



KONINKLIJKE NEDERLANDSE AKADEMIE VAN WETENSCHAPPEN

Mededelingen van de Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 72 no. 1

Deze Mededeling werd in verkorte vorm uitgesproken in de vergadering van de Afdeling Letterkunde, gehouden op 12 januari 2009.

---

A.S. HARTKAMP

De werking van het EG-Verdrag in privaatrechtelijke  
verhoudingen


Opmerkingen over directe en indirecte horizontale  
werking van het primaire gemeenschapsrecht

---

Aksant Academic Publishers  
Postbus 2169, 1000 CD Amsterdam T 020 8500150  
F 020 6656411, info@aksant.nl, www. aksant.nl

Voor het bestellen van publicaties:  
T 020 8500150, info@aksant.nl

ISBN 978-90-6984-584-5

Het papier van deze uitgave voldoet aan  ISO-norm 9706 (1994) voor permanent houdbaar papier.

© 2009 Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen (KNAW). Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de rechthebbende, behoudens de uitzonderingen bij de wet gesteld.

## INLEIDING

1. Het *Verdrag tot oprichting van de Europese Economische Gemeenschap van 1957* (EG-Verdrag) bevat bijna uitsluitend rechtsnormen van staats- en administratiefrechtelijke aard. Voor een belangrijk deel bestaat het verdragsregime uit voorschriften in gebods- of verbodsvorm voor het gedrag van nationale overheden. Bij de voorzieningen voor een gemeenschappelijk mededingingsregime treft men gedragsvoorschriften voor ondernemingen aan, die tot voor kort bijna uitsluitend bestuursrechtelijk werden afgedwongen.<sup>1</sup>

Slechts één verdragsbepaling is expliciet van privaatrechtelijke aard. Art. 81 lid 2 EG verklaart concurrentiebeperkende overeenkomsten, ‘kartels’, nietig. Naar Nederlandse opvatting bevat ook art. 288 EG privaatrecht. Die bepaling verplicht de Gemeenschap tot vergoeding van door haar instellingen of personeelsleden veroorzaakte schade overeenkomstig de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der lidstaten gemeen hebben. Er zijn ook lidstaten waar deze materie – de onrechtmatige overheidsdaad – niet tot het privaatrecht wordt gerekend.

2. Tegen deze achtergrond is het opmerkelijk dat het EG-Verdrag in een veel ruimere mate dan op deze twee punten ook voor het privaatrecht een belangrijke betekenis heeft gekregen. De invloed van het gemeenschapsrecht op het privaatrecht is zowel via de wetgeving als via de rechtspraak van het Hof van Justitie gelopen.

De art. 94 en 95 EG verklaren de organen van de Gemeenschap bevoegd tot het vaststellen van richtlijnen en verordeningen inzake de onderlinge aanpassing van wetgeving die van belang is voor het verwezenlijken van de interne markt. In andere verdragsartikelen vindt men ook meer specifieke

<sup>1</sup> Kapteyn/Verloren van Themaat, *Het recht van de Europese Unie en van de Europese gemeenschappen* (Deventer: Kluwer, 2003), p. 49 e.v. (Timmermans).

bevoegdheidsgrondslagen, bijvoorbeeld in art. 153 EG betreffende consumentenbescherming. Deze bepalingen hebben geleid tot belangrijke regelingen op privaatrechtelijk gebied, zoals consumentenkoop, algemene voorwaarden en langs elektronische weg gesloten overeenkomsten. Ook op het gebied van het vennootschapsrecht en het arbeidsrecht is in EG-verband belangrijke wetgeving tot stand gekomen. Over het algemeen stelt deze richtlijnwetgeving de rechtstoepasser niet voor grote problemen, althans zolang als zij getrouwelijk door de wetgevers van de lidstaten in nationale wetgeving wordt omgezet. Gebeurt dat niet, niet correct of met overschrijding van de in de richtlijn vermelde implementatietermijn, dan rust op de nationale rechters de soms moeilijke taak om het nationale recht in de zin van de richtlijn uit te leggen, alsmede om te bepalen in hoeverre aan de burgers een rechtstreeks beroep jegens de overheid op de richtlijn toekomt. Op deze problematiek wordt in deze lezing afgezien van enkele opmerkingen niet ingegaan.<sup>2</sup>

Het Hof van Justitie heeft langs twee wegen in het privaatrecht ingegrepen. Enerzijds heeft het een aantal belangrijke bepalingen van het EG-Verdrag aldus uitgelegd dat zij rechtstreeks van toepassing zijn geworden op rechtsverhoudingen tussen burgers, anders gezegd dat zij aan burgers rechten toekennen en verplichtingen opleggen jegens medeburgers. Men spreekt hier van horizontale werking van verdragsbepalingen, en wel van *directe* horizontale werking. Deze directe werking moet worden onderscheiden van *indirecte* horizontale werking. Dit laatste begrip is echter diffuus; er worden allerlei betekenissen aan toegekend. In het navolgende wordt hierop ingegaan.

De andere weg waarlangs de rechtspraak het privaatrecht beïnvloedt is die van de algemene beginselen van gemeenschapsrecht. Tot het ontwikkelen van deze beginselen heeft het Hof van Justitie zich bevoegd geacht op grond van 220 EG, dat het Hof de opdracht geeft bij de uitleg en de toepassing van het verdrag 'de eerbiediging van het recht' te verzekeren. De beginselen hebben grotendeels een publiekrechtelijke inslag, hetgeen gelet op de sociaal-economische en bestuurlijke achtergrond van de Europese samenwerking niet verwonderlijk is. Zij dienen er in dat kader voornamelijk toe om de legaliteit van wetgeving en andere handelingen van de Gemeenschap en de lidstaten te toetsen. Maar de beginselen laten het privaatrecht niet onberoerd. In het bijzonder het effectiviteitsbeginsel

2 Zie voor een overzicht A.S. Hartkamp, 'Europees recht en Nederlands vermogensrecht' (Mr. C. Assers *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht*, Deel 3-I\*, 2008), nr. 114 e.v., hierna te citeren als Asser/Hartkamp 3-I\*.

– inhoudende dat aan het gemeenschapsrecht en de daarin toegekende rechten volle werking moet worden verleend – is hier van groot belang gebleken. Dit beginsel oefent zijn werking op verscheidene wijzen uit.<sup>3</sup> Het heeft aan de wieg gestaan van belangrijke privaatrechtelijke ontwikkelingen zoals de aansprakelijkheid van lidstaten voor handelingen in strijd met het gemeenschapsrecht (Francovich-aansprakelijkheid),<sup>4</sup> de aansprakelijkheid van particulieren voor schendingen van het kartelrecht (Courage/Crehan-aansprakelijkheid),<sup>5</sup> en onlangs nog de erkenning van de aansprakelijkheid van de Gemeenschap krachtens ongerechtvaardigde verrijking.<sup>6</sup>

Ook de erkenning van de voormelde directe horizontale werking van verdragsbepalingen is door het Hof van Justitie mede op het effectiviteitsbeginsel gebaseerd. Aan deze problematiek is deze mededeling gewijd. In verband daarmee moeten eerst de begrippen directe en indirecte horizontale werking worden toegelicht.

#### DE BEGRIPPEN DIRECTE EN INDIRECTE HORIZONTALE WERKING

3. Van horizontale directe werking is sprake wanneer een verdragsbepaling rechtstreeks van invloed is op rechtsverhoudingen tussen particulieren, dat wil zeggen dat zij leidt tot het ontstaan, de wijziging of het tenietgaan van rechten en verplichtingen in hun onderlinge verhouding. Dat kan onder meer betekenen dat wegens strijd met een verdragsbepaling een door partijen gesloten overeenkomst nietig is of een gedraging van een burger een onrechtmatige daad jegens een andere burger oplevert.

3 Zie voor een overzicht Asser/Hartkamp 3-1\* 2008, nr. 87 e.v.

4 Zie 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, Deel I Algemeen Deel*, Deventer: Kluwer 2007, p. 465 e.v., 486 e.v.; R. Meijer, *Staatsaansprakelijkheid wegens schending van Europees gemeenschapsrecht*, diss. Groningen 2007.

5 Zie C.H. Sieburgh (vorige noot), p. 514 e.v. Aannemelijk is dat deze aansprakelijkheid ook zal worden erkend bij schendingen door particulieren van ander horizontaal direct werkend gemeenschapsrecht. In het navolgende zullen daarvan voorbeelden worden gegeven.

6 HvJ EG 16 december 2008, Masdar/Commissie, C-47/07 P, punt 44 e.v. Zie over dit onderwerp A.S. Hartkamp, 'Ongerechtvaardigde verrijking en onverschuldigde betaling in het Europese gemeenschapsrecht', in A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deel I Algemeen Deel*, Deventer: Kluwer 2007, p. 541 e.v.

Van beide geef ik hierna enige voorbeelden.

Wat nietigheid betreft, zoals reeds opgemerkt spreekt het verdrag die sanctie uitdrukkelijk uit in art. 81 lid 2 EG. In andere gevallen heeft het Hof van Justitie rechtstreekse werking in deze zin aan een verdragsbepaling gegeven. Dat is bijvoorbeeld gebeurd met art. 141 EG, bepalende dat iedere lidstaat ervoor zorgt draagt dat het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke of gelijkwaardige arbeid wordt toegepast. Het Hof besliste dat de bepaling ‘dwingend recht is zodat het verbod van discriminatie niet slechts geldt voor overheidshandelingen, doch eveneens van toepassing is op alle overeenkomsten die een collectieve regeling van arbeid in loondienst inhouden, alsmede op contracten tussen particulieren.’<sup>7</sup>

Het is ook gebeurd met de vrijheden van personen- en dienstenverkeer. Baanbrekend is hier geweest het arrest Walrave inzake een reglementsbepaling van de internationale wielrenunie, die in strijd werd geacht met het vrije personenverkeer. Het Hof besliste dat ‘de opheffing tussen de lidstaten van belemmeringen voor het vrije verkeer van personen en het vrij verrichten van diensten – fundamentele doelstellingen van de gemeenschap, vermeld in art. 3, sub c van het verdrag – in gevaar zou worden gebracht, indien de opheffing van door de staten gestelde belemmeringen kan worden ontkracht door belemmeringen voortvloeiend uit krachtens hun eigen rechtsbevoegdheid door niet onder het publiekrecht vallende verenigingen of lichamen verrichte handelingen’ (punt 18). Derhalve strekt art. 39 EG zich ook uit tot overeenkomsten en regelingen die niet van het openbaar gezag uitgaan, hetgeen, naar het Hof uitdrukkelijk overwoog, ook niet-collectieve overeenkomsten tussen particulieren omvat.<sup>8</sup>

Er zij op gewezen dat niet steeds duidelijk is of het aan de rechtstreekse werking te verbinden gevolg – in casu nietigheid van de rechtshandeling – uit het Europese recht voortvloeit of dat de vaststelling van dat gevolg aan het nationale recht wordt overgelaten. In het laatste geval vloeit naar Nederlands recht de nietigheid voort uit art. 3:40 lid 2 BW. Van belang is dat in dit verband niet. In beide gevallen moet van directe horizontale werking van het verdragsrecht worden gesproken.

