

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/139395>

Please be advised that this information was generated on 2017-11-23 and may be subject to change.

# Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt

Prof. mr. drs. C.H. Sieburgh\*

## 1. Inleiding

### 1.1. Algemeen

Het privaatrecht en de grondrechten beïnvloeden elkaar over en weer. In het privaatrecht wordt wel de indruk gewekt, dat vermogensrecht en grondrechten elkaar tot ver in de twintigste eeuw zorgvuldig hebben vermeden. Dat is echter onjuist. Het geldende privaatrecht berust op een afweging van diverse, soms samenlopende en soms elkaar tegenwerkende uitgangspunten.<sup>1</sup> De open normen in het privaatrecht bieden een onderkomen aan uiteenlopende beginselen, uitgangspunten, gezichtspunten en aanknopingspunten. Grondrechten en op grondrechten teruggaande argumenten maken deel uit van die noties. Zij spelen een rol bij het vaststellen van de in het concrete geval geldende norm. Dit sluit aan bij art. 3:14 BW dat bepaalt dat een bevoegdheid die iemand krachtens het burgerlijk recht toekomt niet mag worden uitgeoefend in strijd met geschreven of ongeschreven regels van publiekrecht.<sup>2</sup>

Argumenten die op grondrechten teruggaan, kunnen een uiteenlopende herkomst hebben. Te denken valt aan de Grondwet, het EVRM, het IVBPR en het ESH. Een grondrechtelijk argument kan ook berusten op een algemeen beginsel van Unierecht of op het in 2009 van kracht geworden EU-Handvest van de grondrechten (hierna: Handvest).

Behalve via de open normen van privaatrecht beïnvloeden grondrechten rechtsverhoudingen tussen particulieren op basis van constitutioneel-rechtelijke doorwerkings-technieken.<sup>3</sup>

De afgelopen decennia is in het privaatrecht het refereren aan grondrechten toegenomen. Bovendien zijn de zojuist genoemde doorwerkingsmechanismen voor toepassing in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen ontsloten. Het betreft veelal doorwerkingsmechanismen die staatsrechtelijk niet nieuw zijn, maar die niet eerder zo nauw op het privaatrecht of op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen werden betrokken. Ik denk daarbij aan de positieve verdragsverplichting, de rechtmatigheidstoetsing<sup>4</sup> en de gevolgen die de werking van grondrechten in een verhouding tussen de overheid en een particulier kan hebben voor derden. Deze drie mechanismen berusten op het leerstuk van de directe verticale werking van grondrechten. In het verlengde van deze verticale directe werking kan sprake zijn van indirecte horizontale werking. Dat is zo als aan het desbetreffende geding een horizontale rechtsverhouding ten grondslag ligt. De werking die de grondrechten op zo'n rechtsverhouding (zouden) hebben is dan een indirect gevolg van de verticale directe werking. Een relatieve nieuwkomer op het terrein van doorwerkingsvormen is afkomstig uit het EU-recht. In het EU-recht is aan een aantal van de rechten met directe verticale werking tevens directe horizontale werking toegekend.<sup>5</sup> Dit houdt in dat de horizontale rechtsverhouding direct wordt beïnvloed, derhalve zonder tussenkomst van een op directe verticale werking berustende techniek. De inroeping van het EU-recht tussen particulieren heeft als gevolg dat de ene particulier tegen een andere particulier een recht geldend kan maken of van een verplichting wordt bevrijd. Met andere woorden: het Europese recht

\* Prof. mr. drs. C.H. Sieburgh, hoogleraar Burgerlijk recht, in het bijzonder de Europeesrechtelijke aspecten hiervan, Radboud Universiteit Nijmegen. Zie voor een filmpje over haar onderzoeksterrein: <http://fastfacts.nl/content/carla-sieburgh-juridisch-pionieren>.

1. C.H. Sieburgh, *Tertium Datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004. Zie voor overige vindplaatsen Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/40 e.v.
2. Zie uitgebreider en met verwijzingen C.H. Sieburgh, 'De betekenis van grondrechten voor het algemene vermogensrecht', in: J.H. Gerards & C.H. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 429 e.v.
3. Dit begrip heeft in dit artikel betrekking op de wijzen waarop internationaal en supranationaal recht doorwerken in het privaatrecht en in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Het wordt in ruime zin verstaan. Het omvat de mechanismen die maken dat een internationale norm in het nationale recht doorwerkt (art. 93 en 94 Gw, de rechtspraak van het HvJ EU in de zaken *Van Gend en Loos* (HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, *Jur.* 1963, p. 3) en *Costa/Enel* (HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203), de positieve verdragsverplichting en de rechtmatigheidstoetsing. Zie daarover hierna par. 2.2.
4. Het begrip 'rechtmatigheidstoetsing' gebruik ik kortheidshalve voor de toetsing van het positieve recht aan voor een rechtsorde fundamentele waarden. In concreto gaat het om een grondrechtentoetsing, een verdragstoetsing, een toetsing aan een algemeen beginsel van Unierecht, een toetsing aan een fundamentele verkeersvrijheid enz. In de Engelstalige literatuur wordt deze toetsing wel geduid als 'legality review'. Het begrip 'legaliteitstoetsing' vermijd ik omdat daaronder in de Nederlandstalige rechtsleer de toetsing van de bevoegdheidsgrondslag wordt verstaan. Die toetsing is een beperktere dan datgene wat in deze bijdrage aan de orde is.
5. Bij wijze van voorbeeld geef ik het geval *Viking*, berecht in HvJ EU 11 december 2007, C-438/05 (*ITWF/Viking*). In een geschil tussen particulieren (werkgever Viking en vakbonden/werknemers), kon de ene particulier zich jegens de andere beroepen op zijn recht op vrije vestiging met als gevolg dat voor de civiele rechter een verbod gevraagd kon worden van de collectieve acties die deze vestiging beletten. Zie in meer detail hierna par. 4.3.

beïnvloedt de geldigheid, de inhoud of de uitleg van rechtsverhoudingen tussen particulieren rechtstreeks.<sup>6</sup>

Naast de vermelde indirecte horizontale gevolgen van bepalingen met directe verticale werking, sorteert een grondrecht ook indirecte horizontale gevolgen als partijen of de rechter al dan niet vrijwillig met dat grondrecht rekening houden bij het vormgeven van de rechtsverhouding of bij het invullen van een op die rechtsverhouding toepasselijke open norm. De verplichting tot conforme interpretatie van open normen geldt ook voor normen waaraan geen directe horizontale werking is toegekend. Een voorbeeld daarvan is de verplichting tot richtlijnconforme uitleg van het nationale recht. Bij Unierechtelijke regels mét directe horizontale werking is de conforme uitleg van de toepasselijke regel van nationaal recht de minst ingrijpende manier om de regel effect te laten sorteren. De burger heeft daarnaast andere mogelijkheden. Hij kan zich namelijk direct beroepen op het hem toegekende subjectieve recht.

De in het EU-recht ontwikkelde directe horizontale werking is, afgezien van het in art. 157 VWEU neergelegde recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen, voornamelijk niet toegekend aan grondrechten. De rechtsleer houdt er rekening mee dat dit in de toekomst verandert.<sup>7</sup> In Nederland is naar het recht van nationale origine evenmin directe horizontale werking aan grondrechten toegekend. Naar mijn mening is aan het aanvaarden van directe horizontale werking van bijvoorbeeld de Unierechtelijke verkeersvrijheden onlosmakelijk verbonden dat ook grondrechten direct horizontaal moeten kunnen werken. Zoals hierna wordt toegelicht moet het in een privaatrechtelijke rechtsverhouding namelijk mogelijk zijn een grondrechtelijk argument in te brengen tegen een beroep op een Unierecht met directe horizontale werking. Zo'n argument moet even krachtig kunnen werken als het door de andere partij in stelling gebrachte Unierecht. Met andere woorden: het beroep van een particulier op zijn levensovertuiging als verweer tegen het beroep van een andere particulier op het direct horizontaal werkende recht diensten te verlenen, moet veranderd zijn in een rechtsnorm met dezelfde rechtskracht en plaats in de hiërarchie van normen.<sup>8</sup>

### 1.2. Vraagstelling en plan van behandeling

Onder verwijzing naar eerder onderzoek<sup>9</sup> en de daarin ontwaarde tendensen wil ik in deze bijdrage nagaan of ontwikkelingen in het EU-recht als vliegwiel functioneren

voor het belang van het grondrechtelijke argument in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Ik vermoed dat dit het geval is. De aanleiding daarvoor zijn de perspectieven die worden geopend als verschillende delen van het geldende recht (mensenrechtenrecht en de rechtspraak van het EHRM, EU-recht en de rechtspraak van het HvJ EU, privaatrecht en de rechtspraak van nationale rechters) met elkaar in verband worden gedacht. Om die mogelijke ontwikkeling te kunnen duiden, breng ik eerst de ontwikkelingen in kaart die reeds hebben plaatsgevonden en analyseer ik de technieken waarmee grondrechten thans invloed uitoefenen op het privaatrecht of op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. In die analyse combineer ik een constitutionele met een privaatrechtelijke benadering. Duidelijk wordt dat de doorwerkingsmechanismen onderling op relevante punten verschillen. Voor de doorgronding van de effecten die grondrechten kunnen hebben voor een privaatrechtelijke rechtsverhouding is het daarom zinvol begripsmatig onderscheid te maken (zie par. 2).

