Preadvies arsaequi.nl/maandblad AA20110696

Europa en het privaatrecht

De doorwerking van fundamentele rechten in de civiele rechtspraak

Chantal Mak*

Het EU-recht is van groeiende invloed op de regulering van rechtsverhoudingen tussen particulieren. Europa lijkt zich daarbij weinig gelegen te laten liggen aan traditionele opvattingen over het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht, bijvoorbeeld op het terrein van digitale dienstverlening. In dit kader rijzen vragen met betrekking tot de toepassing van fundamentele rechten in geschillen die op nationaal niveau als privaatrechtelijk worden aangemerkt. Een diepergaande dialoog tussen de nationale civiele rechter en het Europese Hof van Justitie kan bijdragen aan de ontwikkeling van een coherenter Europees privaatrecht, waarbinnen fundamentele rechten worden gewaarborgd.

1 Inleiding

Privacybescherming op internet,[1] drugscontrole op de werkvloer,[2] het waarborgen van kinderrechten bij draagmoederschapsovereenkomsten[3] – het zijn voorbeelden van gevallen waarin de grens tussen publiek- en privaatrecht niet heel scherp meer lijkt te trekken. Rechtsverhoudingen tussen private partijen raken hier immers aan waarden en belangen die beschermd worden door van oorsprong publiekrechtelijke bepalingen, respectievelijk privacy (art. 10 Grondwet (Gw), art. 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM)), en het recht van het kind om bij de ouders op te groeien (art. 7 Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK)). De genoemde gevallen hebben bovendien regelmatig een Europese dimensie; denk bijvoorbeeld aan de bestelling van een cd bij een webwinkel, het gebruik van internationale sociaalnetwerksites, of de afspraken die worden gemaakt tussen Nederlandse wensouders en een Belgische draagmoeder. Daarmee rijst de vraag in hoeverre een Nederlandse civiele rechter die een geschil over een van deze onderwerpen krijgt voorgelegd rekening dient te houden met fundamentele rechten[4] en de Europeesrechtelijke invulling daarvan.

> In hoeverre dient een Nederlandse civiele rechter die een geschil over een van deze onderwerpen krijgt voorgelegd rekening te houden met fundamentele rechten en de Europeesrechtelijke invulling daarvan?

De doorwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht is een van de thema's die aan bod zullen komen tijdens het symposium dat *Ars Aequi* organiseert ter gelegenheid van haar zestigjarig bestaan, een bijeenkomst die in het teken zal staan van 'Convergentie en divergentie van publiek- en privaatrecht'. Bij een verjaardag passen een terugblik en een vooruitblik. In deze bijdrage, die op het symposium als aanknopingspunt voor verdere discussie zal dienen, zal daarom achtereenvolgens worden gekeken naar verleden, heden en toekomst van drie deelonderwerpen: ten eerste, de praktijk en theorievorming over de doorwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht (par. 2); ten tweede, de Europese

* Mr. C. Mak is als universitair hoofddocent verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL) van de Universiteit van Amsterdam. Van november 1998 t/m mei 2001 maakte zij deel uit van de redactie van *Ars Aequi*.

1 Actueel vanwege het door de Tweede Kamer aangenomen voorstel voor een 'cookiewet' (*Kamerstukken II* 2010/11, 32 549, nr. 2) en het volg-me-nietregister dat recentelijk werd gepresenteerd; 'Uitgevers lanceren volg-me-nietregister om onduidelijke cookiewet', *Volkskrant* 30 augustus 2011.

2 Zie W.L. Roozendaal, 'Het grondrecht op snuiven, of de grenzen aan de gezagsbevoegdheid', *Arbeidsrechtelijke Annotaties* 2008, p. 43-76 over HR 14 september 2007, *NJ* 2008, 334 m.nt. E. Verhulp.

3 Het bekendste voorbeeld in Nederland is ongetwijfeld de 'baby Donna'-zaak, waarin de draagmoeder het kind aan twee verschillende paren had beloofd; zie over deze en andere voorbeelden mijn artikel 'Baas in eigen buik? De rechtsgeldigheid en nakoming van draagmoederschapsovereenkomsten in het licht van grondrechten', in: J.H. de Graaf, C. Mak en F.K. van Wijk (red.), *Rechten van het kind en ouderlijke verantwoordelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 29-42.

4 Onder 'fundamentele rechten' worden hier begrepen de in nationale constitutionele documenten gewaarborgde grondrechten en de in internationale verdragen neergelegde mensenrechten.

Foto © Marten Hoogstraat (*whiteframe.nl*)

dimensie van deze doorwerking en de invloed daarvan op de scheiding tussen publiek- en privaatrecht (par. 3); en, ten derde, de rol van de civiele rechter in dit kader (par. 4). De omvang van deze bijdrage laat het niet toe om alle aan het begin genoemde voorbeelden uit te werken;[5] ter illustratie zal met name de digitale dienstverlening aan consumenten worden aangehaald. Tot besluit van deze beknopte uiteenzetting volgt een drietal stellingen, bedoeld als aanzet voor de discussie (par. 5).

