



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De Hoge Raad als Europese civiele rechter

Mak, C.

Published in:
Ars Aequi

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Mak, C. (2015). De Hoge Raad als Europese civiele rechter. *Ars Aequi*, 64(9), 716-722.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <http://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De Hoge Raad als Europese civiele rechter

Chantal Mak*

In rechtsvorming op het terrein van het Europees privaatrecht toont de Hoge Raad twee gezichten. Vanuit Europees-constitutioneel-rechtelijk perspectief geeft hij voorrang aan het EU-recht. Vanuit privaatrechtelijk perspectief blijft het systeem van het Burgerlijk Wetboek het uitgangspunt. Deze bijdrage definieert het normatieve kader waarbinnen de Raad zijn positie bepaalt.



1 De Hoge Raad als tussenschakel

Welke rechtsvormende rol zou de Hoge Raad moeten spelen op het terrein van het privaatrecht in het licht van de europeanisering van

dit rechtsgebied? In een lezing die hij uitsprak ter gelegenheid van de Staatsrechtconferentie 2012 stelde de toenmalige president van de Hoge Raad Geert Corstens:

'Hoe meer het recht aan supranationale bronnen ontspruit, hoe meer de positie van de Hoge Raad die van een tussenschakel wordt: een intermediair tussen de hoogste Europese gerechten en de nationale rechtsorde. Daarmee neemt zijn verantwoordelijkheid als hoogste nationale bewaker van het Europese recht en als vertaler van de rechtspraak van de Europese gerechten in betekenis toe. (...) De nationale rechter – en dat geldt dus ook voor de Hoge Raad – wordt steeds meer een echte Europese rechter.'¹

Deze veranderende rol van de rechter heeft vanuit de Europese constitutionele theorie al geruime tijd de aandacht van rechtsgeleerden, die zich buigen over de verhoudingen tussen nationale en supranationale instituties en grondrechtelijk beschermde waarden: wie zou het laatste woord moeten hebben in gevallen waar Europese en nationale regels

en beginselen met elkaar in conflict komen?²

Daarnaast, en in samenhang met zowel de institutionele kant als de waardendimensie van het recht, rijst in Nederland steeds vaker de vraag welke procedurele en materiële gevolgen de europeanisering van de rechtspraak heeft voor de ontwikkeling van de rechtsgebieden waarop de Hoge Raad op nationaal niveau als hoogste rechtscollege geldt, te weten civiel recht, straf- en belastingrecht. Wat mag van dit rechtscollege als Europese rechter worden verwacht, in het bijzonder gezien het ontbreken van een hoogste constitutionele rechter in het Nederlandse stelsel?

Welke rechtsvormende rol zou de Hoge Raad moeten spelen op het terrein van het privaatrecht in het licht van de europeanisering van dit rechtsgebied?

In deze bijdrage staat de rol van de Hoge Raad in de ontwikkeling van het Europees privaatrecht centraal. Het privaatrecht roept belangrijke en unieke vragen op, nu het ziet op verhoudingen tussen burgers onderling

* Prof.dr. C. Mak is hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder fundamentele rechten en privaatrecht, bij het Centre for the Study of European Contract Law, UvA. Het onderzoek voor deze bijdrage heeft plaatsgevonden in het kader van het NWO Vidi-project 'Judges in Utopia', www.judgesinutopia.blogspot.com.

1 G. Corstens, 'De veranderende constitutionele rol van de rechter' (Staatsrechtconferentie 2012), www.rechtspraak.nl/Organisatie/Hoge-Raad/OverDeHogeRaad/Pages/De-veranderende-constitutionele-rol-van-de-rechter.aspx, onder '5. Internationalisering' (laatst geraadpleegd op 25 mei 2015).

2 Zie onder meer N. Walker, 'The Idea of Constitutional Pluralism', *Modern Law Review* 2002, p. 317-359; M. Poiares Maduro, 'Contra-punctual Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action', in: N. Walker (red.), *Sovereignty in Action*, Oxford: Hart Publishing 2003, p. 501-537; M. Kumm, 'Who is the Final Arbiter of Constitutionality in Europe? Three Conceptions of the Relationship between the German Federal Constitutional Court and the European Court of Justice', *Common Market Law Review* 1999, p. 351-386; N. Krisch, *Beyond Constitutionalism*, Oxford: Oxford University Press 2010; C. Müllers, *The Three Branches: A Comparative Model of Separation of Powers*, Oxford: Oxford University Press 2013.

