recht op betaling van een financiële vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantie wegens beëindiging van het dienstverband, worden uitgehold.¹⁸ Het Hof vervolgt zijn betoog, gestuurd door de vraag van het *Bundesarbeitsgericht*, met de vaststelling dat het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon uitdrukkelijk is neergelegd in artikel 31 lid 2 Handvest.

3.3 Artikel 31 lid 2 Handvest

Artikel 31 lid 2 Handvest luidt als volgt:

Iedere werknemer heeft recht op een beperking van de maximumarbeidsduur en op dagelijkse en wekelijkse rusttijden, alsmede op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon.

15 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 43.

16 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 45.

17 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 46. Het Hof wijst nog op eerdere rechtspraak waarin het oordeelde dat een werknemer ook bij pensionering aanspraak kan maken op een financiële vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen, terwijl voor deze werknemer ook geldt dat hij niet meer in staat is van zijn vakantie te genieten, par. 47.

18 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 48-49.

Het Hof stelt vast dat dit artikel is gebaseerd op Richtlijn 93/104, op artikel 2 van het Europees Sociaal Handvest en op punt 8 van het Gemeenschapshandvest van de sociale grondrechten van de werknemers.¹⁹ Uit overweging 1 van Richtlijn 2003/88 blijkt dat deze richtlijn ertoe diende om Richtlijn 93/104 te codificeren. Artikel 7 van Richtlijn 2003/88 is identiek aan artikel 7 van Richtlijn 93/104. In een eerdere uitspraak heeft het Hof gepreciseerd dat de artikelen 7 lid 1 van Richtlijn 2003/88 en 31 lid 2 Handvest beide het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon behelzen.²⁰ Aan de bepalingen komt eenzelfde uitleg toe, zodat de overwegingen van het Hof inzake artikel 7 richtlijn ook gelden bij de toepassing van artikel 31 lid 2 Handvest. De Handvestbepaling heeft voor de gevallen die binnen de werkingssfeer ervan vallen dus het gevolg dat de lidstaten geen regeling kunnen aannemen die ertoe leidt dat een werknemer bij zijn overlijden met terugwerkende kracht het door hem voor zijn overlijden verworven recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon verliest, en zijn erfgenamen als gevolg daarvan ook geen recht meer hebben op de financiële vergoeding die als vermogensrechtelijk aspect van dat recht daarvoor in de plaats komt.²¹

3.4 Tot slot

Uit zowel artikel 7 Richtlijn 2003/88 als artikel 31 lid 2 Handvest vloeit dus voort dat bij beëindiging van het dienstverband door overlijden het recht van de werknemer op een financiële vergoeding voor de niet-opgenomen jaarlijkse vakantie via erfopvolging overgaat op de erfgenamen. Dat het nationale recht vergoeding van de niet-opgenomen jaarlijkse vakantie en de vererving van die aanspraak uitsluit, doet daaraan niet af. Het is aan de nationale rechter als toepasser van het nationale recht om dat recht in overeenstemming te brengen met de daaraan door het Unierecht gestelde eisen, op welke manier dan ook. In dit geval zou een richtlijnconforme uitleg van de Duitse bepalingen volgens het *Bundesarbeitsgericht* niet mogelijk zijn, omdat die uitleg zou leiden tot een uitleg *contra legem*. Maar dat is (uiteraard) geen reden voor het Hof van Justitie om de uitleg van het Unierecht te herzien. Het blijft de taak van het nationale rechter om een manier te vinden om het door het Unierecht geëiste resultaat

19 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 55. Zie ook Toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten (*Pb.* EG 2007, C 303, p. 26).

20 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 57, onder verwijzing naar HvJ EU 15 september 2011, C-155/10, ECLI:EU:C:2011:588 (*Williams*), par. 18-19.

21 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 61.

van vergoeding van de niet-opgenomen jaarlijkse vakantie en de vererving van die aanspraak te verwezenlijken.

Dit resultaat staat centraal in de verdere overwegingen van het Hof. Anders dan verwijzende rechters in eerdere zaken die de uitleg van bepalingen uit het Handvest betroffen, heeft het *Bundesarbeitsgericht* zijn prejudiciële vragen namelijk zo ingericht dat zij niet alleen zien op de uitleg van de Unierechtelijke bepalingen maar ook op de wijze waarop het nationale recht en de in het geding zijnde rechtsverhouding in lijn moeten worden gebracht met het door het Unierecht geëiste resultaat. Wij gaan in de volgende paragrafen in op de doorwerkingstechnieken waarmee het Handvest in rechtsverhoudingen tussen particulieren tot expressie kan komen en de gevolgen die zo'n techniek heeft voor de inhoud van de concrete privaatrechtelijke rechtsverhouding.

4 ARTIKEL 31 LID 2 HANDVEST: DOORWERKING EN RECHTSGEVOLGEN

Al in zijn eerste vraag stelt het *Bundesarbeitsgericht* de gevolgen van de toepassing van artikel 7 Richtlijn 2003/88 en artikel 31 lid 2 Handvest voor de concrete rechtsverhouding(en) aan de orde. Heeft de erfgenaam van een werknemer een aanspraak op een financiële vergoeding voor niet-opgenomen vakantiedagen op basis van deze Unierechtelijke bepalingen? En is de werkgever op diezelfde wettelijke basis verplicht tot betaling van een dergelijke vergoeding?

Het *Bundesarbeitsgericht* stelt met deze vraag aan de orde of die rechten en plichten ook ontstaan in een rechtsverhouding tussen twee particulieren, oftewel een horizontale rechtsverhouding. Het antwoord daarop is van belang omdat de werkgever van de echtgenoot van Broßonn, anders dan de werkgever van de echtgenoot van Bauer, geen overheidsinstantie maar een privaatrechtelijke rechtspersoon was. Het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon en een daarmee samenhangende financiële vergoeding voor niet-opgenomen vakantiedagen bij beëindiging van het dienstverband is uitgewerkt in artikel 7 Richtlijn 2003/88. Op grond van vaste rechtspraak ontplooit een richtlijn haar werking in het privaatrecht primair via omzetting in nationale wetgeving en subsidiair via richtlijnconforme interpretatie. Een richtlijn die niet of niet juist in het nationale recht is omgezet, kan in de horizontale rechtsverhouding tussen Broßonn en TWI, anders dan in de verticale rechtsverhouding tussen Bauer en de stad Wuppertal geen gevolgen sorteren en dus niet uitmonden in een recht op vergoeding. Een bepaling uit een richtlijn kan namelijk uit zichzelf geen verplichtingen aan particulieren opleggen en kan evenmin tegen een particulier worden ingeroepen, zelfs niet indien deze bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig is en tot doel heeft aan particulieren

rechten te verlenen of verplichtingen op te leggen.²² Zij kan daarom in een horizontale rechtsverhouding evenmin dienen als reden om een met die richtlijn strijdige nationale bepaling buiten toepassing te laten.²³