7 HvJ EG 8 april 1976, Defrenne/Sabena (I), 43/75, *Jurispr.* 1976, p. 455, NJ 1976, 510.

8 HvJ EG 12 dec. 1974, Walrave en Koch/Wielerbonden, 36/74, *Jurispr.* 1974, p. 1405, NJ 1975, 148.



4. Dat directe horizontale werking ook tot onrechtmatigheid van handelingen van burgers kan leiden blijkt in de eerste plaats uit het arrest *Courage/Crehan*,<sup>9</sup> waar het ging om een schending van art. 81 EG: een brouwerij verplichtte een ‘gelieerde’ caféhouder tot exclusieve afname van bier. In het arrest heeft het Hof de vordering tot schadevergoeding van de caféhouder tegen de brouwerij ter zake van de te hoge koopprijs van het bier erkend. Het Hof heeft de aansprakelijkheid van de brouwerij afgeleid uit het effectiviteitsbeginsel. De volle werking van art. 81 EG en in het bijzonder het nuttig effect daarvan, zou worden verminderd indien ‘niet eenieder vergoeding kon vorderen van schade die hem is berokkend door een overeenkomst of een gedraging die de mededinging kan beperken of vervalsen’. In dit verband herinnerde het Hof aan de verplichting van de nationale rechter om de volle werking van het gemeenschapsrecht te verzekeren en de daarin aan particulieren toegekende rechten te beschermen.

De aansprakelijkheid van particulieren kan ook bestaan voor schendingen van verdragsbepalingen en andere regels met directe horizontale werking die buiten het mededingingsrecht vallen. Dit blijkt uit de uitspraken in de zaken *Viking* en *Laval* inzake geschillen tussen ondernemingen en vakbonden over de rechtmatigheid van collectieve acties.<sup>10</sup> De ondernemingen betoogden dat deze acties onrechtmatig waren wegens inbreuk op art. 43 EG en art. 49 EG inzake de vrijheid van vestiging en de vrijheid van dienstverlening, waarop zij vorderingen tot verbod en schadevergoeding baseerden. Het Hof oordeelde dat deze verdragsbepalingen ook voor een collectieve actie van vakbonden gelden en dat een zodanige actie een beperking van die vrijheden oplevert, die derhalve in beginsel is verboden. Maar de beperking kan gerechtvaardigd zijn indien zij een rechtmatig doel – bestaande in de behartiging van een algemeen belang – dient en aan het proportionaliteitsvereiste voldoet. Het stakingsrecht, dat onder meer blijktens het *Europees Sociaal Handvest* als een grondrecht moet worden beschouwd, dient uiteraard een zodanig rechtmatig belang.<sup>11</sup>

9 HVJ EG 20 sept. 2001, *Courage Ltd./Bernard Crehan*, C-453/99, *Jurispr.* 2001, p. I-6297, NJ 2002, 43. Zie ook HVJ EG 13 juli 2006, *Manfredi/Lloyd Adriatico*, C-295/04-298/04, *Jurispr.* 2006, p. I-6619, NJ 2007, 34 m.nt. M.R. Mok.

10 HVJ EG 11 december 2007, *ITWF/Viking*, C-438/05, *Jurispr.* 2007, p. I-10779, NJ 2008, 149 m.nt. M.R. Mok; HVJ EG 18 december 2007, *Laval/Vakbonden*, C-341/05, *Jurispr.* 2007, p. I-11767, NJ 2008, 150 m.nt. M.R. Mok.

11 Zie reeds in die zin HVJ EG 12 juni 2003, *Schmidberger/Oostenrijk*, C-112/00, *Jurispr.* 2003, p. I-5659, NJ 2004, 56, AA 2003, p. 875 m.nt. Mortelmans, punt 74 in verband met de vrijheid van demonstratie.

5. Horizontale directe werking kan ook andere privaatrechtelijke gevolgen hebben dan de hierboven genoemde (nietigheid, schadevergoeding wegens onrechtmatige daad, verbod). Zo kan een verdragsbepaling leiden tot het ontstaan van een vordering uit onverschuldigde betaling of uit ongerechtvaardigde verrijking; ofwel een verdragsbepaling kan een burger beperken in de uitoefening van absolute rechten die hij krachtens het nationale privaatrecht heeft. Op deze verschijningsvormen van directe horizontale werking ga ik thans niet in. Wel is het van belang erop te wijzen dat zodra aan een bepaling horizontale directe werking is toegekend, zij in beginsel tot een verscheidenheid aan privaatrechtelijke gevolgen kan leiden. Wanneer bijvoorbeeld een arrest van het Hof aan een verdragsbepaling horizontale directe werking heeft toegekend in de context van een daarmee strijdige overeenkomst, is daarmee in beginsel gegeven dat een feitelijke handeling in strijd met die bepaling een onrechtmatige daad kan opleveren, zodat daarop een vordering tot schadevergoeding of tot verbod kan worden gebaseerd.<sup>12</sup>

6. Hierboven werd vastgesteld dat horizontale directe werking gevolgen heeft voor verschillende onderdelen van het privaatrecht. Genoemd werden nietigheid van contracten, onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, ongerechtvaardigde verrijking, uitoefening van absolute rechten. Van andere aard is wat ik 'vervolgvragen' zou willen noemen: vragen die rijzen nadat is vastgesteld dat een bepaling van gemeenschapsrecht directe horizontale werking heeft.

De eerste is de processuele dimensie, bekend als de vraag van de ambtshalve toepassing. Indien een verdragsbepaling – bijvoorbeeld het kartelverbod, het gelijkheidsbeginsel of de vrijheid van werknemersverkeer – horizontale directe werking heeft, betekent dat dan dat de nationale rechter in een voor hem aanhangig geschil die bepaling ook (dus ambtshalve) moet toepassen indien partijen daarop geen beroep doen? De vraag kan hier niet worden behandeld. Ik verwijs naar de recente literatuur.<sup>13</sup>

12 Vgl. de zaak *Courage/Crehan* [voetnoot 9].

13 Zie H.J. Snijders, 'Aanvulling van gronden van EU-recht door de Nederlandse burgerlijke rechter', in A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh en L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deel i Algemeen Deel*, Deventer: Kluwer 2007, p. 79 e.v.; A.S. Hartkamp, *Ambtshalve aanvulling van rechtsgronden naar Europees recht en naar Nederlands recht*, oratie Nijmegen 31 oktober 2007, Deventer: Kluwer 2007; H.J. Snijders, 'Ambtshalve aanvulling van gronden van Europees recht in burgerlijke zaken herijkt', *WPNR* 6761/2008; reactie daarop van A.S. Hartkamp, *WPNR* 6779/2008.

Een andere vervolgvraag is de uitlegdimensie. Is de nationale rechter gehouden een rechtshandeling in overeenstemming met die bepaling uit te leggen, zoals een overeenkomst of een testament waarvan niet duidelijk is of de inhoud in overeenstemming is met een direct werkende bepaling van gemeenschapsrecht? Het belang is evident: als de desbetreffende bepaling een daarmee strijdige rechtshandeling met nietigheid treft, is de verdragsconforme interpretatie de aangewezen weg om haar voor nietigheid te behoeden. Op dit terrein bestaat nog weinig duidelijkheid. Zelfs is onzeker of het hier wel een ‘vervolgvraag’ betreft: verdedigbaar (en verdedigd) is ook dat de eventuele gehoudenheid van de nationale rechter tot verdragsconforme interpretatie los staat van de vraag of het gaat om een bepaling die directe horizontale werking heeft. Ook op deze materie kan hier niet nader worden ingegaan.<sup>14</sup>

7. Uiteraard kan een norm die directe horizontale werking heeft – men denke bijvoorbeeld aan het reeds genoemde gelijkheidsbeginsel van art. 141 EG – ook werken in een rechtsverhouding tussen overheid en burger; men denke aan een arbeidsovereenkomst waarbij de werkgever een overheidsorgaan is. In de gebruikelijke Europeesrechtelijke terminologie wordt dit gebracht onder het begrip verticale (directe) werking.<sup>15</sup> Dat begrip wordt namelijk in alle gevallen gebruikt waarin een burger zich tegenover de overheid op een bepaling van gemeenschapsrecht kan beroepen, ook bijvoorbeeld in het geval, behandeld in het volgende nummer, waarin een burger zich in een geschil met zijn nationale overheid beroept op strijdigheid van een (nationale) regeling met gemeenschapsrecht. In de genoemde arbeidsovereenkomst heeft de desbetreffende norm aldus tegelijkertijd directe verticale werking als directe horizontale werking.