2 Fundamentele rechten en privaatrecht

Twee lustra geleden, in zijn bijdrage aan het 'Gouden nummer' dat verscheen ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van *Ars Aequi*, maakte Theo van Boven de tussenbalans op met betrekking tot mensenrechtenbescherming.[6] Daarbij wees hij onder meer op de vraag naar 'de mogelijkheid om ook niet-statelijke actoren, zoals multinationale ondernemingen, ter verantwoording te roepen voor de wijze waarop zij zich door normen van de rechten van de mens laten leiden'.[7] Hier wordt in één zin bijna de gehele problematiek weergegeven van het leerstuk van doorwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht: fundamentele rechten, daaronder begrepen de in de nationale Grondwet neergelegde grondrechten en de door internationale verdragen gewaarborgde mensenrechten, zijn in beginsel bedoeld om burgers te beschermen tegen te vergaande inbreuken op hun vrijheid door de overheid. In hoeverre dienen zij ook door burgers in hun onderlinge verhoudingen in acht te worden genomen? Daarnaast, in hoeverre is het mogelijk om aan die doorwerking binnen het systeem van het privaatrecht vorm te geven? En, tot slot, zijn er privaatrechtelijke verhoudingen waarin toepassing van fundamentele rechten meer voor de hand ligt dan in andere, bijvoorbeeld de door genoemde multinationals gesloten contracten met consumenten?

Het debat over de wenselijkheid van de zogenaamde 'horizontale werking' van fundamentele rechten, dat wil zeggen de toepassing van deze rechten tussen private partijen,[8] is recentelijk weer op scherp gezet door Bart de Vos. In het Leidse proefschrift[9] dat hij in oktober 2010 verdedigde, stelt De Vos dat veel hedendaagse rechtswetenschappers de kwaliteiten van de doorwerking van fundamentele rechten in private casus sterk overschatten. Naar zijn mening is sprake van een 'zwak onderbouwd en diffuus leerstuk dat voor-

5 Voor een uitgebreider overzicht verwijs ik naar de in de voetnoten genoemde literatuur.

6 Th. van Boven, 'Mensenrechten: twintig jaar later', *Ars Aequi* 2001, p. 785-788 (🗁AA20010785).

7 Van Boven 2001, p. 786.

8 In Nederland is onder meer over de contractenrechtelijke aspecten van het leerstuk geschreven door O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht), München: Sellier 2007, en mijzelf, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (diss. Amsterdam UvA), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008. Een meer algemeen privaatrechtelijk overzicht van het huidige debat is te vinden in T. Barkhuysen en S.D. Lindenbergh (red.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden: Martinus Nijhoff 2006.

9 B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010.

namelijk niet meer dan een terminologische wissel voorstaat (hertaling van belangen in fundamentele rechten)'.[10] Toepassing van het leerstuk zou zelfs negatieve gevolgen kunnen hebben voor het privaatrecht (aantasting van de geloofwaardigheid van privaatrechtspraak door het gebruik van vage grondrechtretoriek) en de bescherming van fundamentele rechten (devaluatie door oprekking van deze rechten naar triviale gevallen).[11]

Het debat over de wenselijkheid van de zogenaamde 'horizontale werking' van fundamentele rechten, dat wil zeggen de toepassing van deze rechten tussen private partijen, is recentelijk weer op scherp gezet door Bart de Vos

Voor zover de kritiek van De Vos zich richt op het theoretische onderscheid dat veelal wordt gemaakt tussen 'directe' en 'indirecte werking' van fundamentele rechten,[12] is zij naar mijn mening overtuigend. De term 'directe werking' wordt in beginsel gebruikt voor de ongewijzigde toepassing van een fundamenteel recht in de privaatrechtelijke context;[13] naar die leer zou het voor een consument bijvoorbeeld zonder meer mogelijk moeten zijn om van een dienstverlener schadevergoeding te vorderen op basis van een inbreuk op het recht op privacy in geval de laatste persoonsgegevens doorverkoopt. In geval van 'indirecte werking', daarentegen, kan een fundamenteel recht alleen via bestaande regels van privaatrecht zijn invloed doen gelden;[14] de consument zou moeten aantonen dat doorverkoop van persoonsgegevens wanprestatie of een onrechtmatige daad oplevert om aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding. Een dergelijk scherp onderscheid tussen 'directe' en 'indirecte werking' blijkt echter zowel in theorie[15] als in de praktijk vaak lastig te maken, aangezien het bij de beslechting van privaatrechtelijke geschillen vaak aankomt op een afweging van de belangen van partijen, of nu direct een beroep op een fundamenteel recht kan worden gedaan of niet.[16] Ook blijft onduidelijk hoe de(ze) indeling van gevallen van toepassing van fundamentele rechten richting kan geven aan de verdere ontwikkeling van de rechtspraak; sterke argumenten voor 'directe' dan wel 'indirecte werking' zijn niet onmiddellijk uit het constitutionele recht of het privaatrecht af te leiden, waardoor een keuze voor één van beide met name lijkt te worden ingegeven door de (rechtspolitieke) kijk op de verhouding tussen de twee rechtsgebieden.[17]

