

Overlap tussen fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen. Convergentie en afstemming

Verslaglegging¹ door Cato Deprez en Jan van der Schoor

De zesde expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog met als doel het signaleren van eventuele verschillen tussen publiekrecht en privaatrecht en mogelijke fricties die daarvan het gevolg (kunnen) zijn, naast het onderzoeken van de vraag op welke punten publiekrecht en privaatrecht van elkaar kunnen leren, een en ander voor en ook tussen Nederland en België.

Datum: 27 september 2024

Tijdstip: 13:00-18:00

Plaats: Gebouw van de Gewestelijke Overheidsdienst Brussel, Sint-Lazarusplein 2 in Brussel

Auteurs-sprekers: Ingrid Leijten (Nederland, publiekrecht), Chantal Mak (Nederland, privaatrecht), Willem Verrijdt (België, publiekrecht), Stefan Somers (België, privaatrecht)

Moderatoren: Martijn Scheltema (voor Nederland) en Steven Verbeyst (voor België)

Verslaggevers: Cato Deprez en Jan van der Schoor

Verwelkoming en inleiding

Steven Lierman, voorzitter meeting

De voorzitter van vandaag opent de meeting met een welkomstwoord aan alle genodigden.

Hij benoemt de prachtige locatie waar de dialoog vandaag plaatsvindt; de 32^e verdieping van het gebouw van de Gewestelijke Overheidsdienst Brussel. Het uitzicht op deze toch ietwat grauwe dag biedt ons een overzicht van Brussel en haar omstreken. Dit helikopterperspectief past bij het onderwerp van vandaag en de dialoog die gevoerd zal worden. Immers proberen we in de dialoog om een volledig beeld te krijgen van het onderwerp in zowel Nederland als België.

1. De meeting is gehouden onder de Chatham House Rule. Wanneer een vergadering, geheel of deels, wordt gehouden onder de Chatham House Rule zijn de deelnemers vrij om de ontvangen informatie te gebruiken, maar noch de identiteit noch de connectie van de spreker(s), noch die van een andere deelnemer, mag worden onthuld (de voorzitter en vice-voorzitter van het Platform, auteurs-sprekers en moderators vanzelfsprekend uitgezonderd).

Voor het gebruik van deze locatie en het leggen van de eerste contacten om dit mogelijk te maken dankt hij de gastheer, de heer eerste voorzitter van de Dienst voor Bestuursrechtscollages (DBRC), Filip Van Acker, en tevens de voormalig eerste voorzitter Eddy Storms. Daarnaast dankt hij het hele team van de DBRC voor de hulp bij de organisatie, in het bijzonder Jorien Van Bouwel en Koen Duym, alsook Lise Verbeuren van de Gewestelijke Overheidsdienst Brussel. Bijzondere dank gaat ook uit naar de heer Gerd Van Den Eede, adjunct secretaris-generaal van de Gewestelijke Overheidsdienst Brussel, voor de gastvrijheid en het ter beschikking stellen van de zaal.

Gerd Van Den Eede, adjunct secretaris-generaal van de Gewestelijke Overheidsdienst Brussel

Van Den Eede bedankt Steven voor zijn mooie woorden en benadrukt dat hij zich met alle plezier inzet voor het Platform. Hij vindt het een groot genoegen om dit gezelschap vandaag te ontvangen. Daarbij benoemt hij dat de dialoog het hart is van waar het in Brussel over gaat. Dialoog is van wezenlijk belang in de stad; over de verschillende gewesten tot op het niveau van de lidstaten van de EU. Hij onderstreept dat het onderwerp van vandaag van groot belang is: grondrechten gaan ons allemaal aan. Hij kijkt met genoegen uit naar deze middag en wenst iedereen een fijne zitting.

Steven Lierman

Steven vervolgt zijn introductie door de aanwezigen te wijzen op het feit dat dit vandaag de inmiddels zesde bijeenkomst is van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog. De dialoog van vandaag gaat over de overlap tussen grondrechten of fundamentele rechten enerzijds en privaatrechtelijke normen anderzijds. De vraag die centraal staat in dat verband is er een van convergentie en afstemming tussen de twee. Voor zij die belangstelling hebben voor de dialoog tijdens de vorige expertmeetings verwijst hij naar de website van het Platform, waar alle rapporten en verslagen zijn terug te vinden: recht-in-dialoog.eu. Inmiddels heeft ook de Canon van publiek- en privaatrecht in dialoog² het daglicht gezien, waaraan veel van de aanwezigen vandaag een gewaardeerde bijdrage hebben geleverd. De voorzitter van het Platform, Lidy Wiggers-Rust, kan deze dag helaas de dialoog niet bijwonen. Dat is niet zonder goede reden: als gevolg van een huwelijksfeest van haar zoon verblijft zij verlaat in het buitenland. Daarom heeft Lidy aan Steven gevraagd de leiding voor deze editie over te nemen. Net als in voorgaande jaren was Lidy volledig betrokken bij de voorbereiding van deze expertmeeting en heeft ze deze weer in goede banen geleid, met het gebruikelijke enthousiasme en oog voor detail. Steven doet op haar verzoek alle aanwezigen de hartelijke groeten.