Deze terminologie kan tot verwarring leiden. Zo is de verticale werking bijvoorbeeld ook bekend in het geval van de niet geïmplementeerde richtlijn, die de burger rechten beoogt toe te kennen tegen de overheid. Het Hof van Justitie heeft aanvaard dat de overheid die een richtlijn niet, niet tijdig of niet correct implementeert daarvan niet mag profiteren, zodat de burger – mits de richtlijn zich voor directe werking leent, dat wil zeggen dat de desbetreffende bepalingen onvoorwaardelijk en voldoende nauwkeurig zijn – zich jegens de overheid op de richtlijn mag beroepen. Het omgekeerde (een beroep van de overheid op de richtlijn jegens de

14 Zie daarover Asser/Hartkamp 3-1\* 2008, nr. 80 e.v., 150.

15 Zie daarover W.T. Eijsbouts, J.H. Jans, F.O.W. Vogelaar, *Europees recht; Algemeen Deel* (Groningen: Europa Law Publishing 2006), p. 256 e.v.

burger) mag echter niet, hetgeen wordt aangeduid met de uitdrukking dat een richtlijn geen ‘omgekeerde verticale werking’ kan hebben. Het is duidelijk dat dit onderscheid niet bestaat bij horizontale directe werking. Indien een regeling horizontale directe werking heeft, dat wil zeggen werkt in een naar haar aard privaatrechtelijke verhouding, geldt dat naar beide zijden, zodat indien het gaat om een rechtsverhouding tussen overheid en burger niet slechts de burger jegens de overheid, maar ook de overheid jegens de burger een beroep op de regeling kan doen. Duidelijk is ook dat men hiertoe het begrip overheid niet hoeft op te rekken in die zin dat ook bepaalde rechtspersonen naar burgerlijk recht daaronder vallen.<sup>16</sup> Dat is nodig indien men de desbetreffende rechtspersoon onder het bereik van de directe verticale werking wil brengen; voor de toepasselijkheid van een direct horizontaal werkende norm is de hoedanigheid van de contractspartij daarentegen niet van belang.

8. Behalve van de directe verticale werking in het zojuist behandelde geval moet directe horizontale werking worden onderscheiden van een aantal andere rechtsfiguren. Een deel daarvan kan men indirecte horizontale werking noemen, maar soms verdient het de voorkeur de term horizontale werking te vermijden. Dit laatste geldt in het bijzonder voor toetsing van nationale wetgeving aan gemeenschapsrecht.

Op de lidstaten rust de verplichting om zich in overeenstemming met het gemeenschapsrecht te gedragen, hetgeen onder meer impliceert dat zij geen regelingen mogen uitvaardigen en handhaven die in strijd zijn met het gemeenschapsrecht, in het bijzonder een bepaling van het EG-Verdrag. De vraag of die strijd niettemin bestaat, kan, indien de verdragsbepaling directe werking heeft, door een burger aan de rechter ter beoordeling worden voorgelegd. Dat gebeurt vaak in een geschil tussen een burger en de nationale overheid (een ‘verticale verhouding’), maar het kan ook gebeuren in een geschil tussen burgers onderling (een ‘horizontale verhouding’). Soms wordt in dit verband van horizontale

16 Craig/De Burca, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: OUP 2008, p. 285 spreken hier van ‘administrative direct effect’.

werking gesproken,<sup>17</sup> maar mijns inziens is het niet verhelderend om dit geval onder het begrip horizontale werking te brengen. Weliswaar is *uit processueel oogpunt* sprake van een horizontale verhouding (twee burgers staan als strijdende partijen tegenover elkaar), maar *aan de verdragsbepaling* komt geen horizontale werking toe. Immers, indien de strijdigheid van de nationale regeling met de verdragsbepaling wordt vastgesteld, is het gevolg dat de nationale regeling niet kan worden toegepast, niet dat de verdragsbepaling de rechtsverhouding tussen de partijen bepaalt. De inhoud daarvan wordt door het nationale recht of eventueel door een tussen partijen gesloten overeenkomst bepaald. Het arrest Delhaize levert een goed voorbeeld op.<sup>18</sup> Een Spaanse verkoper van wijn beriep zich tegenover zijn Belgische koper op overmacht, omdat een Spaanse wettelijke regeling de export verbood. De koper sprak de verkoper aan tot nakoming en betoogde in deze procedure dat de Spaanse regeling in strijd was met art. 29 EG. Deze stelling bleek juist te zijn, zodat de regeling niet mocht worden toegepast. Het gevolg daarvan was dat de verkoper ingevolge de overeenkomst tot levering was gehouden. Wil men hier toch van horizontale werking spreken, dan dient ‘processuele horizontale werking’ van ‘materiële horizontale werking’ te worden onderscheiden.

Nog twee aanvullingen tot slot. Het arrest Delhaize betrof de toetsing van een regel van (economisch) bestuursrecht aan een verdragsbepaling. Het hierboven opgemerkte geldt ook indien de toetsing plaats vindt aan een andersoortige regel van gemeenschapsrecht, met dien verstande dat tussen burgers in beginsel geen beroep kan worden gedaan op strijdigheid van een nationale regeling met een richtlijn. Maar als dat bij uitzondering anders is – men denke aan de Securitel-rechtspraak – geldt het

17 Zie Peter Oliver and Wulf-Henning Roth, ‘The Internal Market and the Four Freedoms’, *CMLR* 2004, p. 407 e.v., 421; S. Prechal en S.A. de Vries, ‘Viking/Laval en de grondslagen van het interne marktrecht’, *SEW* 2008, p. 425 e.v., 431 linkerkolom. Zo leest men dikwijls dat het arrest Mangold (HvJ EG 22 november 2005, Mangold/Helm, C-144/04, *Jurispr.* 2005, p. 1-9981, NJ 2006, 227 m.nt. M.R. Mok) een voorbeeld is van horizontale directe werking, terwijl in dit arrest niet een contractsbepaling maar een nationale wet werd getoetst aan een richtlijn en aan het gelijkheidsbeginsel (in verband met het verbod van discriminatie naar leeftijd). Zie bijvoorbeeld ‘Editorial Comments’, *CMLR* 2008, p. 1575; Claus Dieter Classen, ‘Freiheit und Gleichheit im öffentlichen und im privaten Recht – Unterschiede zwischen europäischem und deutschem Grundrechtsschutz?’, *Europarecht* 2008, p. 627 e.v., 639.

18 HvJ EG 9 juni 1992, Delhaize/Promalvin en AGE, C-47/90, *Jurispr.* 1992, p. 1-3669, NJ 1994, 588.

ook daarvoor.<sup>19</sup>

9. De thans te behandelen figuren plegen als indirecte horizontale werking te worden aangeduid. Maar zij zijn zo verschillend van aard dat ik mij afvraag of het niet verwarrend is hen over die ene kam te scheren.

Uit het EG-Verdrag kan men de verplichting voor de lidstaten afleiden om de aan de vrijverkeerbepalingen en de discriminatieverboden te ontnemen rechten te beschermen en tegenover hun burgers, ook in ‘horizontale verhoudingen’, te waarborgen.<sup>20</sup> Deze constructie is bekend uit de grondrechtendogmatiek, zowel nationaal als in het kader van het *Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens* (EVRM). Zij houdt in dat de nationale grondwet of te wel het EVRM aldus moet worden uitgelegd dat op de Staat niet slechts de ‘negatieve’ verplichting rust om zich van inbreuk op de fundamentele rechten van de burgers te onthouden, maar onder omstandigheden ook de ‘positieve verplichting’ om door wetgeving of andere maatregelen de uitoefening van die rechten te waarborgen, en zulks niet alleen tegenover de Staat maar ook tegenover medeburgers. Schending van die positieve verplichting kan tot aansprakelijkheid van de (verdrags) staat leiden. In het EG-recht kan een dergelijke verplichting mede op art. 10 EG worden gebaseerd, dat de lidstaten verplicht tot ‘gemeenschaps-trouw’: zij moeten alle algemene of bijzondere maatregelen treffen die geschikt zijn om de nakoming van het verdrag te verzekeren. Voorbeelden bieden de hierna nog uitvoeriger te bespreken arresten Commissie/Frankrijk en Schmidberger: indien wegblokkades of (andere) ordeverstoringen het vrij verkeer van goederen belemmeren waardoor particulieren worden geschaad, rust onder omstandigheden op de Staat de verplichting aan de acties een einde te maken.

10. Bij het onder 9 gestelde wordt primair gedacht aan de uitvoerende macht van de lidstaat. Maar het begrip ‘lidstaat’ is ruimer en omvat alle overheidsorganen. Kan een dergelijke ‘positieve verplichting’ ook rusten op de rechterlijke macht? En zo ja, wat betekent dat precies? Onder het EVRM wordt de rechterlijke macht in beginsel op één lijn gesteld met andere overheidsorganen. Aan het Europese Hof voor de Rechten van de

<sup>19</sup> Zie Asser/Hartkamp 3-1\* 2008, nr. 120. Craig/De Búrca, p. 296 e.v. spreken hier van ‘incidental horizontal effect’ of ‘a limited form of horizontal effect’.

<sup>20</sup> Zie onder meer Claudia Stachel, *Schutzpflichten der Mitgliedstaaten für die Grundfreiheiten des EG-Vertrags unter besonderer Berücksichtigung des Grundrechtsschutzes in der Gemeinschaft*, Berlin: Duncker und Humblot, 2006, besproken door Marek Szydło, CMLR 2008, p. 1299 e.v.