Vervolgens behandel ik in par. 4 twee tendensen in de rechtspraak van het HvJ EU die relevant zijn voor de wijze waarop en de mate waarin grondrechten het privaatrecht beïnvloeden. Eerst behandel ik in par. 4.1 de veelbesproken rechtspraak van het HvJ EU met betrekking tot de doorwerking van grondrechtelijke argumenten in een privaatrechtelijke context (*Mangold, Küçükdereci, AMS*). Deze rechtspraak berust op de EU-rechtelijke rechtmatigheidstoetsing van een op een rechtsverhouding toepasselijke regel aan algemene beginselen van EU-recht c.q. aan in het Handvest neergelegde grondrechten. Als achter deze rechtmatigheidstoetsing een privaatrechtelijke rechtsverhouding schuilgaat, impliceert de rechtmatigheidstoetsing de (indirecte) beïnvloeding van het privaatrecht en van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen door grondrechten. Ik wijs nu al op de bevinding dat de door het HvJ EU in zijn rechtspraak over deze rechtmatigheidstoetsing gebruikte bewoordingen de actieradius van algemene beginselen van Unierecht en Handvestbepalingen, mits zij als zodanig voldoende bepaald zijn, lijkt uit te breiden. Zij zouden het toekennen van directe horizontale werking aan grondrechten kunnen inluiden.

Vertrekkend vanuit de rechtspraaklijn van het HvJ EU waarin directe horizontale werking aan een aantal bepalingen van primair Unierecht is toegekend (par. 4.2) laat ik aan de hand van concrete casus (het *Viking*-geval en een variatie op het *Omega*-geval, par. 4.3) zien, hoe in het positieve recht de ter beschikking staande doorwerkingstechnieken in rechtsverhoudingen tussen particulie-

6. Asser/Hartkamp 3-1\* 2011/12-15 en A.S. Hartkamp, "Horizontal Effects" (or "Effects in Relationships between individuals") of EU law', in: A.S. Hartkamp e.a. (red.), *The Influence of EU Law on National Private Law, General part* (Serie Onderneming en Recht, deel 81-1), Deventer: Kluwer 2014, p. 57-72.

7. R. Barents, *Het Verdrag van Lissabon*, Deventer: Kluwer 2008, p. 549.

8. Zie hierna par. 4.2.

9. C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimiteit* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging 2011-1), Deventer: Kluwer 2011, p. 187-242; C.H. Sieburgh, 'Het Unierechtelijke beginsel van gelijkheid en zijn inwerking op het burgerlijk recht', *WPNR* 2011, afl. 6901, p. 798-809; C.H. Sieburgh, 'Principles in Private Law: From Luxury to Necessity – Multi-layered Legal Systems and the Generative Force of Principles', *ERPL* 2012, p. 295-312; C.H. Sieburgh, 'A method to substantively guide the involvement of EU primary law in private law matters', *ERPL* 2013, p. 1165-1188; C.H. Sieburgh, 'General principles and the Charter in private law relationships. Constructive and critical input from private law', Chapter 10 in: U. Bernitz, X. Groussot & F. Schulyok (red.), *General Principles of EU Law and Private Law*, The Hague: Kluwer Law International 2013, p. 233-247; C.H. Sieburgh, 'De betekenis van grondrechten voor het algemene vermogensrecht', in: Gerards & Sieburgh (red.) 2013, p. 429-452; C.H. Sieburgh, 'The Union-Law principle of equality and its effect on private law', in: Hartkamp e.a. (red.) 2014, p. 271-296.

ren (kunnen) worden aangewend. De analyse van de casus ondersteunt mijn vermoeden (1) dat de directe horizontale werking die thans wordt toegekend aan een aantal bepalingen uit het primaire Unierecht die niet noodzakelijk op grondrechten teruggaan het aanvoeren van grondrechten in het privaatrecht aanjaagt en (2) dat een logisch sequeel van die werking het aannemen van directe horizontale werking van grondrechten in het nationale recht is (zie ook par. 3).<sup>10</sup> Ook komt aan de orde (par. 4.4) dat als deze tendensen hun intree hebben gedaan in mede door het EU-recht beheerste gevallen, hun intree op gebieden die vallen buiten het EU-recht snel zal volgen.

Mijn conclusie berust op de doorgronding van doorwerkingstechnieken en op de analyse van concrete casus. Zij houdt in dat bepaalde doorwerkingstechnieken, in het bijzonder de directe horizontale werking van een aantal bepalingen van EU-recht, als vliegwiel zullen functioneren voor het belang en het werkingsmechanisme van het grondrechtelijke argument in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Op die conclusie volgt een vraag: zal deze ontwikkeling niet snel in haar tegendeel verkeren? Het antwoord daarop luidt: ja wat betreft vorm, maar nee wat betreft inhoud.

## 2. Typen van doorwerking: overzicht

De toegenomen internationalisering van het privaatrechtelijke debat heeft tot gevolg dat in privaatrechtelijke geschillen frequenter een beroep wordt gedaan op grondrechten en op grondrechten teruggaande argumenten. Zij heeft ook tot gevolg dat doorwerkingsmechanismen die als zodanig al langer bestaan, worden aangewend bij de beslechting van deze geschillen.

### 2.1. Invullen van open normen: indirecte horizontale werking

Het privaatrecht is het meest bekend met gevallen waarin bij het invullen van open normen rekening wordt gehouden met grondrechten. Grondrechten werken aldus indirect door in de horizontale rechtsverhouding.<sup>11</sup> Omdat de gezichtspunten die bij het vaststellen van een concrete norm worden meegewogen, mede afhangen van de sociaal-maatschappelijke omstandigheden en in de maatschappij de aandacht voor grondrechten is toegenomen, is de mate waarin wordt gerefereerd aan grondrechten in het privaatrechtelijke debat toegenomen. Aan grondrechten worden nieuwe argumenten ontleend die als gezichtspunt meewegen in de vaststelling van de concrete norm. Bovendien worden grondrechten gebruikt om reeds bestaande uitgangspunten in andere woorden te vatten. Een

goed voorbeeld daarvan is de al decennia bestaande wetgevings- en rechtspraakpraktijk om zwakke partijen te beschermen. Daarbij wordt steeds vaker gewezen op het gelijkheidsbeginsel (art. 1 Gw, art. 14 EVRM, art. 1 Twaalfde Protocol EVRM, art. 26 IVBPR, art. 20 Handvest).

De invulling van open normen van privaatrecht aan de hand van een relevant grondrecht(elijk argument), heeft in het algemeen iets vrijblijvends. Zolang aan de rechter en partijen niet dwingend is voorgeschreven welk gewicht aan een bepaald grondrechtelijk argument moet worden toegekend, betekent het betrekken van dat argument in een afweging geenszins dat het beslissend is. En evenmin is daarmee gegeven dat het argument het vanuit constitutioneel oogpunt gewenste gewicht in de schaal legt. Het is dikwijls niet gemakkelijk te achterhalen of en zo ja hoe het argument het uiteindelijke resultaat inhoudelijk beïnvloedt.<sup>12</sup> Deze bedenking heeft voor het Nederlandse privaatrecht vooralsnog niet geleid tot klachten over de behandeling door de rechter van aan de grondrechten ontleende belangen en argumenten.

### 2.2. Rechtmatigheidstoetsing van recht en rechtspraak: directe verticale werking met indirecte horizontale effecten

Als op grondrechten teruggaande argumenten bij de invulling van open normen min of meer spelenderwijze het privaatrecht binnenkomen, wordt de invloed van de grondrechten op het privaatrecht in de doctrine niet als systeemvreemd gezien. Dat ligt anders als diezelfde argumenten worden gebruikt als toetssteen voor een (privaatrechtelijke) wettelijke regel die van toepassing is op de privaatrechtelijke rechtsverhouding en voor rechterlijk optreden in civiele zaken.<sup>13</sup>

De nationale rechter is bij toepassing en uitleg van het geldende recht gebonden aan grondrechten. Het door hem op een rechtsverhouding toe te passen recht mag niet in strijd zijn met grondrechten.<sup>14</sup> Aldus is de nationale civiele rechter binnen de grenzen van art. 120 Gw, belast met de toepassing van de Grondwet en, naast het EHRM, met de toepassing van het EVRM. Voorts is de nationale rechter, naast het HvJ EU, belast met de toepassing van het Unierecht. Volgens vaste en inmiddels in art. 6 lid 3 VEU gecodificeerde jurisprudentie van het HvJ EU maken de grondrechten integrerend deel uit van de algemene rechtsbeginselen. Bovendien is sinds 2009 op grond van het Verdrag van Lissabon een aantal grondrechten neergelegd in het juridisch bindende Handvest. Dit brengt mee dat grondrechten ook op basis van de Unierechtelijke dogmatiek invloed kunnen hebben op privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.

10. Uiteraard zou die gevolgtrekking consequenties hebben voor de nationale staatsrecht doctrine. Op de inpassing van eventuele directe horizontale werking van grondrechten in het nationale staatsrecht ga ik in dit artikel niet in.

11. Zie J.H. Gerards, 'Inleiding', in: Gerards & Sieburgh (red.) 2013, onder 4.3.2. Zie voor een overzicht van gevallen Asser/Hartkamp 3-I\* 2011/226 e.v.

12. Voor een analyse van de relevante dogmatische verfijningen en voor illustraties aan de hand van casus, waaronder een over de wijze waarop grondrechten worden betrokken bij de invulling van open normen, verwijs ik naar mijn bijdrage in: Gerards & Sieburgh (red.) 2013, p. 429-452.