Bij de vorige gelegenheden opende Lidy de dialoog altijd met kunst als inspiratiebron en Steven zet dit mooie gebruik graag voort. Hij vertelt dat hij vorig jaar in

2. L. Wiggers-Rust, S. Lierman e.a., *Canon van publiek- en privaatrecht in dialoog. Een tweeluik vanuit Nederland en België*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2023.

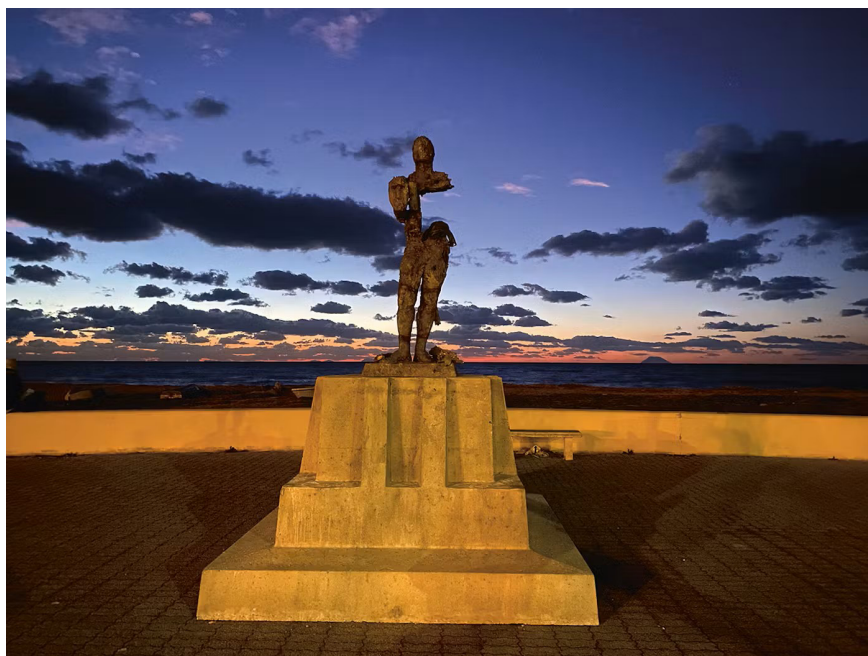


Het bronzen beeld *Mama Baranka* van kunstenaar Nelson Carrilho in Amsterdam.
Foto: Wikipedia.

de lente in Amsterdam doorbracht voor een onderzoeksverblijf bij de VU en dagelijks door het Vondelpark liep. Al snel werd hij aangetrokken door een bronzen beeld (zie hierboven) van Nelson Carrilho. Dat beeld maakte hij in 1984, een jaar na het overlijden van de 15-jarige Kerwin Duinmeijer – een jongen van Curaçaose afkomst – die in 1983 werd neergestoken in Amsterdam. Het beeld draagt de naam ‘Mama Baranka’, dat ‘Moeder Rots’ betekent. Dat is ook te zien; het beeld straalt kracht uit, geeft troost en symboliseert waardigheid en verdraagzaamheid. Laat het nou juist dat zijn waaraan het vandaag de dag te vaak ontbreekt: verdraagzaamheid en respect. Op de sokkel is de volgende tekst te lezen van Luis H. Daal:

Laat Amsterdam, eens bolwerk van verdraagzaamheid
de toorts van tolerantie verder dragen
omdat zijn huidskleur men niet kon verdragen
viel hier een mensenkind uit onverdraagzaamheid.