– in tegenstelling tot de verhouding tussen burger en nationale of Europese overheid die in straf- en belastingrecht aan de orde is – en vaak als sterk nationaal bepaald wordt beschouwd – want beheerst door het systeem van het Burgerlijk Wetboek (BW).³ In het bijzonder wordt in het navolgende de doorwerking van EU-recht bekeken.⁴ Het Unierecht breekt door de nationaal vastgelegde structuur van het privaatrecht heen en verandert daarmee het kader voor rechtsverhoudingen tussen private partijen, zowel via wetgeving (verordeningen, richtlijnen) als via rechtspraak (prejudiciële procedures⁵ en toepassing van Europeesrechtelijke bepalingen in civiele geschillen). De Hoge Raad bevindt zich op een sleutelpositie in de ontwikkelingen, als Nederlands hoogste civiele rechter, die rechtseenheid en rechtszekerheid moet bewaren. Wat betekenen de door Corstens genoemde verantwoordelijkheden van de Hoge Raad als bewaker van Unierecht en vertaler van de uitspraken van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) voor rechtsvorming op het gebied van het privaatrecht?

Het privaatrecht roept belangrijke en unieke vragen op, nu het ziet op verhoudingen tussen burgers onderling en vaak als sterk nationaal bepaald wordt beschouwd

Een antwoord op deze vragen is allereerst afhankelijk van de door het EU-recht aan de lidstaten opgelegde verplichtingen om adequate remedies voor schending van Unierecht te bieden (die in paragraaf 2 aan bod komen). Inzichten uit de constitutioneelrechtelijke theorie geven aanknopingspunten voor de nadere duiding van de plaats van de Hoge Raad als civiele rechter in de gelaagde rechtsorde die door het samenspel van nationale en Europese regels in het leven is geroepen (paragraaf 3). Aan de hand van de rechtspraak over ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten wordt vervolgens duidelijker hoe de Hoge Raad vorm geeft aan zijn veranderende rol in het licht van de rechtspraak van het HvJ EU (paragraaf 4). Tot besluit volgen enkele overwegingen over de wenselijke ontwikkeling van deze positie, in het bijzonder met het oog op de coherentie van het Europees privaatrecht (paragraaf 5).

2 Effectieve remedies in het Europees privaatrecht

Bij gebrek aan een overkoepelend Europees Burgerlijk Wetboek heeft het gebied dat in deze bijdrage als ‘Europees privaatrecht’ wordt benoemd een bijzonder, gelaagd karakter. Het omvat regels en beginselen voor privaatrechtelijke verhoudingen die van verschillende niveaus van regulering afkomstig zijn. Zo zijn in een procedure over contractuele aansprakelijkheid van een garage voor het leveren van een tweedehands auto die niet lang na de aankoop spontaan vlam vatte en geheel uitbrandde⁶ niet alleen regels van algemeen Nederlands contractenrecht van toepassing, maar ook de regels die door de Richtlijn consumentenkoop⁷ in het nationale recht zijn geïntroduceerd. Dit betekent dat civiele rechters niet enkel zorgdragen voor de handhaving van nationale bepalingen van privaatrecht, maar tevens voor het waarborgen van EU-regels die op privaatrechtelijke geschillen van toepassing zijn. Bovendien krijgen zij te maken met de wisselwerking tussen nationale en Europese regels, die vanuit verschillende onderliggende waarden en beginselen tegen privaatrechtelijke relaties aankijken. De Hoge Raad, als hoogste civiele rechtscollege, heeft in dit kader de verantwoordelijkheid voor het bewaken van rechtseenheid en rechtszekerheid in Nederland tegen de achtergrond van een Europees privaatrecht dat de uitgangspunten van het nationale recht regelmatig fundamenteel bevraagt.

De Hoge Raad heeft de verantwoordelijkheid voor het bewaken van rechtseenheid en rechtszekerheid in Nederland tegen de achtergrond van een Europees privaatrecht dat de uitgangspunten van het nationale recht regelmatig fundamenteel bevraagt

De door Corstens aangehaalde taak van de Hoge Raad als ‘hoogste nationale bewaker van het Europese recht’ volgt voor het EU-recht uit artikel 19 lid 1 van het Verdrag betreffende de Europese Unie (VEU). Dit artikel bepaalt dat ‘[d]e lidstaten voorzien in de nodige rechtsmiddelen om daadwerkelijke rechtsbescherming op de onder het recht van de Unie vallende gebieden te verzekeren’. Voor het Nederlandse privaatrecht brengt dit mee dat in het algemeen zal moeten worden terug-

- 3 Over nationalisme en privaatrecht: G. Comparato, *Nationalism and Private Law in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2014.
- 4 Vgl. Asser/Hartkamp 3-I*, *Europees recht en Nederlands vermogensrecht* (3e druk), Deventer: Kluwer 2015. Zie voor de doorwerking van het EVRM in nationaal recht ook J.H. Gerards, ‘The prism of fundamental rights’, *European Constitutional Law Review* 2012, p. 173-202; J.M. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht. Over de inpassing van de fundamentele rechtsschending in het Nederlandse burgerlijk recht*, Den Haag: BJu 2013.
- 5 E.S. Daalder & R. de Graaff, ‘Rome, Luxemburg, Den Haag: de prejudiciële procedure als rechtsvormend instrument’, *Ars Aequi* 2015-4, 324-332 (AA20150324).
- 6 De casus is ontleend aan HvJ EU 4 juni 2015, C-497/13 (*Faber/Auto-bedrijf Hazet Ochten*).
- 7 Richtlijn 1999/44/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van de verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen (*PB L* 171, p. 12).