13. Ook mogelijk is dat de privaatrechtelijke rechtsverhouding zelf getoetst wordt aan een grondrecht. Dit mechanisme is een voorbeeld van directe horizontale werking, die hierna in par. 2.3 wordt besproken.

14. EHRM 13 juli 2004, 69498/01, ECLI:NL:XX:2004:AR3615, NJ 2005/508, m.nt. J. de Boer, EHRC 2004/87, m.nt. E. Brems (*Pla en Pun-cernau/Andorra*); EHRM 16 december 2008, 23883/06, ECLI:NL:XX:2008:BH1809, NJ 2010/149, m.nt. E.A. Alkema, EHRC 2009/7, m.nt. J.H. Gerards, AB 2009/286, m.nt. T. Barkhuijsen en M.L. van Emmerik (*Mustafa en Tarzibachi/Sweden*).

Wat betreft de rechterlijke toetsing van het op een horizontale rechtsverhouding toepasselijke recht aan grondrechten, is de situatie in Nederland aldus dat de rechter de formele wet niet mag toetsen aan de Nederlandse Grondwet (art. 120 Gw). Dat neemt niet weg dat de op een privaatrechtelijke rechtsverhouding toepasselijke rechtsregels zo uitgelegd moeten worden dat zij niet in strijd komen met grondwettelijke grondrechten en dat deze regels wel getoetst kunnen en moeten worden aan supra- en internationale grondrechtenverdragen (art. 93 en 94 Gw, de rechtspraak van het HvJ EU in de zaken *Van Gend en Loos* (HvJ EG 5 februari 1963, 26/62, *Jur.* 1963, p. 3) en *Costa/Enel* (HvJ EG 15 juli 1964, 6/64, *Jur.* 1964, p. 1203).<sup>15</sup> Hoewel deze techniek vanuit een staatsrechtelijk perspectief niet verrassend is, blijkt haar toepassing in het privaatrecht relatief nieuw te zijn en tot onverwachte en indringende gevolgen te leiden.<sup>16</sup> Ook de toetsing van nationale regelgeving aan het Unierecht, in het bijzonder aan het algemene Unierechtelijke discriminatieverbod, heeft privaatrechtjuristen verrast.<sup>17</sup> Rechtmatigheidstoetsing betekent dat het positieve recht wordt getoetst aan voor een rechtsorde fundamentele waarden.<sup>18</sup> Dat het EHRM en het HvJ EU nationale wetgeving toetsen aan bijvoorbeeld een grondrecht of een fundamentele verkeersvrijheid wordt door de verdragssluitende staten resp. lidstaten in beginsel geaccepteerd. Zou immers zo'n verdragssluitende staat of lidstaat met de uitvaardiging van nationale wetgeving kunnen ondernemen wat door het internationale of supranationale recht wordt geregeld, dan dreigt het toetreden tot het verdrag of tot de Unie een lege huls te worden. Zo bezien is het niet verrassend dat het EHRM en het HvJ EU ook regels van privaatrecht kunnen toetsen aan de fundamentele beginselen waaraan de verdragssluitende staat of lidstaat zich heeft gebonden. Terwijl het merendeel van de regels neergelegd in het Nederlandse BW ten aanzien van grondrechten en het EU-recht in die zin neutraal zijn (of lijken), dat zij niet strijdig zijn met de grondrechtelijke beginselen en fundamentele uitgangspunten van EU-recht, is een dergelijke strijdigheid niet zonder meer uit-

gesloten. Een voorbeeld van een regel uit het Nederlandse BW die mogelijk strijdig is met het verbod van discriminatie naar nationaliteit, is art. 6:247 lid 2 BW.<sup>19</sup> Maar ook regels die als zodanig grondrechten- en Unierechtelijk neutraal lijken, kunnen in hun context beschouwd bijvoorbeeld structureel bepaalde groepen discrimineren en om die reden de rechtmatigheidstoetsing niet doorstaan.<sup>20</sup> Bekend is dat het EHRM en het HvJ EU niet alleen het wetgevend handelen van de staat toetsen, maar ook het handelen van nationale rechters. Deze vorm van rechtmatigheidstoetsing kan logischerwijze ook rechters in civielrechtelijke zaken ten deel vallen. Het EHRM beperkt zich bij deze grondrechtelijke controle van nationaal rechterlijk handelen bovendien niet tot de regel die op de horizontale rechtsverhouding moet worden toegepast, maar toetst ook de wijze waarop de rechter die rechtsverhouding uitlegt.<sup>21</sup>

De toetsing door de internationale of supranationale rechter van een nationale regel van privaatrecht aan fundamentele rechten volgt bezien vanuit de grondrechten-dogmatiek hetzelfde stramien als de toetsing van een rechterlijk oordeel aan fundamentele rechten. In beide gevallen gaat het immers om de toetsing van een handeling van een verdragssluitende staat. Ook bezien vanuit de privaatrechtsdogmatiek is er geen principieel verschil. In beide gevallen wordt niet de privaatrechtelijke rechtsverhouding zelf getoetst aan fundamentele rechten maar wordt de op de rechtsverhouding toe te passen of toegepaste regel van nationaal recht (de toegepaste regel zoals uitgelegd door de nationale rechter resp. de toepasselijke wettelijke bepaling) daaraan getoetst. Analyses die vooral zijn gestoeld op de EU-rechtelijke dogmatiek duiden de werking van grondrechten in deze casus als directe horizontale werking.<sup>22</sup> Een analyse vanuit de constitutioneelrechtelijke dogmatiek duidt deze werking van grondrechten als indirect horizontaal. Daarbij sluit ik mij aan. De gevolgen voor de privaatrechtelijke rechtsverhouding vloeien immers niet voort uit een directe ingreep van het grondrecht in de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Zij vloeien voort uit een ingreep van het grondrecht in een

15. Zie over de spanning die kan bestaan tussen het toetsingsverbod en het toetsingsgebod R. de Lange, in: C.W. van der Pot, *Handboek van het Nederlandse Staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014 (16e druk), p. 687.
16. Zie de door het EHRM berechte gevallen *Pla en Puncernau* en *Mustafa en Tarzibachi* en de door het HvJ EU berechte gevallen *Mangold* en *Küçükdeveci*: EHRM 13 juli 2004, 69498/01, ECLI:NL:XX:2004:AR3615, *NJ* 2005/508, m.nt. J. de Boer, *EHRC* 2004/87, m.nt. E. Brems (*Pla en Puncernau/Andorra*); EHRM 16 december 2008, 23883/06, ECLI:NL:XX:2008:BH1809, *NJ* 2010/149, m.nt. E.A. Alkema, *EHRC* 2009/7, m.nt. J.H. Gerards, *AB* 2009/286, m.nt. T. Barkhuijsen en M.L. van Emmerik (*Mustafa en Tarzibachi/Sweden*); HvJ EU 22 november 2005, C-144/04, *Jur.* 2005, p. I-9981, *NJ* 2006/227, m.nt. M.R. Mok (*Mangold/Helm*); HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, *NJ* 2010/256, m.nt. M.R. Mok (*Küçükdeveci/Swedex*).
17. Zie in detail en met verwijzingen mijn in noot 9 vermelde publicaties in *WPNR* 2011, afl. 6901, p. 798-809 en in Hartkamp e.a. (red.) 2014, p. 271-296.
18. Zie nader noot 4.
19. Zie nader Asser/Hartkamp 3-1\* 2011/34-35. Art. 6:247 lid 2 BW bepaalt: 'Op overeenkomsten tussen partijen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf en die niet beide in Nederland gevestigd zijn, is deze afdeling niet van toepassing, ongeacht het recht dat de overeenkomst beheerst.'
20. D.G. Schiek, 'Age Discrimination before the ECJ- Conceptual and Theoretical Issues', *CML Rev.* 2011, 48 (3), p. 777 e.v.
21. EHRM 13 juli 2004, 69498/01, ECLI:NL:XX:2004:AR3615, *NJ* 2005/508, m.nt. J. de Boer, *EHRC* 2004/87, m.nt. E. Brems (*Pla en Puncernau/Andorra*).
22. Zie aldus, met verwijzingen, M. de Mol, 'Horizontal Direct Effect of Union Prohibitions of Discrimination', in: Hartkamp e.a. (red.) 2014, p. 219-250 en M. de Mol, *De directe werking van de Grondrechten van de Europese Unie* (diss. Maastricht), Oisterwijk: Wolf 2014, p. 195 e.v. Anders dan in deze bijdrage, die de concrete rechtsverhouding als referentiepunt voor de doorwerkingsvorm neemt, is de in de door De Mol gekozen benadering het nationale recht het referentiepunt ('Het vertrekpunt van dit concept (het begrip "horizontale directe werking") is dat het ziet op de doorwerking van Unierechtelijke grondrechten in het nationale recht'). Zie ook M. de Mol, noot bij *AMS* in *EHRC* 2014/70. Zie voor een fraaie behandeling van de achterliggende redenen voor de worsteling met doorwerking van internationaal recht in nationaal recht J. Fleuren, 'De historische ontwikkeling van de verhouding tussen internationaal en nationaal recht', *AA* 2012, p. 510 e.v.

publiekrechtelijk instrument, veelal een wettelijke regel. Deze (directe) verticale werking kan tot gevolg hebben dat de wettelijke regel buiten toepassing moet blijven wegens strijd met het grondrecht. De invloed van de grondrechtelijke waarde is dus de wel of niet buitentoepassinglating van een wettelijke regel, m.a.w. van een maatregel van een verdragsluitende staat c.q. van een lidstaat. Welke rechtsverhouding werd beheerst door de getoetste wettelijke bepaling is voor de werking van het grondrecht niet relevant.