Mens in Straatsburg (EHRM) kan de vraag worden voorgelegd of een nationale wet of administratieve praktijk verenigbaar is met het EVRM en of de nationale rechter die vraag correct heeft beantwoord. Het EHRM acht zich zelfs bevoegd, zij het binnen enge grenzen, de vraag te beantwoorden of de nationale rechter in het licht van de Conventie een rechtshandeling correct heeft uitgelegd.<sup>21</sup> De rechtsgrond hiervan is dat de rechterlijke macht evenals alle andere overheidsinstanties van een verdragsstaat de in het verdrag gewaarborgde fundamentele rechten moet verwezenlijken. Een dergelijke opvatting past in een stelsel waarin het gaat om de bescherming van rechten die aan burgers zijn verleend tegen de Staat, en die zij (in beginsel) niet tegen hun medeburgers kunnen uitoefenen. Onder het EVRM wordt deze blikrichting nog versterkt door het feit dat de procedure bij het EHRM steeds door de burger tegen de verdragsstaat wordt gevoerd en dat dit Hof aan geen van de EVRM geregelde rechten rechtstreekse horizontale werking heeft toegekend.<sup>22</sup>

In het gemeenschapsrecht is deze kwestie onzeker. Onder verwijzing naar de voormelde grondrechtenproblematiek wordt uit bepaalde arresten afgeleid dat de vraag ook in het gemeenschapsrecht bevestigend moet worden beantwoord. Zo is geweest<sup>23</sup> op het in nr. 3 genoemde arrest Defrenne (I), waar het Hof van Justitie heeft overwogen dat art. 141 EG met zijn verwijzing naar 'de lidstaten' veel meer inhoudt dan een verwijzing naar de bevoegdheid van de nationale wetgever, omdat die verwijzing betrekking heeft op de uitoefening van alle overheidsfuncties die aan de toepassing van het beginsel van gelijke beloning kunnen bijdragen, waarbij het Hof ook de rechterlijke instanties op het oog heeft. Het zou echter onjuist zijn hieruit af te leiden dat het Hof hierbij doelt op een indirecte horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel via een op het staatsorgaan rechterlijke macht rustend 'positieve verplichting'. De redenering beoogt veeleer aan te geven dat de verwijzing naar de lidstaten niet in de weg staat aan het aannemen van rechtstreekse werking van de verdragsbepaling. Zij mondt dan ook uit in de overweging (punt 37) 'dat wanneer artikel 119 [thans 141] van de 'lidstaten' spreekt, dit mitsdien niet aldus kan worden uitgelegd, als zou rechtstreekse toepassing van het verdrag

21 Zie Asser/Hartkamp 3-I\* 2008, nr. 188, alsmede EHRM 16 december 2008, nr. 23883/06 (Mustafa/Zweden).

22 Zie Lech Garlicki, 'Relations between Private Actors and the European Convention on Human Rights', in A. Sajó & R. Uitz (eds), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 129 e.v.

23 A-G Poiares Maduro, conclusie voor het Viking-arrest [noot 10], punten 39 (met noot 38) en 40.

door de rechter daardoor zijn uitgesloten.’ Dit moet worden gezien tegen de achtergrond van de punten 24 en 31, waar wordt overwogen dat artikel 141 in de omstandigheden van dit geval rechtstreeks toepasselijk is en derhalve de justitiabelen rechten verleent die de rechterlijke instanties dienen te handhaven, respectievelijk dat de bepaling, hoewel formeel tot de lidstaten gericht, tezelfdertijd rechten verleent aan particulieren die bij de nakoming van de aldus omschreven verplichtingen belang hebben.

Aldus constateert het Hof – terecht – dat de verlening van rechten en verplichtingen aan burgers jegens elkaar voorop staat en dat, zo deze verleend zijn, de handhaving daarvan door de justitiabelen bij de rechterlijke macht kan worden gevorderd.<sup>24</sup> De blikrichting is een fundamenteel andere dan in de grondrechtenproblematiek. Dáár gaat het om rechten die aan de burgers zijn verleend tegen de Staat, die daarmee ‘bij extensie’ de verplichting heeft gekregen om de door het grondrecht beschermde posities binnen zekere grenzen ook jegens de medeburgers te waarborgen. Daarentegen heeft het gemeenschapsrecht zich mede tot een privaatrechtelijke rechtsorde ontwikkeld, waarin door het verdrag gewaarborgde rechten binnen zekere grenzen tevens in de verhouding tussen burgers gelding hebben verkregen. Voor zover dat het geval is, staat het aan de burgers zélf om die rechten te handhaven, hetgeen zij uiteraard mede via de rechter zullen doen. De ‘handhaving door de rechter’ staat daarmee zoals overal elders in het privaatrecht niet los van, maar in het verlengde van de aan de justitiabelen toekomende rechten.<sup>25</sup>

11. Onder indirecte horizontale werking van een verdragsbepaling kan men voorts brengen de verwezenlijking van de bepaling in privaatrechtelijke verhoudingen door middel van de interpretatie van een nationale wetsbepaling. Dit is uiteraard vooral van belang indien de desbetreffende verdragsbepaling zelf geen directe horizontale werking heeft; is dat wel

24 Ook in andere arresten wordt dat verband gelegd; zie bijvoorbeeld HvJ EG 9 maart 1978, Simmenthal, 106/77, *Jurispr.* 1978, p. 629, punt 15 en 16; HvJ EG 20 sept. 2001, Courage Ltd./Bernard Crehan, C-453/99, *Jurispr.* 2001, p. I-6297, NJ 2002, 43, punt 25; HvJ EG 17 september 2002, Muñoz/Frumar, C-253/00, *Jurispr.* 2002, p. I-7289, punt 27 en 28.

25 Anders gezegd: de burger heeft een recht jegens zijn medeburger, en deze is verplicht jegens gene, ook los van ingrijpen door de rechter. De gedachte dat een rechter de ene burger tegen de andere beschermt zonder dat daaraan een recht van de beschermde ten grondslag ligt is een anomalie in ons privaatrecht. Vgl. Prechal en De Vries, a.w. [noot 16] p. 431 linkerkolom met noot 56.



zo, dan is de omweg via de interpretatie van een nationale regel strikt genomen immers overbodig. De methode is dan ook vooral opgebleid in het kader van de omgang met bepalingen en regelingen die ‘per definitie’ geen directe horizontale werking hebben, zoals bepalingen van Europese richtlijnen en bepalingen van het EVRM, waarop in horizontale verhoudingen geen beroep kan worden gedaan.<sup>26</sup>

In het kader van Europese richtlijnen die niet of niet correct zijn geïmplementeerd, heet deze methode ‘richtlijnconforme interpretatie’. Zij heeft daar enkele bijzonderheden wegens het feit dat lidstaten gehouden zijn richtlijnen te implementeren. In de eerste plaats zijn nationale gerechten volgens de rechtspraak van het Hof van Justitie zo enigszins mogelijk tot deze methode van interpretatie verplicht. In de tweede plaats strekt de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie zich weliswaar in beginsel uit tot het gehele nationale recht, maar zij zal in de praktijk vaak betrekking hebben op de wet waarin de richtlijn is omgezet, dus op min of meer concrete wetbepalingen.

Ook bij bepalingen van het EG-Verdrag laat zich deze methode hantieren. Bij indirecte horizontale werking van bepalingen van het EG-Verdrag via rechterlijke interpretatie moet vooral worden gedacht aan doorwerking van de verdragsbepaling via de open normen van het nationale recht (redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke betamelijkheid, openbare orde, goede zeden etc.). Bij bepalingen van het EVRM is dit procedé overbekend: het grond- of mensenrecht kan meewegen bij het oordeel of een overeenkomst die de grondrechtelijke sfeer van een partij raakt nietig is wegens strijd met de openbare orde of de goede zeden, of een beroep op een dergelijke overeenkomst naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, of een feitelijke gedraging een onrechtmatige daad oplevert, of een ontslag kennelijk onredelijk is, enzovoort. Bij bepalingen van het EG-Verdrag is van deze variant van indirecte horizontale werking tot op heden althans in Nederland nauwelijks sprake geweest.<sup>27</sup> Om één voorbeeld te noemen: de bepalingen inzake staatssteun (art. 87

26 Zie Asser/Hartkamp 3-1\* 2008, nr. 141 e.v., 182 e.v. Overigens is daarbij gebleken dat de conforme interpretatie in de praktijk niet is beperkt tot situaties waarin de verdrags- of richtlijnbevestiging rechtstreekse werking ontbeert. Ook indien directe toepassing van de bepaling mogelijk is (hetgeen het geval is in ‘verticale verhoudingen’), zal de rechter trachten het nationale recht verdrags- of richtlijnconform uit te leggen. Indien hij hierin slaagt voorkomt hij immers dat hij regels van nationaal recht als strijdig met het Europese recht buiten toepassing moet laten, en behoeft hij niet de soms lastige vraag te onderzoeken of het Europese voorschrift rechtstreekse werking heeft.

27 Zie Asser/Hartkamp 3-1\* 2008, nr. 71 e.v.

e.v. EG) richten zich slechts tot de lidstaten en hebben geen directe horizontale werking. Dat betekent dat indien een onderneming staatssteun ontvangt in strijd met dat artikel, haar daardoor benadeelde concurrenten zich naar Europees recht jegens die onderneming (anders dan jegens de steunverlenende overheid) niet op schending van art. 87 EG kunnen beroepen. Dat staat er echter niet aan in de weg dat de Nederlandse rechter de gedraging van de onderneming onrechtmatig kan oordelen, indien aan de vereisten van art. 6:162 BW is voldaan. Bij het oordeel omtrent hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, kan de rechter de schending van art. 87 EG in aanmerking nemen. Kán, want een verplichting tot verdragsconforme interpretatie is in deze context niet door het Hof van Justitie aanvaard. De verplichting zou zo nodig, naar analogie van het Schmidberger-arrest<sup>28</sup>, op art. 10 EG kunnen worden gebaseerd. Hoe dat zij, uit de rechtspraak van het Hof blijkt dat het deze vorm van indirecte horizontale werking uitdrukkelijk open laat.<sup>29</sup>

#### DE VRIJHEDEN VAN PERSONEN- EN DIENSTENVERKEER VERSUS DE VRIJHEID VAN GOEDERENVERKEER

12. Hierboven in nr. 3 en 4 werd vermeld dat het Hof van Justitie op het gebied van de vrijheden van personen- en dienstenverkeer horizontale directe werking van de desbetreffende verdragsartikelen heeft aanvaard, hetgeen onder meer betekent dat een daarmee strijdige overeenkomst nietig is en een daarmee strijdige feitelijke handeling een onrechtmatige daad oplevert jegens een persoon die zich op de verdragsvrijheid beroept. Eigenaardig is dat het Hof die consequentie niet lijkt te verbinden aan de verdragsartikelen die de vrijheid van goederenverkeer regelen. De laatste uitspraak in dit verband is het arrest Sapod,<sup>30</sup> oordelende dat een bepaling in een overeenkomst tussen particulieren niet als belemmering in de zin van art. 28 EG kan worden aangemerkt, aangezien zij niet is vastgesteld door een lidstaat, maar tussen particulieren is overeengekomen. Van de wat oudere rechtspraak noem ik de arresten Vlaamse reisbureaus<sup>31</sup> en

<sup>28</sup> Zie noot 11, punt 59.