Hoewel mijns inziens inderdaad gewaakt moet worden voor een inflatie van fundamentele rechten, zijn niettemin verschillende redenen te noemen voor de toepassing van deze rechten op bepaalde privaatrechtelijke geschillen

Hoe dan verder? Hoewel mijns inziens inderdaad gewaakt moet worden voor een inflatie van fundamentele rechten, zijn niettemin verschillende redenen te noemen voor de toepassing van deze rechten op bepaalde privaatrechtelijke geschillen. Ten eerste valt moeilijk in te zien waarom waarden die in de relatie burger-overheid van fundamenteel belang worden gevonden (zoals privacybescherming) niet evenzeer in rechtsverhoudingen tussen burgers onderling (bijvoorbeeld betreffende de levering van digitale diensten) bescherming zouden verdienen. Een sterk argument voor deze opvatting is te vinden in het gegeven dat veel voormalige overheidsdiensten inmiddels grotendeels zijn geprivatiseerd (treinvervoer, postbezorging, gezondheidszorg); zou deze overgang mee moeten brengen dat burgers zich in de contractuele relatie tot de dienstverlener niet meer op fundamentele rechten kunnen beroepen, waar die mogelijkheid eerst wel bestond? Ten tweede, en in het verlengde van dit punt, lijkt het erop dat private partijen in gelijke (en soms meerdere) mate dan de overheid inbreuk kunnen maken op de fundamentele rechten van anderen; denk aan multinationals die werknemers in ontwikkelingslanden zeer slechte arbeidsomstandigheden bieden,[18] of die consumenten zeer ongunstige voorwaarden opleggen (bijvoorbeeld met betrekking tot privacybescherming bij het gebruik van sociaalnetwerksites). Tot slot is de ontwikkeling van de Europese interne markt van toenemend belang voor het Nederlandse privaatrecht en rijzen juist op het grensvlak tussen nationaal en Europees privaatrecht vragen met betrekking tot de doorwerking

10 De Vos 2010, p. 4. Zie ook B.J. de Vos, 'Horizontale werking van grondrechten: Een luchtige amuse-gueule', *Ars Aequi* 2011, p. 154-155 (🗁AA20110154).
11 De Vos 2010, p. 277-285.
12 De Vos 2010, p. 81-91.
13 H.C. Nipperdey, 'Gleicher Lohn der Frau für Gleiche Leistung', *Recht der Arbeit* 1950, p. 124; H.C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld: Im Scherpe Verlag 1961.
14 G. Dürig, 'Grundrechte und Zivilrechtsprechung', in: Th. Maunz (red.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung* (Nawiasky-bundel), München: Isar Verlag 1956, p. 157-158.
15 De Vos 2010, p. 82.
16 J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 28-29, wijst erop dat geen van beide theorieën iets zegt over de *intensiteit* van doorwerking van fundamentele rechten. Smits kiest op grond van verschillende argumenten uiteindelijk voor een model van indirecte werking (o.a. het feit dat burgers in principe geen adressaten van fundamentele rechten zijn; en de overweging dat bij indirecte werking het privaatrecht niet zou worden 'opgeslokt' door het constitutionele recht); p. 49-64.
17 Mak 2008, p. 162-163. Vgl. J.M. Amaya-Castro, *Human Rights and the Critiques of the Public-Private Distinction* (diss. Amsterdam VU), Migration Law Series 7, Amsterdam: Vrije Universiteit 2010.
18 Zie, over de mogelijke aansprakelijkheid van deze ondernemingen T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Over de grenzen van het privaatrecht* (oratie Tilburg), Universiteit Tilburg 2011. Aan de Universiteit van Amsterdam bereidt Lyn Tjon Soei Len een proefschrift voor over de vraag in hoeverre het Europees contractenrecht consequenties kan verbinden aan dergelijke schendingen van fundamentele rechten van derden (de werknemers) bij de overeenkomst tussen verkoper en consument.

van fundamentele waarden en rechten.[19] Vanuit dat perspectief lijkt het raadzaam de aandacht te verleggen van de dogmatiek (directe/indirecte werking) naar de bestudering van de invloed die fundamentele rechten daadwerkelijk kunnen hebben op de regulering van (grensoverschrijdende) rechtsverhoudingen tussen burgers.