Binnen een week na de onthulling werd het beeld helaas beklad met witte verf. Dezelfde kunstenaar zette meer recent aan de Zuid-Italiaanse kust, in Calabrië, een beeld neer ter nagedachtenis aan een vermoorde Malinese migrant (zie volgende pagina). Ook dit beeld straalt kracht uit en staat symbool voor bevrijding, hoop en verbondenheid. Bij de onthulling van dit beeld zei Carrilho dat het probleem is dat we omgaan met migranten vanuit een ideologie van hebzucht. ‘We willen onze welvaart niet delen en maken daarom van migratie een probleem. Maar migratie is er altijd geweest. Het zou een mensenrecht moeten zijn.’ (*Standbeeld voor Malinese migrant in Calabrië: een gift aan verdeelde gemeenschap*, reportage van Sanne de Boer in *Wordt Vervolgd*, zomer 2022)



Het bronzen beeld *The Other Face* van kunstenaar Nelson Carrilho in San Ferdinando, Calabrië. Bron: de foto en de geciteerde tekst komen uit een reportage van Sanne de Boer in *Wordt Vervolgd*, Amnesty International, juli 2022, 'Standbeeld voor Malinese migrant in Calabrië: een gift aan een verdeelde gemeenschap'.

Vandaag bezoekt Paus Franciscus de KU Leuven naar aanleiding van haar 600^e verjaardag. Ook daar staat de thematiek centraal van de meest kwetsbaren in de samenleving. Fundamentele rechten beschermen bij uitstek minderheden en die mensen die niet de middelen hebben of de capaciteiten die we in onze samenleving al te vaak als een evidentie zien.

Bij grondrechtelijke bescherming wordt klassiek ingezoomd op de verticale verhouding tussen de machtige overheid en de kwetsbare burger. Maar deze eenzijdige benadering doet afbreuk aan de werkelijkheid. Ook in verhoudingen tussen private actoren en dus in het privaatrecht kan niet naast de invloed van grondrechten worden gekeken. Overigens bewandelt ook de overheid steeds vaker de privaatrechtelijke weg met een verdergaande verweving van publiek- en privaatrecht tot gevolg.

Deze onmiskenbare evolutie maakt vandaag het voorwerp uit van onze dialoog. In dat kader zal vandaag ongetwijfeld de Nederlandse uitspraak in de *Shell*-zaak aan bod komen, net zoals het gisteren uitgesproken arrest waarin het Belgische Grondwettelijk Hof een recht op afstammingsinformatie erkende. Maar de invloed van grondrechten op privaatrechtelijke verhoudingen is vaak subtieler en ook dat proberen we vandaag tijdens onze dialoog bloot te leggen.

Een woord van dank gaat uit naar de rapporteurs, tevens sprekers van vandaag voor de mooie preadviezen die zij op basis van de vooraf meegedeelde vraagpunten hebben geschreven. Die preadviezen zullen vandaag voor onze dialoog als deeltjesversnellers fungeren. Als laatst dankt Steven de sponsors, die het Platform in staat stellen zijn activiteiten verder te ontplooiën en tevens een brug slaan tussen de academie en de rechtspraktijk, en de verslagleggers van vandaag.

Zoals vooraf meegedeeld zal de meeting worden gehouden op basis van de Chatham House Rule. Het verslag zal dan ook – de auteurs/sprekers en moderatoren uitgezonderd – worden geanonimiseerd. Het woord wordt gegeven aan de moderatoren: Martijn Scheltema en Steven Verbeyst. Martijn is advocaat bij Pels Rijcken in Den Haag en ook hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit. Steven is professor Bestuursrecht aan de Vrije Universiteit van Brussel. Beiden zijn ook bestuurslid van het Platform.

Martijn Scheltema, moderator Nederland

Martijn zal, omdat hij het dichtst bij het scherm staat, vandaag de introductie van de onderwerpen voor zijn rekening nemen. Hij benadrukt dat dat vanzelfsprekend niets te maken heeft met de belangrijkheid van Nederland en België, maar dat dat puur een praktische zaak is. Martijn introduceert het onderwerp: we gaan het vandaag hebben over grondrechten en hoever die doorwerken in het privaatrecht, met daarbij de vraag of het nog uitmaakt of de overheid gebruikmaakt van het privaatrecht of dat die doorwerking ook tussen burgers speelt. Hij signaleert dat die doorwerking in Nederland vaak invulling geeft aan open normen, waarbij grondrechten slechts *een* factor zijn; men kan zich dan afvragen of die grondrechtelijke benadering nog toegevoegde waarde heeft.