Op het eerste gezicht lijkt het resultaat van deze techniek op de reeds beschreven invulling van open normen met behulp van fundamentele rechten. Een belangrijk verschil is echter dat de invulling van een open norm niet noodzakelijk berust op een verplichting van de (rechter of wetgever van een) verdragsluitende staat of lidstaat om fundamentele rechten te respecteren en om dat volgens een door het EHRM of HvJ EU bepaald stramen te doen. Hoewel de verdiscontering van fundamentele rechten in een open norm mee kan brengen dat de rechterlijke uitspraak voldoet aan de voor de verdragsluitende staat of lidstaat uit zo'n fundamenteel recht voortvloeiende verplichting, is dat niet noodzakelijk het geval. De invulling van open normen waarbij mede fundamentele rechten in acht worden genomen, valt dan ook niet te vereenzelvigen met de zojuist beschreven directe horizontale werking. De rechtmatigheidstoetsing is evenmin te vereenzelvigen met de directe horizontale werking. Bij beide hiervoor genoemde varianten van rechtmatigheidstoetsing is het mogelijk dat een veroordeling door het EHRM van de verdragsluitende staat of een oordeel van het HvJ EU over de voorwaarden voor strijdigheid van een nationale regel met het Unierecht, niet leidt tot een verandering van de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Het is denkbaar dat een uitleg van de getoetste wetgeving of rechtelijke uitspraak die wel voldoet aan de door de fundamentele rechten gestelde eisen, zich ook verdraagt met het onveranderd blijven voortbestaan van de privaatrechtelijke rechtsverhouding. Bovendien kan de privaatrechtelijke rechtsverhouding eveneens compatibel zijn met het recht dat daarop van toepassing wordt na de buitentoepassinglating van de getoetste regel. Maar ook het andere uiterste is denkbaar. Uit de door het EHRM en HvJ EU gekozen benaderingen in bijvoorbeeld *Pla en Puncernau* en *Mustafa en Tarzibachi* en *Mangold* en *Küçükdeveci*<sup>23</sup> blijkt dat zij zich vergaand bemoeien met concrete privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.<sup>24</sup> Weliswaar is het EHRM niet in staat om zo'n rechtsverhouding zelf te toetsen, omdat het slechts bevoegd is te oordelen over grondrech-

tenschendingen door verdragsluitende staten, maar de wijze waarop het de rechtmatigheidstoetsing uitvoert staat niet ver af van toetsing van de rechtsverhouding zelf: '(...) het Hof [heeft] de gelegenheid aangegrepen om via de op de rechter, als orgaan van de verdragsstaat, rustende verplichtingen een resultaat te bereiken dat in het EU-recht alleen past bij verdragsbepalingen met directe horizontale werking.'<sup>25</sup> Daarmee ligt de door het EHRM verrichte toetsing aan tegen een type toetsing dat door het HvJ EU wordt verricht, namelijk de toetsing van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen aan bepalingen van EU-recht die directe horizontale werking hebben. Dat is echter geen reden om deze indirecte horizontale werking te duiden als directe horizontale werking, die in par. 2.3 wordt behandeld.

### 2.3. Toetsing van de privaatrechtelijke rechtsverhouding zelf: directe horizontale werking

Een stap verder dan de toetsing van een op een privaatrechtelijke rechtsverhouding van toepassing zijnde regel (ofwel door toetsing van de regel zelf, ofwel door toetsing van de uitleg die de rechter aan deze regel geeft), zou zijn de toetsing van de privaatrechtelijke rechtsverhouding zelf aan grondrechten of aan fundamentele uitgangspunten van EU-recht. In zo'n geval heeft het grondrecht directe horizontale werking. Dit begrip wordt aldus opgevat dat de inroeping van het grondrecht tussen particulieren als gevolg heeft dat de ene particulier tegen een andere particulier een recht geldend kan maken of van een verplichting wordt bevrijd. Met andere woorden: het grondrecht beïnvloedt de geldigheid, de inhoud of de uitleg van rechtsverhoudingen tussen particulieren rechtstreeks. In algemene zin is aan grondrechten (bepalingen) nog geen directe horizontale werking toegekend. Omdat het EHRM niet oordeelt over geschillen tussen particulieren, is in zijn rechtspraak geen directe horizontale werking aan grondrechten toegekend.<sup>26</sup>

Anders dan in de rechtspraak van het EHRM, zijn in de rechtspraak van het HvJ EU wel gevallen bekend waarin het Unierecht direct invloed uitoefent op een rechtsverhouding tussen particulieren. In zo'n geval heeft het Unierecht directe horizontale werking. In par. 2.2 is toegelicht waarom onder dit begrip niet valt het geval waarin de rechter een op de rechtsverhouding van particulieren toepasselijke regel toetst aan het Europese recht (of aan fundamentele rechten).<sup>27</sup> Dat laatste is te verstaan als een rechtmatigheidstoetsing, waarbij de onderliggende rechtsverhouding 'toevallig' van privaatrechtelijke aard is.

23. Zie noot 14 en 16.

24. De uitwerkingen voor de concrete gevallen heb ik gegeven in mijn in noot 9 genoemde bijdragen in *WPNR* 2011, afl. 6901, p. 798-809, in Gerards & Sieburgh (red.) 2013, p. 429-452 en in Hartkamp e.a. (red.) 2014, p. 271-296.

25. Asser/Hartkamp 3-*I*\* 2011/233. Zie ook 234.

26. In par. 2.2 bleek niettemin dat de toetsing van het toepasselijke nationale recht of van de beoordeling door de nationale rechter soms dermate ver gaat, dat het onderscheid met de toetsing van de rechtsverhouding zelf niet gemakkelijk valt te maken. Daaraan draagt bij dat het EHRM in de hier bedoelde oordelen in detail ingaat op feiten en omstandigheden die de concrete privaatrechtelijke rechtsverhoudingen betreffen.

27. Zoals ook opgemerkt in noot 22, wordt in het debat over EU-recht dikwijls de laatste vorm van doorwerking wel gekenmerkt als zijnde direct horizontaal. Opmerkelijk is dat hierbij wordt aangetekend dat hetgeen getoetst wordt niet de rechtsverhouding van de particulier is, maar de 'public act'. Zie bijv. B. de Witte, 'Direct effect, supremacy, and the nature of the legal order', in: P. Graig & G. De Búrca, *The Evolution of EC Law*, Oxford: OUP 2011, p. 329-333; M. de Mol, 'The novel approach of the ECJ towards the horizontal direct effect of the EU principle of non-discrimination: (Unbridled) expansionism of EU law?', *MJ* 2011, p. 110-111. Vgl. voor eenzelfde benadering als aangehouden in dit artikel Asser/Hartkamp 3-*I*\* 2011/12 e.v.

Ook in het EU-recht zijn gevallen bekend waarin de rechtmatigheidstoetsing<sup>28</sup> aan een grondrecht wat betreft haar uitkomst niet ver aflight van de toetsing van de rechtsverhouding zelf aan grondrechten.<sup>29</sup> Vooralnog zijn in het EU-recht geen gevallen bekend waarin het HvJ EU algemene beginselen van Unierecht of bepalingen in het Handvest zo uitlegt dat zij directe horizontale werking hebben en aldus direct gevolgen sorteren voor horizontale rechtsverhoudingen. Op grond van de rechtspraak van het HvJ EU vermoed ik dat dit zal veranderen (zie hierna par. 4).

### 3. Van de weeromstuit: grondrecht tegen grondrecht

Hand in hand met het grotere bereik van grondrechten gaat dat rechtvaardigingsgronden voor handelingen die grondrechten beperken in ruimere mate toepasselijk zijn. Voor het privaatrecht is dat van belang omdat voor de horizontale rechtsverhouding tegen een beroep op een grondrecht door de ene burger een beroep op een privaatrechtelijke rechtvaardigingsgrond door de andere burger mogelijk moet zijn. Het is evident dat een beroep op de partijautonomie als tegenwicht niet volstaat.<sup>30</sup> Als dat immers wel zo zou zijn, dan zou aan grondrechten in een contractuele verhouding geen effect toekomen. De partijautonomie zou de beperking rechtvaardigen van ieder grondrecht waarvan de bescherming leidt tot begrenzing van die autonomie. Het resultaat daarvan zou zijn dat de grondrechtenbescherming in het privaatrecht ondermijnd zou worden en geen praktische waarde zou hebben. Het is dan ook van belang een verfijnder stelsel van rechtvaardigingsgronden te ontwikkelen. Mijns inziens kan daarbij inspiratie gevonden worden in de grondrechtelijke beginselen, zoals de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst, de vrijheid van meningsuiting en van informatie, de vrijheid van beroep, de vrijheid van ondernemerschap en het recht op eigendom.