Om de rechtspositie van Broßonn te kunnen beoordelen is van belang te weten of artikel 31 lid 2 Handvest wel kan worden ingeroepen in een horizontale rechtsverhouding, en met welke doorwerkingstechnieken de invloed op die rechtsverhouding wordt bewerkstelligd. In lijn met hetgeen het Hof in eerdere rechtspraak ten aanzien van algemene beginselen van Unierecht en artikel 21 Handvest heeft geoordeeld (zie hierna 5.2-5.3), overweegt het dat artikel 31 lid 2 Handvest zich verzet tegen daarmee strijdige nationale wetbepalingen. Dat wil zeggen dat de nationale rechter, indien hij zijn nationale regeling niet in overeenstemming met artikel 31 lid 2 Handvest kan uitleggen, verplicht is de nationale regeling ook in horizontale gevallen buiten toepassing te laten. Maar het Hof verrast vriend en vijand door het niet bij die overweging te laten. Het Hof merkt artikel 31 lid 2 Handvest bovendien aan als een zelfstandige grond voor toekenning van een recht, in dit geval de financiële vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantie. De Handvestbepaling volstaat om

(...) aan werknemers een recht te verlenen dat deze als zodanig kunnen doen gelden in een geding tussen hen en hun werkgever [die de hoedanigheid van particulier heeft²⁴] op een gebied dat onder het Unierecht – en bijgevolg ook binnen de werkingssfeer van het Handvest – valt.²⁵

Het Hof vervolgt door te overwegen dat dit in artikel 31 lid 2 Handvest neergelegde recht

(...) naar zijn aard zelf een overeenkomstige verplichting inhoudt voor de werkgever, namelijk het verlenen van dergelijke vakantieperioden met behoud van loon.²⁶

Het kan dus zelf bewerkstelligen dat Broßonn eenzelfde recht op vergoeding jegens de particuliere werkgever TWI heeft als Bauer jegens de overheids-werkgever. Het is derhalve niet nodig de inmiddels bekende route te volgen

22 HvJ EU 24 januari 2012, zaak C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), par. 37; HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), par. 71; HvJ EU 11 september 2018, zaak C-68/17, ECLI:EU:C:2018:696 (*I.R.*), par. 63.

23 HvJ EU 7 augustus 2018, zaak C-122/17, ECLI:EU:C:2018:631 (*Smith*), par. 42.

24 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 92.

25 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 85.

26 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 90.

die inhoudt dat de met het Unierecht strijdige nationale regel buiten toepassing wordt gelaten, waarna de rechter door toepassing van het resterende nationale recht tot een conform resultaat moet komen.

5 HET HANDVEST EN PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSVERHOUDINGEN IN DE RECHTSPRAAK VAN HET HOF VAN JUSTITIE

5.1 Inleiding

Het oordeel van het Hof in *Bauer* staat niet op zichzelf. Volgens vaste rechtspraak van het Hof hebben richtlijnen geen horizontale werking. Toen het Handvest nog niet van kracht was (dus vóór 1 december 2009), heeft het Hof om in horizontale rechtsverhoudingen toch de gewenste rechtsbescherming te bieden, de bepalingen uit de toepasselijke richtlijnen waar mogelijk uitgelegd als ‘enkel’ uitwerkingen van algemene beginselen van Unierecht of van tot grondrechten uitgegroeide algemene beginselen die door het Unierecht worden gewaarborgd. Het heeft deze algemene beginselen en grondrechten wel inroepbaar geacht in een rechtsverhouding tussen particulieren, aldus dat de met zo’n beginsel of grondrecht strijdige nationale regel buiten toepassing moet worden gelaten. Omdat het aanknopingspunt daarvoor was dat de toepasselijke grondrechten op Unierechtelijk niveau als algemeen beginsel werden erkend, kon het Hof in een eerdere zaak, *Dominguez*, geen rechtsbescherming bieden. In die zaak was een nationale wetsbepaling, die het recht op vakantie uitsloot wanneer een werknemer het hele jaar niet had gewerkt, wel degelijk in strijd met de richtlijn die ook in *Bauer* van belang was, Richtlijn 2003/88.²⁷ Gezien de horizontale rechtsverhouding die aan de orde was in *Dominguez*, bood die richtlijn geen uitkomst. Het Handvest had ten tijde van het geschil nog geen bindende kracht en naar onze mening was het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, hoewel het moet worden beschouwd als een belangrijk beginsel van sociaal recht van de Unie, destijds geen erkend algemeen beginsel van Unierecht.

5.2 Mangold en vervolgrechtspraak

Een voorbeeld van een geval waarin de sluiproute wél tot het door de richtlijn nagestreefde resultaat leidde (het tegengaan van discriminatie op grond van leeftijd) biedt de zaak *Mangold*. In *Mangold* stond een nationale bepaling centraal die werkgevers de mogelijkheid gaf een persoon van 58 jaar of ouder zonder objectieve rechtvaardiging standaard een contract voor bepaalde tijd aan