De invloed van 'Brussel' op vraagstukken van privaatrecht dateert niet van vandaag of gisteren

3 Europa en de vervagende grens tussen publiek- en privaatrecht

De invloed van 'Brussel' op vraagstukken van privaatrecht dateert niet van vandaag of gisteren. In een speciale aflevering van *Ars Aequi* 'gewijd aan enkele juridische aspecten van de Europese eenwording' wees C.H.F. Polak al in 1960 op het belang van de bestudering van de gevolgen van deze eenwording voor het nationale recht:

> 'Deze luttele opmerkingen zijn, naar ik hoop, voldoende om het onder studenten wijd verbreide misverstand weg te nemen dat al dat europese gedoe alleen interessant is voor de dromers van een wereldrechtsorde en de, veelal wat minder beminnelijke, dromers van een belastingvrije internationale baan. Er wordt daar recht gevormd, waarmee straks iedere jurist in aanraking zal komen, ook als hij het publiek recht mijdt en hem de europese samenwerking onverschillig laat of tegenstaat. We staan immers nog slechts aan het begin. De gemeenschappelijke markt zal ook harmonisering van grote delen van het privaatrecht nodig maken.'[20]

Hedendaagse studenten zien de resultaten van deze door Polak voorspelde 'Europeanisering' terug op vele gebieden van het privaatrecht.[21] De Europese wetgever is de afgelopen decennia in het bijzonder actief geweest op het terrein van de consumentenbescherming, waar een aanzienlijk aantal Richtlijnen is afgekondigd. In het licht van de toenemende harmonisering van het materiële privaatrecht in de EU is bovendien wel het idee geopperd voor een Europees Burgerlijk Wetboek, dat nationale regels van privaatrecht zou vervangen.[22] Hoewel de tijd voor een dergelijk veelomvattend project zeker vanuit politiek oogpunt nog niet rijp lijkt, heeft de Europese Commissie de coherentie van het contractenrecht hoog op de agenda staan.[23] Dit heeft recentelijk geresulteerd in de goedkeuring van een nieuwe Richtlijn Consumentenrechten door het Europees Parlement,[24] en de publicatie van een voorstudie voor een mogelijk 'instrument van Europees contractenrecht'. Laatstgenoemd instrument zou de vorm kunnen krijgen van een optionele set van regels van contractenrecht; bij het winkelen via internet zou een consument dan bijvoorbeeld via een klik op een 'blue button' (in de vorm van een Europese vlag)[25] met de aanbieder kunnen afspreken om deze regels van toepassing te verklaren op de overeenkomst.[26] Door het invoeren van een dergelijk optioneel instrument zouden drempels kunnen worden weggenomen voor ondernemers en consumenten die aarzelen over de grens te contracteren, aangezien zij zich bij een keuze voor dit instrument niet meer zouden hoeven bekommeren over de bijzonderheden van de normaliter toepasselijke nationale regels. Bovendien zou het instrument naar de verwachting van de Europese Commissie kunnen bijdragen aan verdere harmonisering van het contractenrecht, wanneer het op grote schaal toepassing zou vinden.[27]

De focus op deelname van ondernemingen en consumenten aan de interne markt geeft Europese regelgeving met betrekking tot de onderlinge rechtsverhoudingen van deze

Richtlijnen consumentenbescherming
De Richtlijnen die zijn afgekondigd betreffen specifieke onderwerpen van consumentenrecht, zoals colportage (85/577/EEG), oneerlijke contractsbedingen (93/13/EEG), overeenkomsten op afstand (97/7/EG), consumentenkoop (99/44/EG), productenaansprakelijkheid (85/374/EEG) en oneerlijke handelspraktijken (2005/29/EG). Artikel 288 van het Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie (VWEU) bepaalt: 'Een richtlijn is verbindend ten aanzien van het te bereiken resultaat voor elke lidstaat waarvoor zij bestemd is, doch aan de nationale instanties wordt de bevoegdheid gelaten vorm en middelen te kiezen.' Een Richtlijn dient derhalve omgezet te worden in nationaal recht.

Instrument van Europees contractenrecht
In 2010 heeft de Europese Commissie een Expert Group aangesteld om een tekst voor een instrument van Europees contractenrecht te ontwerpen. Deze groep van deskundigen uit wetenschap en praktijk heeft met name inspiratie kunnen putten uit het omvangrijke rechtsvergelijkende onderzoek dat reeds eerder door een groot Europees netwerk is gedaan en aan de Commissie is aangeboden in 2009; zie C. von Bar, E. Clive en H. Schulte-Nölke (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Full Edition*, München: Sellier 2009. Begin mei 2011 heeft de Europese Commissie het werk van de Expert Group openbaar gemaakt: 'A European contract law for consumers and businesses. Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback', *http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf* (geraadpleegd op 2 september 2011).