De proliferatie van grondrechten kent nog een aspect dat voor het privaatrecht in het bijzonder van belang is. Het toekennen van een recht aan een particulier in zijn rechtsverhouding met een andere particulier, houdt automatisch in dat op de andere particulier een plicht komt te rusten dat recht te ontzien. Tegenover ieder horizontaal werkend recht staat een horizontaal werkende plicht. De persoon met de op grondrechten teruggaande plichten heeft eigen belangen die, indien relevant, in de afweging over hetgeen rechtens is, moeten worden betrokken. Mijns inziens betekent een consequente doordenking van dit gegeven dat grondrechten in privaatrechtelijke

geschillen geen andere status kunnen hebben dan andere rechten waarop particulieren zich onderling kunnen beroepen. Het vermogen van grondrechten volledig door te werken heeft als keerzijde dat de kracht waarmee zij werken beperkt blijft. In de woorden van Alkema: 'Anders gezegd, bij horizontale werking is er geen principieel verschil tussen grondrechten en gewone rechten.'<sup>31</sup>

## 4. Combinatie van verschillende ontwikkelingen

### 4.1. Rechtmatigheidstoetsing, indirecte horizontale werking en een opening naar directe horizontale werking van grondrechten

De rechtmatigheidstoetsing met onderliggend een privaatrechtelijk geschil, de techniek van de verticale werking en de daaruit mogelijk voortvloeiende indirecte horizontale werking licht ik toe aan de hand van vragen die speelden in het door het HvJ EU beoordeelde geval *AMS*.<sup>32</sup>

AMS is een vereniging die in de regio Marseille werkt aan voorzieningen voor sociale bemiddeling, het voorkomen van criminaliteit en de arbeidsmarktintegratie van werklozen en personen die als gevolg van sociale en beroepsmatige moeilijkheden geen baan kunnen vinden. In dat verband biedt AMS individuele loopbaantrajecten met een beroepsopleiding in sociale bemiddeling. Met inbegrip van de personen die dit traject volgen, werken bij AMS ten tijde van het geding tussen de 128 en 178 mensen.<sup>33</sup> De lokale vakbond wijst een van hen, Laboubi, aan als vertegenwoordiger van de binnen AMS opgerichte vakbondsafdeling. De vraag waar het in het geding tussen de privaatrechtelijke rechtspersoon AMS en de lokale vakbonden om gaat is of AMS een werkgever is waarvan werknemers op grond van Richtlijn 2002/14<sup>34</sup> het recht op informatie en raadpleging hebben. Op grond van art. 3 van die richtlijn is dat onder meer het geval als de werkgever valt aan te merken als een onderneming en ten minste 50 werknemers in dienst heeft. De richtlijn laat het aan het nationale recht over, de noodzakelijke maatregelen te nemen om het opgelegde resultaat te garanderen.

Naar nationaal Frans recht (art. L. 1111-2 van de Code du travail) moeten in alle bedrijfsvestigingen met minstens 11 werknemers personeelsvertegenwoordigers worden verkozen. In ondernemingen en vestigingen met 50 of meer werknemers dienen de vakbonden een vakbondsvertegenwoordiger aan te stellen en dienen zij een ondernemingsraad samen te stellen. Bij de berekening van het personeelsbestand van de onderneming worden krachtens art. L. 1111-3 van de Code du travail niet tot het perso-

28. Zie over dit begrip par. 2.2.

29. Zie (tekst bij) noot 26.

30. Interessant is in dit verband dat K. Lenaerts en J.A. Gutiérrez-Fons, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, *CML Rev.* 2010, 47, p. 1648, voetnoot 104 het kenmerk van een legal principle, namelijk dat het 'mandatory in nature' is, omschrijven als 'not subject to private autonomy'.

31. E.A. Alkema, noot bij HR 18 juni 1993, *NJ* 1994/347 (verplichte medewerking door verkrachter aan hiv-test), nr. 1.

32. HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, *NJ* 2014/246, m.nt. M.R. Mok (*Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT*). In de noot bij dit arrest, 'Doorwerking van het EU Handvest van de grondrechten in privaatrechtelijke rechtsverhouding', *AA* 2014, p. 750 e.v., gaat Hartkamp in op de privaatrechtelijke aspecten. Zie voor een met de hiernavolgende analyse vergelijkbare analyse van de arresten *Mangold* en *Kücükdıveci* mijn in noot 9 genoemde bijdragen in *WPNR* 2011, afl. 6901, p. 798-809 en in Hartkamp e.a. (red.) 2014, p. 271-296.

33. Deze getallen blijken uit de conclusie van A-G P. Cruz Villalón voor het arrest, punt 14-16.

34. Tot vaststelling van een algemeen kader betreffende de informatie en de raadpleging van de werknemers in de Unie.

neelsbestand gerekend 'leerjongens en -meisjes' en personen met een overeenkomst ter ondersteuning bij de terugkeer op de arbeidsmarkt, met een werkbegeleidingsovereenkomst of met een overeenkomst die de verwerving van een beroepsbekwaamheid kan vergemakkelijken. Indien men met deze nationaal arbeidsrechtelijke uitzonderingsregels rekening houdt, heeft AMS minder dan 50 en zelfs minder dan 11 werknemers (namelijk 8).

Tegen deze achtergrond vordert AMS voor het tribunal d'instance van Marseille (hierna: het tribunal) de nietigverklaring van de aanwijzing van Laboubi als vertegenwoordiger van de binnen AMS opgerichte vakbondsafdeling. Het tribunal stelt aan de Cour de Cassation een grondwettigheidsvraag over art. L. 1111-3 van de Code du travail. De Cour de Cassation legt deze vraag op zijn beurt voor aan de Conseil constitutionnel. De Conseil constitutionnel oordeelt dat art. L. 1111-3 van de Code du travail in overeenstemming is met de Franse grondwet. Daarop hebben Laboubi en de vakbond voor het tribunal aangevoerd dat art. L. 1111-3 van de Code du travail niettemin strijdig is met het Unierecht en met de internationale verplichtingen van Frankrijk. Het tribunal heeft deze argumentatie gevolgd en art. L. 1111-3 van de Code du travail wegens strijdigheid met het recht van de Unie buiten toepassing gelaten. Omdat zonder toepassing van de uitsluitingen van art. L. 1111-3 van de Code du travail het personeelsbestand van AMS ruimschoots boven de 50 werknemers lag, heeft het tribunal de aanwijzing van Laboubi als vertegenwoordiger van de vakbondsafdeling bekrachtigd.

Wat aan dit procesverloop meteen opvalt is dat de buiten-toepassinglating van de nationale regel door het tribunal teruggaat op de strijdigheid daarvan met het Unierecht, en wel met de hiervoor vermelde richtlijn. Het geschil tussen AMS enerzijds en Laboubi en de vakbonden anderzijds is een geschil tussen particulieren. Naar vaste rechtspraak van het HvJ EU kan een richtlijn uit zichzelf aan particulieren geen verplichtingen opleggen en kan een bepaling van een richtlijn als zodanig niet tegenover een particulier worden ingeroepen.<sup>35</sup> Dit houdt in dat een burger jegens een andere burger geen recht aan een richtlijnbeepaling kan ontleen (m.a.w. richtlijnbeepalingen hebben geen directe horizontale werking). Het houdt bovendien in dat een burger in een geschil met een andere burger niet door een beroep op een richtlijn kan bewerkstelligen dat een met de richtlijn strijdige bepaling van nationaal recht buiten toepassing wordt verklaard (m.a.w. een bepaling in een richtlijn kan in een geschil tussen

particulieren niet dienen als basis voor de in par. 2.2 behandelde rechtmatigheidstoetsing).

Een richtlijn kan derhalve in een geschil tussen particulieren noch direct (namelijk als grondslag voor rechten en plichten), noch via de rechtmatigheidstoetsing (directe verticale werking met daaruit mogelijk voortvloeiende gevolgen voor de horizontale rechtsverhouding) effect sorteren. Er zijn slechts twee wegen om aan deze onmogelijkheid te ontkomen:<sup>36</sup> de richtlijnconforme interpretatie van het nationale recht (met inbegrip van de desbetreffende nationale regel) en (indien dat niet kan<sup>37</sup>) de toetsing van de nationale regel aan een andere regel van Unierecht,<sup>38</sup> zoals een algemeen beginsel van Unierecht of een bepaling in het Handvest. Door in een geding tussen particulieren het recht van nationale origine aan de richtlijn te toetsen, heeft het tribunal dus gehandeld in strijd met het naar Unierecht hierop bestaande verbod. Voortbouwend op de twee manieren waarop niet-inroepbaarheid van een richtlijn in een geschil tussen particulieren kan worden ondervangen, stelt de Cour de Cassation twee vragen aan het HvJ EU: '1) Kan het grondrecht op informatie en raadpleging van de werknemers, neergelegd in artikel 27 van het [Handvest], zoals gepreciseerd in de bepalingen van richtlijn [2002/14], in een geding tussen particulieren worden aangevoerd om een nationale maatregel ter uitvoering van [deze] richtlijn te toetsen aan het Unierecht?' en '2) Zo ja, moeten die bepalingen aldus worden uitgelegd dat zij zich verzetten tegen een nationale wettelijke bepaling die van de berekening van het aantal werknemers van de onderneming, met name ter bepaling van de wettelijke drempels voor het oprichten van organen voor de vertegenwoordiging van het personeel, [gesubsidieerde] werknemers (...) [uitsluit]?'<sup>39</sup>

De impliciete aanname door de Cour de Cassation dat de nationale wet in strijd is met de richtlijn en niet richtlijnconform kan worden geïnterpreteerd, wordt door het HvJ EU tot uitgangspunt genomen (punt 40).<sup>39</sup> Dan rest de vraag of een beroep op een relevant algemeen beginsel van Unierecht of een relevante bepaling in het Handvest het beoogde resultaat kan sorteren. Voor het concrete geval richtte die vraag zich op art. 27 Handvest: kan het recht van werknemers om tijdig te worden geïnformeerd en geraadpleegd, analoog aan het aan het verbod van discriminatie gekoppelde recht op non-discriminatie, als basis dienen voor de toetsing van de nationale regel in een geschil tussen particulieren? Nog anders gesteld: is het in het Handvest neergelegde recht op informatie en raadpleging een met de regel van non-discriminatie ver-

35. Dat geldt zelfs voor een duidelijke, nauwkeurig omschreven en onvoorwaardelijke bepaling van een richtlijn die tot doel heeft particulieren rechten te verlenen of hun verplichtingen op te leggen, aldus het HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (*Association de médiation sociale/Union locale des syndicats CGT*), r.o. 36 onder verwijzing naar eerdere rechtspraak.