27 HvJ EU 24 januari 2012, zaak C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*).

te bieden. Omdat Mangold een particuliere werkgever had en de arbeidsovereenkomst dus een privaatrechtelijke rechtsverhouding betrof, kon de nationale regel niet worden onderzocht op strijdigheid met Richtlijn 2000/78 over gelijke behandeling op het terrein van arbeid en beroep. Daarnaast was de implementatietermijn voor deze richtlijn nog niet verstreken. De situatie viel desalniettemin binnen de werkingssfeer van het Unierecht door haar verband met Richtlijn 1999/70. Het Hof oordeelde dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, dat een specificering is van het algemene Unierechtelijke beginsel van non-discriminatie, werd geconcretiseerd door de richtlijn, en dat wél kon worden onderzocht of de nationale regeling in strijd was met dit beginsel. Het gevolg van die toetsing was dat de nationale rechter de discriminerende bepaling buiten toepassing moest laten en de werkgever zich daarop niet meer kon beroepen.²⁸ Het Hof heeft in *Küçükdeveci*, een geschil tussen particulieren over de omissie van dienstjaren vervuld voor het bereiken van de leeftijd van 25 jaar bij de berekening van de ontslagtermijn waarop dezelfde Unierechtelijke regels van toepassing waren,²⁹ en in vervolgrechtspraak³⁰ gelijkloënd geoordeeld. In latere rechtspraak heeft het daarbij verwezen naar zowel het algemene beginsel van Unierecht als naar artikel 21 lid 1 Handvest. Daarmee heeft het Hof de ingrijpende strekking van zijn Mangold-oordeel bevestigd en verduidelijkt. De nationale rechter is verplicht tot het buiten toepassing laten van discriminatoire nationale wetgeving op grond van het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, zoals onder meer geconcretiseerd in Richtlijn 2000/78. Het beginsel geeft aan particulieren een subjectief recht waarop zij voor de nationale rechter een beroep kunnen doen. Van deze verplichting kan niet worden afgeweken om reden van het rechtszekerheidsbeginsel of het gewettigd vertrouwen van de particuliere werkgever die heeft gehandeld volgens het nationale recht.³¹ Deze benadering van het Hof is kritisch ontvangen. Immers, een particulier die handelt in lijn met nationaal recht dat naar later blijkt niet overeenstemt met door het Unierecht gestelde eisen, is verplicht de door het Unierecht beschermde particulier alsnog deze bescherming te bieden.

28 HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (*Mangold*). Zie over de gevolgen daarvan voor de concrete rechtsverhouding C.H. Sieburgh, 'Het Unierechtelijke beginsel van gelijkheid en zijn inwerking op het burgerlijk recht', *WPNR* 2011/6901, p. 802 en C.H. Sieburgh, 'The Principle of Non-discrimination' in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & W. Devroe (red.), *Ius commune Casebooks for the Common Law of Europe. Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 288-326, Case 5.2.

29 HvJ EU 19 januari 2010, zaak C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Küçükdeveci*).

30 HvJ EU 19 april 2016, zaak C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*); HvJ EU 19 juli 2017, zaak C-143/16, ECLI:EU:C:2017:566 (*Abercrombie*).

31 HvJ EU 19 april 2016, zaak C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*); par. 38-41.

5.3 AMS en Egenberger

In *AMS* (impliciet) en *Egenberger* heeft het Hof de mogelijkheid bevestigd om een bepaling van nationaal recht ook in een privaatrechtelijke rechtsverhouding aan artikel 21 lid 1 Handvest te toetsen.³² Uit het *Mangold*-oordeel vloeide overigens al logisch voort dat deze werking aan het artikel toekwam, nu dat het algemeen Unierechtelijk beginsel van non-discriminatie codificeert en specificiert. Het in artikel 21 lid 1 Handvest neergelegde verbod van discriminatie naar godsdienst, evenals naar leeftijd, verleent aan particulieren een recht dat zij kunnen inroepen voor de nationale rechter in een geschil met een andere particulier.³³ Het Hof gaat zelfs een stap verder door in *Egenberger* te overwegen dat het artikel, “gelet op zijn dwingende werking, (...) zich in beginsel niet [onderscheidt] van de verschillende bepalingen van de oprichtingsverdragen die diverse vormen van discriminatie verbieden, zelfs wanneer die discriminatie voortvloeit uit overeenkomsten tussen particulieren”.³⁴ *Egenberger* solliciteerde op een vacature bij het kerkgenootschap *Evangelisches Werk*. Die vacature eiste dat sollicitanten lid waren van een evangelische kerk of een kerk die behoort tot het samenwerkingsverband van christelijke kerken in Duitsland. *Egenberger* behoorde niet tot die geloofsgemeenschap en werd niet uitgenodigd voor een sollicitatiegesprek. Het kerkgenootschap beriep zich ter rechtvaardiging van dit verschil in behandeling op grond van godsdienst op het grondwettelijk beschermde kerkelijke zelfbeschikkingsrecht in de Duitse wet. Het Hof heeft ook in deze zaak de nationale rechter de verplichting opgelegd om de nationale bepalingen te toetsen aan artikel 21 lid 1 Handvest, en deze, indien zij met dat artikel in strijd zijn, buiten toepassing te laten.

Met betrekking tot artikel 27 Handvest kwam het Hof tot een andere conclusie. Die conclusie gold voor de inroepbaarheid van de bepaling, zowel in een rechtsverhouding met een publiekrechtelijke wederpartij als in een rechtsverhouding met een privaatrechtelijke wederpartij. Het recht op informatie en raadpleging van werknemers binnen de onderneming leent zich, anders dan het verbod op discriminatie, naar zijn aard niet voor directe werking (“het volstaat niet om aan particulieren een recht te verlenen dat zij als zodanig kunnen inroepen”). Het is namelijk niet onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig om aan particulieren rechten te verlenen of verplichtingen op te leggen. Om effect te sorteren moet het recht, en daarmee de Handvestbepaling, nader worden uitgewerkt in Unierechtelijke dan wel nationale voorschriften. Het Hof

32 HvJ EU 15 januari 2014, zaak C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (*AMS*), par. 47; HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*).

33 HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), par. 76.

34 HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), par. 77. In de *Mangold*-uitspraken (HvJ EG 22 november 2005, zaak C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709) waren de discriminatoire wetsbepalingen immers afkomstig van de overheid.

stelde in navolging van de *Cour de Cassation* vast dat de in het geding zijnde Franse wetsbepaling, die gesubsidieerde werknemers van de berekening van het personeelsbestand uitsloot, met als gevolg dat AMS een beperkter aantal werknemers in dienst had en daardoor niet verplicht was een personeelsvertegenwoordiger aan te wijzen, in strijd was met het recht van werknemers op informatie en raadpleging zoals neergelegd in artikel 27 Handvest en gespecificeerd in Richtlijn 2002/14.³⁵ Deze vaststelling bleef echter zonder gevolg. De Unierechtelijke bepalingen verlenen aan particulieren niet een recht dat zij als zodanig kunnen invoeren, ook niet als zij in samenhang worden beschouwd.