gekoppeld naar het Burgerlijk Wetboek om vast te stellen welke remedies kunnen worden ingeroepen bij schending van het Unierecht in een verhouding tussen private partijen. Bepalingen van primair EU-(privaat)recht die zelf de remedie aangeven zijn schaars; in het EU-Werkingsverdrag biedt artikel 101 lid 2 het bekendste voorbeeld, voor zover het voorschrijft dat overeenkomsten die in strijd komen met het kartelverbod nietig zijn.⁸ Vaker zal echter dienen te worden aangeknoopt bij onder meer goede zeden (art. 3:40 BW), redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) of onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) om een vordering wegens schending van EU-recht te onderbouwen.⁹ In het secundaire Unierecht dat van belang is voor privaatrechtelijke verhoudingen, in het bijzonder de consumentenrichtlijnen, komen meer specifieke remedies voor – denk bijvoorbeeld aan het recht van de consument op herstel of vervanging van een product dat niet aan de verwachtingen voldoet (Richtlijn consumentenkoop). Aangezien veel richtlijnen op dit gebied uitgaan van minimumharmonisatie, en dus ruimte laten aan lidstaten om een hoger niveau van consumentenbescherming te bieden dan de richtlijn voorschrijft, blijft niettemin ook hier een belangrijke rol voor het nationale recht en de nationale rechtspraak weggelegd.

De door Corstens genoemde rol van de Hoge Raad als ‘vertaler van de rechtspraak van de Europese gerechten’ berust op deze verdragsrechtelijke verplichtingen en komt tot uitdrukking in een rechterlijke dialoog¹⁰ in het Europees (privaat)recht. Nationale rechters waarborgen het Unierecht in samenwerking met het HvJ EU, via de prejudiciële procedure.¹¹ Hoogste rechtscolleges nemen een speciale plek in, gezien hun autoriteit en verantwoordelijkheid om de rechtseenheid op nationaal niveau te waarborgen. Zij zijn bovendien verplicht in geval van onduidelijkheid over de uitleg van het Unierecht een vraag voor te leggen aan het HvJ EU. Niettemin genieten zij aanmerkelijke vrijheid bij de invulling van hun rol en het zal dan ook niet verbazen dat sommige constitutionele gerechten en hooggerechtshoven beduidend vaker van de prejudiciële procedure gebruik maken dan andere.¹²

Sinds het EU-Handvest van de Grondrechten met de inwerkingtreding van het Verdrag van Lissabon in december 2009 juridisch bindend is geworden,¹³ is de rol van de rechter ook verankerd in het constitutionele recht van de Unie. Artikel 47 van het Handvest bepaalt dat ‘[e]enieder wiens door het recht van de

Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht [heeft] op een doeltreffende voorziening in rechte, (...)’. De rechtspraak van het HvJ EU laat zien dat dit recht op een effectieve remedie het meest ingeroepen Handvest-artikel in prejudiciële procedures is.¹⁴ De verwachting is dat artikel 47 ook een belangrijke rol zal spelen in de verdere ontwikkeling van effectieve privaatrechtelijke remedies voor schendingen van Unierecht.¹⁵

In zaken met een Europese dimensie krijgt de Hoge Raad te maken met regels van nationaal en supranationaal privaatrecht en moet hij van geval tot geval bezien of het nodig is nadere uitleg van toepasselijk Unierecht aan het HvJ EU te vragen

3 Wie heeft het laatste woord?

De complexiteit van het juridisch-institutioneel kader waarbinnen effectieve remedies in privaatrechtelijke geschillen worden gezocht, maakt het geen gemakkelijke opgave om te bepalen welke rol de Hoge Raad heeft, en zou moeten hebben, als Europese civiele rechter. In zaken met een Europese dimensie krijgt de Raad te maken met regels van nationaal en supranationaal privaatrecht en moet hij van geval tot geval bezien of het nodig is via een prejudiciële procedure nadere uitleg van toepasselijk Unierecht aan het HvJ EU te vragen. In dit proces dient het hoogste rechtscollege steeds de eigen positie te bepalen met betrekking tot de vragen (a) wie het laatste woord heeft in geval van spanningen tussen nationale en supranationale beginselen en regels, en (b) welke uitkomst in het licht van rechtseenheid en rechtszekerheid het best aansluit bij de – soms uiteenlopende – grenzen die nationale en supranationale regels stellen aan de vrijheid van private actoren.

