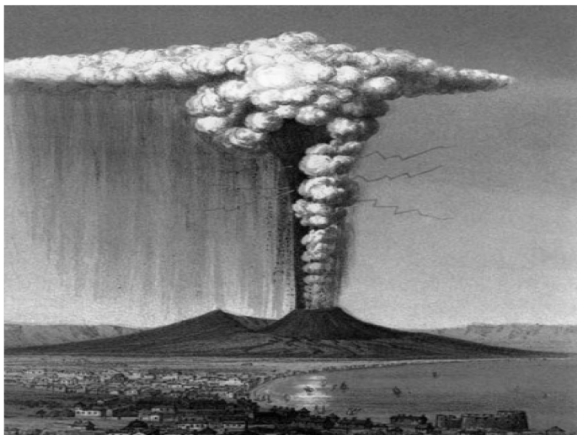


Grondrechten binnen de Europese interne markt: een tragikomisch conflict tussen waarden in de ‘Domus Europaea’

44

S.A. de Vries*

Inleiding



‘Ik kan u de gedaante van de wolk niet beter beschrijven dan door deze te vergelijken met een schermpijnboom. Men zag als het ware een geweldige stam omhoogrijzen, die zich ten hemel vertakte. [...] De wolk was door de krachtige druk vanuit de berg omhooggestuwd, daarboven nam de druk af en de wolk verspreidde zich. Het ene ogenblik was hij wit, het andere ogenblik gevlekt en vuil, naar gelang er as op de aarde neerkwam’.¹

Dit is een passage uit de brief van Plinius de Jongere aan Tacitus, waarin hij op gedetailleerde wijze beschreef wat er 1936 jaar geleden op ongeveer 20 kilometer van het huis van zijn oom te Misenum gebeurde. Op deze drukkende dag van de 24e augustus van het jaar 79 vond namelijk een van de geweldigste uitbarstingen van de vulkaan de Vesuvius plaats. De stad Pompeji en nog een aantal andere steden in de Golf van Napels werden bedolven onder een dikke laag as en puimsteen.

Deze verschrikkelijke gebeurtenis, die veel mensenlevens heeft gekost, spreekt nog steeds tot de verbeelding. Uit de pen van schrijvers ontsproten fantasierijke verhalen, zoals de klassieke ‘rampenroman’ *The Last Days of Pompeii*.² Hoe groots de menselijke tragedie ook was, dankzij de uitbarsting van de Vesuvius werd Pompeji, zo schrijft Bertus Aafjes, ‘als het ware in één geweldige close-up verfilmd’,³ waardoor we veel te weten gekomen zijn over het dagelijks leven in een Romeinse stad.

Anno 2015 trilt de bodem onder de Europese Unie. Schokken kunnen tot ver buiten Brussel worden gevoeld en er is sprake van een toenemende nervositeit onder Europese burgers. De Europese Unie bevindt zich in een crisissituatie: eerst de economische teruggang, dan de eurocrisis en nu de vluchtelingencrisis, waarbij mensen uit Afrika en het Midden-Oosten in groten getale een veilig heenkomen in de Europese Unie zoeken, voorbij Hongaarse hekken met prikkeldraad. Ondertussen keren in verschillende lidstaten groepen burgers, al dan niet verenigd in euro-sceptische en nationalistische partijen, zich vanwege uiteenlopende redenen en vol angst tegen het Europese integratieproject. Zijn dit tekenen die wijzen op een ophanden zijnde ramp? Moeten we vrezen dat het nageslacht straks de uiteengevallen resten van een bouwwerk, dat Europa decennialang vrede, veiligheid en welvaart heeft gebracht, onder as en puimsteen terugvindt?

Als beoefenaar van het Europees recht is het daarom essentieel om de juridische fundamenten van het trillende bouwwerk van de Europese Unie nog eens aan een grondige inspectie te onderwerpen. Het juridische hart van dit bouwwerk bestaat grotendeels uit het recht betreffende de Europese interne markt, gebaseerd op verbodsnormen die stevig verankerd zijn in het Verdrag en uitgewerkt zijn in het Unierecht. Door het expansieve karakter van het interne-marktrecht en maatschappelijke en technologische ontwikkelingen, zoals digitalisering, ontwikkelingen op het terrein van het internet of de biotechnologie, wordt het marktintegratieproces op positieve

* Sybe de Vries is hoogleraar EU Interne-Marktrecht en Grondrechten aan het Europa Instituut van de Universiteit van Utrecht. Rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar in het EU internemarktrecht en grondrechten aan de Universiteit Utrecht op maandag 26 oktober 2015.

1 B. Aafjes, *Dag van gramschap in Pompeji*, Amsterdam: J.M. Meulenhoff 1966, p. 41.

2 E. Bulwer-Lytton, *The Last Days of Pompeii*, 1834.

3 B. Aafjes, *Dag van gramschap in Pompeji*, Amsterdam: J.M. Meulenhoff 1966, p. 25.

wijze beïnvloed. Tegelijkertijd raken deze ontwikkelingen algemene belangen, ethische kwesties en grondrechten van individuele burgers. Daarbij kan gedacht worden aan consumentenbelangen, menselijke waardigheid, sociale rechten, het recht op privacy en bescherming van persoonsgegevens, het recht op intellectuele eigendom of de vrijheid van meningsuiting en informatie.

Deze ontwikkelingen roepen vragen op over de verhouding tussen marktintegratie enerzijds en de bescherming van grondrechten anderzijds: grondrechten die traditioneel in het nationale recht en in het recht van internationale organisaties zijn neergelegd, maar ook en vooral sinds het Verdrag van Lissabon met het bindende Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie een aparte plaats hebben gekregen in het Unierecht.

Wie had ooit gedacht dat het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen (hierna: Hof van Justitie/Hof), dat zich in de jaren 60, 70 en 80 van de vorige eeuw boog over het vrije verkeer van bier, wijn, gedestilleerd, of over het vrije verkeer van advocaten;⁴ ja, zelfs over het vrije verkeer van opblaaspoppen⁵ – dat laatste lijkt overigens weer een actueel thema met de opkomst van de robot, die, zo heb ik uit een artikel in *NRC Handelsblad* begrepen, op allerlei manieren kan worden ingezet⁶ –, zich nu ontpopt als hoeder van grondrechten van Europese burgers? Een rol die duidelijk blijkt uit bijvoorbeeld de recente uitspraken van het Hof op het gebied van privacy.



Terug naar het oude Pompeii, waar ik met u een bezoek wil brengen aan een relatief kleine, maar prachtige woning met veelkleurige fresco's, die doen denken aan de impressionistische schilderwerken, die zeventien eeuwen later het licht zouden zien.⁷ Het Huis van de Tragediedichter, zoals het wordt genoemd, ontleent zijn naam aan een mozaïek, waarop we acteurs zien die zich opmaken voor een voorstelling. Aan de hand van de fundamen-

ten, de constructie en indeling van dit Romeinse huis, de Domus, en het mozaïek met de toneelspelers, wil ik u laten zien hoe grondrechten en fundamentele vrijheden met elkaar samenhangen en elkaar kunnen versterken, en hoe binnen de ruimte van de Europese interne markt grondrechten worden gewaarborgd.

De fundamentele

Laten we onze tocht beginnen met een bezoek aan de fundamentele. Het fundament van het Huis van de Tragediedichter is, net zoals bij andere Romeinse bouwwerken, stevig en duurzaam. De bouwmaterialen die de Romeinse bouwmeesters gebruikten, zoals bakstenen en beton, waren voor die tijd zeer innovatief, en de schaal waarop deze werden gebruikt was ongekend.



De juridische bouwstenen die sinds 59 jaar ten grondslag liggen aan de interne markt in Europa hebben ook een duurzaam karakter en zijn minstens zo innovatief. De opzet van de supranationale Europese Economische Gemeenschap met het fundament in economische samenwerking is namelijk geheel anders dan wat in klassieke internationale organisaties gebruikelijk was.