36. Ik bespreek hier niet de mogelijke effecten voor derden van een beroep op een richtlijn in een geding tussen een particulier en de overheid.

37. Volgens de rechtspraak van het HvJ EU gaat de voorkeur ernaar uit het nationale recht richtlijnconform te interpreteren. Leidt deze op de nationale rechter rustende verplichting echter niet tot het gewenste resultaat, dan bestaat onder omstandigheden de mogelijkheid de nationale wet te toetsen aan een beginsel van Unierecht of aan een bepaling in het Handvest. Deze techniek ontwikkelde het HvJ EU in de zaken *Mangold* en *Kücükdeveci*. Zie HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci/Swedex*), r.o. 48-51.

38. Deze techniek veronderstelt dat de in het geding zijnde rechtsverhouding door het Unierecht wordt bestreken. De link met het Unierecht in het geval van *AMS* is de richtlijn.

39. Zie voor de achtergronden van deze door het HvJ EU gevolgde benadering de conclusie van A-G P. Cruz Villalón voor het arrest, punt 90-94, waarin wordt uiteengezet dat (a) het niet de eerste keer was dat de Cour de Cassation zich met betrekking tot de nationale bepaling tot het HvJ EU wendde en (b) zowel de Cour de Cassation als de Franse regering van mening is dat de nationale wet niet conform kan worden uitgelegd, hetgeen door het HvJ EU op grond van het beginsel van loyale samenwerking moet worden gerespecteerd.



gelijkbaar recht dat direct inroepbaar is in een privaatrechtelijk geschil?

Het HvJ EU (r.o. 42) bevestigt zijn overweging uit *Åkerberg Fransson* (r.o. 19), inhoudende dat de in de rechtsorde van de Unie gewaarborgde grondrechten toepassing kunnen vinden in alle situaties die door het recht van de Unie worden beheerst. Art. 27 Handvest kan dan ook in het hoofdgeding worden toegepast. Echter, het artikel kan niet zijn volle werking verkrijgen, omdat daartoe vereist is dat het nader is bepaald in Unierechtelijke en nationaalrechtelijke voorschriften. Het HvJ EU (r.o. 46) oordeelt dat het tot de lidstaten gericht verbod in de richtlijnbevestiging (om bij de berekening van het personeelsbestand van de onderneming een bepaalde categorie van personen die oorspronkelijk voor deze berekening in aanmerking kwam, daarvan uit te sluiten) waarmee de nationale regel in strijd is niet kan worden afgeleid uit de bewoordingen van art. 27 Handvest of uit de toelichtingen daarbij. Van de vereiste 'nadere bepaling' is geen sprake. Art. 27 Handvest kan in het onderhavige geding dan ook niet als zodanig worden ingeroepen om tot de slotsom te komen dat de nationale regel die met de richtlijn in strijd is buiten toepassing moet worden gelaten. Het lezen van het artikel in samenhang met de richtlijn brengt hierin (logischerwijze) geen verandering, omdat de richtlijn zelf nu juist in een geding tussen particulieren het gewenste effect niet kan sorteren en de Handvestbepaling als zodanig dat evenmin kan. Het HvJ EU voegt daaraan toe dat de omstandigheden verschillen van die in het arrest *Küçükdeveci*, aangezien het in laatstgenoemd arrest aan de orde zijnde beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd, neergelegd in art. 21 lid 1 Handvest, op zich volstaat om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan.<sup>40</sup>

Omdat het HvJ EU steeds naar eerdere oordelen verwijst kan de indruk bestaan dat het in deze uitspraak niet veel nieuws zegt, anders dan duidelijk te maken dat art. 27 Handvest niet zelf een subjectief recht toekent aan particulieren. Toch zet het HvJ EU ten opzichte van zijn oordeel in *Küçükdeveci* een stap verder. In *Küçükdeveci* leek namelijk een noodzakelijke schakel in de redenering die leidde tot de toepasselijkheid van het algemene beginsel van non-discriminatie te zijn, dat de richtlijnbevestiging waarmee de nationale regel in strijd was 'het beginsel van gelijke behandeling in arbeid en beroep (...) concretiseert'. En voorts dat het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd een algemeen beginsel van Unierecht is voor zover het een bijzondere toepassing is van het algemene beginsel van gelijke behandeling (r.o. 50). In *AMS* lijkt de koppeling tussen richtlijn en eventuele toetsing aan een algemeen beginsel c.q. een Handvestbepaling niet langer noodzakelijk. Het Hof overweegt immers dat de in de rechtsorde van de Unie gewaarborgde grondrechten toepassing kunnen vinden in alle situaties die door het

recht van de Unie worden beheerst. Dat dit in *AMS* uiteindelijk niet tot de verplichting leidt om de nationale regel buiten toepassing te laten komt niet doordat de richtlijn waarmee de nationale regel in strijd is het in art. 27 Handvest verschaft recht niet concretiseert. De reden is dat art. 27 Handvest zelf niet voldoende concreet is. Indien het grondrecht waarop een beroep gedaan was in de uitleg van het HvJ EU wel als zodanig voldoende bepaald zou zijn geweest (of, om een andere omschrijving van het HvJ EU te gebruiken, wel 'op zich volstaat om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan') zou daarop een beroep mogelijk zijn in alle gevallen die door het Unierecht worden beheerst. Dus ook als de richtlijn geen nadere concretisering inhoudt van het algemene beginsel van EU-recht c.q. de bepaling in het Handvest.<sup>41</sup>

Uiteraard is vooralsnog onzeker welke bepalingen in het Handvest, naast art. 21 Handvest, als zodanig voldoende bepaald zijn c.q. 'op zich volstaan om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan'. Het is aan het HvJ EU om dat te bepalen. Zodra het HvJ EU een bepaling aldus uitlegt, kunnen mijns inziens op grond van de in *AMS* gevolgde redenering particulieren in hun door Unierecht beheerste geschil<sup>42</sup> zich daarop beroepen ten betoge dat de in hun geval toepasselijke nationale regel daarmee in strijd is en buiten toepassing moet worden gelaten. Behalve deze uit *AMS* af te leiden uitbreiding van de actieradius van algemene beginselen van Unierecht en Handvestbepalingen die als zodanig voldoende bepaald zijn, is nog iets anders de moeite van het signaleren waard. Het HvJ EU formuleert immers met betrekking tot art. 21 Handvest aldus dat het 'op zich volstaat om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan'. Met deze overweging moet behoedzaam worden omgegaan. Zij maakt deel uit van een rechtsvraag die betrekking heeft op de toetsing van een nationale regel in een geschil tussen particulieren. Zij kan dus niet worden beschouwd als een overweging die betrekking heeft op de doorwerking van art. 21 Handvest in een rechtsverhouding tussen particulieren. Wel is de door het HvJ EU gekozen formulering een indicatie dat het een recht is dat niet alleen kan worden ingeroepen om als basis te dienen voor een rechtmatigheidstoetsing, maar eveneens als direct horizontaal werkend recht dat ingrijpt in de horizontale rechtsverhouding en dat als zodanig de inhoud daarvan mede bepaalt. Er is nog een ander systematisch argument dat daarvoor pleit. Dat argument is een logisch sequeel van de door het HvJ EU aangenomen directe horizontale werking van bepalingen van EU-recht. Ik licht dat in de volgende paragraaf toe.

40. C.C. Murphy, 'Using the EU Charter of Fundamental Rights against Private Parties after *Association de Médiation Sociale*', *European Human Rights Law Review* 2014, 170, vindt dat de ingewikkelde redeneringen van het HvJ EU erin moeten uitmonden dat het Hof het leerstuk dat (directe) horizontale werking aan richtlijnen ontzegt, moet laten evolueren. Naar ik aanneem is daarmee bedoeld te zeggen dat het HvJ EU afstand van dat leerstuk moet nemen.

41. Zie voor een vergelijkbare analyse, echter uitmondend in een andere beoordeling: De Mol (diss.) 2014, p. 266-268.

42. Voor een beroep op het Handvest in een geschil tussen particulieren is vereist dat de rechtsverhouding door een regel van Unierecht buiten het Handvest wordt beheerst. Dit vormt een relevante beperking van de werking van het Handvest.

#### 4.2. *Directe horizontale werking, rechtvaardigingsgronden en een opening naar directe horizontale werking van grondrechten*

Het startpunt voor het thans te bespreken onderwerp is het feit dat aan een aantal regels van EU-recht directe horizontale werking is toegekend. Zoals in par. 1 en 2.3 reeds opgemerkt, houdt dit in dat de horizontale rechtsverhouding direct, derhalve zonder tussenkomst van een op directe verticale werking berustende techniek, wordt beïnvloed. De inroeping van het EU-recht tussen particulieren leidt tot het scheppen, tenietgaan of wijzigen van rechten. Met andere woorden: het Europese recht beïnvloedt de geldigheid, de inhoud of de uitleg van rechtsverhoudingen tussen particulieren rechtstreeks.