<sup>29</sup> Zie bijvoorbeeld HvJ 11 juli 1996, SFEI/La Poste, C-39/94, *Jurispr.* 1996, p. I-3547, punt 75.

<sup>30</sup> HvJ EG 6 juni 2002, Sapod Audic/Eco-Emballages SA, C-159/00, *Jurispr.* 2002, p. I-5031 (punt 74).

<sup>31</sup> HvJ EG 1 oktober 1987, ASBL/Sociale Dienst, 311/85, *Jurispr.* 1987, p. 3801.

Süllhofer.<sup>32</sup> In het eerste werd opgemerkt dat art. 28 EG en art. 29 EG alleen betrekking hebben op overheidsmaatregelen en niet op gedragingen van ondernemingen. Het Hof onderzocht daarom niet of dergelijke overeenkomsten of gedragingen verenigbaar waren met de genoemde verdragsbepalingen. In het tweede overwoog het Hof (punt 11):

‘Met betrekking tot de vraag, of het beding om de geldigheid van bepaalde industriële eigendomsrechten niet te zullen betwisten, verenigbaar is met art. 30 en volgende EEG-Verdrag [thans art. 28 EG], dient te worden opgemerkt, dat deze artikelen behoren tot de bepalingen die ten doel hebben, het vrije verkeer van goederen te verzekeren en daartoe de maatregelen van de Lid-Staten die dit verkeer op een of andere wijze kunnen belemmeren, uit te schakelen. Overeenkomsten tussen ondernemingen worden daarentegen beheerst door de mededingingsbepalingen (art. 85 en volgende EEG-Verdrag [thans art. 81 EG]), die de handhaving van een doeltreffende mededinging binnen de gemeenschappelijke markt nastreven.’

Interessant is ook het arrest Haug-Adrion inzake de verenigbaarheid met het gemeenschapsrecht van een verzekeringsovereenkomst.<sup>33</sup> Waar de toetsing aan art. 12 (onderscheid naar nationaliteit) en 39 (vrijheid van werknemersverkeer) aan de orde was toetste het Hof de overeenkomst zelf, terwijl het bij de vraag of art. 29 geschonden was overschakelde op de (niet eerder in het arrest ter sprake gebrachte) nationale regeling die de litigieuze bedingen toeliet.

Het heeft er dus de schijn van dat het Hof overeenkomsten tussen particulieren slechts binnen het bereik van het Verdrag trekt voor zover het om art. 81 e.v. EG en dus om de doeltreffende mededinging binnen de Gemeenschap handelt.<sup>34</sup>

Er is overigens ook rechtspraak die in een andere richting wijst. Het belangrijkste arrest is dat in de zaak Dansk Supermarked/Imerco.<sup>35</sup> In deze zaak (punt 17) overwoog het Hof dat overeenkomsten tussen particulieren nooit kunnen derogeren aan de dwingende verdragsbepalingen betreffende het vrije verkeer van goederen. Door A-G Geelhoed

32 HvJ EG 27 september 1988, Bayer AG/Süllhofer, 65/86, *Jurispr.* 1988, p. 5249.

33 HvJ EG 13 december 1984, Haug-Adrion/Frankfurter Versicherungs-AG, 251/83, *Jurispr.* 1984, p. 4277.

34 Dit is de heersende leer; anders Wiedmann in: Gebauer/Wiedmann, *Zivilrecht unter europäischem Einfluss* (2005), Hfst 2, Rn. 126 e.v., 134.

35 HvJ EG 22 januari 1981, Dansk Supermarked/Imerco, 58/80, *Jurispr.* 1981, p. 181.

in zijn conclusie voor de zaak Muñoz (punt 44)<sup>36</sup> werd deze uitspraak beschouwd als een duidelijke uitspraak over de rechtstreekse werking; als een uitspraak die vastlegt dat het EG-recht, ook los van de mededingingsbepalingen, rechtstreeks ingrijpt in private rechtsverhoudingen. Andere schrijvers gaan zover te stellen dat waar een verdragsbepaling verticale directe werking heeft – zoals met art. 28 EG onmiskenbaar het geval is – zij ook horizontaal, dus door een particulier tegen een andere particulier kan worden ingeroepen.<sup>37</sup>

13. Indien het juist is dat het Hof op het punt van de horizontale werking een onderscheid maakt tussen de vrijheid van goederenverkeer en de vrijheden van personen- en dienstenverkeer, zou dat weinig bevredigend en niet goed verklaarbaar zijn.<sup>38</sup> Niet valt in te zien waarom bijvoorbeeld een in een overeenkomst vervatte beperking van het vrije personen- of dienstenverkeer strijd met het EG-Verdrag kan opleveren (behoudens een succesvol beroep op een rechtvaardigingsgrond), terwijl een beperking van het vrije goederenverkeer dat niet kan (tenzij zij valt in de termen van art. 81 EG en art. 82 EG).

De gedachtegang dat uit art. 81 *a contrario* zou moeten worden afgeleid dat privaatrechtelijke overeenkomsten nooit onverenigbaar zouden kunnen zijn met art. 28 EG is onhoudbaar. Art. 81 en 82 EG zijn immers niet alleen van toepassing op overeenkomsten met betrekking tot goederenverkeer, maar ook op overeenkomsten met betrekking tot dienstenverkeer, waar de horizontale directe werking wel is aanvaard. Voor de verdragsbepalingen inzake de mededinging en die inzake de verkeersvrijheden gelden eigen toepassingsvoorwaarden.<sup>39</sup>

Uit praktisch oogpunt is van belang dat de toepassing van de art. 81 en 82 EG dikwijls problematisch is, omdat zij afhankelijk is van moeilijke vragen van juridische en feitelijke aard en partijen voor grote bewijsproblemen kan plaatsen. Uit een oogpunt van effectiviteit van het gemeenschapsrecht zou het verkieslijk zijn dat de benadeelde partij zich op de gemakkelijker

<sup>36</sup> Zie noot 24.

<sup>37</sup> Lenaerts/van Nuffel, *Europees recht in hoofdlijnen* (derde druk, Antwerpen: Maklu 2003), nr. 662, p. 621. In de vierde druk (2008), nr. 704, p. 414 is deze uitspraak afgezwakt.

<sup>38</sup> Zie over het volgende ook Asser/Hartkamp 3-1\* 2008, nr. 47 e.v.; A.S. Hartkamp, 'Fundamental Rights, Fundamental Freedoms and Contract Law', in Stefan Grundmann (ed.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Kluwer Law International 2008, p. 87-110.

<sup>39</sup> Arrest Viking [noot 10], punt 53.

toe te passen regeling van de art. 28 en 29 EG kan beroepen.

Daarvoor pleit ook dat een overeenkomst die de vrijheid van goederenverkeer belemmert niet steeds onder art. 81 of 82 EG valt, bijvoorbeeld als gevolg van de in het kader van art. 81 EG gemaakte uitzondering voor 'de minimis'-inbreuken, die bij overeenkomsten tussen concurrenten 10% en bij overeenkomsten tussen niet-concurrenten 15% van het marktaandeel van de daarbij betrokken ondernemingen betreft.<sup>40</sup> Daarbij moet overigens worden aangetekend dat deze regeling is opgesteld in het kader van het toezicht door de Commissie op de mededinging; niet zeker is of de rechterlijke instanties, aan wie sinds 2003 een belangrijke taak op het gebied van de mededinging is toegekend, deze regel zullen toepassen. In elk geval geldt bij de art. 28 en 29 een dergelijke de minimis-regel niet.<sup>41</sup>

Meer principieel van aard is de tegenwerping dat niet valt in te zien waarom het algemene beginsel van samenloop van vorderingsrechten cq rechtsgronden hier niet zou moeten gelden.<sup>42</sup>

Dat er in beginsel niets tegen horizontale directe werking van art. 28 EG is aan te voeren, blijkt uit het feit dat het Hof dat artikel vroeger ook rechtstreeks heeft toegepast ter beteugeling van een onwenselijk geacht beroep op intellectuele eigendomsrechten, een rechtspraak die eind jaren tachtig van de twintigste eeuw is vervangen door toetsing van de desbetreffende nationale wetgeving aan dat artikel.<sup>43</sup>

Het onderscheid is ook om algemeen systematische redenen niet goed houdbaar. De vrijverkeerbepalingen – en de economische activiteiten waarop zij betrekking hebben – overlappen elkaar gedeeltelijk en lopen in elkaar over. Zo kunnen dienstverlening en kapitaalverkeer zowel met personen- als met goederenverkeer in verband staan. Op andere terreinen valt in de rechtspraak van het Hof dan ook een convergerende behandeling van de vrijheden te bespeuren. Men denke aan de ontwikkeling van discriminatieverboden naar beperkingsverboden, de convergerende interpretatie van de rechtvaardigingsgronden en de beperkende inter-

40 Bekendmaking van de Commissie, Pb 2001, C368/13.

41 Zie A-G Jacobs, in zijn conclusie (punt 65) voor het arrest Schmidberger [noot 11], die daaraan toevoegt dat het Hof aanvaardt dat sommige beperkingen te onzekere en indirecte gevolgen hebben om als een belemmering van de handel kunnen worden beschouwd. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 7 maart 1990, Krantz/Ontvanger, C-69/88, *Jurispr.* 1990, blz. I-583 (punt 11); HvJ EG 13 okt. 1993, CMC Motorradcenter GmbH/Baskiciogulari, C-93/92, *Jurispr.* 1993, p. I-5009 (punt 12).

42 Op het beginsel van samenloop in het Europese privaatrecht kom ik binnenkort in een afzonderlijke beschouwing terug.

43 Zie de rechtspraak vermeld bij Asser/Hartkamp 3-1\* 2008, nr. 70.

pretatie van het begrip ‘interne situatie’.<sup>44</sup>

14. Voor de onderhavige problematiek is interessant een overweging in het recente Viking-arrest. Zoals in nr. 4 werd opgemerkt, handelde dat arrest over de vraag of een staking tegen een Finse rederij die een schip wilde omvlaggen van Finland naar Estland een ongeoorloofde belemmering van de vrijheid van vestiging (art. 43 EG) opleverde. Het hof overwoog in de punten 61 en 62 het volgende:

Hieruit volgt dat artikel 43 EG aldus moet worden uitgelegd, dat het in omstandigheden als die van het hoofdgeding door een onderneming rechtstreeks kan worden ingeroepen tegen een vakvereniging of verbond van vakverenigingen.