Overigens is het woord 'bouwsteen' niet helemaal toevallig gekozen. De Utrechtse oratie van Sacha Prechal uit 2006 droeg de titel 'Juridisch cement voor de Europese Unie'⁸ en een van de onderzoeksprojecten van het Utrechtse Renforce-programma heet het bouwstenenproject.⁹

Bij de bouwstenen van de interne markt gaat het in de eerste plaats om de vier fundamentele vrijheden: het vrije verkeer van goederen, personen, diensten en kapitaal. Verbodsnormen in het Verdrag verbieden lidstaten en in sommige gevallen particuliere organisaties om maatregelen te nemen die het vrije verkeer tussen lidstaten belemmeren.

4 HvJ EG 11 juli 1974, 8/74 (*Dassonville*); HvJ EG 20 februari 1979, 120/78 (*Rewe-Zentral – Cassis de Dijon*); HvJ EG 21 juni 1974, 2/74 (*Reyners*).

5 HvJ EG 11 maart 1986, 121/85 (*Conagate*).

6 Zie bijvoorbeeld 'Niets mis met een robot in bed', *nrc.next* 26 september 2015.

7 B. Aafjes, *Dag van gramschap in Pompeii*, Amsterdam: J.M. Meulenhoff 1966, p. 53; M. Beard, *Pompeii – Het dagelijks leven in een Romeinse stad*, Amsterdam: Athenaeum – Polak & Van Gennep 2010, p. 114.

8 S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie* (oratie Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2006.

9 Zie ook: <http://tenforce.rebo.uu.nl/bouwsteenprojecten/> (laatst geraadpleegd op 17 november 2015).

Daarnaast zijn bepalingen in het Verdrag opgenomen die ondernemingen verbieden de mededinging op de interne markt te belemmeren. Aan dit rechtsgebied zal ik geen aandacht schenken, aangezien u hierover binnenkort meer hoort van mijn collega-hoogleraar Anna Gerbrandy.

De juridische constructie van de interne markt wordt vervolmaakt door wetgeving in de vorm van, onder andere, richtlijnen en verordeningen die uitgevaardigd worden door de Uniewetgever. Deze Europese regelgeving wordt vastgesteld om verschillen tussen nationale regels die het interne-marktproces kunnen verstoren weg te werken en om gemeenschappelijke normen voor 28 lidstaten vast te stellen.

Sinds de oprichting van de Europese Economische Gemeenschap zijn de vier vrijheden getransformeerd van ogenschijnlijk politieke en economische verplichtingen van de lidstaten in economische beginselen en subjectieve rechten voor burgers en bedrijven. Deze ontwikkeling was in gang gezet door het Hof van Justitie, dat in de zaken *Van Gend & Loos* en *Costa/ENEL* uit 1963 en 1964 de beginselen van rechtstreekse werking en voorrang postuleerde.¹⁰ Burgers ontnemen rechten aan het Europees Unierecht, die rechtstreeks uit de verdragsvrijheden voortvloeien, en die zij kunnen invoeren voor een nationale rechter.

Het Unierecht heeft ook uit eigen hoofde voorrang ten opzichte van het nationale recht. Bij conflicten tussen bepalingen van nationaal recht, inclusief grondrechten, en het Unierecht, gaat het Unierecht voor. De grondslag voor deze leerstukken is de nieuwe, autonome rechtsorde van de Europese Unie; een rechtsorde, volgens het Hof van Justitie in zijn negatieve advies over toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, sui generis, die een eigen constitutioneel kader schept.¹¹

De bestempeling van het gemeenschapsrecht – nu Unierecht – als autonome rechtsbron, waarbij zowel lidstaten als burgers gebonden zijn aan de regels die de rechtsorde voortbrengt, is van cruciaal belang geweest voor de markt- en juridische integratie in Europa. Zoals Kamiel Mortelmans in zijn Utrechtse rede uit 1985 over ‘Ordenend en sturend beleid en economisch publiekrecht’ stelde: standstill-bepalingen en resultaatsverplichtingen

vervat in direct werkende verdragsregels waren de motor van de marktintegratie. Het feit dat bij de instelling van de interne markt de nadruk lag op liberalisering, op de opheffing van belemmeringen van de zijde van nationale overheden en particuliere organisaties, werd ook wel de normatief-functionele integratiemethode genoemd.¹²

Deze integratiemethode heeft ertoe geleid dat gedurende de afgelopen decennia het toepassingsbereik van het interne-marktrecht enorm is vergroot. Vrijwel geen enkel terrein van het economisch en sociaal leven ontsnapt aan het interne-marktrecht.¹³ Cruciaal is of nationale maatregelen effecten hebben op het economisch verkeer. Het specifieke publieke karakter van een activiteit is niet relevant. Ethische overwegingen spelen ook geen rol bij de bepaling of de fundamentele vrijheden toepasselijk zijn. Zo bestempelde het Hof abortus als een dienst, een medische verrichting die in andere lidstaten wordt uitgevoerd voor een financiële tegenprestatie, ondanks het standpunt van Ierland dat het hier gaat om een moreel verwerpelijke ingreep.¹⁴

Ook het feit dat een bepaalde materie aan de lidstaten is overgelaten, zoals op het gebied van directe belastingen, het stakingsrecht of de volksgezondheid, betekent niet dat nationale bepalingen of handelingen die deze materie betreffen ontkomen aan de verbodsnormen in het Verdrag.¹⁵

Waren de rechtszaken in de beginjaren van de Europese Economische Gemeenschap vrij eenvoudig en vooral gericht op de afschaffing van grenscontroles, douanerechten, heffingen en administratieve formaliteiten, de zaken die hierop volgden concentreerden zich op meer subtiele belemmeringen.¹⁶

Zo speelden de vrijheden ook een primaire rol bij, bijvoorbeeld, een demonstratie van een milieugroepering op de Brenner-autopas, gericht tegen de schadelijke milieueffecten van het vrije verkeer van goederen, waardoor de Duitse transportondernemer Schmidberger veel schade leed,¹⁷ een Duits verbod op lasergames dat een Britse leverancier van de uitrusting hiervoor rechtstreeks raakte,¹⁸ collectieve acties van vakbonden in Finland, die wilden voorkomen dat de rederij Viking Line zijn hoofdkantoor

10 HvJ EG 5 februari 1963, 26/62 (*Van Gend & Loos*); HvJ EG 15 juli 1964, 6/64 (*Costa/ENEL*).

11 S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie* (oratie Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2006, p. 3. Zie ook HvJ EU 18 december 2014, Advies 2/13, r.o. 158. S. de Vries, ‘Het negatieve advies van het Europees Hof van Justitie over de toetreding van de Europese Unie tot het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens nader beschouwd’, *NTM/NJCM-Bulletin* 2015/11, p. 193-202. Zie ook de bijdragen die hierop volgen op p. 203-224.

12 K.J.M. Mortelmans, *Ordenend en sturend beleid en economisch publiekrecht* (oratie Utrecht), Deventer: Kluwer 1985, p. 9-10.

13 S. Weatherill, ‘From Economic Rights to Fundamental Rights’, in: S. de Vries, U. Bernitz & S. Weatherill (red.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 14.

14 HvJ EG 4 oktober 1991, C-159/90 (*Society for the Protection of Unborn Children Ireland/Grogan*).

15 S. Prechal & S.A. de Vries, ‘Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht’, *SEW* 2008, afl. 11, p. 426-427. Zie o.a. HvJ EG 28 april 1998, C-158/96 (*Kohll*); HvJ EG 4 maart 2004, C-334/02 (*Commissie/Frankrijk*); HvJ EG 13 december 2005, C-446/03 (*Marks & Spencer*); HvJ EG 11 december 2007, C-438/05 (*Viking Line*); HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (*Laval un Partneri*).

16 S. Weatherill, ‘From Economic Rights to Fundamental Rights’, in: S. de Vries, U. Bernitz & S. Weatherill (red.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 11.