Na de pauze zal de aandacht vooral uitgaan naar de wijze van toetsing van die grondrechten, al dan niet ambtshalve en ook de indringendheid ervan. Daarnaast gaat het vandaag over grondwettelijke toetsing – dat is bijzonder interessant vanwege het belangrijke verschil dat in België een Constitutioneel Hof bestaat, waar dat in Nederland ontbreekt. Daarbij merkt Martijn wel op dat in Nederland in feite ook grondwettelijk wordt getoetst; elke rechter kan immers wettelijke bepalingen toetsen aan internationale verdragen als het EVRM en het EU-Handvest. Toetsing van formele wetten aan de Grondwet komt in Nederland echter niet als zodanig voor. Vanuit de helikopterview lijkt dat verschil groot, maar misschien valt dat verschil dus ook wel mee – ook dat komt vandaag aan de orde.

De dialoog zal vandaag worden gevoerd met een toekomstgerichte blik. Vandaar ook dat een van de vragen vandaag is wat onze wensen voor de toekomst zijn, en wat er (nog) beter kan. We hebben het onderwerp vandaag geprobeerd samen te vatten in vijf thema's:

1. horizontale werking;
2. de techniek van de doorwerking;
3. de meerwaarde van toepassing van grondrechten ten opzichte van bestaande privaatrechtelijke normen;

4. ambtshalve toepassing en toetsingsintensiteit van grondrechten;
5. onze wensen voor de toekomst wat betreft de doorwerking van grondrechten.

Voordat de dialoog kan beginnen, is – aldus Martijn – heel belangrijk dat we van de Nederlandse en Belgische zijde de auteurs/preadviseurs uitnodigen om bij de centraal opgestelde tafeltjes te staan. Voor alle zekerheid introduceert hij de Nederlandse preadviseurs. Aan Martijns linkerzijde staat Chantal Mak (Nederland, privaatrecht). Aan zijn rechterzijde Ingrid Leijten (Nederland, publiekrecht).

Steven Verbeyst, moderator België

Steven dankt Martijn voor zijn woorden en heet iedereen van harte welkom in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Het gewest waar de Vrije Universiteit van Brussel is gelegen, maar ook het gewest waar onlangs een ‘wintermoratorium’ afgekondigd werd, dat inhoudt dat huurders in de periode tussen november en 15 maart niet uit hun huis mogen worden gezet. Niet enkel sociale huurders, maar ook huurders van private verhuurders genieten hier deze bescherming. Dit is een typisch voorbeeld van doorwerking van grondrechten. Vrederechters leggen dit verbod overigens regelmatig naast zich neer, omdat rechten van verhuurders hiermee te ver zouden worden ingeperkt. Of dat allemaal zomaar kan, zal vandaag van Belgische zijde worden besproken door twee juridische zwaargewichten. Aan zijn linkerzijde is dat Stefan Somers (België, privaatrecht), die vandaag de invalshoek van het privaatrecht zal vertegenwoordigen. Aan zijn andere zijde is dat Willem Verrijdt (België, publiekrecht).

Thema I. Horizontale werking

Inleiding thema I door Martijn Scheltema

We kunnen beginnen met de eerste vraag van vandaag; de verkenning van het onderwerp. Wat is horizontale werking, waar hebben we het eigenlijk over? We beginnen aan Nederlandse zijde. Wat is horizontale werking?

Chantal Mak, preadviseur privaatrecht, Nederland

Chantal begint met een dankwoord aan de organisatoren en complimenteert de mooie locatie. Ze ziet ernaar uit de preadviezen te bespreken en verwacht een mooie dialoog.

Wat is horizontale werking van fundamentele rechten? Daarvoor is het goed om eerst te bespreken wat we verstaan onder fundamentele rechten. Chantal vat ‘fundamentele rechten’ op in brede zin: *alle* fundamentele rechten, zowel nationaal als internationaal, zijn daarbij inbegrepen. De volgende vraag is waarom horizontale werking zo genoemd wordt. De gedachte daarbij is, traditioneel, dat het onderscheid gemaakt wordt tussen verticale werking – tussen overheid en private burger – en horizontale werking – waarbij het gaat over de verhouding

tussen private actoren onderling. Dat onderscheid vervaagt al snel als de overheid in privaatrechtelijke hoedanigheid handelt, wanneer zij privaatrecht inzet om, bijvoorbeeld, contracten te sluiten. Daarnaast zijn ook niet alle verhoudingen tussen private partijen gelijk, wanneer grote bedrijven in het spel zijn.

Ingrid Leijten, preadviseur publiekrecht, Nederland

Ingrid vangt aan met een woord van dank voor de uitnodiging om een preadvies te schrijven voor deze dialoog.