Een voorbeeld uit de jurisprudentie van het HvJ EU geeft inzicht in de visie die het Hof lijkt te hebben op de manier waarop nationale hoogste rechters deze twee vragen zouden moeten beantwoorden. In de zaak *Omega*¹⁶ was de vraag aan de orde of Europees recht in de weg stond aan het in Duitsland verbieden van de organisatie van lasergames, waarin deelnemers met speciale tenues en laserpistolen simuleren dat zij andere deelnemers dood-

8 Asser/Hartkamp 3-I*, no. 6.

9 Zie bijv. Asser/Hartkamp 3-I*, no. 47, over vordering van derden wegens schending van art. 101 VWEU.

10 Zie o.a. A. Stone Sweet, *Governing with Judges. Constitutional Politics in Europe*, Oxford: Oxford University Press 2000; A. Arnall, ‘Judicial Dialogue in the European Union’, in: J. Dickson & P. Eleftheriadis (red.), *Philosophical Foundations of European Union Law*, Oxford: Oxford University Press 2012, p. 109-133; en vanuit (Nederlands) privaatrechtelijk perspectief, C.H. Sieburgh, ‘Legitimiteit van de confrontatie van Europees recht en burgerlijk recht van nationale origine’, in: W.J.M. Voermans, M.J. Borgers & C.H. Sieburgh, *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (preadviezen NJV 2011), Deventer: Kluwer 2011, p. 187-242.

11 Daalder & De Graaff 2015.

12 Hof van Justitie van de EU, *Jaarverslag 2014*, p. 121-124 (Gerechtelijke statistieken van het Hof van Justitie).

13 Art. 6 lid 1 EU-Verdrag.

14 *Staff Working Document on the application of the EU Charter of Fundamental rights in 2014*, COM(2015) 99 final, p. 9.

15 H.-W. Micklitz, ‘The ECJ Between the Individual Citizen and the Member States – A Plea for a Judge-Made European Law on Remedies’, in: H.-W. Micklitz & B. de Witte (red.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 349-400; C. Mak, ‘Rights and Remedies. Article 47 EUCFR and Effective Judicial Protection in European Private Law Matters’, in: H.-W. Micklitz (red.), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 236-258.

16 Zaak HvJ EU 14 oktober 2004, C-36/02 (*Omega Spielhallen / Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*).

schieten. De verheerlijking van geweld die daarmee gepaard ging, zou indruisen tegen wat de Duitse publieke opinie beschouwde als fundamentele waarden, in het bijzonder de menselijke waardigheid (art. 1 van de Duitse Grondwet). Hoewel het ging om een bestuursrechtelijke procedure, is de zaak voor het privaatrecht van belang gezien de beperking van contractsvrijheid die door het verbod in het leven werd geroepen. Het Duitse bedrijf Omega dat de lasergames wilde organiseren, werd beperkt in zijn mogelijkheden laseruitrustingen en -techniek af te nemen van het Britse bedrijf Pulsar, dat deze producten in het Verenigd Koninkrijk wettig in de handel bracht. Daarmee was sprake van een beperking van het vrij verkeer van diensten (art. 49 EG; het huidige art. 56 VEU) en tevens van het vrij verkeer van goederen (art. 28 EG; het huidige art. 34 VEU), aldus het HvJ EU.¹⁷ Het Hof overwoog echter dat deze beperking gerechtvaardigd kon worden uit hoofde van de openbare orde (art. 46 jo. 55 EG; de huidige art. 52 jo. 62 VEU), op grond van een inbreuk op de menselijke waardigheid. Hoewel het Hof hiermee menselijke waardigheid als gedeeld Europees beginsel erkende, liet het de invulling ervan aan het nationale recht: 'Dienaangaande is niet vereist dat alle lidstaten over de door de autoriteiten van een lidstaat vastgestelde beperkende maatregel eenzelfde overtuiging delen met betrekking tot de wijze van bescherming van het betrokken grondrecht of rechtmatig belang.'¹⁸ Mits het verbod op lasergames noodzakelijk was op basis van de Duitse Grondwet en het proportionaliteitsbeginsel in acht werd genomen, stond het de Duitse rechter dus vrij het verbod in stand te laten en daarmee de contractsvrijheid van Omega en Pulsar te beperken in het licht van de menselijke waardigheid.

Het HvJ EU lijkt hier sterk uit te gaan van het Europese recht en legt de bevoegdheid voor het bepalen van zijn verhouding tot nationale rechters (*Kompetenz-Kompetenz*) in beginsel bij zichzelf. Vanuit een publiekrechtelijk perspectief sluit dit aan bij de uitgangspunten die het Hof reeds in *Costa / E.N.E.L.*¹⁹ heeft geformuleerd met betrekking tot de verhouding tussen Unierecht en nationaal constitutioneel recht.²⁰ bij een conflict tussen de twee, heeft het EU-recht in principe voorrang. In geschillen voor nationale rechters zou dit meebrengen dat het HvJ EU op Europees niveau gemeenschappelijke waarden en beginselen benoemt,²¹ die door de lidstaten effectief dienen te worden gewaarborgd (vgl. art. 19 VEU). Nationale rechters zouden vanuit die

visie het Europese hof in Luxemburg het laatste woord moeten gunnen over welke waarden en beginselen worden gedeeld – de erkenning van menselijke waardigheid als beginsel van Unierecht in *Omega* vormt een illustratie. De mate waarin nationale gerechten vrij zijn te bepalen hoe deze gedeelde Europese waarden en beginselen naar het nationale recht worden teruggekoppeld, zou eveneens primair door het HvJ EU worden bepaald.²² Enkel voor zover het Hof in *Omega* overwoog dat het niet noodzakelijk was op EU-niveau vast te leggen wat bescherming van menselijke waardigheid naar nationaal recht meebracht, werd aan de lidstaten ruimte geboden een eigen invulling te geven.