17 HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00 (*Schmidberger*).

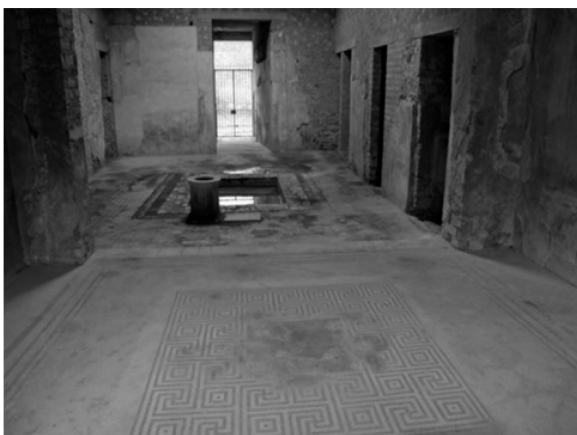
18 HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02 (*Omega Spielhallen*).

van Finland naar Estland zou verplaatsen, waar lagere lonen gelden en slechtere arbeidsvoorwaarden.¹⁹

Burgers en bedrijven hebben aldus het recht verkregen om zich vrijelijk te ontplooiën op de interne markt en regels die dit bemoeilijken aan te vechten. Het Europees burgerschap dat ons sinds 1993 het recht geeft vrij te reizen en te verblijven, versterkt dit recht. Volgens Barents in zijn artikel in *SEW*, zijn de vier fundamentele vrijheden en het EU-burgerschap dan ook 'geëvolueerd van liberaliserende verboden tot een van de aspecten van de grondrechtelijke status van het individu in de Europese ruimte'.²⁰

De grondrechtelijke potentie van de economische vrijheden werd al onderkend door Van Gerven en VerLoren van Themaat, die spraken van het economisch grondslagenrecht van de Europese Economische Gemeenschap, gebaseerd op de beginselen van gelijkheid, vrijheid en solidariteit, dat door zijn voortdurend veranderde inhoud het karakter van een echte economische constitutie krijgt.²¹

De ruimte van de interne markt



Nu we de fundamenten aan een grondige inspectie hebben onderworpen, kunnen we het bouwwerk ingaan. Vanaf de gang van het Huis van de Tragediedichter wordt de bezoeker een blik in de richting van het hart van de woning gegund. Het kenmerk van de Domus is zijn visuele transparantie. De woning is naar binnen open vormgegeven. De Romeinen kenden geen duidelijk on-

derscheid tussen werkplek en privévertrekken; in de Domus kwamen publieke en private belangen bij elkaar.

Het creëren van een interne markt, een open ruimte zonder binnengrenzen volgens artikel 26 van het Weringsverdrag, is het uiteindelijke doel van de vrijheden. Het weer invoeren van 'grenzen' in lidstaten, zoals sommigen bepleiten, is gezien deze bepaling daarom problematisch, zo niet onmogelijk.

Het Hof van Justitie spreekt van het verenigen van de nationale markten 'tot één enkele markt, die de omstandigheden van een binnenlandse markt zoveel mogelijk benadert'.²² De eenheid van de markt moet worden gewaarborgd door gemeenschappelijke regels, die op een eenvormige wijze worden uitgelegd en toegepast. Immers, 'eenzijdig optreden van de lidstaten leidt tot fragmentatie van de markt en tast de communautaire rechtsorde aan'.²³



Wellicht was het u niet opgevallen, maar terwijl we door de gang van het Huis van de Tragediedichter liepen, stapten we over een prachtig mozaïek, waarop een hond aan een ketting te zien is met het opschrift: cave canem! Wees alert, want zodra we de ruimte van de Europese interne markt betreden bepalen de fundamentele vrijheden het normatieve kader voor nationale maatregelen en handelingen, dus ook voor regels die grondrechten betreffen. Juist het feit dat deze 'marktregels' de normatieve kaders stellen voor de waarborg van grondrechten, wordt in de literatuur zeer kritisch beschouwd. Het Hof zou hierdoor bij voorbaat een te instrumentele en marktgeoriënteerde visie op grondrechten hebben.²⁴

Bovendien zijn de interne markt en meer specifiek de fundamentele vrijheden niet alleen een beperkende factor voor grondrechten die in het nationale recht zijn neerge-

19 De zaken *Viking* en *Laval* bevestigen dit voor wat betreft de vrijheid van vestiging en diensten, alleen is niet duidelijk hoever horizontale rechtstreekse werking strekt: zie ook S. Prechal & S. de Vries, 'Seamless web of Judicial Protection', 34 *ELRev.* 2009, p. 5-24. Interessant in dit verband is de conclusie van A-G Poiares Maduro van 1 oktober 2009 in C-58/08 (*Vodafone*) die in meer algemene zin erkent dat de vrijverkeerbepalingen horizontale rechtstreekse werking hebben.

20 R. Barents, 'De constitutionele paradox van het Unierecht', *SEW* 2013, afl. 7, p. 302.

21 P. VerLoren van Themaat, 'Het economisch grondslagenrecht van de Europese Gemeenschappen', in: *Liber Amicorum – Josse Mertens de Wilmars*, Antwerpen: Kluwer Rechtswetenschappen; Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1982, p. 383.

22 HvJ EG 5 mei 1982, 15/81 (*Gaston Schul*).

23 S. Prechal, *Juridisch cement voor de Europese Unie* (oratie Utrecht), Groningen: Europa Law Publishing 2006, p. 14.

24 D. Kochenov, 'The Citizenship Paradigm', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2012-2013), Vol. 15, p. 197-226; A. Somek in verschillende publicaties, bijvoorbeeld: *Individualism: An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford: Oxford University Press 2008.

legd; zij vormen ook nog eens de *grondslag* voor een autonoom *Uniegrondrechtenregime*.²⁵

Deze kritiek rust naar mijn mening grotendeels op een misvatting. Niet alleen biedt het internemarktrecht voldoende ruimte voor de bescherming van grondrechten, zij biedt juist ook *kansen* om bepaalde grondrechten binnen de Europese Unie beter te waarborgen en verder te ontwikkelen, en daarmee de legitimiteit van het integratieproces te vergroten. De afstand tussen de burger en Europa wordt dan mogelijk kleiner. Het sinds 2009 bindende Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie dat aan het Verdrag is gehecht, speelt hierin een belangrijke rol.

De waarborg van grondrechten binnen de Europese interne markt

Aan de hand van de volgende vier voorbeelden zal ik eerst toelichten hoe grondrechten binnen de interne markt worden gewaarborgd.

In de eerste plaats ziet de interne markt niet alleen op marktwaarden. Door toepassing van de verbodsnormen door de rechter kende het marktintegratieproces inderdaad een gering politiek gehalte.²⁶ Maar er ligt niet perse een neoliberale gedachte ten grondslag aan het internemarktproject. De instelling van de interne markt is een dynamisch proces²⁷ met vanaf het begin aandacht voor de sociale dimensie van de markt. Het rapport Spaak dat in 1957 het idee van een gemeenschappelijke markt verder uitwerkte, sprak niet alleen van economische, maar ook van sociale vooruitgang. En toen de Belgische stewardess Defrenne in de jaren 70 van de vorige eeuw klaagde over het feit dat haar mannelijke collega's voor hetzelfde werk een hoger salaris kregen, hetgeen in strijd is met het beginsel van gelijke beloning voor mannen en vrouwen, maakte het Hof duidelijk dat de gemeenschap niet slechts een economische unie is, maar ook sociale vooruitgang beoogt en een verbetering van de werk- en levensomstan-

digheden van haar burgers.²⁸ In de latere zaken *Viking* en *Laval* wijst het Hof voor het eerst uitdrukkelijk op het feit dat de Europese Gemeenschap niet alleen een economisch, maar ook een sociaal doel heeft, hetgeen betekent dat de uit de fundamentele vrijheden voortvloeiende rechten afgewogen moeten worden tegen de doelen van de sociale politiek, zoals de verbetering van de levensomstandigheden en de arbeidsvoorwaarden en een adequate sociale bescherming.²⁹ De opneming van het begrip 'sociale markteconomie' in artikel 2 bevestigt deze visie.³⁰

In de tweede plaats hebben de fundamentele vrijheden geen 'absoluut' karakter. Zij moeten in samenhang met het Verdrag worden beschouwd. In de rechtspraak is dan ook erkend dat het vrije verkeer mag worden beperkt door lidstaten om niet-economische belangen te waarborgen, mits de nationale maatregel voldoet aan het proportionaliteitsvereiste. In een zeer uitgebreide en levendige jurisprudentie zien we hoe rekening gehouden wordt met publieke belangen, typisch nationale waarden, ethische kwesties of politiek gevoelige thema's, zoals de bescherming van zwakke groepen consumenten, een regionale taal of de regulering van kansspelen.³¹

Dit analysekader wordt ook toegepast bij conflicten tussen grondrechten en fundamentele vrijheden. Zo bepaalde het Hof dat de toestemming van de Oostenrijkse autoriteiten voor de demonstratie op de Brenner-autopas weliswaar een inbreuk vormde op het vrije verkeer, maar gerechtvaardigd was in het licht van de bescherming van de vrijheid van meningsuiting. In de afweging van botsende belangen van vrij verkeer en de vrijheid van meningsuiting, paste het Hof een 'dubbele' proportionaliteitstoets toe. Er werd namelijk niet alleen gekeken naar de mate waarin het vrije verkeer werd belemmerd door de demonstratie toe te staan, maar ook in hoeverre de vrijheid van meningsuiting zou zijn belemmerd indien voorrang was verleend aan het vrije verkeer van goederen. In *Schmidberger* staat de gelijkwaardigheid van grondrechten voorop.³²

Het Duitse verbod op lasergames beperkte het vrije verkeer van diensten, maar was gerechtvaardigd in het licht van de menselijke waardigheid, een fundamenteel recht

25 Zie ook D. Augenstein, 'On the Autonomous Substance of EU Fundamental Rights Law', *German Law Journal* 2013, p. 1917.