19 A.S. Hartkamp, *Asser 3-I*. Vermogensrecht algemeen. Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2011, in het bijzonder hst. 3.
20 C.H.F. Polak, 'Ten geleide', *Ars Aequi* 1960, p. 66.
21 Zie Asser/Hartkamp 3-I* 2011 voor een uitgebreid overzicht van de doorwerking van het Europese recht in het Nederlandse vermogensrecht.
22 Onder andere in twee Resoluties van het Europees Parlement: OJ C 158, 26 juni 1989, p. 400 (Resolutie A2-157/89) en OJ C 205, 25 juli 1994, p. 518 (Resolutie A3-0329/94).
23 Zoals EU-commissaris Viviane Reding benadrukte in haar speech bij het congres 'Towards a European Contract Law' dat op 3 juni 2011 in Leuven plaatsvond, *http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/11/411* (laatst geraadpleegd op 2 september 2011).
24 Deze Consumentenrechtenrichtlijn is het eindproduct van een recente herziening van het *acquis communautaire* op het gebied van het consumentenrecht. Uiteindelijk zijn in de nieuwe Richtlijn alleen regels over colportage en koop op afstand opgenomen. De tekst is op 23 juni jl. goedgekeurd door het Europees Parlement. Naar verwachting zal de Richtlijn dit najaar in werking treden en zal zij uiterlijk in 2013 in het recht van de Lidstaten geïmplementeerd moeten zijn.
25 Het idee van de 'blue button' is afkomstig van de Duitse hoogleraar Hans Schulte-Nölke; zie H. Schulte-Nölke, 'EC Law on the Formation of Contract – from the Common Frame of Reference to the "Blue Button"', *European Review of Contract Law* 2007, p. 332-349.
26 Uiteraard dient de aanbieder deze mogelijkheid in dat geval beschikbaar te hebben gemaakt op de website. Vgl. V. Mak, 'Hoe meer keus, hoe beter?', in: M.W. Hesselink, A.A.H. van Hoek, M.B.M. Loos en A.F. Salomons, *Het Groenboek Europees contractenrecht: naar een optioneel instrument?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 103-104.
27 Reding 2011, p. 15-16.

partijen een eigen karakter. Waar nationaal (privaat)recht uitdrukking geeft aan een zekere idee van rechtvaardigheid die in de samenleving wordt nagestreefd, is Europees recht meer functioneel van aard.[28] Regels van consumentenbescherming in het nationale recht zijn in beginsel terug te voeren op de gedachte dat zwakkere contractspartijen (consumenten) onder omstandigheden bescherming verdienen tegen sterkere wederpartijen.[29] Het EU-recht, daarentegen, is in principe instrumenteel aan de ontwikkeling van de interne markt en wordt ingezet om consumenten en ondernemingen te bewegen tot het sluiten van grensoverschrijdende transacties.[30] Dit betekent niet dat het Europese (privaat)recht in het geheel voorbij gaat aan vragen van rechtvaardigheid, wel dat een deels andere rechtvaardigheidsidee aan de orde is dan op nationaal niveau.[31] Hans Micklitz spreekt in dit kader van 'access justice' of 'Zugangsgerechtigkeit', wat – heel kort weergegeven – wil zeggen dat het Europese recht toegang moet creëren tot de interne markt voor degenen die op dit moment niet of nauwelijks in staat zijn om van hun Europese marktvrijheden gebruik te maken.[32] Zwakkere partijen, zoals consumenten, dienen in dit model niet alleen een theoretische kans op deelname aan de markt te krijgen, maar ook een realistische mogelijkheid daartoe.

Waar nationaal (privaat-) recht uitdrukking geeft aan een zekere idee van rechtvaardigheid die in de samenleving wordt nagestreefd, is Europees recht meer functioneel van aard

Vanuit deze Europese visie komen fundamentele rechten in beeld en lijkt het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht te vervagen. Dit kan wellicht het best worden geïllustreerd aan de hand van een blik in de toekomst: de toegang tot digitale diensten voor consumenten zou verbeterd kunnen worden door Europese regelgeving, zoals het eerdergenoemde 'optioneel instrument', indien meer aanbieders en consumenten het op basis daarvan zouden aandurven om zich op de interne markt te begeven. In het EU-recht zou voor de invulling van deze regelgeving aansluiting kunnen worden gezocht bij de fundamentele rechten die zijn neergelegd in het EU Handvest van de Grondrechten.[33] Artikel 36 van dit Handvest, dat ziet op de toegang tot diensten van algemeen economisch belang, luidt:

> 'De Unie erkent en eerbiedigt overeenkomstig de Verdragen de toegang tot diensten van algemeen economisch belang die in de nationale wetgevingen en praktijken is geregeld, teneinde de sociale en territoriale samenhang van de Unie te bevorderen.'