Niet alle nationale hoogste rechters accepteren een dergelijke europeanistische visie. In constitutioneelrechtelijke literatuur wordt gewezen op de kanttekeningen die nationale (constitutionele) hoven hebben geplaatst bij de voorrang en rechtstreekse werking van Unierecht.²³ Vanuit een nationaalrechtelijk perspectief zou het aan de hoogste gerechtshoven voorbehouden zijn om te bepalen in welke gevallen de opvatting van het HvJ EU de doorslag mag geven.²⁴ Zo heeft het Duitse constitutionele hof (Bundesverfassungsgericht) de mogelijkheid aan zichzelf gehouden om waar nodig te beoordelen of het Europese hof zijn bevoegdheden te buiten is gegaan. Hoewel het Duitse hof benadrukt 'europarechtsvriendelijk'²⁵ met zijn taak om te gaan, claimt het zeer stellig *Kompetenz-Kompetenz*. De Duitse Grondwet vormt daarmee de grondslag en het raamwerk voor de doorwerking van Unierecht in het nationale, Duitse recht.

Voor privaatrechtelijke casus speelt binnen dit kader de vraag welke inhoudelijke consequenties de keuzes van het Europese hof en de nationale rechter hebben voor partijen: in hoeverre wordt de partijautonomie beperkt en op welke gronden?

Voor privaatrechtelijke casus speelt binnen dit kader de vraag welke inhoudelijke consequenties de keuzes van het Europese hof en de nationale rechter hebben voor partijen: in hoeverre wordt de partijautonomie beperkt en op welke gronden? Een europeanistische visie zal meer nadruk leggen op Europese

17 *Omega*, punt 27.

18 *Omega*, punt 37.

19 HvJ EEG 15 juli 1964, 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 (*Costa / E.N.E.L.*).

20 Vgl. M. Kumm, 'How does European Union law fit into the world of public law? Costa, Kadi and three conceptions of public law', *New York University School of Law Public Law & Legal Theory Research Paper Series*, working paper nr. 11-16, maart 2011, p. 13 e.v.

21 Vgl. K. Lenaerts, 'Up-holding Union Values in Times of Societal Change: The Role of the Court of Justice of the European Union' (lezing), Durham European Law Institute, 17 februari 2014, www.dur.ac.uk/resources/department/law-justice/events/annual%20lectures%202014/ *Lenaerts_2014_Durham.pdf* (laatst geraadpleegd op 22 juni 2015): '[N]ational diversity and EU legislative consensus must both comply with values which are regarded as all-European, i.e. those that are the object of a constitutional consensus at EU level. It is this latter consensus that guarantees that the forces that bring Europeans together are stronger than those that pull them apart.'

22 Vgl. T. Tridimas, 'Constitutional review of member state action: The virtues and vices of an incomplete jurisdiction', *International Journal of Constitutional Law* 2011, p. 737-756, die een onderscheid maakt tussen 'outcome cases', 'guidance cases' en 'deference cases'.

23 Zie voor een overzicht A. Dyeve, 'European Integration and National Courts: Defending Sovereignty under Institutional Constraints?', *European Constitutional Law Review* 2013, p. 139-168.

24 Dyeve 2013, p. 153.

25 BVerfG 6 juli 2010, 2 BvR 2661/06, ECLI:DE:BVerfG:2010:rs20100706.2 bvr266106 (*Honeywell*), r.o. 58.

(economische) waarden, terwijl nationaal recht juist op lokaal niveau gedeelde waarden als uitgangspunt neemt. Deze lokale waarden kunnen van lidstaat tot lidstaat verschillen en soms in conflict komen met elkaar en met Europa. De invulling van open normen als goede zeden, openbare orde en redelijkheid en billijkheid vormt een goed voorbeeld, zoals bleek uit de voornoemde *Omega*-zaak.²⁶ Nationale rechters in civiele geschillen komen daarmee voor het dilemma te staan aan welke waarden zij in het specifieke geval voorrang dienen te verlenen, en op welke gronden. Dit brengt ons terug bij de Nederlandse rechter: welke positie kiest de Hoge Raad? En welke verdere ontwikkeling van rechterlijke rechtsvorming zou wenselijk zijn gezien de verschillende rollen van de Hoge Raad als bewaarder van rechtseenheid en rechtszekerheid in het nationale privaatrecht, en bewaker en vertaler van het Unierecht?