26 K.J.M. Mortelmans, *Ordenend en sturend beleid en economisch publiekrecht*, Deventer: Kluwer 1985, p. 10; A. Veldman & S. de Vries, 'Chapter 4 – Regulation and Enforcement of Economic Freedoms and Social Rights: A Thorny Distribution of Sovereignty', in: T. van den Brink, M. Luchtman & M. Scholten (eds.), *Sovereignty in the Shared Legal Order of the EU – Core Values of Regulation and Enforcement*, Cambridge, Antwerp, Poland: Intersentia 2015, p. 74.

27 A. Schrauwen, *Marché intérieur, recherches sur une notion* (diss. Amsterdam UvA), 1997; K.J.M. Mortelmans, 'The Common Market, the Internal Market and the Single Market, What's in a Market?', *CMLRev.* 1998, p. 102.

28 HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*), r.o. 10.

29 HvJ EG 11 december 2007, C-438/05 (*Viking Line*), r.o. 78-79; HvJ EG 18 december 2007, C-341/05 (*Laval un Partneri*), r.o. 104-105.

30 Zie bijvoorbeeld L. Azoulai, 'The Court of Justice and the social market economy: The emergence of an ideal and the conditions for its realization', *CMLRev.* 2008, p. 1335-1355.

31 J.W. van de Gronden, 'The Internal Market, the State and Private Initiative. A Legal Assessment of National Mixed Public-Private Arrangements in the Light of European Law', *Legal Issues of Economic Integration* 2006, 33(2), p. 105-137; S.A. de Vries, *Tensions within the Internal Market – The Functioning of the Internal Market and the Development of Horizontal and Flanking Policies*, Groningen: Europa Law Publishing 2006. Zie bijvoorbeeld HvJ EG 20 februari 1979, 120/78 (*Rewe-Zentral – Cassis de Dijon*); HvJ EG 30 november 1995, C-55/94 (*Gebhard*); HvJ EG 24 maart 1994, C-275/92 (*Schindler*); HvJ EG 9 juli 1992, C-2/90 (*Commissie/België (Waalse Afvalstoffen)*); HvJ EU 16 december 2010, C-137/09 (*Josemans*); HvJ EG 14 februari 2008, C-244/06 (*Dynamic Medien*); HvJ EU 22 december 2010, C-208/09 (*Sayn-Wittgenstein*); HvJ EG 28 november 1989, C-379/87 (*Groener*). Zie ook S.A. de Vries, '17 – The Court of Justice's "Paradigm Consumer" in EU Free Movement Law', in: D. Leczykiewicz & S. Weatherill, *The Images of the Consumer in EU Law*, Oxford: Hart Publishing 2016, p. 401-429.

32 HvJ EG 12 juni 2003, C-112/00 (*Schmidberger*); conclusie van A-G Verica Trstenjak van 14 april 2010 in C-271/08 (*Commissie/Duitsland*), randnr. 195; S.A. de Vries, 'The Protection of Fundamental Rights within Europe's Internal Market after Lisbon – An Endeavour for More Harmony', in: S. de Vries, U. Bernitz & S. Weatherill (red.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford: Hart Publishing 2013, p. 92.

beschermd door de Duitse grondwet en nu erkend als Uniegrondrecht. Het bijzondere van deze zaak is dat het Hof rekening hield met een typisch Duitse invulling van het begrip menselijke waardigheid; daar waar lasergames in andere lidstaten niet als problematisch worden gezien en zelfs vast onderdeel uitmaken van bedrijfsuitjes of kinderfeestjes, liggen deze spellen in Duitsland, gezien het oorlogsverleden, gevoelig.³³

Ondanks het feit dat grondrechten een achterstandspositie op de fundamentele vrijheden hebben – zij worden immers als uitzonderingsgrond gezien waarbij de bewijslast rust op partijen die hierop een beroep doen –³⁴, lijkt het traditionele analysekader voldoende toegerust om de gelijkwaardigheid van beide te waarborgen. Dit is ook de uitgangspositie in het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie, zoals neergelegd in artikel 52 van het Handvest, dat verwijst naar beperkingen op de uitoefening van de in het Handvest erkende rechten en vrijheden en het evenredigheidsbeginsel.

In de derde plaats zien we dat Uniewetgeving, zoals richtlijnen, op het terrein van de interne markt grondrechtconform moeten worden uitgelegd. Grondrechten vormen zo, ook in de context van wetgeving, een belangrijk tegenwicht voor markt- en andere belangen. In de zaak *Sky Österreich* was de Europese Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten, die het vrije verkeer van mediadiensten bevordert, aan de orde.³⁵ Op grond van deze richtlijn zijn omroeporganisaties die exclusieve uitzendrechten hebben verkregen voor bepaalde evenementen, zoals de wedstrijden van de Europa League, verplicht om andere omroepen toe te staan hiervan korte nieuwsverslagen te maken.

Is een dergelijke verplichting voor omroeporganisaties zonder enige vorm van financiële compensatie wel verenigbaar met de vrijheid van ondernemerschap en het eigendomsrecht?

Het Hof vindt dat de Uniewetgever voorrang mag verlenen aan het belang van de bescherming van de vrijheid van informatie en de pluriformiteit van de media. Overigens blijken deze korte nieuwsverslagen niet voldoende voor mijn voetbalminnende kinderen en zit ik nu opgescheept met een duur contract om uitzendingen van Fox Sports te ontvangen.

In een recente, spraakmakende zaak op het terrein van privacy, de zaak *Google Spain*, concludeerde het Hof vrij gemakkelijk dat de rechten op privacy en bescherming van persoonsgegevens voorrang hebben op het econo-

misch belang van de zoekmachine Google.³⁶ De Spanjaard Costeja Gonzalez had bij de Spaanse rechter geklaagd dat, wanneer een internetgebruiker zijn naam via Google zoekt, er koppelingen verschijnen naar een paar voor hem, in verband met socialezekerheidsschulden, nare krantenberichten.

Toen het Hof gevraagd werd de Europese Dataprotectierichtlijn (Richtlijn gegevensbescherming) uit te leggen, leidde het hieruit af dat internetgebruikers – onder bepaalde omstandigheden – van Google kunnen eisen dat persoonsgegevens uit de lijst van zoekresultaten worden gewist: het zogenaamde recht om vergeten te worden.

Ten slotte, wanneer de Uniewetgever onvoldoende rekening heeft gehouden met grondrechten uit het Handvest, wordt deze wetgeving ongeldig verklaard. Ook hier heeft het Hof van Justitie zich moeten buigen over zaken waar privacyrechten in het geding waren. In de zaak *Digital Rights Ireland* vernietigde het Hof de Bewaarplichtrichtlijn wegens strijd met het Handvest.³⁷ De richtlijn, die na de aanslagen van 11 september 2001 was aangenomen, verplichtte lidstaten om aanbieders van telefonische communicatiediensten te dwingen persoonsgegevens gedurende een bepaalde termijn te bewaren. Volgens het Hof impliceert de richtlijn een zeer ruime en bijzonder zware inmenging op het privacyrecht en het recht op bescherming van persoonsgegevens, zonder dat deze inmenging voldoet aan het proportionaliteitsvereiste. Bovendien is, gezien het belang van privacy en de ernst van de inbreuk hierop, de beoordelingsbevoegdheid van de Uniewetgever beperkt, zodat een strikt toezicht moet worden uitgeoefend.