Het VWEU zelf regelt dat overeenkomsten of besluiten die in strijd zijn met art. 101 VWEU van rechtswege nietig zijn. Een tussen particulieren gesloten overeenkomst die bijvoorbeeld de mededinging binnen de interne markt beperkt, geldt dus niet. Het HvJ EU heeft in het verlangde hiervan geoordeeld dat eenieder aan de schending van art. 101 VWEU een recht op schadevergoeding kan ontnemen. Een particulier die als gevolg van een schending van art. 101 VWEU door een andere particulier schade lijdt, kan van die ander vergoeding van de schade vorderen. Die ander heeft de in het EU-recht verankerde plicht de schade te vergoeden.

Aan een aantal bepalingen uit het VWEU heeft het HvJ EU een uitleg gegeven die inhoudt dat een particulier daaraan in zijn verhouding met een andere particulier rechten kan ontnemen. Schending van zo'n bepaling kan de rechtsverhouding tussen particulieren rechtstreeks beïnvloeden. Tot nu toe heeft het HvJ EU aan art. 102, 18, 45, 49, 56 en 157 VWEU directe horizontale werking toegekend. Aangenomen wordt dat hetzelfde geldt voor art. 34 en 35 VWEU.<sup>43</sup>

Nu particulieren in hun horizontale rechtsverhoudingen de verkeersvrijheden niet mogen belemmeren, wordt hun partijautonomie beperkt. Om gerechtvaardigde privaatrechtelijke belangen in overweging te kunnen nemen en om deze belangen te kunnen beoordelen in de context van de privaatrechtelijke rechtsverhouding, is met het toekennen van directe horizontale werking aan bepalingen uit het VWEU onlosmakelijk verbonden de noodzaak dat particulieren die een verkeersvrijheid beperken zich kunnen beroepen op een rechtvaardigingsgrond die betrekking heeft op hun privaatrechtelijke rechtsverhouding.<sup>44</sup>

Om het beroep op zo'n rechtvaardigingsgrond daadwerkelijk mogelijk te maken moet aan twee voorwaarden zijn voldaan. In de eerste plaats moeten particulieren de mogelijkheid hebben een ander type rechtvaardiging aan te voeren dan dat waarin de op publiekrechtelijke entiteiten toegesneden geschreven en ongeschreven verdragsex-

cepties vooralsnog voorzien. Ten tweede moet het doorwerkingsmechanisme voor de rechtvaardigingsgrond gelijke tred houden met het doorwerkingsmechanisme dat is toegekend aan het recht waarvan de beperking voor rechtvaardiging vatbaar moet zijn. Dat houdt dus in dat de regel waarop de rechtvaardiging teruggaat óók direct horizontaal moet kunnen werken.

Wat betreft de inhoudelijke verankering van rechtvaardigingsgronden aan te voeren door particulieren voor het beperken van de Unierechtelijke verkeersvrijheden, heb ik in eerder werk betoogd dat de algemene beginselen van Unierecht of het Handvest belangrijke bronnen zijn. De reden daarvoor is dat aan de algemene beginselen van Unierecht en het Handvest dezelfde rechtskracht en plaats in de normenhiërarchie is toegekend als aan het VWEU. Zij bieden partijen derhalve een aanknopingspunt voor het ontwikkelen van argumenten die zijn verankerd in het EU-recht zelf en wel op hetzelfde niveau als de bepalingen van Unierecht met directe horizontale werking. Waar deze beginselen en Handvestbepalingen als basis dienen voor het ontwikkelen van een privaatrechtelijk argument, ligt het voor de hand in de eerste plaats te bekijken welke mogelijkheden de beginselen en bepalingen bieden die het dichtst tegen het privaatrecht aan liggen. Naast het discriminatieverbod, zijn dat de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst (art. 10 Handvest), de vrijheid van meningsuiting (art. 11 Handvest), de vrijheid een beroep uit te oefenen (art. 15 Handvest), de vrijheid van ondernemerschap (art. 16 Handvest) en het recht op eigendom (art. 17 Handvest).

#### 4.3. *Twee casus*

Aan de hand van een casus laat ik zien dat het voeren van op grondrechten teruggaande argumenten door particulieren als zodanig bekend is in de rechtspraak van het HvJ EU. Vervolgens illustreer ik met een casus die een variatie is op het door het HvJ EU berechte *Omega*-geval, hoe een privaatrechtelijke rechtvaardigingsgrond voor een beperking van een fundamentele vrijheid met behulp van de verankering in een grondrecht naar het voor de effectiviteit van zo'n argument vereiste niveau wordt getild. In het arrest *Viking*<sup>45</sup> is het vrije verkeer van vestiging door het HvJ EU aldus uitgelegd dat het directe horizontale werking heeft. Toen de in Finland gevestigde onderneming Viking zich in Estland wilde vestigen om het hoofd te bieden aan de concurrentie van reeds in Estland gevestigde rederijen, entameerden de vakbonden, die ongunstiger arbeidsvoorwaarden vreesden, collectieve acties, onder meer een boycot. Deze collectieve acties beletten Viking om zich te vestigen in Estland. Met een beroep op art. 49 VWEU vorderde Viking een verbod van de collectieve acties. Bij de beantwoording van de prejudiciële vraag, oordeelde het HvJ EU dat in de hori-

43. Zie onder vermelding van verdere literatuur Asser/Hartkamp 3-1\* 2011/13-14 en 42-69. Zie over de buitencontractuele aansprakelijkheid voor schending van verdragsbepalingen met directe horizontale werking C.H. Sieburgh, 'Het Europese gemeenschapsrecht en het Nederlandse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht', in: A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh & L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Algemeen Deel en Bijzonder Deel* (Serie Onderneming en Recht, deel 42-1), Deventer: Kluwer 2007, p. 514-521 en C.H. Sieburgh, 'EU law and non-contractual liability of the Union, Member States and individuals', in: Hartkamp e.a. (red.) 2014, p. 518-527.

44. Zie A.S. Hartkamp, 'The General Principles of EU Law and Private Law', *Rebels Zeitschrift* 2011, p. 241-259 en A.S. Hartkamp, 'De algemene beginselen van het Unierecht en het privaatrecht', *WPNR* 2011, afl. 6901, p. 780-789. Vgl. Hesselink, *A Toolbox for European Judges*, Centre for the Study of European Contract Law, Universiteit van Amsterdam, WP 2010/07, p. 17-18.

45. HvJ EU 11 december 2007, C-438/05 (*ITWF/Viking*).

zontale rechtsverhouding tussen Viking en de vakbonden een rechtstreeks beroep op art. 49 VWEU mogelijk is. Het recht om een collectieve actie te voeren kan daarbij worden aangevoerd als rechtvaardiging van de beperking van de vestigingsvrijheid. Daarbij geldt in de eerste plaats dat sommige collectieve acties nimmer een rechtvaardiging kunnen vormen voor een belemmering van de vrijheid van vestiging (r.o. 88). Collectieve acties die een beperking van de vestigingsvrijheid wel kunnen rechtvaardigen moeten geschikt zijn om de verwezenlijking van het nagestreefde legitieme doel te verzekeren en niet verder gaan dan noodzakelijk is om dit doel te bereiken (r.o. 90). Het mechanisme is aldus dat de ene particulier zich jegens de andere particulier beroept op het recht op vrije vestiging. Dit recht heeft directe horizontale werking en is dus inroepbaar jegens andere particulieren. Indien de andere particulier de vrije vestiging belemmert door feitelijk handelen, is dat handelen dus in beginsel een civielrechtelijke onrechtmatige daad. De andere particulier dient uiteraard argumenten ter rechtvaardiging van zijn handelen aan te kunnen voeren. De rechtvaardigingsgronden in het VWEU zijn toegesneden op publiekrechtelijke entiteiten. Zij zijn gericht op de bescherming van algemene belangen, zoals de in art. 36, 45, 52 en 62 VWEU vermelde openbare zedelijkheid, openbare orde, openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek-historisch en archeologisch bezit, de bescherming van de industriële en commerciële eigendom en de volksgezondheid. In de *Viking*-casus overwoog het HvJ EU uitdrukkelijk dat zo'n rechtvaardiging ook gelegen kan zijn in het recht op collectieve actie. Het aldus gecreëerde arsenaal aan rechtvaardigingsgronden volstond in de uitleg van het HvJ EU ook voor de horizontale rechtsverhouding. Het belang van de vakbond om collectieve acties te entameren werd aldus geduid dat het zijn rechtvaardiging vindt in dwingende redenen van algemeen belang. Hierdoor kon het aspect dat een vakbond er ook een meer privaatrechtelijk getint belang bij kan hebben om een collectieve actie te voeren, buiten beschouwing gelaten worden.

Terwijl het inroepen van een grondrechtelijk argument door de vakbond in deze casus voor de hand ligt, is het aannemelijk dat particulieren zich ter rechtvaardiging van een (in beginsel onrechtmatige) beperking van een door het Unierecht aan een andere particulier verzekerd recht, ook in minder evidente gevallen zullen beroepen op in de algemene beginselen van EU-recht weerspiegelde en in het Handvest neergelegde grondrechten die verband houden met belangen van privaatrechtelijke aard.<sup>46</sup>

Dat laatste is aan de orde als de particulier die een verkeersvrijheid van een andere particulier belemmert daarvoor niet (mede) op openbare belangen teruggaande, maar privaatrechtelijk te respecteren redenen heeft. Voor dergelijke rechtvaardigingsgronden moet in een horizontale rechtsverhouding eveneens ruimte zijn. De notie van

partijautonomie is daarvoor zoals betoogd in par. 3 ongeschikt. Dat wil echter niet zeggen dat argumenten die aan het privaatrecht en aan de belangen van particulieren zijn ontleend nooit een beperking van een EU-recht kunnen rechtvaardigen. Het springende punt is dat een dergelijk argument meer specifiek moet zijn.