In tegenstelling tot het Duitse constitutionele hof heeft de Hoge Raad zich tot nu toe niet expliciet uitgelaten over zijn plaatsbepaling ten opzichte van het HvJ EU

4 De Hoge Raad als Europese civiele rechter

In tegenstelling tot het Duitse constitutionele hof heeft de Hoge Raad zich tot nu toe niet expliciet uitgelaten over zijn plaatsbepaling ten opzichte van het HvJ EU. Aangezien het Unierecht, anders dan andere internationale rechtsregels, onafhankelijk van nationale constituties in het recht van de lidstaten doorwerkt, kunnen aan de jurisprudentie van het HvJ EU bovendien geen conclusies worden verbonden over mogelijke verschillende taakopvattingen van nationale rechters. Op grond van de inrichting van de nationale rechtsorde kan echter wel een inschatting worden gemaakt van de benadering die een bepaald nationaal hof zal kiezen. Gezien het (gematigd) monistische karakter van de Nederlandse rechtsorde, waarin eenieder verbindende verdragsbepalingen op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet rechtstreeks doorwerken, is niet onaannemelijk dat de Hoge Raad minder moeite zal hebben met de inwerking van Europees recht op het nationale systeem dan het Duitse Hof, dat in een dualistisch stelsel werkt. Zo merkt Corstens

met betrekking tot de doorwerking van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) op:

'In dit [het Nederlandse; CM] monistische stelsel heeft de rechter dus de constitutionele opdracht het internationale recht in concrete gevallen toe te passen, ook al leidt dit soms tot het buiten toepassing laten van nationaal recht. Langs deze weg treedt de nationale rechter in wezen al op als constitutionele rechter. Het resulteert in een systeem dat naar zijn inhoud gemeten niet wezenlijk afwijkt van dat van landen dat toetsing van nationale formele wetten aan nationaal gewaarborgde mensenrechten toelaat. Integendeel, de Nederlandse rechter moet veel verder gaan dan rechters die hebben te maken met dualistische systemen.'²⁷

In het navolgende zal worden verdedigd dat de jurisprudentie op het gebied van doorwerking van Unierecht in het Nederlandse privaatrecht dit beeld vanuit constitutioneelrechtelijk perspectief bevestigt. Niettemin nodigen de overwegingen van de Hoge Raad uit tot verdere gedachtevorming over zijn positie in de ontwikkeling van het Europees privaatrecht.

De overwegingen van de Hoge Raad nodigen uit tot verdere gedachtevorming over zijn positie in de ontwikkeling van het Europees privaatrecht

Een concreet aanknopingspunt voor de analyse biedt de rechtspraak over ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten. De Europese Richtlijn 93/13 geeft een minimumstandaard voor de bescherming van consumenten tegen onredelijk bezwarende algemene contractvoorwaarden van professionele wederpartijen. In het Nederlandse recht is deze oneerlijkheidsnorm ingepast in de bestaande regeling met betrekking tot algemenevoorwaardentoetsing van afdeling 6.5.3 van het Burgerlijk Wetboek. In haar uitgebreide rechtsvergelijkende studie naar de uitwerking van de oneerlijkheidsnorm stelde Pavillon vast dat de invulling van de toetsingsmaatstaf van artikel 6:233 sub a BW, de onredelijk bezwarendheid van een beding, geen divergentie tussen Europees en Nederlands recht liet zien.²⁸ Wat betreft de handhaving van de norm heeft de doorwerking van Unierecht de Hoge Raad niettemin bewogen tot een uitdrukkelijke bevestiging en inpassing van de rechtspraak van het HvJ EU in het Nederlandse privaatrecht.

Waar Pavillon in 2011 nog wees op de 'weinig sturende rol van de Hoge Raad' in de handhaving van de oneerlijkheidsnorm,²⁹ laat het arrest *Heesakkers/Voets* van 13 septem-

²⁶ Zie over de invulling van redelijkheid en billijkheid ook A.G. Castermans, *Ik en mijn recht in Europa* (diesoratie), Leiden: Universiteit Leiden 2012, p. 7-9.

²⁷ Corstens 2012, onder '2. De huidige constitutionele rol van de Nederlandse rechter'.

²⁸ C.M.D.S. Pavillon, *Open normen in het Europees consumentenrecht. De oneerlijkheidsnorm in vergelijkend perspectief* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2011, p. 83-114, 135.