Dat dit toezicht strikt is blijkt nog duidelijker uit de onlangs gewezen zaak *Schrems* of ook wel *Facebook*-zaak.³⁸ Volgens de Oostenrijkse student Maximilian Schrems tonen de onthullingen door Snowden over de af luisterpraktijken van de Amerikaanse geheime dienst NSA aan, dat gegevens van Europese Facebookgebruikers, die via de Ierse dochteronderneming van Facebook worden doorgegeven aan Amerikaanse servers, niet veilig zijn. Het Hof van Justitie vernietigde, na verwijzing door het Ierse hooggerechtshof, de beschikking van de Commissie uit 2002,³⁹ die gebaseerd was op de zogenaamde Safe Harbor-afspraken tussen de Europese Unie en de Verenigde Staten. Het Hof concludeerde dat de Verenigde Staten juist niet de gestelde ‘veilige haven’ voor onze gegevens zijn, en dat de Commissiebeschikking *de wezenlijke inhoud van het grondrecht op privacy* aantast. De alge-

33 HvJ EG 14 oktober 2004, C-36/02 (*Omega Spielhallen*). Zie ook N. Nic Shuibhne, ‘Margins of appreciation: national values, fundamental rights and EC free movement law’, 34 *ELRev.* 2009, p. 254.

34 C. Brown, ‘Case C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Austria*, Judgment of 12 June 2003, Full Court’, 40 *CMLRev.* 2003, p. 1508.

35 HvJ EG 22 januari 2013, C-283/11 (*Sky Österreich*), Richtlijn 2010/13/EU van het Europees Parlement en de Raad van van 10 maart 2010 betreffende de coördinatie van bepaalde wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen in de lidstaten inzake het aanbieden van audiovisuele mediadiensten (Richtlijn Audiovisuele Mediadiensten), *PbEU* 2010, L 95, p. 1.

36 HvJ EU 13 mei 2014, C-131/12 (*Google Spain*).

37 HvJ EG 8 april 2014, gevoegde zaken C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*).

38 HvJ EU 6 oktober 2015, C-362/14 (*Maximilian Schrems*).

39 Beschikking 2000/520/EG van de Commissie overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG, betreffende de gepastheid van de bescherming geboden door de Veiligheidsbeginselen voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de daarmee verband houdende Vaak gestelde vragen, die door het Ministerie van Handel van de Verenigde Staten zijn gepubliceerd, *PbEG* 2000, L 215, p. 7.

menen aard van het toezicht in de Verenigde Staten, het ontbreken van effectieve rechtsmiddelen, of de voorrang van de nationale veiligheid zonder enige begrenzing, zijn factoren die hierbij een rol spelen.

Het Hof onderstreept ook de belangrijke rol van de nationale toezichthouders die verplicht zijn te beoordelen of doorgifte van onze gegevens aan derde landen in overeenstemming is met de Dataprotectierichtlijn en het Handvest.

Enkele kritische kanttekeningen

Grondrechten kunnen dus wel degelijk worden gewaarborgd binnen de Europese interne markt. Maar er moeten wel kanttekeningen bij een aantal ontwikkelingen worden geplaatst. In de eerste plaats komt het voor dat in individuele zaken nog te weinig, of zelfs helemaal geen aandacht is voor grondrechten, die echter wel in het geding of van belang zijn. Dit heeft verschillende oorzaken. Ik noem er twee.

Allereerst lijkt het Hof van Justitie in sommige, met name politiek gevoelige, zaken de werkingssfeer van het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie in te perken. Zo weigert het Hof het Handvest toe te passen in een aantal zaken waar bepaalde sociale rechten in het geding zijn. Het feit dat lidstaten primair bevoegd zijn maatregelen op het gebied van sociaal beleid te nemen, houdt de deuren van het Handvest gesloten, ook in situaties waarin deze bevoegdheid wordt uitgeoefend binnen de kaders van Europese regelgeving, bijvoorbeeld op het terrein van sociale zekerheid, burgerschap en de Economische en Monetaire Unie. Zo is onduidelijk waarom het Hof in de zaak *Elisabeta Dano* tot de slotsom komt dat bij het vaststellen van de voorwaarden voor en de omvang van de toekenning van de bijzondere, niet op premie- of bijdragebetaling berustende prestaties, het Handvest niet toepasselijk is. In deze zaak ging het om de weigering van de Duitse autoriteiten om aan Elisabeta Dano en haar zoon een uitkering voor levensonderhoud en een sociale uitkering te verschaffen. Het feit dat Verordening (EG) 883/2004 (sociale zekerheid) en Richtlijn 2004/38/EG (burgerschap) bepalen dat het aan de lidstaat is om voorwaarden voor de toekenning van prestaties die sociale bescherming waarborgen vast te stellen, betekent dat de lidstaat geen uitvoering geeft aan Unierecht.⁴⁰

Maar deze lidstaat handelt wel binnen de kaders van EU-regelgeving. Deze benadering staat daarom haaks

op andere jurisprudentie, waar het Hof gemakkelijker aanneemt dat het Handvest toepasselijk is.⁴¹

In dergelijke situaties blijven Europese burgers dus aangewezen op het nationale recht of internationale verdragen.⁴²

Een tweede oorzaak ligt in de beperkte jurisdictie van het Hof. Wanneer de nationale rechter via de prejudiciële procedure vragen stelt over de toepassing van het Europese recht, is het Hof slechts bevoegd uitspraak te doen over de uitlegging van het Verdrag en handelingen van de EU-instellingen. Dit betekent dat een volwaardige constitutionele toetsing uitgesloten is, waardoor nationale waarden en grondrechten die niet per se door de Uniewetgeving worden bestreken, buiten beschouwing blijven. Bij de uitlegging van het Europese recht staat de autonome en uniforme toepassing voorop.

Zo leidde de uitspraak in de zaak *Brüstle*, waarin het Hof het begrip menselijk embryo uit de biotechnologierichtlijn definieert, tot de nodige commotie onder wetenschappers en juristen. Het Hof bepaalde dat binnen de context van de richtlijn het begrip menselijk embryo, waarvoor octrooieerbaarheid in beginsel is uitgesloten, een autonoom Unierechtelijk begrip is, dat op het grondgebied van de Unie uniform en breed moet worden uitgelegd.⁴³ Hoewel het Hof stelde dat het slechts een juridische interpretatie zou geven aan dit begrip, en zich verre hield van een bespreking van ethische aspecten, werd er door de uitspraak toch onbedoeld een ethisch signaal afgegeven. Het effect is immers dat de octrooieerbaarheid van stamcelonderzoek in lidstaten met een liberalere opvatting, sterk wordt beperkt.⁴⁴

Een ander voorbeeld biedt de eerder genoemde zaak *Google Spain*, waar nauwelijks aandacht is voor de vrijheid van meningsuiting of van informatie. Het Hof zegt zelfs dat het recht op privacy en het recht op bescherming van persoonsgegevens *in beginsel* voorrang hebben, niet alleen boven de economische belangen van Google, maar ook boven de vrijheid van informatie, zonder dit verder te onderbouwen.⁴⁵

Dit brengt mij bij een tweede kanttekening, namelijk de soms gebrekkige argumentatie van het Hof. Zo is niet altijd duidelijk waarom aan bepaalde (grond)rechten de voorkeur wordt gegeven.

In de door mij eerder genoemde zaak *Viking* is de ruimte die de vakbonden van het Hof uiteindelijk krijgen om

40 Zie bijvoorbeeld HvJ EU 11 november 2014, C-333/13 (*Elisabeta Dano*); HvJ EU 7 maart 2013, C-128/12 (*Sindicatos dos Bancários do Norte*); zie C. Barnard, 'The Silence of the Charter: Social Rights and the Court of Justice', in: S. de Vries, U. Bernitz & S. Weatherill (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument – Five Years Old and Growing*, Oxford: Hart Publishing 2015, p. 175-181. Zie ook annotatie H. Verschuere, 'Het arrest Dano: het einde van het "uitkeringstoerisme"? Zaak C-333/13, Elisabeth Dano en Florin Dano/Jobcenter Leipzig', *SEW* 2015, afl. 5, p. 265.