Deze uitleg wordt bevestigd door de rechtspraak met betrekking tot de verdragsbepalingen inzake het vrije verkeer van goederen, waaruit blijkt dat beperkingen kunnen bestaan uit andere dan overheidsmaatregelen en het gevolg kunnen zijn van handelingen van particulieren of van groeperingen van dergelijke personen (zie arrest van 9 december 1997, Commissie/Frankrijk, C-265/95, *Jurispr.* blz. 1-6959, punt 30, en arrest Schmidberger, reeds aangehaald, punten 57 en 62).

De arresten Commissie/Frankrijk (‘Spaanse aardbeien’)<sup>45</sup> en Schmidberger<sup>46</sup> werden in nr. 9 genoemd als voorbeelden van zaken waarin een verdragsbepaling indirecte horizontale werking heeft in die zin dat zij aan een lidstaat de verplichting kan opleggen een belemmering van het vrije verkeer op te heffen die het gevolg is van acties van particulieren. In de eerstgenoemde zaak ging het om gedurende een reeks van jaren plaatsvindende acties van Franse landbouwers tegen de invoer van fruit uit andere lidstaten, waarbij zij onder meer buitenlandse vrachtwagens en hun lading vernielden. De Commissie was van oordeel dat de Franse regering niet voldoende maatregelen nam om deze acties te voorkomen en te bestraffen en dat zij daarmee de op haar krachtens het EG-Verdrag rustende verplichtingen niet was nagekomen, en vroeg een daartoe strekkende verklaring van recht op basis van (thans) art. 226 EG. Het Hof wees de vordering toe na onder meer te hebben overwogen:

28 Meer in het bijzonder verbiedt artikel 30 [thans art. 28] kwantitatieve invoerbeperkingen en alle maatregelen van gelijke werking tussen

44 Zie Kapteyn/VerLoren van Themaat (Mortelmans) [noot 1], p. 498 e.v.

45 HvJ EG 9 december 1997, Commissie/Frankrijk, C-265/95, *Jurispr.* 1997, p. 1-6959.

46 Zie noot 11.

de Lid-Staten.

29 Blijkens haar context moet deze bepaling aldus worden begrepen, dat zij de afschaffing beoogt van alle al dan niet rechtstreekse, daadwerkelijke of potentiële belemmeringen van de invoerstromen in het intracommunautaire handelsverkeer.

30 Als onmisbaar middel ter verwezenlijking van de markt zonder binnengrenzen verbiedt artikel 30 [thans art. 28] dus niet alleen overheidsmaatregelen die als zodanig het handelsverkeer tussen de Lid-Staten beperken, maar kan het ook van toepassing zijn wanneer een Lid-Staat niet de vereiste maatregelen heeft getroffen ter opheffing van belemmeringen van het vrije goederenverkeer, waarvan de oorzaak buiten de sfeer van de overheid ligt.

31 Immers, het feit dat een Lid-Staat niet optreedt of, in voorkomend geval, in gebreke blijft toereikende maatregelen vast te stellen om belemmeringen van het vrije goederenverkeer te voorkomen, die met name het gevolg zijn van acties van particulieren op zijn grondgebied tegen producten uit andere Lid-Staten, belemmert het intracommunautaire handelsverkeer evenzeer als een positieve handeling.

32 Artikel 30 [thans art. 28] verbiedt de Lid-Staten dus niet enkel, zelf te handelen of zich te gedragen op een wijze die het handelsverkeer kan belemmeren; in samenhang met artikel 5 [thans art. 10] van het Verdrag verplicht het hen ook, alle noodzakelijke en passende maatregelen te treffen om de eerbiediging van die fundamentele vrijheid op hun grondgebied te verzekeren.

In het arrest Schmidberger was een vergelijkbare kwestie aan de orde. Een Oostenrijkse milieuvereniging blokkeerde bij wijze van demonstratie de Brenner-autoweg gedurende bijna dertig uur. Een daardoor gedupeerd Duits transportbedrijf, Schmidberger, verweet de Oostenrijkse regering de demonstratie te hebben toegestaan en eiste schadevergoeding. Het Hof overwoog:

64 Gelet op hetgeen voorafgaat moet worden geconcludeerd dat het besluit van de bevoegde autoriteiten van een lidstaat om een samenkomst die een belangrijke verbindingsweg zoals de Brenner-autoweg gedurende bijna 30 uur zonder onderbreking heeft geblokkeerd, niet

te verbieden, de intracommunautaire handel in goederen heeft beperkt en bijgevolg moet worden beschouwd als een maatregel van gelijke werking met kwantitatieve beperkingen, die in beginsel niet strookt met de verplichtingen uit hoofde van het gemeenschapsrecht zoals die voortvloeien uit de artikelen 30 en 34 [thans art. 28] van het Verdrag, juncto artikel 5 [thans art. 10] van het Verdrag, tenzij dat handelen objectief gerechtvaardigd kan worden.

66 (...) Die schending wordt immers gebaseerd op de omstandigheid dat de nationale autoriteiten een belemmering van het verkeer op de Brenner-autoweg niet hebben verhinderd.

94 Gelet op de voorgaande overwegingen moet derhalve op de eerste en de vierde vraag worden geantwoord, dat het besluit van de bevoegde autoriteiten van een lidstaat om een samenkomst in omstandigheden als die in het hoofdgeding niet te verbieden, niet onverenigbaar is met de artikelen 30 en 34 van het Verdrag, juncto artikel 5 van het Verdrag.

Wat opvalt is dat het Hof in beide zaken zowel het (besluit tot) niet ingrijpen door de lidstaat als de handelwijze van de particulieren die feitelijk het goederenverkeer belemmerden, als een belemmering of beperking in de zin van de vrijverkeerbepaling van art. 28 EG beschouwt. In het eerste geval was de belemmering van de zijde van de lidstaat (het niet ingrijpen) niet gerechtvaardigd, in het tweede wel. Op de oorzaak kom ik nog terug. Hier is het van belang iets anders vast te stellen. Beide zaken passen geheel in de traditionele 'verticale' benadering van art. 28: de procedure is gericht tegen de lidstaat, die aansprakelijk wordt gesteld voor een door hem begane schending van art. 28. De boven geciteerde overwegingen van het Viking-arrest zien daarentegen uitsluitend op de belemmering die is veroorzaakt door de particuliere actoren: de boze landbouwers (en hun organisatie) respectievelijk de Oostenrijkse milieu-organisatie en de door haar opgeroepen demonstranten. Het was geenszins nodig voor het Hof om naar de beide arresten over art. 28 te verwijzen, omdat uit de rechtspraak inzake de vrijheden van personen- en dienstenverkeer reeds lang duidelijk was dat beperkingen van die verkeersvrijheden gelegen kunnen zijn in handelingen van particulieren of van groeperingen van dergelijke personen. Men denke slechts aan de reglementen van de verschillende sportorganisaties in zaken als Walrave (genoemd in nr. 3) en de daar op volgende uitspraken. Weliswaar ging het daar om rechtshandelingen, terwijl het in Viking (en Laval) ging om feitelijke handelingen, evenals in de



zaken Spaanse aardbeien en Schmidberger. Maar dit verschil neemt niet de indruk weg dat de verwijzing in Viking kan worden opgevat als een aanwijzing dat het Hof ook op het gebied van de vrijheid van goederenverkeer de horizontale directe werking van de desbetreffende verdragsbepalingen niet (langer) afwijst. Dat zou betekenen dat niet alleen de Staat, maar ook de particuliere organisaties zélf voor de schending van art. 28 aansprakelijk zouden kunnen worden gesteld.<sup>47</sup>

#### DIRECTE EN INDIRECTE HORIZONTALE WERKING: MAAKT HET VERSCHIL?

15. In de recente literatuur vindt men af en toe de opvatting dat er weinig of geen verschil bestaat tussen directe horizontale werking en indirecte horizontale werking. Ik citeer in dit verband Advocaat-Generaal Póitares Maduro in zijn conclusie voor het Viking-arrest (punt 40, verwijzingen weggelaten):

‘Wat de afbakening van de respectieve rechtssferen betreft, kan indirecte horizontale werking naar de vorm ervan afwijken van rechtstreekse horizontale werking; inhoudelijk is er evenwel geen verschil. Dit verklaart waarom wordt gesteld dat het Hof in het arrest Defrenne de “rechtstreekse horizontale werking” van artikel 141 EG heeft erkend, ook al legde het de horizontale werking van dat artikel uit als een verplichting voor de nationale rechters. Het verklaart tevens waarom het argument van de Commissie ter terechtzitting, dat het Hof geen rechtstreekse horizontale werking mag aannemen op grond dat de bepalingen betreffende het vrije verkeer en de uitzonderingen daarop niet voor toepassing op particulieren zijn ontworpen, door de rechtspraak reeds is achterhaald. Al had het Hof bij zijn uitspraak in de zaak Schmidberger

47 A-G Póitares Maduro, conclusie (punt 38) voor het Viking-arrest [noot 10], is van oordeel dat de fundamentele redenering in Commissie/Frankrijk en Schmidberger is dat handelingen van particulieren de doelstellingen van de bepalingen inzake vrij verkeer kunnen verstoren, en dat het Hof het fundamentele beginsel van vrij verkeer van goederen horizontaal toepaste. Minder ver gaat Norbert Reich, ‘Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union: The Laval and Viking Cases before the European Court of Justice – Part II’, *German Law Journal* Vol. 9 No. 2 (2008), bij noot 61, die aanneemt dat het Hof impliciet uitgaat van een theorie van indirecte horizontale werking. Even verderop (bij noot 63) laat hij de vraag echter open en gaat hij niet verder dan dat de heersende leer dat art. 28 EG niet op handelingen van particulieren slaat, in de toekomst misschien moet worden heroverwogen.

moeten uitgaan van een privaatrechtelijk geding tussen de transportonderneming en de betogers, dan nog had het recht van vrijheid van verkeer van eerstgenoemde moeten *afwegen* tegen het recht van betoging van laatstgenoemde. De onderhavige zaak had in theorie ook bij het Hof terecht kunnen komen in het kader van een procedure tegen de Finse autoriteiten op grond dat zij hebben nagelaten op te treden tegen de collectieve actie tegen Viking Line. Dit zou geen verschil hebben gemaakt voor de kern van het probleem: hoe het recht van Viking Line op vrij verkeer te verenigen met het recht van vereniging en het stakingsrecht van de FSU en de ITF?’