²⁹ Pavillon 2011, p. 135. Zie ook M.B.M. Loos, 'Ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten: zou de Hoge Raad de rechtspraak van het Hof van Justitie niet ook eens moeten lezen?', *WPNR* 2007, p. 867-869.

ber 2013³⁰ een omslag in de benadering van de Hoge Raad zien. De rechtsvraag betrof de gehoudenheid van de Nederlandse rechter om ambtshalve de toelaatbaarheid van een rentebeding in een aannemingsovereenkomst te toetsen. In navolging van advocaat-generaal Wissink gaat het rechtscollege in zijn uitspraak zeer uitgebreid in op de lijn die door het HvJ EU is uitgezet met betrekking tot ambtshalve toetsing en bepaalt het de gevolgen naar Nederlands recht. Onder verwijzing naar onder meer de uitspraken *Océano*, *Mostaza Claro*, *Asturcom*, *Banco Español de Credito*, *Pénzügyi Lizing*, *Pannon* en *Asbeek Brusse*,³¹ overweegt de Hoge Raad dat ‘een richtlijnconforme uitleg van het Nederlandse recht’ meebrengt ‘dat de Nederlandse rechter op grond van artikel 6:233 BW gehouden is het hiervoor bedoelde onderzoek [naar de oneerlijkheid van het rentebeding; CM] ambtshalve te verrichten ingeval Richtlijn 93/13 die verplichting meebrengt’.³² Voorts geldt ‘dat indien de rechter vaststelt dat een beding oneerlijk is in de zin van Richtlijn 93/13, hij gehouden is het beding te vernietigen’.³³ In *Heesakkers / Voets* integreert de Hoge Raad derhalve de Europese rechtspraak in het Nederlandse recht, wat aansluit bij een monistisch, relatief europeanistisch perspectief.

In *Heesakkers / Voets* integreert de Hoge Raad de Europese rechtspraak in het Nederlandse recht, wat aansluit bij een monistisch, relatief europeanistisch perspectief

Het arrest laat niettemin ook zien dat de Hoge Raad het Nederlands privaatrechtelijk systeem niet geheel ondergeschikt maakt aan het Unierecht. Met de eerdergenoemde overweging betreffende ambtshalve vernietiging van oneerlijke bedingen lijkt het rechtscollege weliswaar de niet-bindendheid van oneerlijke bedingen op grond van Europese regels (art. 6 Richtlijn 93/13) leidend te laten zijn. Het gaat echter niet zover om een wijziging van het Nederlandse wettelijke toetsingskader voor algemene voorwaarden voor te stellen, maar kiest voor richtlijnconforme interpretatie van artikel 6:233 sub a BW. Deze constructie is door Hartkamp benoemd als passend binnen het wettelijk systeem, nu volgens de parlementaire geschiedenis sancties betreffende vernietigbaarheid van rechtshandelingen ook ambtshalve mogen worden toegepast.³⁴ Krans

merkt hierover in zijn *NJ*-noot op dat ambtshalve vernietiging niet zonder meer te rijmen valt met artikel 6:233 BW, nu vernietiging een partijhandeling veronderstelt. Op grond van Europeesrechtelijke verplichtingen kan echter een bijzondere invulling worden gegeven aan de BW-bepaling, die meebrengt dat de rechter een onredelijk bezwarend beding ambtshalve kan vernietigen.³⁵ Wijziging van het Wetboek is hiervoor niet noodzakelijk. De Hoge Raad lijkt met de keuze voor deze vernietigingsconstructie het nationale privaatrechtelijke systeem als eerste aanknopingspunt te nemen en via inkleuring van de BW-norm Europeesrechtelijke verplichtingen een plaats te geven. Dit sluit aan bij een relatief meer nationaalrechtelijk georiënteerd perspectief.

Heesakkers / Voets laat niettemin ook zien dat de Hoge Raad het Nederlands privaatrechtelijk systeem niet geheel ondergeschikt maakt aan het Unierecht

Het voorbeeld van de ambtshalve voorwaardentoetsing duidt, kortom, op een tweeledige plaatsbepaling van de Hoge Raad. Vanuit constitutioneelrechtelijk oogpunt geeft de benadering van de Hoge Raad uitdrukking aan een europeanistisch getinte taakopvatting, waarin Unierecht rechtstreeks doorwerkt en de verplichtingen van de nationale rechter bepaalt. Vanuit privaatrechtelijk perspectief redeneert het hoogste rechtscollege daarentegen in de eerste plaats als nationale civiele rechter en past het Unierechtelijke verplichtingen in binnen de door het nationale privaatrecht bepaalde kaders.

5 De Hoge Raad als Hercules

Hoewel de plaatsbepaling van de Hoge Raad kan worden verklaard vanuit een combinatie van constitutioneelrechtelijke en privaatrechtelijke inzichten, is daarmee nog niet gezegd in hoeverre de rechtsvorming door de Hoge Raad op het terrein van het Europees privaatrecht zich in een wenselijke richting ontwikkelt. Een antwoord op die normatieve vraag is immers afhankelijk van de maatstaf waarlangs wordt gemeten. In de wisselwerking tussen EU-recht en nationaal privaatrecht ontmoeten Europese en nationale rechtsbeginselen elkaar, die soms samenlopen en soms in verschillende richtingen wijzen. Zo zijn de

30 HR 13 september 2013, NJ 2014/274 (*Heesakkers / Voets*) m.nt. Krans.

31 *Heesakkers / Voets*, r.o. 3.4-3.6.2.

32 *Heesakkers / Voets*, r.o. 3.7.1.

33 *Heesakkers / Voets*, r.o. 3.7.3.