41 HvJ EU 26 februari 2013, C-617/10 (*Åkerberg Fransson*); HvJ EU 30 april 2014, C-390/12 (*Pfleger*).

42 H. van Eijken, *EU Citizenship & the Constitutionalisation of the European Union*, Groningen: Europa Law Publishing 2015.

43 HvJ EU 18 oktober 2011, C-34/10 (*Brüstle*); zie M.G. Nielen, S.A. de Vries & N. Geijsen, 'Commentary – European Stem Cell Research in Legal Shackles', *The EMBO Journal* 2013, p. 1-5. Zie nu HvJ EU 18 december 2014, 364/13 (*International Stem Cell Corporation*).

44 Zie voor een kritische beschouwing H. Somsen, 'Brüstle: embryonale fout met grote gevolgen', *NtEr* 2012, afl. 1, p. 33-39.

45 S. Kulk & F.J. Zuiderveen Borgesius, 'De implicaties van het Google Spain-arrest voor de vrijheid van meningsuiting', *NTM/NJCM-Bulletin* 2015, afl. 1, p. 3.

aan het stakingsrecht invulling te geven, erg beperkt.⁴⁶ Bovendien wordt het stakingsrecht niet als zelfstandig in te roepen grondrecht beschouwd, hetgeen moeilijk te verenigen is met het Handvest.

In de zaak *Alemo Herron* stelt het Hof bij de uitleg van de Europese richtlijn die de rechten van werknemers waarborgt bij de overgang van ondernemingen, de vrijheid van ondernemerschap centraal. Aan de mogelijkheid dat sociale grondrechten uit het Handvest hier een tegenwicht konden bieden, wordt geen aandacht geschonken. De vrijheid van ondernemerschap uit het Handvest wordt zo gebruikt om een Europese richtlijn die juist de rechten van werknemers beoogt te beschermen, in het voordeel van werkgevers uit te leggen. Marktwaarden lijken, ten koste van de sociale rechten uit de richtlijn en het Handvest, hier geprioriteerd.⁴⁷

Deze uitspraken passen mijns inziens niet in het analysekader, op basis waarvan conflicten tussen grondrechten en fundamentele vrijheden gewoonlijk worden beslecht. Het gaat om ‘vreemde eenden in de bijt’, die op gespannen voet staan met het Verdrag en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie.⁴⁸

Bovendien wordt in een toenemend aantal zaken waarin het Handvest aan de orde is, niet (meer) naar het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) of naar de nationale rechtspraak verwezen. Voor de verdere ontwikkeling van een autonome grondrechtendimensie van de Europese rechtsorde is een autonome toepassing van het Handvest begrijpelijk. Zo wordt in de zaak *UPC Telekabel Wien* over de verantwoordelijkheid van Internet Service Providers (ISP's) in geval van het illegaal downloaden door gebruikers van films, niet verwezen naar het EVRM, maar concentreren zowel het Hof als de advocaat-generaal zich op de grondrechten uit het Handvest. Met deze uitspraak wordt bevestigd dat het Handvest een leidende rol speelt in het kader van het EU-recht in het algemeen en wanneer het gaat om internet, IE-rechten en internetpiraterij in het bijzonder. Niet alleen spelen hier het interne-marktaspect van de betreffende richtlijnen (Auteursrechtlijn) en het grensoverschrijdend karakter van internet een grote rol, maar ook vooral typisch EU-rechtelijke beginselen waardoor het niet nodig is naar de Straatsburgse rechtspraak te verwijzen.⁴⁹

Overigens verwees het Hof in de vergelijkbare zaak *Scarlet Extended*, die ook de rol van ISP's bij illegaal downloaden van in dit geval muziek betrof, niet naar het EVRM, terwijl de Belgische rechter hier wel expliciet naar had gevraagd.⁵⁰ Advocaat-generaal Cruz Villalón motiveerde in die zaak uitvoerig waarom de vraag liever in het licht van het EU-Handvest moest worden onderzocht dan in het licht van het EVRM.

In sommige situaties is het verwijzen naar het EVRM juist wel zinvol. Naast de expliciete verwijzing naar het EVRM in het Handvest zelf, kunnen de soms tamelijk vaag geformuleerde rechten en beginselen uit het Handvest aan de hand van de rechtspraak van het Straatsburgse Hof verder worden geconcretiseerd. Ook liet de rechtspraak na de jaren 80 en 90 van de vorige eeuw zien dat beide hoven naar elkaar toegroeiden, waarbij zij bijdroegen aan de totstandkoming van een meer uniforme standaard van grondrechtenbescherming in Europa.⁵¹ Als inderdaad niet kan worden uitgesloten dat er als gevolg van de prioritering van het Handvest door het Hof van Justitie en autonome uitleg hiervan grotere verschillen gaan ontstaan tussen Luxemburg en Straatsburg, dan zou dat ongelukkig zijn, mede in het licht van het concept ‘corresponderende rechten’ zoals daarover in de Toelichting bij het Handvest wordt geschreven en de toetreding van de Europese Unie tot het EVRM, die overigens met het negatieve advies van het Hof op losse schroeven is komen te staan.

Kansen om grondrechten binnen de Europese rechtsorde verder uit te bouwen

Het internemarktrecht biedt naast waarborgen en de zojuist gemaakte kritische kanttekeningen, ook kansen om grondrechten binnen de Europese rechtsorde verder uit te bouwen.

Zo kunnen de fundamentele vrijheden een bijdrage leveren aan een moderne invulling van grondrechtenbescherming. De klassieke benadering van grondrechten heeft betrekking op de verticale relatie tussen de burger en de overheid.

Een moderne invulling, waarbij grondrechten ook in horizontale geschillen kunnen worden toegepast, past in

46 S. Prechal & S.A. de Vries, ‘Viking/Laval en de grondslagen van het internemarktrecht’, *SEW* 2008, afl. 11, p. 434.

47 HvJ EU 18 juli 2013, C-426/11 (*Mark Alemo Herron*). Zie o.a. S. Weatherill, ‘Use and Abuse of the EU’s Charter of Fundamental Rights: on the improper veneration of freedom of contract’, *European Review of Contract Law* 2014, p. 157; J. Prassl, ‘Freedom of Contract as a General Principle of EU Law? Transfers of Undertakings and the Protection of Employer Rights in EU Labour Law’, *Industrial Law Journal* 2013, p. 434; A. Veldman & S. de Vries, ‘Chapter 4 – Regulation and Enforcement of Economic Freedoms and Social Rights: A Thorny Distribution of Sovereignty’, in: T. van den Brink, M. Luchtman & M. Scholten, *Sovereignty in the Shared Legal Order of the EU*, Cambridge, Antwerp, Portland: Intersentia 2015, p. 85.

48 Zie ook S. Weatherill, ‘Protecting the Internal Market from the Charter’, in: S. de Vries, U. Bernitz & S. Weatherill (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument – Five Years Old and Growing*, Oxford: Hart Publishing 2015, p. 234.

49 J. Gerards, ‘Who decides on fundamental rights issues in Europe? – Toward a mechanism to coordinate the roles of the national courts, the ECJ and the ECtHR’, in: S. de Vries, U. Bernitz & S. Weatherill (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing*, Oxford: Hart Publishing 2015.

50 HvJ EU 24 november 2011, C-70/10 (*Scarlet Extended*).

51 J. Gerards & L. Glas, ‘De verhouding tussen het EHRM en het HvJ EU na toetreding van de EU tot het EVRM – Hiërarchie in een gelaagd systeem, of complementariteit in een pluralistische rechtsorde?’, *AA* 2012, afl. 7/8, p. 524.

een tijd van ontwikkelingen op het terrein van bijvoorbeeld de informatietechnologie, waar private bedrijven steeds meer mogelijkheden hebben om in het leven van burgers binnen te dringen. En dan gaat het niet alleen om bedrijven als Google en Facebook, maar ook om nieuwkomers als Uber en Airbnb, die met behulp van de interne markt hun diensten vrijelijk kunnen aanbieden en grensoverschrijdend gegevens van Europese burgers kunnen verwerken.