Dit arrest leert ons dat op grond van uitleg voor iedere afzonderlijke Handvestbepaling, en dus voor ieder daarin neergelegd grondrecht, moet worden beoordeeld of het een recht verleent dat door particulieren kan worden ingeroepen. Om inroepbaar te zijn door een particulier moet zo'n bepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn. Als aan een Handvestbepaling directe werking toekomt, moet bovendien voor die concrete bepaling worden beoordeeld of zij door een particulier slechts kan worden ingeroepen jegens de overheid (verticaal, met slechts indirecte gevolgen voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding)³⁶ of ook jegens een andere particulier. Uiteraard kan de nationale rechter bij die uitleg het voortouw nemen, maar het Hof heeft daarbij het laatste woord.

6 HET HANDVEST EN DE DOORWERKINGSTECHNIEKEN

6.1 Inleiding

De uitspraken van het Hof van Justitie bevestigen dat de Handvestbepalingen, net als andere bepalingen van Unierecht, een privaatrechtelijke rechtsverhouding op verschillende wijzen kunnen beïnvloeden. De hierna behandelde doorwerkingstechnieken zijn Unierechtconforme uitleg en de directe werking. Ten aanzien van de directe werking geven wij een uitwerking voor de rechtmatigheidstoetsing en de directe horizontale werking.

6.2 Unierechtconforme uitleg

In bovenstaande arresten is de invloed van het Handvest en daarmee samenhangende Unierechtelijke regelgeving op het nationale recht en op de inhoud van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen duidelijk merkbaar. Het Hof legt in zijn arresten de inhoud van de regel van Unierecht uit en geeft daarmee aan

35 HvJ EU 15 januari 2014, zaak C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (AMS), par. 51.

36 Zie par. 6.3-6.3.1.

de nationale rechter de mogelijkheid om zijn nationale recht in overeenstemming daarmee uit te leggen. De nationale rechter heeft die mogelijkheid in alle geschillen die door het Unierecht worden beheerst, zowel in verticale als horizontale rechtsverhoudingen, en ten aanzien van alle Unierechtelijke normen onafhankelijk van de vraag of deze directe (verticale of horizontale) werking hebben. Op deze manier kan de nationale rechter het Handvest meewegen in zijn geschilbeslechting. Met betrekking tot de uitleg van het nationale recht in het licht van richtlijnen, geldt voor de nationale rechter een verplichting tot richtlijnconforme interpretatie. De nationale rechter is verplicht het gehele nationale recht in beschouwing te nemen om te beoordelen in hoeverre dit zodanig kan worden toegepast dat het niet tot een resultaat leidt dat in strijd is met het door de richtlijn beoogde resultaat.³⁷

Ook als Unierechtelijke regels directe horizontale werking hebben, zoals bijvoorbeeld artikel 21 en 31 lid 2 van het Handvest, is de Unierechtconforme interpretatie de minst ingrijpende manier om de volle werking van die regels te verzekeren. Bij Unierechtconforme interpretatie past de nationale rechter immers nog steeds zijn nationale recht toe op het geschil in kwestie, maar verzekert hij bij die toepassing dat de rechten die particulieren aan bijvoorbeeld het Handvest ontleen worden gewaarborgd. Daartoe moet de nationale rechter vaste rechtspraak die berust op een met het Handvest onverenigbare interpretatie van het nationale recht wijzigen.³⁸ De Unierechtconforme uitleg van het nationale recht vindt zijn grenzen in de algemene rechtsbeginselen. Het Unierecht biedt geen grondslag voor een uitleg *contra legem* van het nationale recht. Als het nationale recht echter de mogelijkheid biedt *contra legem* uit te leggen, is de nationale rechter op grond van het gelijkheidsbeginsel verplicht die uitlegmethode ook toe te passen om de strijd met het Unierecht te onderwerpen.³⁹

6.3 Directe werking

In de literatuur is wel geopperd dat het Handvest gezien artikel 51 lid 1 Handvest, waarin is opgenomen dat de bepalingen van het Handvest zijn gericht

37 HvJ EG 5 oktober 2004, gevoegde zaken C-397/01 t/m C-403/01, ECLI:EU:C:2004:584 (*Pfeiffer*), par. 115 en 118; Asser/Hartkamp 3-I 2019/182-183.

38 HvJ EU 19 april 2016, zaak C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), par. 33-34; HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*).

39 HvJ EU 24 januari 2012, zaak C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 (*Dominguez*), par. 25; HvJ EU 15 januari 2014, zaak C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (*AMS*), par. 39; HvJ EU 19 april 2016, zaak C-441/14, ECLI:EU:C:2016:278 (*Dansk Industri*), par. 32; HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 26; Asser/Hartkamp 3-I 2019/183.

aan de Unie-instellingen en de lidstaten, niet in horizontale verhoudingen kon worden ingeroepen.⁴⁰ In *Bauer* maakt het Hof opnieuw duidelijk dat dit artikel niet uitsluit dat de Handvestbepalingen kunnen worden toegepast in horizontale rechtsverhoudingen.⁴¹ De grondrechten uit het Handvest, die in de woorden van het Hof “aldus in de rechtsorde van de Unie worden gewaarborgd”, kunnen toepassing vinden in alle situaties die door het Unierecht worden beheerst.⁴² Een geval valt bijvoorbeeld onder de werkingssfeer van het Unierecht als de situatie of de rechtsverhouding in strijd komt met een (ongeschreven) regel van Unierecht of een doelstelling van de Europese Unie, bijvoorbeeld de vrij-verkeerbepalingen, de regels op het gebied van het mededingingsrecht en het Unieburgerschap. Het kan ook dat een geval binnen de werkingssfeer van een richtlijn valt en dat de nationale regeling of handeling een uitvoeringshandeling van Unierecht betreft. De laatste categorie is vaak onderwerp van de rechtspraak van het Hof. Of het Handvest in horizontale gevallen van toepassing is, hangt dus ervan af of een zaak wordt bestreken door een andere bepaling van Unierecht. Wat dat betreft verschilt het Handvest van andere Unierechtelijke bepalingen (die immers niet slechts van toepassing zijn als het geval ook wordt bestreken door een andere bepaling van Unierecht).