Hoewel vrij algemeen wordt aangenomen dat consumenten zich op dit moment nog niet direct op deze bepaling kunnen beroepen tegenover Lidstaten of dienstverleners, zou met Micklitz gesteld kunnen worden dat dit grondrecht (of beginsel) de basis vormt van meer specifieke regelgeving betreffende onder meer telecommunicatie, postbezorging, elektriciteit, gas en transport.[34] In het licht van Europese rechtspraak betreffende mensenrechtenbescherming zou om die reden kunnen worden verdedigd dat de aan Richtlijnen op het gebied van consumentenbescherming ten grondslag liggende beginselen kunnen doorwerken in de rechtsverhoudingen tussen particulieren.[35] Een uitbreiding van de werkingssfeer van artikel 36 van het Handvest naar andere vormen van dienstverlening, zoals digitale diensten, lijkt bovendien niet uitgesloten, voor zover deze kunnen worden gekwalificeerd als 'diensten van algemeen economisch belang'.[36] Bij een dergelijke toepassing van de bepaling zou weliswaar in beginsel enkel jegens Lidstaten een beroep kunnen worden gedaan op een afdwingbaar recht op toegang tot (digitale) diensten, berustend op de verplichting van de Lidstaten om Richtlijnen in overeenstemming met het Handvest om te zetten in hun nationale recht. Het recht zou niet rechtstreeks kunnen worden ingeroepen jegens particuliere aanbieders.[37] Na omzetting van een Richtlijn betreffende digitale diensten zou echter op nationaal niveau mijns inziens het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht van verminderd concreet belang zijn, nu vanaf dat moment ook ten opzichte van private dienstverleners een beroep op het recht op toegang tot genoemde diensten zou kunnen worden gedaan. 'Access justice' zou zowel van oorsprong publiekrechtelijke (Lidstaat-burger) als privaatrechtelijke (consument-dienstverlener) verhoudingen beheersen.

Is dit slechts toekomstmuziek? Aan de ene kant lijkt het daar wel op, aangezien het geldende Europese (privaat)recht nog niet zo'n verstrekkende toepassing van fundamentele rechten in rechtsverhoudingen tussen particulieren toelaat. Het valt te bezien hoe de Europese digitale markt zich verder zal ont-

28 Zie over deze tegenstelling uitgebreider mijn bijdrage 'Instrumentalisme, legitimiteit en de onderstroom van het Europees contractenrecht', in: Hesselink, Van Hoek, Loos en Salomons 2011, p. 41-52, in het bijzonder p. 44-46.

29 Vgl. E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht. Over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

30 C.U. Schmid, 'The Instrumentalist Conception of the Acquis Communautaire in Consumer Law and its Implications on a European Contract Law Code', *European Review of Contract Law* 2005, p. 211-227.

31 Vgl. M.W. Hesselink, 'Five Political Ideas of European Contract Law', *European Review of Contract Law* 2011, p. 295-313.

32 H.-W. Micklitz, 'Social justice and access justice in private law', *EUI Working Papers Law* 2011/02, p. 23, *http://ssrn.com/abstract=1824225* (geraadpleegd op 2 september 2011).

33 OJ C 83, 30 maart 2010, p. 389, *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF* (laatst geraadpleegd op 2 september 2011).

34 Micklitz 2011, p. 25, met verdere verwijzingen. Vgl. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/144 en 159 over de toetsing van privaatrechtelijke wetgeving aan het EU-recht.

35 Vgl. HvJEU 22 november 2005, C-144/04, *Werner Mangold v Rüdiger Helm*, [2005] ECR I-9981; HvJEU 19 januari 2010, C-555/07, *Seda Kücükdeveci v Swedex*, [2010] ECR nyr. Deze uitspraken van het Europees Hof van Justitie hebben veel stof doen opwaaien. Voor een recent overzicht van de reacties op de eerstgenoemde zaak, zie M. Dougan, 'In Defence of Mangold?', in: A. Arnull, C. Barnard, M. Dougan en E. Spaventa (red.), *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood*, Oxford: Hart Publishing 2011, p. 219-244.

36 Micklitz 2011, p. 25-26.

37 Micklitz 2011, p. 26.

wikkelen en op welke manier juridisch vorm zal worden gegeven aan de transacties die op deze markt worden gesloten. Aan de andere kant kan gewezen worden op de huidige ontwikkeling van verdergaande harmoniserende maatregelen, zoals een optioneel instrument voor contractenrecht. Dergelijke regelgeving zal van invloed zijn op de mate van toegang die consumenten hebben tot goederen en diensten binnen de EU. Tevens biedt de rechtspraak van het Europese Hof in Luxemburg aanknopingspunten voor een sterkere doorwerking van fundamentele rechten en beginselen in relaties tussen burgers. Gezien de spilfunctie die ook de nationale civiele rechter vervult bij de bescherming van fundamentele rechten in privaatrechtelijke verhoudingen,[38] verdient in het kader van dit betoog derhalve de rol van de rechter de aandacht. In het vervolg van deze bijdrage zal verdedigd worden dat juist in de dialoog tussen het Hof in Luxemburg en de nationale rechters blijkt in hoeverre regels van privaatrecht en onderliggende fundamentele waarden convergeren dan wel divergeren.