De mogelijkheden die bedrijven of particulieren hebben om onze individuele persoonlijkheid aan te tasten, zijn overigens geen nieuw probleem. Als we rondkijken in het Huis van de Tragediedichter kunnen we vaststellen dat ook de Domus geen ‘eiland van privacy’ was, waarbij ruimtes duidelijk van elkaar zijn afgeschermd. In die tijd ontstonden effectieve juridische middelen in de vorm van privaatrechtelijke acties, om privacy als juridische waarde te beschermen.⁵²

De schaal waarop inmenging in de rechten van burgers in onze moderne samenleving plaatsvindt, roept ook om doeltreffende juridische instrumenten. Het Hof van Justitie heeft zich echter nog niet *expliciet* uitgelaten over de vraag of de grondrechten uit het Handvest rechtstreeks kunnen worden ingeroepen voor de nationale rechter in een geschil tussen burgers, en buiten Europese of nationale regelgeving om.⁵³

In *Google Spain* was het Hof wel vrij duidelijk over de *mogelijkheid* dat het Handvest horizontale werking kan hebben, door te bepalen dat betrokkenen op basis van hun privacyrechten van Google kunnen verlangen dat de informatie niet meer ter beschikking wordt gesteld van het grote publiek.⁵⁴

Een tekstuele uitleg van het Handvest suggereert dat het toepassingsbereik beperkt is tot handelingen van overheidsinstellingen.⁵⁵ Maar tekstuele argumenten hebben het Hof er niet altijd van weerhouden creatieve oplossingen te vinden. In een reeks uitspraken is bepaald dat privaatrechtelijke organisaties, zoals vakbonden, sportbonden, of zelfs een bank, gebonden zijn aan de vrijheden waarvan men dacht dat die alleen overheidsinstanties binden. Daarnaast had het Hof in de zaak *Defrenne* geen enkele moeite om het beginsel van gelijke beloning van mannen en vrouwen in een geschil tussen Defrenne en Sabena toe te passen.⁵⁶

Er zijn voldoende aanknopingspunten voor een, al dan niet beperkte, vorm van horizontale werking van bepaalde grondrechten uit het Handvest.⁵⁷ Er moet uiteraard wel aandacht zijn voor de privaatrechtelijke autonomie en de mogelijkheid voor particuliere organisaties om bepaalde inbreuken op grondrechten te rechtvaardigen, bijvoorbeeld omdat hun vrijheid van ondernemerschap in het geding is.⁵⁸

Een tweede kans voor grondrechtenbescherming ontstaat door het gebruik van de brede wetgevende bevoegdheid op het terrein van de interne markt, ondanks het feit dat het Verdrag (artikel 6 lid 1 VWEU) en het Handvest (artikel 51 lid 2 Handvest) expliciet aangeven dat het Handvest de bevoegdheden van de Europese Unie niet verruimt. Het is inmiddels vaste rechtspraak dat, indien er voldoende aanknopingspunten met de werking van de interne markt zijn, de Uniewetgever bindende regels mag vast-

52 A. Wallace-Hadrill, *Houses and Society in Pompeii and Herculaneum*, Princeton: Princeton University Press 1994, p. 44-45; B. Perinán, ‘The Origin of Privacy as a Legal Value: A Reflection on Roman and English Law’, *American Journal of Legal History* 2012, p. 183-201.

53 In de zaak AMS maakt het Hof wel impliciet duidelijk dat Handvestbepalingen horizontale rechtstreekse werking kunnen hebben. In deze zaak was artikel 27 Handvest aan de orde, dat sowieso geen rechtstreekse werking had volgens het Hof: HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (*Association de Médiation Sociale*). Zie ook M. de Mol, *De directe werking van de grondrechten*, Oisterwijk, Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2014.

54 J.M. Emaus, ‘Rechten, beginselen en horizontale directe werking van grondrechten uit het EU-Handvest’, *NTBR* 2015, afl. 3, p. 67-76.

55 Conclusie van A-G Verica Trstenjak van 8 september 2011 in C-282/10 (*Maribel Dominguez*).

56 HvJ EG 8 april 1976, 43/75 (*Defrenne II*).

57 Zie ook S. de Vries, ‘The EU Single Market as “Normative Corridor” for the Protection of Fundamental Rights: The Example of Data Protection’, in: S. de Vries, U. Bernitz & S. Weatherill (eds.), *The EU Charter of Fundamental Rights as Binding Instrument – Five Years Old and Growing*, Oxford: Hart Publishing 2015, p. 249-251.

58 Overigens heeft het Engelse ‘Court of Appeal’ bepaald dat in een geschil tussen private partijen het beginsel van effectieve rechtsbescherming dat is neergelegd in artikel 47 Handvest, rechtstreeks kan worden ingeroepen voor de nationale rechter: *Benkharbouche/Janah/Sudan Embassy/Libya*, [2015] EWCA Civ 3, r.o. 78.

stellen, ook op gebieden waar lidstaten primair bevoegd zijn.⁵⁹

In de zaken *Digital Rights Ireland* en *Schrems* wordt de Uniewetgever aangespoord om in internemarktregeling het privacyrecht actiever en op meer concrete wijze te bevorderen. Volgens advocaat-generaal Cruz Villalón ‘stond niets de wetgever van de Unie in de weg om de verplichting tot het verzamelen en bewaren van gegevens bij de vaststelling ervan te voorzien van een aantal waarborgen, al was het maar in de vorm van door de lidstaten uit te werken beginselen, die konden fungeren als kader voor de exploitatie ervan en zodoende de exacte omvang en het volledige profiel bepalen van de inmenging die deze verplichting inhoudt.’⁶⁰ Overigens is voor deze grondrechten in het Verdrag nu een specifieke rechtsbasis opgenomen, namelijk artikel 16 VWEU, waarop het voorstel voor een nieuwe algemene Data-protectieverordening rust.

Ik besef dat dit een verdere federalisering van bepaalde grondrechten langs de lijnen van de interne markt met zich meebrengt. Hoe gedetailleerder wetgeving op Europees niveau, hoe minder ruimte voor de toepassing van nationale grondrechtenstandaarden, ook als deze verdergaande bescherming bieden.⁶¹ De toepassing van verschillende grondrechtenstandaarden kan immers de uniformiteit van het Europese Unierecht aantasten, en daarmee de eenheid van de interne markt.

Uiteraard spelen hier belangrijke legitimiteitsvragen, onder andere vanwege de bijzondere wetgevingsprocedure en het ontbreken van het wetgevingsinitiatief van het Europees Parlement. Maar gezien de eisen die het Hof aan dergelijke wetgeving stelt, is een hoog niveau van grondrechtenbescherming gewaarborgd.

Er kan zelfs een ‘race to the top’ plaatsvinden, die gunstig is voor Europese burgers in landen waar grondrechten onder druk staan, zoals Hongarije, of waar constitutionele toetsing door de rechter is uitgesloten, zoals Nederland, of voor Amerikaanse burgers, als gevolg van de *Schrems*-uitspraak.⁶²

Conclusie: de tragikomische ontmoeting tussen grondrechten en fundamentele vrijheden

We zijn inmiddels aan het eind van ons bezoek aan het Huis van de Tragediedichter gekomen en bekijken het mozaïek waaraan het huis zijn naam ontleent. De maskers liggen klaar, er wordt een kostuum aangetrokken

en er wordt gerepeteerd: de één fluit een melodietje, terwijl de anderen een scène doorspreken.⁶³ Het zou zomaar een scène van een *tragikomedie* kunnen zijn, een dramavorm die voor het eerst werd gebruikt door de Romeinse toneelschrijver Plautus. In een tragikomedie worden twee genres met tragische en komische elementen vermengd, is sprake van onverwachte wendingen, maar uiteindelijk van een goede afloop.⁶⁴



Zoals ik al eerder stelde, is de *Domus* een ontmoetingsplaats waar publieke en private belangen samenkomen. In de Europese interne markt vindt een tragikomische ontmoeting plaats tussen grondrechten, publieke belangen en fundamentele vrijheden; een ontmoeting die leidt tot conflicten, maar ook tot onverwachte wendingen. Zo biedt het interne-marktrecht zelfs kansen voor de verdere uitbouw en bescherming van grondrechten.