Het is aan het Hof om te oordelen dat een Handvestbepaling voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is waardoor aan die bepaling directe werking toekomt. Als het Hof tot de conclusie komt dat een Handvestbepaling directe werking heeft in een verticale rechtsverhouding, staat daarmee vast dat particulieren zich rechtstreeks op die bepaling kunnen beroepen jegens overheidsinstanties. Handvestbepalingen met verticale directe werking kunnen indirecte horizontale werking hebben, maar dat hoeft niet zo te zijn. Denk bijvoorbeeld aan het recht op asiel en het recht op bescherming bij verwijdering, uitzetting en uitlevering (artt. 18 en 19 Handvest) en het recht op onderwijs (art. 14 Handvest).

Een verticaal direct werkende Handvestbepaling kan indirecte horizontale werking hebben als aan het desbetreffende geding een horizontale rechtsverhouding ten grondslag ligt en de uitkomst van het inroepen van die Handvestbepaling de horizontale rechtsverhouding beïnvloedt, bijvoorbeeld in het geval dat een met een Handvestbepaling strijdige nationale wet buiten toepassing wordt gelaten zodat de rechtsverhouding door andere nationale regels wordt beheerst. Komt het Hof echter tot de conclusie dat een Handvestbepaling directe werking heeft in een horizontale rechtsverhouding, dan kunnen particulieren zich jegens anderen rechtstreeks op deze bepaling beroepen als hun geschil wordt beheerst door het Unierecht. De Handvestbepaling zelf

40 Zie Asser/Hartkamp 3-I 2019/231f-231g.

41 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 87.

42 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 52.

geeft dan invulling aan de rechtsverhouding en de particulier is niet aangewezen op de indirecte gevolgen van een rechtmatigheidstoets.

6.3.1 *Rechtmatigheidstoets op grond van directe (verticale) werking*

De rechtmatigheidstoets houdt in dat een regel van nationaal recht wordt getoetst aan een voor de rechtsorde fundamentele norm. De nationale rechter toetst de nationale wetsbepalingen die de privaatrechtelijke rechtsverhouding beheersen aan de toepasselijke Unierechtelijke normen. Een regel die strijdt met het Unierecht wordt buiten toepassing gelaten. Deze wijze van toetsing vereist dat aan de Unierechtelijke norm directe verticale werking toekomt. De nationale bepalingen kunnen regels van privaatrecht zijn. De toetsing leidt er niet toe dat de Unierechtelijke norm zelf vormgeeft aan de privaatrechtelijke rechtsverhouding, maar dat de met het Unierecht strijdige nationale regel niet wordt toegepast, en in plaats daarvan bijvoorbeeld een andere nationale regel invulling geeft aan de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Het Hof heeft de nationale rechter in het geval dat een nationale regel in strijd is met artikel 21 lid 1 en artikel 31 lid 2 Handvest een verplichting tot het niet-toepasselijk verklaren van een dergelijke regel opgelegd.⁴³ De waarborging van de rechten uit deze Handvestbepalingen kan dus in ieder geval plaatsvinden door middel van de rechtmatigheidstoets in gevallen die beheerst worden door het Unierecht.

6.3.2 *Directe horizontale werking*

In *Bauer* heeft het Hof geoordeeld dat aan artikel 31 lid 2 Handvest ook directe horizontale werking toekomt. Het artikel volstaat om aan een werknemer een recht op financiële vergoeding te verlenen dat hij of zijn erfgenaam als zodanig kan doen gelden in een nationale procedure over een rechtsverhouding met zijn particuliere werkgever die onder de werkingssfeer van het Unierecht valt. De Handvestbepaling heeft daarmee directe horizontale werking. Zij kan direct en zelfstandig invulling geven aan de horizontale rechtsverhouding, in die zin dat zij een recht op financiële vergoeding voor de werknemer (en zijn erfgenamen) in het leven roept en een daarmee corresponderende verplichting tot betaling op de werkgever legt.

Het voorgaande geldt sinds het arrest *Cresco* ook voor artikel 21 lid 1 Handvest.⁴⁴ Particulieren kunnen beide Handvestbepalingen rechtstreeks inroepen voor de nationale rechter en zijn niet aangewezen op de indirecte gevolgen die verbonden zijn aan rechtmatigheidstoetsing of Unierechtconforme

43 HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*) en HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*).

44 HvJ EU 22 januari 2019, zaak C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco*). Zie hierna par. 7.

uitleg. De nationale rechter kan de volle werking van de Handvestbepalingen, afhankelijk van het partijdebat, dus op verschillende manieren verzekeren.

6.4 Tot slot

Wanneer een nationale rechter tot de conclusie komt dat hij zijn nationale recht niet in conformiteit met de desbetreffende Handvestbepaling kan uitleggen, zoals de verwijzende rechter in *Bauer*, kan hij verplicht zijn op een andere manier de met die bepaling beoogde rechtsbescherming te waarborgen. Of en hoe die rechtsbescherming aan particulieren kan worden geboden, hangt af van of het toepasselijke Unierechtelijke wetgevingsinstrument directe (verticale) werking heeft en zo ja, of het ook directe horizontale werking heeft. Aan richtlijnbe­palingen heeft het Hof bijvoorbeeld slechts directe verticale werking willen toekennen. Een particulier kan in een geschil met een andere particulier voor de nationale rechter geen beroep doen op een richtlijn­bepaling: niet rechtstreeks (directe horizontale werking) en zelfs niet middels een rechtmatigheidstoets (indirecte horizontale werking). Voor Broßonn bood artikel 7 lid 1 Richtlijn 2003/88 dus geen uitkomst. Voor Bauer wel. Haar echtgenoot was werkzaam bij een overheidsinstantie, en in deze verticale rechtsverhouding kon Bauer zich op artikel 7 lid 1 beroepen om de door haar geërfde vordering die berust op het recht op financiële vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantie geldend te maken. Het recht op financiële vergoeding van Broßonn en de corresponderende verplichting tot betaling van de particuliere werkgever TWI moest op basis van een andere Unierechtelijke bepaling worden toegekend. Om die reden, en de gestelde onmogelijkheid van Unierechtconforme interpretatie, vroeg de verwijzende rechter hoe artikel 31 lid 2 Handvest moet worden uitgelegd.