Verdedigd zou kunnen worden dat de aan Richtlijnen op het gebied van consumentenbescherming ten grondslag liggende beginselen kunnen doorwerken in de rechtsverhoudingen tussen particulieren

4 De rol van de rechter

'De meest intensieve dialoog vindt (…) plaats tussen het Hof van Justitie en de nationale rechtscolleges. Vrijwel alle beginselen van Gemeenschapsrecht zijn ontwikkeld nadat de kwestie aan de orde was gesteld door de nationale rechter via de prejudiciële procedure,' stelden Koen Lenaerts en Tim Corthaut vast in hun bijdrage aan *Ars Aequi*'s Rode draad 'Raad en daad' van 2006.[39] De genoemde beginselen van Gemeenschapsrecht of Unierecht[40] omvatten fundamentele rechten, zoals deze worden gewaarborgd 'door het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden en zoals zij voortvloeien uit de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben' (art. 6 lid 3 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU)). De bescherming van fundamentele rechten als beginselen van EU-recht is, zoals Lenaerts en Corthaut aangaven, grotendeels gebaseerd op de rechtspraak van het Luxemburgse Hof naar aanleiding van prejudiciële vragen van nationale rechters over de uitleg van het EU-recht.[41]

Als beginselen van Unierecht kunnen fundamentele rechten van invloed zijn op kwesties die in de Lidstaten als privaatrechtelijk worden aangemerkt

Als beginselen van Unierecht kunnen fundamentele rechten van invloed zijn op kwesties die in de Lidstaten als privaatrechtelijk worden aangemerkt, onder meer door middel van de toetsing van (privaatrechtelijke) wetgeving aan EU-beginselen.[42] Zo bieden de arresten *Mangold* en *Kücükdeveci*[43] voorbeelden van een dialoog tussen de nationale (Duitse) rechter en het Hof over de toelaatbaarheid van onderscheid naar leeftijd in de Duitse arbeidsovereenkomstenwetgeving. In deze rechtspraak werd een 'beginsel van Unierecht van non-discriminatie op grond van leeftijd' erkend, waarmee de nationale wetsbepaling in strijd bleek te zijn. Als gevolg hiervan bleef de nationale bepaling buiten toepassing, wat consequenties had voor contracten die waren gebaseerd op de discriminerende bepaling. Hoewel de erkenning van een Richtlijn-overstijgend beginsel veel vragen opriep,[44] heeft het *Bundesverfassungsgericht* (het Duitse Constitutionele Hof) zich welwillend opgesteld ten opzicht van de ontwikkeling van algemene beginselen door het Europese Hof van Justitie. In zijn *Honeywell*-uitspraak, die de uitwerking van het beginsel van non-discriminatie op grond van leeftijd in het Duitse recht behelsde, overwoog het Duitse Constitutionele Hof dat het de ontwikkeling van beginselen door het Hof van Justitie op een 'Europa-vriendelijke' manier zal benaderen.[45] Alleen in geval van een duidelijke overschrijding van bevoegdheid door het Europese Hof zal de hoogste Duitse constitutionele rechter toetsen of de rechtspraak van het Hof door de beugel kan (de zogenaamde ultra vires controle).[46]

Voor zover beginselen van Unierecht van belang zijn voor het Nederlandse privaatrecht zou een met de Duitse benadering vergelijkbare weg kunnen worden gekozen. Aangezien Nederland geen Constitutioneel Hof kent, zal echter de verantwoordelijkheid voor de

38 Zie de in paragraaf 2 genoemde bronnen.
39 K. Lenaerts en T. Corthaut, 'Rode draad "Raad en Daad: Over rechtsvorming door de Hoge Raad". Rechtsvorming door het Hof van Justitie', *Ars Aequi* 2006, p. 581-588 (🗁AA20060581). Het citaat is afkomstig van p. 582.
40 Het Verdrag van Lissabon dat in werking is getreden op 1 december 2009 heeft een wijziging in de terminologie tot gevolg gehad, nu volgens dit Verdrag de Europese Gemeenschap is opgegaan in de Europese Unie.
41 Zie ook T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford: Oxford University Press, 2006, p. 298 e.v.
42 Asser/Hartkamp 3-I* 2011/143-151. Via de beginselen van Unierecht werken ook de door het EVRM beschermde rechten door; vgl. Asser/Hartkamp 3-I* 2011/204.
43 Genoemd in voetnoot 35.
44 O.a. wat betreft het feit dat Richtlijnen geen horizontale werking hebben. Zie over dit debat Dougan 2011. Zie ook de conclusie van advocaat-generaal Verica Trstenjak bij C-101/08, *Audiolux SA and others v Groupe Bruxelles Lambert SA and others*, CJEU 15 oktober 2009, [2009] ECR nyr.
45 BVerfG 6 juli 2010, 2 BvR 2661/06, *Honeywell*, para. 58.
46 BVerfG *Honeywell*, para. 61.

toepassing van dergelijke beginselen komen te liggen bij de civiele rechter. Gezien het feit dat in Nederland tevens de 'horizontale werking' van fundamentele rechten in de civiele rechtspraak tot ontwikkeling komt,[47] zal de rechter bij de toepassing van op fundamentele rechten gebaseerde beginselen van Unierecht inspiratie kunnen putten uit eerdere uitspraken waarin fundamentele rechten zijn meegewogen in privaatrechtelijke casus. Voor zover de EU-beginselen overeenstemmen met de in het EVRM gewaarborgde rechten zal zelfs van overlap sprake zijn, nu laatstgenoemde rechten ook als 'een ieder verbindende bepalingen' doorwerken in het Nederlandse recht (art. 93 en 94 Grondwet).[48] Om effect te geven aan de op Europees niveau erkende rechten en beginselen zou de Nederlandse civiele rechter in navolging van het Duitse Constitutionele Hof bovendien ruimte kunnen creëren voor een open dialoog met het Europese Hof.