Een tragikomedie kent uiteindelijk een goede afloop, die enigszins voorspelbaar is. Voor schrijvers en acteurs is het van belang dat zij hun teksten kennen en de tragische en komische verhaalelementen goed beheersen, om het publiek in het theater niet teleur te stellen. Datzelfde geldt voor juristen, en voor het Hof van Justitie in het bijzonder, dat geconfronteerd wordt met een lastige afweging tussen conflicterende grondrechten en fundamentele vrijheden. De afweging vindt plaats in een vergelijkbare theatrale setting, bepaald door juridische procedures, de dialoog met de nationale rechter, het script van de zitting, de taal van het Europese recht, de verschillende

59 Hier zijn vooral de ‘tabakszaken’ van belang: HvJ EG 5 oktober 2000, C-376/98 (*Duitsland/Europees Parlement & Raad*); HvJ EG 10 december 2002, C-491/01 (*The Queen v. Secretary of State for Health ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd (BAT/Imperial Tobacco)*); HvJ EG 14 december 2004, C-210/03 (*Swedish Match*). Zie S. Weatherill, ‘The Limits of Legislative Harmonization Ten Years after Tobacco Advertising: How the Court’s Case Law Has Become a “Drafting Guide”’, *German Law Journal* 2011, p. 848.

60 Conclusie van A-G P. Cruz Villalón van 12 december 2013 in C-293/12 en C-594/12 (*Digital Rights Ireland*), punt 124.

61 HvJ EU 26 februari 2013, C-399/11 (*Melloni*).

62 Vgl. B. Petkova, ‘Could the Schrems decision trigger a regulatory ‘race to the top’?’, *Verfassungsblog* 11 oktober 2015, www.verfassungsblog.de/could-the-schrems-decision-trigger-a-regulatory-race-to-the-top/#.V14A2DB_Oko (laatst geraadpleegd op 1 december 2015).

63 www.ciaotutti.nl/reizen-door-italie/het-huis-van-de-tragediedichter/ (laatst geraadpleegd op 10 oktober 2015).

64 <https://nl.wikipedia.org/wiki/Tragikomedie> (laatst geraadpleegd op 10 oktober 2015).

talen en de argumenten van partijen; een setting die nodig is om met juridische oplossingen te komen.

Voor het Hof in Luxemburg is het een bijzonder zware taak om beide verhaalelementen goed te beheersen. Ik heb geprobeerd duidelijk te maken dat het hierin steeds beter slaagt, maar dat voor wat betreft het tweede verhaalelement – de grondrechten – verbetering mogelijk is. De rechters kunnen gebruikmaken van meer attributen, zoals begrijpelijke taal, heldere argumentatie, rechtsvergelijking en verwijzingen naar rechtspraak van het Straatsburgse Hof. Inzichten van andere disciplines, zoals Law & Literature,⁶⁵ of de filosofie, kunnen de rechters uit Luxemburg helpen hun soms tragische keuzes tussen gelijkwaardige vrijheden en grondrechten te erkennen en beter te verklaren. Zo kan de legitimiteit van de rechtspraak worden vergroot.

In de juridische opleiding zou daarom veel aandacht moeten zijn zowel voor het Europese recht als de zelfstandige discipline, zodat juristen kennis en kunde hebben in de juridische bouwstenen, alsook voor de attributen die rechters helpen open te staan voor het menselijk aspect van ieder juridisch vraagstuk en het recht transparanter en begrijpelijker te maken voor burgers.⁶⁶

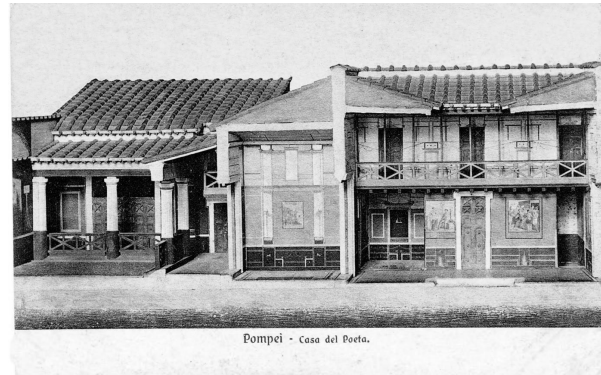
Ik heb groot vertrouwen in het vermogen van het Hof van Justitie om als een van de grootste architecten van de Domus Europaea de bouwstenen van de Europese interne markt goed te onderhouden en regelmatig te renoveren, met een uitbouw voor grondrechten.⁶⁷ Een sterke grondrechtendimensie van de interne markt maakt het bouwwerk weerbaarder tegen rampen.

Maar er is meer nodig om een eventuele vulkaanuitbarsting te voorkomen. De verouderde institutionele structuur, die ontworpen is in het kader van de Europese Economische Gemeenschap met zes lidstaten, moet op de schop. Hier is een kwantsprong nodig met andere en duidelijker omschreven bevoegdheden voor de Europese Unie. Ondertussen moet binnen de huidige Verdragskaders er alles aan worden gedaan om de eenheid van de Europese ruimte te bewaren; een ruimte die volgens Barents duidt op een eenheid naar binnen, waarin de rechtsorde, economische orde en politieke orde samenkomen, en afgrenzing naar buiten.⁶⁸

Ten slotte, Europa is niet alleen een aangelegenheid van juristen, maar betreft ons allemaal. De burgers in Europa moeten meer en op een meer positieve wijze bij het integratieproces worden betrokken, en bij voorkeur niet via onzinnige referenda van GeenPeil. Het is daarom essentieel dat samen met collega's van andere disciplines, zoals

politicologen, economen, sociale wetenschappers, bestuurskundigen of historici, blijvend de uitdaging wordt aangegaan om oplossingen aan te dragen hoe de Domus Europaea bewoonbaar blijft, zoals we dat nu doen in het bEUcitizen-project.⁶⁹

Het is mooi dat wij als bezoekers aan het Huis van de Tragediedichter kunnen zien dat het huis de lavastromen en de vele bezoeken van pubers op Romereis, heeft doorstaan. Maar wat is een huis uiteindelijk waard zonder zijn bewoners?



Bronnenlijst afbeeldingen

- Afbeelding p. 98: https://en.wikipedia.org/wiki/Plinian_eruption
- Afbeelding p. 99, linkerkolom, foto linksboven: www.skyscrapercity.com/showthread.php?t=1681372
- Afbeelding p. 99, linkerkolom, foto linksonder: www.gotterdammerung.org/photo/travel/italy/pompeii/060925-162051%20The%20House%20of%20the%20Tragic%20Poet.html
- Afbeelding p. 99, linkerkolom, foto rechtsboven: <https://www.travelblog.org/Photos/3635830>
- Afbeelding p. 99, linkerkolom, foto rechtsonder: <https://blogs.warwick.ac.uk/nataliediddams/>
- Afbeelding p. 99, rechterkolom: www.the-romans.eu/MY-museum/singlepage.php?path=Archeological-sites/Arles-France/arlo20-bath-hypocaustum
- Afbeelding p. 101, linkerkolom: <https://www.travelblog.org/Photos/3635831>
- Afbeelding p. 106: www.allposters.com/-sp/House-of-the-Tragic-Poet-Pompeii-Volume-Iv-Restoration-Essays-Plate-III-Posters_112012024_.htm
- Afbeelding p. 107: <http://members.bib-arch.org/image.asp?PubID=BSBA&Volume=08&Issue=01&ImageID=03900&SourcePage=publication.asp&UserID=0&>
- Afbeelding p. 108: www.minervaclassics.com/quotatu.htm

65 Zie bijvoorbeeld P. Phoa, 'EU Citizenship: Reality or Fiction? A Law & Literature Approach to EU Citizenship', in: S. Seubert & F. van Waarden (red.), *Being a Citizen in Europe: Insights and Lessons from the Open Conference*, Zagreb 2015, <http://beucitizen.eu/wp-content/uploads/D2.2-final.pdf>.

66 Zie over het onderwijs en onderzoek op het terrein van het Europees recht: Editorial Comments, 'The Critical Turn in European Legal Studies', *CMLRev.* 2015, p. 881-888.

67 Vgl. K. Scheppele, 'Judges as Architects', *Yale Journal of Law & the Humanities* 2012, p. 345-396.

68 R. Barents, 'De constitutionele paradox van het Unierecht', *SEW* 2013, afl. 7, p. 300-308.

69 Zie voor een uitgebreide beschrijving van dit project www.beucitizen.eu.