34 A.S. Hartkamp, ‘Ambtshalve toepassing van art. 6:233 BW (onredelijk bezwarende bedingen) volgens HR 13 september 2013, RvdW 2013/1060 (*Heesakkers/Voets*)’, *WPNR* 2013, p. 1057-1060. Ruben de Graaff maakte mij erop opmerkzaam dat de terughoudendheid van de Hoge Raad tevens valt te verklaren vanuit de Nederlandse constitutionele traditie, waarbinnen de Hoge Raad de wetgever wel onder druk kan zetten, maar niettemin weigert de wetgever direct te bevelen, omdat het initiatief tot wetgeving volgens de Hoge Raad politiek van aard zou zijn. Zie G. Boogaard, *Het wetgevingsbevel* (diss. Amsterdam UvA), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2013.

35 H.B. Krans, noot bij *Heesakkers / Voets*, NJ 2014/274. Zie ook *Ambtshalve toetsing II. Herzien rapport van de LOVCK werkgroep*, november 2014, www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Sector-civiel-recht/Pages/rapport-Ambtshalve-toetsing-van-Europees-consumentenrecht.aspx (laatst geraadpleegd op 25 juni 2015).

Europese consumentenrichtlijnen grotendeels gebaseerd op de gedachte dat een hoog niveau van consumentenbescherming consumenten het vertrouwen zal geven om zich te begeven op de interne markt en daarmee de Europese economische integratie te bevorderen. Het Nederlandse BW is daarentegen niet in de eerste plaats gebaseerd op economische doelstellingen, maar weerspiegelt een meeromvattend idee van sociale rechtvaardigheid, dat bijvoorbeeld tot uitdrukking komt in de bescherming van zwakkere contractspartijen in de in Boek 7 BW opgenomen bijzondere overeenkomsten. Voor zover spanningen bestaan tussen Europese en nationale uitgangspunten, zoals met betrekking tot de ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden door de rechter, kan dit leiden tot inconsistenties in het privaatrecht.³⁶

De rol van de Hoge Raad wordt bepaald door zijn functies als bewaker en vertaler van Unierecht in combinatie met zijn taken als bewaarder van rechtseenheid en rechtszekerheid

Deze inconsistenties komen veelal tot uiting in privaatrechtelijke geschillen, ook bij gebrek aan een hoogste constitutionele rechter. De rechterlijke macht vormt daarmee een verbindende schakel tussen EU-recht en de nationale rechtsorde. De rol van de Hoge Raad, als Nederlands hoogste civiele rechter, wordt in dit kader bepaald door zijn functies als bewaker en vertaler van Unierecht in combinatie met zijn taken als bewaarder van rechtseenheid en rechtszekerheid. Deze taakomschrijving doet denken aan die van de door de Amerikaanse rechtsfilosoof Dworkin omschreven fictieve rechtersfiguur Hercules, 'a lawyer of superhuman skill, learning, patience, and acumen', die in staat is het geheel

van rechtsbeginselen dat een casus beheerst te overzien en op basis daarvan een binnen een coherent systeem passende oplossing te bepalen.³⁷

Een illustratie vormt de inpassing van de ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden die door het HvJ EU is voorgeschreven in het nationale recht. De analyse van het *Heesakkers/Voets*-arrest laat zien dat de Hoge Raad het secundaire Unierecht op contractenrechtelijk gebied omarmt. Voor de Hoge Raad blijken daarbij zowel Europese constitutioneelrechtelijke principes (rechtstreekse werking van Unierecht) als nationale privaatrechtelijke beginselen (contractsvrijheid, lijdelijkheid van de civiele rechter) de uitkomst van de rechtsvraag te beïnvloeden. Hoe deze beginselen zich tot elkaar verhouden blijft echter impliciet. In de rechtspraak worden bijvoorbeeld geen beschouwingen gewijd aan de verhouding van de Unierechtelijke oneerlijkheidsnorm tot de algemene norm van artikel 6:233 BW, die niet alleen voor consumentenovereenkomsten maar ook voor commerciële contracten geldt.

Als Europese *civiele* rechter blijft ruimte bestaan voor een meer uitdrukkelijke reflectie op de vraag in hoeverre het privaatrecht als nationaal systeem autonoom kan blijven ten opzichte van Europeesrechtelijke beginselen

De voorlopige slotsom luidt dan ook dat de Hoge Raad zich bewust is van zijn rol als Europese rechter en de dialoog met het HvJ EU niet schuwt.³⁸ In zijn functioneren als Europese civiele rechter blijft echter ruimte bestaan voor een meer uitdrukkelijke reflectie op de vraag in hoeverre het privaatrecht als nationaal systeem autonoom kan blijven ten opzichte van Europeesrechtelijke beginselen.

³⁶ Sieburgh 2011, p. 214-224.

³⁷ R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, 4e druk 1984, p. 105.

³⁸ Zie ook N. Huls, 'Bruggen bouwen. Interview met de nieuwe president van de Hoge Raad, Maarten Peteris', *NJB* 2015, p. 494.