Deze opvatting kan makkelijk tot misverstand leiden. Wat het arrest De-frenne betreft verwijs ik naar het eerder opgemerkte.<sup>48</sup> Voor het overige is de opvatting van de A-G gebaseerd op het feit dat het Hof in casusposities als Schmidberger en Viking bij beide werkingen – dus ongeacht of de rechtsvordering tegen de lidstaat of tegen de particuliere organisatie wordt gericht – in staat zou zijn om de verkeersvrijheid van art. 28 en het grondrecht waarop een beroep werd gedaan ter rechtvaardiging van de inbreuk op art. 28 (het recht van betoging respectievelijk het stakingsrecht) tegen elkaar af te wegen. Dat is juist, maar alleen indien aan enkele wezenlijke voorwaarden is voldaan.

16. De A-G is, blijkens zijn verwijzing (na de eerste zin van het citaat) naar Alexy,<sup>49</sup> van oordeel dat de directe werking van grondrechten in haar oorspronkelijke, stringente gedaante niet moet worden aanvaard.<sup>50</sup> Die oorspronkelijke gedaante hield in dat een grondrechtsbepaling in een nationale grondwet of een verdrag niet slechts een recht verschaft tegen de staat, maar een recht dat ook tegen medeburgers kan worden uitgeoefend.<sup>51</sup> Die opvatting is echter moeilijk houdbaar. Grondrechtsbepalingen zijn normaal gesproken niet geformuleerd met het oog op betrekkingen tussen burgers onderling. Dat geldt voor de hoofdregel, en dus

48 Zie hiervóór, nr. 10.

49 R. Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden: Nomos 1985, p. 475 e.v.

50 Alexy spreekt weliswaar nog van directe werking, maar legt dat begrip uit op een wijze die tot hetzelfde resultaat leidt als indirecte werking. Enzo M. Kumm, ‘Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalisation of Private Law’, *German Law Journal* Vol. 7 No. 4 (2006).

51 Zie onder meer Ulrich Preuss, ‘The German *Drittwirkung* Doctrine and its Socio-Political Background’, in A. Sajó & R. Uitz (eds), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven International Publishing 2005, p. 23 e.v.

ook voor de uitzonderingen die in de bepaling plegen te worden vermeld. Deze uitzonderingen zijn doorgaans restrictief geformuleerd en moeten volgens de bedoeling van de verdrags- of grondwetgever ook restrictief worden uitgelegd. Dat betekent dat de bepalingen, als geheel genomen, zich meestal niet voor toepassing op rechtsverhoudingen tussen burgers onderling lenen, aangezien die toepassing tot onaanvaardbare resultaten zou leiden. Als de eiser zich bijvoorbeeld zou beroepen op zijn recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer zoals geregeld in art. 10 Gw, een recht dat alleen kan worden beperkt door bij of krachtens de wet te stellen regels, zou zijn recht altijd prevaleren boven elk gedrag van de gedaagde dat niet door zo'n regel wordt gerechtvaardigd, zelfs als dit gedrag niet in strijd zou zijn met de regels van maatschappelijke betamelijkheid. Om dit resultaat te vermijden zou de rechter de hoofdregel van de grondrechtsbepaling zo beperkt (of de uitzondering zo extensief) moeten interpreteren, dat die uitleg in strijd zou komen met de normaal gesproken in 'verticale' zaken wenselijke interpretatie.

De ongeschiktheid van grondrechtsbepalingen om in een privaatrechtelijke context te functioneren blijkt ook uit het feit dat directe horizontale werking daarvan tot een impasse zou leiden indien zowel de eiser als de gedaagde zich op een grondrecht kunnen beroepen. Indien een eiser bijvoorbeeld aanvoert dat een perspublicatie inbreuk maakt op zijn privacy, wordt zijn beroep op het voormelde recht op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer door de gedaagde beantwoord met een beroep op zijn vrijheid van meningsuiting. Aangezien er tussen deze beide grondrechten geen rangorde bestaat, kan het conflict niet met behulp van staatsrechtelijke overwegingen worden opgelost.

Om deze redenen is het begrijpelijk dat nationale rechters – zoals de Nederlandse Hoge Raad, het Duitse Bundesverfassungsgericht en het Duitse Bundesgerichtshof – de voorkeur geven aan een mildere vorm van werking van grondrechten in particuliere verhoudingen, en wel aldus dat zij die rechten – of de erin belichaamde waarden – in hun overwegingen trachten te betrekken wanneer zij algemene privaatrechtelijke begrippen toepassen, zoals redelijkheid en billijkheid, strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt, openbare orde, goede zeden enz. In casusposities waarin aan beide zijden grondrechten in het spel zijn, worden de onderscheiden (partij)belangen tegen elkaar afgewogen opdat een in het stelsel van het privaatrecht passende oplossing voor het geschil kan worden gevonden. Het resultaat van deze aanpak wordt 'indirecte horizontale werking' (in de hierboven nr. 11 bedoelde betekenis) genoemd. Omdat de grondrechtsbepaling in kwestie zelf

niet op het geschil wordt toegepast is geen sprake van directe horizontale werking, maar alleen van een werkwijze waarbij de constitutionele cq verdragsrechtelijke normen en waarden door middel van privaatrechtelijke begrippen een rol spelen.<sup>52</sup>

17. In de context van het gemeenschapsrecht ligt de problematiek echter anders, omdat daarin de directe horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en een aantal verkeersvrijheden nu juist wel is aanvaard. De redering van A-G Poirares Maduro veronderstelt dat dit niet uitmaakt voor de afwegingsproblematiek: ongeacht of het gaat om een rechtsvordering tegen de lidstaat of tegen de private organisatie die de uitoefening van de aan het Verdrag ontleende vrijheden belemmert, zou het hof in staat zijn om de geschonden verkeersvrijheid tegen het grondrecht van die organisatie (dat hetzij door de aangesproken organisatie zelf, hetzij door de aangesproken lidstaat ter verdediging wordt aangevoerd) af te wegen.

Daarbij besteedt hij echter geen aandacht aan het probleem van de uitzonderingen op de verkeersvrijheden, dat op een vergelijkbare wijze een rol speelt als de hierboven (nr. 16) vermelde uitzonderingen op de grondrechten. Uit de arresten Schmidberger en Viking/Laval blijkt dat een grondrecht in beginsel kan dienen als rechtvaardiging voor een inbreuk op een vrijverkeerbepaling. Daarbij is echter nog niet duidelijk hoe de rechtvaardigingsgrond in het stelsel van het EG-Verdrag moet worden ingepast. Naar de letter genomen valt zij niet onder de in het Verdrag (bijvoorbeeld in art. 30 EG) opgenomen rechtvaardigingsgronden, tenzij men bereid is het begrip openbare orde zo ruim te interpreteren dat ook het beroep op een grondrecht daaronder valt.<sup>53</sup> Er zijn twee mogelijkheden. Ofwel de 'ongeschreven' rechtvaardigingsgrond gelegen in de bescherming van grondrechten dient met de geschreven rechtvaardigings-

52 Het Nederlandse BW ondersteunt deze methode waar het bepaalt dat 'bij de vaststelling van wat redelijkheid en billijkheid eisen, rekening (moet) worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken' (art. 3:12 BW).

53 In HvJ EG 14 oktober 2004, Omega Spielhallen/Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn, C-36/02, *Jurispr.* 2004, p. 9609 werd een op de Duitse openbare orde gebaseerde verbodsbeschikking die strekte tot bescherming van de menselijke waardigheid als een gerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van dienstverlening beschouwd, met de motivering dat de bescherming van grondrechten een rechtmatig belang vormt, dat in beginsel een rechtvaardiging kan vormen voor een beperking van door het gemeenschapsrecht opgelegde verplichtingen, zelfs uit hoofde van een door het Verdrag gewaarborgde fundamentele vrijheid zoals de vrijheid van dienstverrichting (punt 32, 35).

gingsgronden gelijk te worden gesteld. Ofwel de nieuwe rechtvaardigingsgrond moet worden beschouwd als een van de ‘dwingende eisen’ (*rule of reason-exceptions*) als bedoeld in het zogenoemde arrest ‘Cassis de Dijon’.<sup>54</sup> In de tweede opvatting kan hij slechts worden ingeroepen bij een ‘zonder onderscheidmaatregel’, in de eerste ook bij een discriminerende maatregel. Gelet op de formuleringen van het Hof, waarin de grondvrijheden en de grondrechten op één lijn worden gesteld, is de eerste opvatting mijns inziens de meeste aannemelijke.<sup>55</sup>

Met inachtneming van het bovenstaande kan worden ingestemd met de opvatting dat er weinig of geen verschil bestaat tussen directe horizontale werking en indirecte horizontale werking. Maar te bedenken is dat die opvatting alleen juist is binnen de context van het betoog van de A-G: de problematiek van de afweging van een geschonden vrijverkeerbepaling en een grondrecht waarop ter rechtvaardiging van de schending een beroep wordt gedaan. Uit het bovenstaande is echter gebleken dat dit slechts een onderdeel is van het leerstuk van de problematiek van de horizontale werking van de verkeersvrijheden van het EG-Verdrag.