Om directe werking te hebben, moet de Handvestbepaling onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn. Het Hof stelt vast of een Handvestbepaling directe werking heeft en gaat vervolgens in op de vraag in welke rechtsverhouding haar die werking toekomt. Inmiddels heeft het dat voor verschillende bepalingen gedaan, waaronder artikel 21 lid 2 (niet alleen directe verticale maar ook directe horizontale werking) en artikel 31 lid 2 Handvest (niet alleen directe verticale maar ook directe horizontale werking). Zou aan artikel 31 lid 2 geen directe horizontale werking zijn toegekend, dan zou het door Broßonn niet inroepbaar zijn geweest als zelfstandige grond voor het recht op financiële vergoeding in de privaatrechtelijke rechtsverhouding met de werkgever van haar overleden echtgenoot. In dat geval was het voor haar alleen nog mogelijk de lidstaat aansprakelijk te stellen voor de schade die zij zou hebben geleden door het niet-correct implementeren van artikel 7 lid 1 Richtlijn 2003/88.

Aan artikel 27 Handvest heeft het Hof de directe werking onthouden. Een particulier kan zich op dat artikel niet beroepen in een nationale procedure met de overheid of met een andere particulier.

7 DE RECHTSGEVOLGEN VAN DOORWERKING VAN HANDVESTBEPALINGEN
VOOR DE INHOUD VAN PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSVERHOUDINGEN

Een interessante vraag is vervolgens hoe de doorwerking van het Handvest in het concrete geval gestalte krijgt. Vaak wordt door het Hof geen expliciet oordeel gegeven over het rechtsgevolg van de doorwerkingsvorm op de privaatrechtelijke rechtsverhouding in kwestie. In *Bauer* ligt het voor de hand dat de nationale rechter in het vervolg van de procedure op basis van artikel 31 lid 2 Handvest aan Broßonn een recht op financiële vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantie door haar overleden echtgenoot toekent, en daarmee TWI als werkgever verplicht tot betaling. Deze Handvestbepaling kan rechtstreeks in de privaatrechtelijke rechtsverhouding worden toegepast. De nationale rechter is niet verplicht om voor deze doorwerkingstechniek te kiezen. Hij kan er ook voor kiezen om de met de Handvestbepaling strijdige nationale bepalingen buiten toepassing te laten en de privaatrechtelijke rechtsverhouding verder vorm te geven aan de hand van het overige nationale recht. Een andere optie is een met de Handvestbepaling conforme uitleg van de nationale wetsbepalingen. Het resultaat van deze exercitie moet echter eenzelfde recht op vergoeding zijn.⁴⁵ In *Bauer* heeft de verwijzende rechter bij het stellen van de prejudiciële vragen het standpunt ingenomen dat hij de relevante wettelijke bepalingen niet conform de eisen van Unierecht kon uitleggen. Het Hof maakt duidelijk dat de verwijzende rechter de mogelijkheid heeft artikel 31 lid 2 Handvest direct toe te passen in de rechtsverhouding tussen Broßonn en de werkgever, en aldus haar recht op financiële vergoeding van de door haar overleden echtgenoot niet-opgenomen vakantiedagen met behoud van loon te waarborgen. Het *Bundesarbeitsgericht* maakt echter geen gebruik van deze mogelijkheid. Het kiest er alsnog voor om via Unierechtconforme uitleg van de wettelijke bepalingen tot het gewenste resultaat van vergoeding te komen.⁴⁶

In de in paragraaf 5.2-5.3 besproken arresten legde het Hof een verplichting op de nationale rechter om nationale bepalingen te toetsen aan het verbod op non-discriminatie of artikel 21 lid 1 Handvest, en de nationale bepaling zo nodig buiten toepassing te laten. In die zaken verwoordde het Hof echter niet duidelijk wat het gewenste rechtsgevolg van die toetsing was. In *Mangold* moest het beding uit de arbeidsovereenkomst dat voorzag in een overeen-

45 HvJ EU 6 november 2018, gevoegde zaken C-569/16 en C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer*), par. 92.

46 *Bundesarbeitsgericht* 22 januari 2019, 9 AZR 45/16.

komst voor bepaalde tijd door het buiten toepassing laten van een Duitse wetsbepaling aan de overige regels van het Duitse arbeidsrecht worden getoetst. Die regels beperkten de mogelijkheid om arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd te sluiten, met als gevolg dat het beding nietig was. De arbeidsovereenkomst tussen Mangold en zijn werkgever moest worden geduid als een overeenkomst voor onbepaalde tijd.⁴⁷ De werkwijze van het Hof, waarin het de rechtsgevolgen voor de privaatrechtelijke verhouding aan het nationale recht laat, volgt een lange traditie. *Bauer* leek daarin enige verandering te brengen doordat expliciet werd gemaakt dat aan de erfgenamen een recht op uitbetaling van de niet-opgenomen vakantiedagen toekwam. In *Cresco* heeft het Hof de precisering van de gewenste rechtsgevolgen van doorwerking van Handvestbepalingen in horizontale verhoudingen doorgezet.⁴⁸ Het liet over het wenselijke resultaat geen onduidelijkheid bestaan en duidde hoe de nationale rechter dat resultaat moet construeren. De zaak draaide om een Oostenrijkse wet die voorzag in toekenning van vakantiedagen en de betaling van toeslag indien een werknemer op een vakantiedag werkt. Alleen voor leden van bepaalde geloofsgemeenschappen was ook Goede Vrijdag zo'n vakantiedag. Achatzi was werkzaam bij Cresco, een particulier detectivebureau. Cresco bood op grond van genoemde wet aan haar werknemers die lid waren van bepaalde geloofsgemeenschappen een betaalde verlofdag op Goede Vrijdag. Wanneer deze werknemers op Goede Vrijdag moesten werken hadden zij recht op een toeslag op hun salaris voor de op die dag verrichte arbeid. Achatzi was geen lid van een in de wet genoemde geloofsgemeenschap en kon om die reden geen aanspraak maken op een toeslag op zijn salaris voor de door hem op Goede Vrijdag verrichte arbeid.

Het Hof oordeelde dat de Oostenrijkse bepaling wegens directe discriminatie op grond van godsdienst in strijd was met Richtlijn 2000/78 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep⁴⁹ en artikel 21 lid 1 Handvest. De nationale rechter moet, zolang geen maatregelen zijn genomen om de gelijke behandeling te herstellen, de leden van de benadeelde groep de voordelen toekennen die de leden van de bevoordeelde groep genieten. Hij moet daartoe elke discriminatoire nationale bepaling buiten beschouwing laten, zonder dat hij de opheffing daarvan door de wetgever moet afwachten, en hij moet op de leden van de benadeelde groep dezelfde regeling toepassen als op de leden van de bevoordeelde groep.⁵⁰ Deze oplossing werkt volgens het Hof alleen als er een bruikbaar referentiekader bestaat. In dit geval

47 *Bundesarbeitsgericht* 26 april 2006, 7 AZR 500/04; C.H. Sieburgh, 'Het Unierechtelijke beginsel van gelijkheid en zijn inwerking op het burgerlijk recht', *WPNR* 2011, p. 789 en p. 802.