Om effect te geven aan de op Europees niveau erkende rechten en beginselen zou de Nederlandse civiele rechter ruimte kunnen creëren voor een open dialoog met het Europese Hof

Hoe zou zo'n dialoog eruit zien? In haar preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging riep Carla Sieburgh dit jaar Nederlandse civiele rechters op om een inhoudelijke communicatie op gang te brengen met het Europese Hof van Justitie.[49] Zij stelde voor om bijvoorbeeld prejudiciële vragen te voorzien van informatie over het nationale privaatrecht en over de incoherenties die doorwerking van EU-recht tot gevolg zouden kunnen hebben. Het Hof van Justitie zou op die basis een inschatting kunnen maken van de consequenties die een bepaalde uitleg van het EU-recht zou hebben op nationaal niveau. In de antwoorden op prejudiciële vragen zou het Hof rekening kunnen houden met die consequenties en mogelijke incoherenties in het Europees privaatrecht kunnen voorkomen, dan wel in ieder geval expliciet kunnen aankaarten.[50]

Voorstel Sieburgh
Vraagpunt 7 voor de NJV-jaarvergadering, behorend bij het preadvies van Sieburgh, luidde: 'De autonomie, de voorrang en de directe werking van het Europese recht maken het niet zinloos een inhoudelijke communicatie tussen het Europese recht en het privaatrecht van nationale origine op gang te brengen. Die communicatie kan bijvoorbeeld worden bevorderd door prejudiciële vragen te voorzien van informatie over de uitgangspunten van het privaatrecht en over de incoherenties waartoe de ontmoeting van het Europese recht en het privaatrecht kan leiden.'

Voor de digitale consument, tot slot, zou een diepergaande dialoog tussen Europese rechters bijdragen aan de bescherming van fundamentele rechten (recht op informatie, 'access justice') in contractuele verhoudingen tot aanbieders van digitale diensten. Door de uitwisseling van informatie tussen rechters uit de Lidstaten en het Europese Hof via de prejudiciële-vragenprocedure zou het voor het Hof mogelijk zijn richting te geven aan de doorwerking van beginselen van Unierecht in het nationale recht. Dit zou de coherentie van het juridisch kader voor (grensoverschrijdende) digitale dienstverlening ten goede komen. Bovendien zou de jurisprudentie een bijdrage kunnen leveren aan de verdere harmonisatie van het privaatrecht in Europa door vast te stellen welke gemeenschappelijke fundamentele rechten, als beginselen van Unierecht, het digitale dienstenverkeer beheersen.

5 Conclusies en stellingname

1 De discussie over toepassing van fundamentele rechten in het privaatrecht zou zich niet zozeer moeten richten op de dogmatische vraag in hoeverre het systeem van het privaatrecht ruimte biedt voor deze doorwerking. Eerder moet worden gekeken naar de concrete betekenis die fundamentele rechten kunnen hebben voor de adequate afweging van de belangen van partijen in privaatrechtelijke verhoudingen.
2 De Europese invloed op de bescherming van fundamentele rechten doet de grens tussen publiek- en privaatrecht vervagen.
3 Voor de verdere ontwikkeling van het juridisch kader voor de bescherming van fundamentele waarden in privaatrechtelijke verhoudingen is het wenselijk dat Nederlandse civiele rechters de dialoog aangaan met het Europese Hof van Justitie.

47 Vgl. de in noot 8 genoemde literatuur.
48 Zie N. van Leuven, *Contracten en mensenrechten: Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht* (diss. Leuven), Antwerpen: Intersentia 2009 voor een uitgebreid rechtsvergelijkend overzicht van de invloed van het EVRM op het Belgische, Nederlandse, Duitse en Franse contractenrecht.
49 C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers en C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (preadviezen NJV 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 187-242.
50 Dergelijke incoherenties vloeien mogelijk ook voort uit de verschillende invulling van fundamentele rechten in de Lidstaten, zoals de bescherming van menselijke waardigheid; vgl. HvJEU 14 oktober 2004, C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH v Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*, [2004] ECR I-09609. In de dialoog tussen het Hof van Justitie en de nationale rechter zou de mogelijkheid en wenselijkheid van harmonisatie met betrekking tot, bijvoorbeeld, de nietigheid van contracten die inbreuk maken op de menselijke waardigheid besproken kunnen worden. Zie over dit onderwerp J. Klijnsma, 'Harmonisatie van menselijke waardigheid in het Europees privaatrecht?', *NJB* 2011, p. 1870-1876.