Daarbij merk ik terzijde nog op dat het ook een kleiner probleem is dan het probleem van de conflicterende grondrechten. Waar een burger zich tegenover een medeburger beroept op een grondrecht zal hij in veel gevallen worden geconfronteerd met een beroep van de gedaagde op een aan hem toekomend grondrecht. Bij de (economisch getinte) verkeersvrijheden zal het veel minder vaak voorkomen dat een inbreuk wordt gerechtvaardigd met een beroep op een grondrecht. Doorgaans zullen zuiver economische motieven aan de inbreuk ten grondslag liggen, welke, volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, niet kunnen gelden als een dwingende eis in de zin van het arrest ‘Cassis de Dijon’. Aan de door A-G Poiares Maduro bedoelde afweging komt men dan in het geval van directe horizontale werking niet toe.

18. Buiten de zojuist genoemde context (de afweging van grondrechten of de afweging van een verkeersvrijheid en een grondrecht) bestaan zowel praktisch als theoretisch belangrijke verschillen tussen de directe horizontale werking en de indirecte horizontale werking. Onder verwijzing naar de voorgaande beschouwingen geef ik daarvan het volgende résumé.

54 HVJ EG 20 februari 1979, Rewe/Bundesmonopol, 120/78, *Jurispr.* 1979, p. 649. Het ging in deze zaak om de invoer in Duitsland van een partij ‘Cassis de Dijon’ van Franse herkomst.

55 Evenzo Takis Tridimas, *The General Principles of EU Law*, OUP 2006, p. 340.

Directe horizontale werking houdt in dat een verdragsbepaling rechten en verplichtingen tussen particulieren doet ontstaan, wijzigt of doet tenietgaan. De gerechtigde heeft er, los van een rechterlijke be- en veroordeling, recht op dat de verplichte partij zich overeenkomstig zijn verplichting gedraagt. Voorts kan hij zijn recht afdwingen via de rechter. Anders dan bij de indirecte horizontale werking als bedoeld in nr. 11 (gemeenschapsrechtconforme interpretatie van het nationale recht) is hij daarvoor niet afhankelijk van de wijze waarop de rechter bepalingen van nationaal recht interpreteert. Een ander verschil in dit verband is dat de rechter die de nakoming van een naar gemeenschapsrecht bestaande verplichting moet beoordelen daarbij onder de controle staat van het Hof in Luxemburg. Dat Hof kan zijn oordeel geven naar aanleiding van een prejudiciële vraag, hetzij in de desbetreffende procedure, hetzij – in een extreem geval – in een procedure terzake van staatsaansprakelijkheid, die immers ook is aanvaard in het geval van met het gemeenschapsrecht strijdige rechterlijke uitspraken.

Voorts is de gerechtigde, anders dan bij de indirecte horizontale werking als bedoeld in nr. 9 (de op de Staat rustende ‘positieve verplichting’), niet afhankelijk van de overheid. Dat betekent dat niet van belang is of de overheid kan worden verweten dat zij zelf – dus los van de gedragingen van een particulier – een inbreuk heeft gemaakt op de vrijverkeerbepaling, bijvoorbeeld door de gedraging van de particulier toe te laten of daartegen niet alle noodzakelijke en passende maatregelen te nemen. Soms zal gezegd kunnen worden dat aan de lidstaat de bevoegdheid om maatregelen te treffen toekomt (men denke aan de zaak Spaanse aardbeien: optreden tegen ordeverstoringen). Soms is die bevoegdheid afwezig of tenminste twijfelachtig, zoals in de zaak Viking. Immers, tenzij de overheid een daartoe strekkende wet uitvaardigt die de toetsing aan het *Handvest van de grondrechten van de Europese Unie* en het *Europees Sociaal Handvest* doorstaat, is niet in te zien hoe zij zou kunnen optreden tegen een door een vakbond uitgeroepen staking, die niet met ordeverstoring of andere onrechtmatige feitelijke gedragingen gepaard gaat. Maar zelfs als de bevoegdheid bestaat, heeft de overheid bij de uitoefening daarvan een beleidsvrijheid dan wel een beoordelingsmarge, zoals onder meer in het arrest Spaanse aardbeien is overwogen en uit de zaak Schmidberger ook feitelijk volgt. Al deze problemen worden vermeden indien de gerechtigde rechtstreeks de inbreukmakende particuliere wederpartij in rechte kan betrekken. Uiteraard betekent dat niet dat hij steeds zal zegevieren; de gedaagde zal zich soms op een rechtvaardigingsgrond kunnen beroepen, als hoedanig ook een beroep op een grondrecht kan gelden.

19. Vanuit een oogpunt van rechtshandhaving verschilt de directe horizontale werking aldus naar inhoud duidelijk van de indirecte horizontale werking en verdient zij ook duidelijk de voorkeur. Althans bezien vanuit de positie van de gerechtigde partij. Het bezwaar schuilt in de positie van de verplichte partij. Dat bezwaar is gelegen in het in nr. 17 vermelde systeem van rechtvaardigingsgronden. Zowel de verdragsexcepties als de door het Hof ontwikkelde *rule of reason-excepties* zijn, overeenkomstig de oorspronkelijke, overwegend staats- en bestuursrechtelijke oriëntatie van het gemeenschapsrecht (zie nr. 1), toegespitst op de verhouding burger-overheid en houden verband met de behartiging van het algemeen belang.

Naar mijn mening is het niet aanvaardbaar om enerzijds aan verdragsbepalingen horizontale directe werking toe te kennen, maar anderzijds het stelsel van de excepties ongewijzigd te laten, zodat de eis zou gelden dat de door de gedaagde ingeroepen rechtvaardiging verband houdt met de behartiging van een algemeen belang. Weliswaar is het niet uitgesloten dat particulieren zich op algemeen belang-excepties kunnen beroepen, zoals in het Bosman-arrest op zichzelf terecht wordt opgemerkt<sup>56</sup> en naar Nederlands recht wordt erkend in bijvoorbeeld art. 3:12 BW en art. 6:168 BW, maar doorgaans zal een particulier niet aan die eis kunnen voldoen. Een dergelijk stelsel, waarin geen ruimte zou bestaan voor de typisch privaatrechtelijke afweging van partijbelangen, zou de particuliere handelingsvrijheid in het algemeen en de contractsvrijheid in het bijzonder te sterk beperken, mede gelet op het gewicht van de contractsvrijheid als een met een grondrecht vergelijkbare waarde.<sup>57</sup> Zoals de uitbreiding van de publiekrechtelijke werkingsfeer van de verkeersvrijheden (van discriminatieverboden naar verboden van handelsbelemmerende ‘zonderonderscheidmaatregelen’) gepaard is gegaan met een jurisprudentiële uitbreiding van de excepties, zo dient iets soortgelijks te

56 HvJ EG 15 december 1995, ASBL/Bosman e.a., C-415/93, *Jurispr.* 1995, p. I-4921, NJ 1996, 637, punt 86: ‘Dit betoog berust op een onjuiste premisse. Niets belet de particulieren immers de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid als rechtvaardigingsgrond aan te voeren. Of de betrokken regeling van publiekrechtelijke dan wel van privaatrechtelijke aard is, heeft immers geen enkel gevolg voor de draagwijdte of de inhoud van die rechtvaardigingsgronden.’

57 Zie daarover de literatuur genoemd bij A.S. Hartkamp, ‘Het Europese recht en het Nederlandse contractenrecht’, in A.S. Hartkamp, C.H. Sieburgh, L.A.D. Keus (red.), *De invloed van het Europese recht op het Nederlandse privaatrecht, Deel I Algemeen Deel*, Deventer: Kluwer 2007, p. 335 e.v., p. 371 noot 102, waaraan toe te voegen Olha Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, diss. Utrecht, München: Sellier 2007.

geschieden bij de uitbreiding van hun werkingsfeer in privaatrechtelijke richting. Die ontwikkeling is nog open; de formulering van het Bosman-arrest vormt daarvoor geen belemmering, nu zij immers niet inhoudt dat particulieren geen *andere* rechtvaardigingsgronden zouden mogen aanvoeren..

20. Mijn conclusie is dat directe horizontale werking en indirecte horizontale werking duidelijk verschillende rechtsfiguren zijn. Privaatrechtelijk bezien is de rechtsverhouding tussen bij de schending van direct werkende verdragsbepalingen betrokken particulieren een geheel andere dan wanneer slechts van indirecte horizontale werking, in welke vorm dan ook (zie nr. 8 e.v.), sprake is; men zie het in nr. 18 opgemerkte.

De opvatting dat er tussen beide geen of weinig verschil bestaat (zie nr. 15) onderschrijf ik derhalve niet. Die opvatting is hoogstens juist voorzover zij ziet op de mogelijkheid van afweging, in een concreet geschil, van het gewicht van een grondvrijheid en het gewicht van een grondrecht (of eventueel een andere grondvrijheid), waarop ter rechtvaardiging van de inbreuk op de grondvrijheid een beroep wordt gedaan. Dat is bezien op het geheel van de mogelijke inbreuken op vrijverkeerbepalingen een beperkt gebied. Voor de gelijkstelling op dat beperkte gebied is dan nog vereist dat de mogelijkheid van een rechtvaardigend beroep op het grondrecht wordt aanvaard voor het gehele geldingsbereik van de grondvrijheid, dus dat de in het grondrecht gelegen rechtvaardigingsgrond op hetzelfde niveau als de verdragsexcepties wordt gesteld. Aanvaardt men dat niet, dan kan het grondrecht alleen rechtvaardigend werken ten aanzien van inbreuken in de gedaante van zonderonderscheidmaatregelen, niet voor inbreuken op het kerngebied van de verkeersvrijheden: het verbod van het maken van onderscheid naar de nationaliteit van personen of naar de herkomst van goederen of diensten.

Buiten dit beperkte gebied werkt de gelijkstelling niet. Wanneer aan de inbreuk op een vrijverkeerbepaling met directe horizontale werking een zuiver economisch motief ten grondslag ligt, komt men niet aan een afweging als bedoeld door A-G Poiares Maduro toe (zie nr. 17 in fine). Hoe men een rechtvaardigingsgrond van privaatrechtelijke aard in aanmerking zal kunnen nemen, is nog onduidelijk (zie nr. 19). Bij indirecte horizontale werking is er daarentegen steeds ruimte voor afweging van de wederzijdse partijbelangen.