48 HvJ EU 22 januari 2019, zaak C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco*).

49 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.* EG 2000, L 303, p. 16).

50 HvJ EU 22 januari 2019, zaak C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco*), par. 79-80.

bood de Oostenrijkse regeling die aan leden van bepaalde geloofsgemeenschappen verlof of toeslag op Goede Vrijdag toekende dat referentiekader. Zolang de wetgever geen actie onderneemt, is het aan de particuliere werkgevers om ervoor te zorgen dat de werknemers die niet behoren tot een van de in de wet genoemde geloofsgemeenschappen een identieke behandeling krijgen als die waarin de wet voorziet voor werknemers die lid zijn van een van die geloofsgemeenschappen. Omdat die laatste groep verplicht is de werkgever vooraf te informeren over het lidmaatschap, zodat hij er rekening mee kan houden dat Goede Vrijdag als vrije dag wordt opgenomen, hebben de werknemers die geen lid zijn van de bepaalde geloofsgemeenschappen slechts recht op een vrije dag op Goede Vrijdag als zij voorafgaand aan die dag kenbaar hebben gemaakt niet te willen werken. Weigert de werkgever dit verzoek in te willigen, dan hebben werknemers die op Goede Vrijdag alsnog moeten werken recht op een toeslag.⁵¹

Het Hof liet in *Cresco* geen misverstand bestaan over het door de nationale rechter te bereiken resultaat: de particuliere werkgever Cresco is op grond van artikel 21 lid 1 Handvest verplicht om al zijn werknemers het recht op een vrije dag op Goede Vrijdag toe te kennen, mits de werknemers vooraf kenbaar hebben gemaakt dat zij op die dag vrij wilden zijn. Als de werkgever dit verzoek weigert, is hij verplicht om deze werknemers een toeslag voor hun werkzaamheden te betalen. Hiermee ging het Hof verder dan de verplichting tot het buiten-toepassing verklaren van de strijdige nationale bepaling of de vaststelling dat de Handvestbepaling directe horizontale werking heeft. Het Hof stelde zelf vast hoe de inhoud van de privaatrechtelijke rechtsverhouding door het Unierecht wordt vormgegeven en schiep een betalingsverplichting voor de particuliere werkgever. De overweging dat de Handvestbepalingen zich wegens hun dwingende karakter ook verzetten tegen discriminatie die voortvloeit uit overeenkomsten tussen particulieren lijkt daarvoor de aanzet.⁵² Dit oordeel heeft grote financiële gevolgen voor alle werkgevers in Oostenrijk. De wettelijke regel voorziet namelijk in een voordeel voor een minderheid van de werknemers. Dat voordeel komt nu beschikbaar voor alle werknemers. Overigens brengt de precisering door het Hof dat werknemers die geen lid zijn van de bepaalde geloofsgemeenschappen slechts recht hebben op een vrije dag op Goede Vrijdag als zij voorafgaand aan die dag kenbaar hebben gemaakt niet te willen werken, mee dat werkgevers slechts zelden alsnog een toeslag behoeven te betalen. Weinig werknemers zullen immers reeds voor het wijzen van het arrest door het Hof een vrije dag hebben aangevraagd op Goede Vrijdag. Het Hof bood eveneens een uitweg voor de toekomst door te oordelen dat de op de werkgever rustende Unierechtelijke verplichting slechts geldt zolang de

51 HvJ EU 22 januari 2019, zaak C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco*), par. 81-86.

52 HvJ EU 22 januari 2019, zaak C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco*), par. 77; zie eerder HvJ EU 17 april 2018, zaak C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*), par. 77.

nationale wetgever geen maatregelen neemt om de met het Unierecht strijdige wetsbepaling aan te passen.⁵³ Het maakte daarmee duidelijk dat de wetgever de wet zo zou kunnen aanpassen dat zij geldt voor alle werknemers, maar dat hij er eveneens toe kan overgaan het voordeel af te schaffen. Ook maakte het Hof hiermee duidelijk dat het de werkgever niet vrijstaat om voorafgaand aan zo'n wetswijziging zijn werknemers het recht te ontnemen op een vrije dag op Goede Vrijdag of op een toeslag ingeval wel wordt gewerkt.

8 STAND VAN ZAKEN IN NEDERLAND

Het in deze bijdrage besproken Unierechtelijke beginsel van non-discriminatie en artikel 21 Handvest hebben in Nederland niet waarneembaar geleid tot inhoudelijke wijzigingen van wetgeving en rechtspraak. Ook daarop gericht onderzoek vermeldt voor Nederland geen gevallen als aan de orde in *Mangold*.⁵⁴ De reden daarvoor is niet bekend. Zij kan erin gelegen zijn dat de Nederlandse wetgever Unierechtelijke bepalingen op dit gebied correct heeft geïmplementeerd. Maar ook als dit anders zou zijn, kan verboden discriminatie worden voorkomen door de implementatiewet Unierechtconform uit te leggen, door tot een Unierechtconform resultaat te komen door toepassing van andere wetgeving die discriminatie verbiedt (zoals bijvoorbeeld de Algemene Wet Gelijke Behandeling, art. 1 Gw en art. 14 EVRM). Deze Unierechtconforme resultaten kunnen door de rechter worden bereikt. Daarnaast kunnen partijen bij een privaatrechtelijke rechtsverhouding bij het vormgeven van die rechtsverhouding ook uit eigen beweging verboden discriminatie voorkomen. Dat artikel 21 Handvest directe horizontale werking heeft onderstreept het belang dat partijen erbij hebben om om te anticiperen op het verbod van discriminatie

Wat betreft artikel 7 Richtlijn 2003/88/EG geldt dat het in Nederland niet tijdig is geïmplementeerd. Een werknemer die hierdoor het recht op vakantie-dagen had misgelopen heeft de Staat op grond van onrechtmatige daad aangesproken. In navolging van het Gerechtshof Den Haag heeft de Hoge Raad geoordeeld dat deze niet tijdige implementatie een toerekenbare onrechtmatige daad is. De schade die de werknemer als gevolg hiervan heeft geleden, dient door de Staat te worden vergoed.⁵⁵

53 HvJ EU 22 januari 2019, zaak C-193/17, ECLI:EU:C:2019:43 (*Cresco*), par. 87.

54 Zie Asser/Hartkamp 3-I 2019/147; C.H. Sieburgh, 'Non-discrimination Provisions in the TFEU', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & W. Devroe (red.), *Ius commune Casebooks for the Common Law of Europe. Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 221-278; C.H. Sieburgh, 'The Principle of Non-discrimination' in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & W. Devroe (red.), *Ius commune Casebooks for the Common Law of Europe. Cases, Materials and Text on European Law and Private Law*, Oxford: Hart Publishing 2017, p. 288-326.