Ik geef een voorbeeld van een fictieve casus, geïnspireerd op de door het HvJ EU berechte casus *Omega*. Stel dat de in Engeland gevestigde onderneming Pulsar materialen voor het spelen van lasergames produceert en dat zij de materialen, inclusief de daarbij behorende diensten, in Duitsland wil aanbieden. Onder het door Pulsar aangeboden assortiment bevinden zich lasergames waarmee spelers kunnen simuleren dat ze elkaar doodschieten. Pulsar kan in Duitsland geen speelhalexploitanten vinden die lasergames willen verkopen waarmee het doden van mensen gesimuleerd kan worden. Zij komt erachter dat de drie grote speelhalexploitanten Omega, Romeo en Delta het erover eens zijn dat dit type lasergames niet wordt aangeboden. De reden daarvoor is hun overtuiging dat dergelijke games de menselijke waardigheid schenden. Pulsar beroept zich op het Unierechtelijke vrije verkeer van goederen en vrije verkeer van diensten. Argumenten die Omega, Romeo en Delta kunnen gebruiken ter rechtvaardiging dienen te zijn toegesneden op de privaatrechtelijke rechtsverhouding en kunnen gelegen zijn in de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst (art. 10 Handvest), in de vrijheid van meningsuiting (art. 11 Handvest) en in de vrijheid een beroep uit te oefenen (art. 15 Handvest). In wezen concretiseren zij daarmee een beroep op de vrijheid om af te zien van het sluiten van een overeenkomst door te verwijzen naar daaraan ten grondslag liggende motieven.

#### 4.4. *Synthese en gevolgen voor niet door EU-recht beheerste gevallen*

De hiervoor gezette denkstappen verklaren mijn vermoeden dat het toekennen van directe horizontale werking aan bepalingen van primair Unierecht ertoe zal leiden dat in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen in meer gevallen argumenten aangevoerd zullen worden die op grondrechten teruggaan. Indien een rechtsverhouding wordt beheerst door Unierecht is de verankering van het privaatrechtelijke argument in een door een algemeen beginsel van Unierecht of door het Handvest verwoord grondrecht een noodzaak. In het kielzog van deze ontwikkeling zullen particulieren zich evenwel ook indien hun rechtsverhouding niet door het Unierecht wordt beheerst maar er wel behoefte is aan vergelijkbare argumenten, beroepen op argumenten die verankerd zijn in grondrechten. Als eerste is zo'n ontwikkeling denkbaar in gevallen die, afgezien van het feit dat zij niet onder de werkingssfeer van het Unierecht vallen, gelijk zijn aan de wel door het Unierecht beheerste gevallen.<sup>47</sup>

46. Inspiratie kan daarbij worden geput uit gevallen waarin in verticale rechtsverhoudingen (overheid-burger) een beroep op dergelijke privaatrechtelijk getinte grondrechtelijke beginselen werd gedaan (zoals art. 16 Handvest, vrijheid van ondernemerschap en als onderdeel daarvan de vrijheid te contracteren en art. 17 Handvest, eigendomsrecht) ter rechtvaardiging van een beperking van een door het Unierecht verschaft recht. Zie bijv. HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, n.n.g. (*Sky/Österreichischer Rundfunk*).

47. Zie over dergelijke gevallen, waarin zich bij het ontbreken van een analoge toepassing (ook wel 'spontane harmonisatie' genoemd) 'omgekeerde discriminatie' kan voordoen L.A. Geelhoed, 'De vrijheid van personenverkeer en de interne situatie: maatschappelijke dynamiek en juridische rafels', in: E.R. Manunza & L.A.J. Senden (red.), *De EU: de interstateelijkheid voorbij?*, Nijmegen: Wolf 2006, p. 45-47.

In Nederland geldt voor zuiver interne gevallen niet zonder meer dat het gelijkheidsbeginsel meebrengt dat interne gevallen niet ongunstiger behandeld mogen worden dan de gevallen die binnen de werkingssfeer van het EU-recht vallen.<sup>48</sup> Met andere woorden, dit interne gelijkheidsbeginsel leidt er niet toe dat het in de grondrechten verankerde argument dat in een door het EU-recht beheerst geval kan worden aangevoerd ook moet kunnen opgaan in vergelijkbare casusposities die niet door het EU-recht worden geraakt. In enkele andere lidstaten, zoals Oostenrijk en Italië, geldt echter wel dat het nationale gelijkheidsbeginsel verhindert dat zuiver interne gevallen minder gunstig worden behandeld dan gevallen die door het EU-recht worden geraakt.<sup>49</sup> In die stelsels zal dus de mogelijkheid van een beroep op een grondrecht in gevallen die door EU-recht worden geraakt ook erkend moeten worden voor zuiver interne gevallen.

## 5. Grondrechten en privaatrecht

In het voorgaande heb ik technieken geanalyseerd waarvan de toepassing leidt tot doorwerking van internationaal en supranationaal recht in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Aan de hand van concrete casus heb ik laten zien hoe grondrechten doorwerken in privaatrechtelijke verhoudingen. Vervolgens heb ik beschreven hoe bepaalde doorwerkingstechnieken, in het bijzonder de directe horizontale werking van een aantal bepalingen van EU-recht, in de hand werken dat particulieren zich in hun rechtsverhoudingen met andere particulieren zullen beroepen op grondrechten. Aldus kan voor het algemene vermogensrecht de rechtspraak van het HvJ EU meer dan de rechtspraak van het EHRM een motor zijn voor het doordenken van nieuwe mechanismen van interactie waarvan de gevolgen ook de grondrechten kunnen raken. Deze motor wordt aangedreven door een mengsel van de leerstukken directe werking en algemene beginselen van Unierecht en de overbrenging daarvan naar privaatrechtelijke rechtsverhoudingen. Het is aannemelijk dat als deze mechanismen hun intree hebben gedaan op terreinen die mede door het EU-recht worden beheerst, hun intree op gebieden die vallen buiten het EU-recht snel zal volgen. Daarbij kan ook aan andere dan de in het EU-recht vervatte grondrechtencatalogi worden gerefereerd. Juist omdat in het EU-recht op algemene (grondrechtelijke) beginselen teruggaande redeneringen soms nieuwe mogelijkheden genereren en tot verrassende resultaten leiden, valt voor de grondrechten in het algemeen te verwachten dat in het privaatrecht gezocht blijft worden naar creatieve toepassingsmogelijkheden. Dit proces zou ik willen omschrijven als een zichzelf vernieuwend proces: de wortels ervoor zijn vanaf het Romeinse recht aanwezig geweest, de uitingsvormen passen zich aan de actuele juridische oriëntatie aan.

De door mij gesignaleerde potentiërende werking van de directe horizontale werking voor de positie van grond-

rechten in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, roept onvermijdelijk de vraag op of deze ontwikkeling niet snel in haar tegendeel zal verkeren. Immers, zodra het ene recht met directe horizontale werking het andere recht met directe horizontale werking treft, hangt de invloed die beide rechten hebben op de privaatrechtelijke rechtsverhouding af van de gewone, vertrouwde afweging van belangen en gezichtspunten.<sup>50</sup>

Mocht dat in de toekomst inderdaad het geval blijken, dan nog zal de toegenomen aandacht voor grondrechten wezenlijk zijn voor de inhoudelijke invulling van het privaatrecht. Door die aandacht worden immers de inhoud en de gerichtheid van privaatrechtelijke argumenten beïnvloed. In de eerste plaats komt een grondrechtelijk argument, mits voor de concrete casus onderscheidend, gewicht toe. In de tweede plaats zal het grondrechtelijk argument een meer natuurlijk onderdeel worden van de structuur van het privaatrecht. Thans worden grondrechten veelal aangehaald om achteraf vast te stellen dat de rechter, partijen en hun adviseurs het met betrekking tot de invulling van de privaatrechtelijke rechtsverhouding anders hadden moeten doen. Van de horizontalisering van grondrechten die in potentie aanwezig is, is echter pas daadwerkelijk sprake als de gebruikers en toepassers van het recht met de in theorie dwingende invloed daarvan proactief rekening houden. De genoemde actoren worden zich door de technieken waarmee grondrechten doorwerken en door het gebruik van op grondrechten teruggaande inhoudelijke argumenten meer en meer bewust van het bestaan van relevante grondrechtelijke bepalingen. Ook als zo'n argument onderdeel is van een bredere afweging van belangen, leidt dat er op termijn toe dat partijen preluderen op de relevante grondrechten die onderdeel zijn van het geheel aan regels die de rechtsverhouding vormgeven. De eisen die grondrechten stellen zijn daarmee als vanzelfsprekend medebepalend voor de inhoud van privaatrechtelijke rechtsverhoudingen.

48. Terecht kritisch daarover is T. Barkhuijsen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, p. 37-38. Zie over de verschillende invullingen die worden gegeven aan het begrip 'interne situatie' K. Sevinga, 'Bevoegdheid van het Hof van Justitie: de ene interne situatie is de andere niet', *NtEr* 2014, p. 196 e.v.

49. Zie Asser/Hartkamp 3-I\* 2011/100; S. Leible & R. Domrose, 'Die primärrechtskonforme Auslegung', in: K. Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre, Handbuch für Ausbildung und Praxis*, Berlin: De Gruyter 2010, nr. 41.

50. Vgl. in meer algemene zin par. 3.