55 Hoge Raad, 18 september 2015, NJ 2016/166, m.nt. Lindenbergh.

Gezien het oordeel van het Hof van Justitie in *Bauer*, had de werknemer ook ertoe kunnen overgaan om zijn werkgever, een privaatrechtelijke rechtspersoon, aan te spreken. Hoewel de werkgever in overeenstemming handelde met het destijds geldende nationale recht (art. 7:635 lid 4 (oud) BW), had de werknemer zich erop kunnen beroepen dat de rechtsverhouding door het Unierecht werd beheerst, namelijk door Richtlijn 2003/88/EG. De werknemer zou zich in dat geschil weliswaar niet hebben kunnen beroepen op de richtlijn, maar wel op het recht dat artikel 27 Handvest hem toekent, met als gevolg dat de werkgever de schade van de werknemer zou moeten vergoeden.

9 CONCLUSIE

Handvestbepalingen kunnen de inhoud van een horizontale rechtsverhouding beïnvloeden, daarover bestaat geen twijfel. Of en hoe een Handvestbepaling van invloed is, hangt af van verschillende aspecten. Allereerst is vereist dat het Handvest in het horizontale geschil kan worden toegepast. Dat is het geval indien het geschil wordt beheerst door het Unierecht en dat geschil wordt bestreken door een andere bepaling van Unierecht dan de in het geding zijnde Handvestbepaling, bijvoorbeeld een bepaling uit een richtlijn of een verdragsbepaling. Ten tweede is het een kwestie van uitleg of de relevante Handvestbepaling directe werking heeft, zodat een particulier zich op die bepaling kan beroepen in een nationale procedure. Per Handvestbepaling moet worden beoordeeld of zij voldoende duidelijk en onvoorwaardelijk is om directe werking te hebben. Uit *AMS* bleek dat niet aan iedere Handvestbepaling directe werking toekomt. Heeft een Handvestbepaling wel directe werking, dan kan een particulier zich in zijn rechtsverhouding met een overheidsinstantie rechtstreeks beroepen op dat recht. Een particulier kan zich ook in een horizontale rechtsverhouding op deze doorwerkingsvorm beroepen. De directe verticale werking van de Handvestbepaling heeft dan tot gevolg dat nationale regels aan die bepaling kunnen worden getoetst (rechtmatigheidstoets). Een met het Unierecht strijdige nationale regel dient door de nationale rechter buiten toepassing te worden gelaten. Indien de rechtmatigheidstoetsing plaatsvindt in een rechtsverhouding met een andere particulier, kan het buiten toepassing laten van een dergelijke bepaling de horizontale rechtsverhouding indirect beïnvloeden. De inhoud van die rechtsverhouding wordt dan namelijk niet langer mede vormgegeven door de met het Unierecht strijdige nationale bepaling. Vervolgens wordt aan de hand van de overige op de rechtsverhouding van toepassing zijnde regels de inhoud van de horizontale rechtsverhouding vastgesteld. Uit de rechtspraak van het Hof, waaronder *Egenberger*, bleek al dat aan een Handvestbepaling (in dat geval art. 21 Handvest) directe verticale werking kan toekomen en dat in het verlengde daarvan de rechtmatigheidstoets indirecte invloed op het horizontale geschil kan sorteren. In *Bauer* oordeelde het Hof dat ook nationale bepalingen die in strijd zijn met artikel 31

lid 2 Handvest door de nationale rechter buiten toepassing moeten worden gelaten.

Het Hof is echter verder gegaan en heeft aan artikel 31 lid 2 Handvest tevens directe horizontale werking toegekend. Dit betekent dat een particulier zich in een geschil met een andere particulier rechtstreeks kan beroepen op deze Handvestbepaling nu zij tussen hen rechten en verplichtingen creëert. De particulier is dus niet langer afhankelijk van het nationale recht of van een rechtmatigheidstoetsing. In *Bauer* kon Broßonn zich jegens de particuliere werkgever TWI op artikel 31 lid 2 Handvest beroepen. Op grond van die bepaling had Broßonn een recht op vergoeding van de door haar overleden echtgenoot niet-opgenomen vakantiedagen, en rustte op werkgever TWI een corresponderende verplichting tot betaling. Zij behoefde niet de route van de rechtmatigheidstoets of de Unierechtconforme uitleg te volgen. Het oordeel van het Hof in *Cresco* vormde een logisch vervolg op *Bauer*. Het Hof erkende in dat arrest de directe horizontale werking van artikel 21 lid 1 Handvest en ging zeer concreet in op de rechten en corresponderende verplichtingen die deze bepaling voor de particulieren in kwestie in het leven roept. Het is onze verwachting dat nationale rechters in de toekomst het voortouw zullen nemen en dat door hen en door het Hof aan meer Handvestbepalingen directe horizontale werking zal worden toegekend, bijvoorbeeld aan het recht op bescherming van persoonsgegevens (art. 8 Handvest), het recht op eigendom (art. 17 Handvest) en de gelijkheid van vrouwen en mannen (art. 23 Handvest). Indien de rechter daartoe aanleiding ziet, zal hij bovendien expliciteren welke precieze rechten en verplichtingen de desbetreffende Handvestbepaling voor particulieren schept. Een Handvestbepaling waaraan particulieren rechten kunnen ontleen is een krachtig en effectief instrument om een door het Unierecht nagestreefd doel in het nationale publiekrecht en privaatrecht te verwezenlijken.