‘Horizontaal’ klinkt alsof het daarbij altijd gaat over *gelijkwaardige* partijen, maar natuurlijk kan het zo zijn dat de overheid in een privaatrechtelijke capaciteit handelt, waarbij grondrechtelijke bescherming, aldus Ingrid, verondersteld moet zijn. We zien in de bekendere zaken, waarin grondrechtelijke doorwerking in het privaatrecht een rol speelt, dat het niet zelden gaat om *grote* bedrijven tegen burgers. Met name in de recente klimaatzaken is dat van belang. Ingrid denkt dat we in onze preadviezen uiteindelijk allemaal vooral kijken naar horizontale werking wanneer dat bij een geschil voor de rechter aan de orde komt. De vraag die dan onbeantwoord blijft is in hoeverre de wetgever moet zorgen voor horizontale werking. We zullen het dus met name over dat eerste hebben, maar de vraag blijft – staatsrechtelijk – nog wel wie je met die verantwoordelijkheid wil opzadelen, met andere woorden of men dat op het bord van de rechter wil neerleggen.

Martijn Scheltema

Geeft het woord aan de Belgische collega’s.

Stefan Somers, preadviseur privaatrecht, België

Stefan neemt als eerste het woord en gaat in op het verschil tussen verticale en horizontale werking. Een verticale relatie veronderstelt dat de overheid, die over de zwaarmacht beschikt, als overheid optreedt. Dit betekent dat er een machtspositie aanwezig is op basis waarvan de overheid burgers eenzijdig kan dwingen, wat in horizontale relaties, waar het verbod op eigenrichting geldt, niet mogelijk is.

Willem Verrijdt, preadviseur publiekrecht, België

Willem bedankt de organisatoren voor de uitnodiging en wijst op het thema van deze meeting: de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen. Enerzijds gaat het om de definiëring van wat horizontale verhoudingen inhouden en anderzijds over de vraag wat doorwerking is.

De eerste vraag is volgens hem minder eenvoudig dan ze lijkt. Hij definieert horizontale verhoudingen als elke relatie waarin particulieren subjectieve rechten ten opzichte van elkaar kunnen doen gelden. Dit kan in een contractuele relatie, maar ook in een precontractuele of een buitencontractuele relatie. Daar is dikwijls het buitencontractuele feit de mensenrechtenschending zelf. Hij geeft enkele

voorbeelden van horizontale verhoudingen waarbij vaak een beroep wordt gedaan op mensenrechten (bijv. arbeidsrelaties, onderwijsverhoudingen en familierechtelijke betwistingen).

Een horizontale verhouding kan wat hem betreft ook de overheid omvatten. Dit kan echter enkel wanneer die overheid niet optreedt vanuit haar bevoegdheid om eenzijdig bindende rechtsnormen uit te vaardigen, maar gewoon als een private partij die het privaatrecht hanteert als een instrument om het algemeen belang te dienen. Ook in die setting is de essentie de vrije wil van beide partijen om in de relatie te stappen.

De vraag of de grondrechten ook van toepassing zijn wanneer de overheid als private partij optreedt, beantwoordt Willem positief. Anders kan de overheid zich altijd aan de toepasselijkheid van de grondrechten onttrekken door gewoon niet te kiezen voor een bindende rechtsnorm, maar voor privaatrechtelijke technieken.

Verder rijst de vraag naar de doorwerking van grondrechten in die private verhoudingen. In België ziet hij voornamelijk vier vormen van doorwerking.

Ten eerste wijst hij op de wetgevende doorwerking. Willem benadrukt dat de klassieke leer altijd heeft voorgehouden dat de grondrechten alleen maar kunnen worden afgedwongen ten opzichte van de overheid en dat die geen subjectieve rechten inhouden of geen verplichtingen voor burgers. Ondertussen is deze theorie al wat achterhaald. Hieruit vloeide echter wel voort dat wanneer men grondrechten wilde laten doorwerken in de horizontale verhouding, de wetgever aan zet was om dit door te voeren.

De tweede manier is typisch voor België, namelijk de grondwetstoetsing van privaatrechtelijke wetgeving. Elke wetgeving kan door het Grondwettelijk Hof aan de grondrechten worden getoetst, ook de wetgeving die horizontale verhoudingen beheerst.

Ten derde is er het leerstuk van de positieve verplichtingen zoals gekend uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Dit wordt ook in België door zowel het Grondwettelijk Hof als door de gewone rechter toegepast.

Tot slot wijst hij op het meest privaatrechtelijke aspect. In een geschil voor de civiele rechter komt het ook heel dikwijls voor dat één van de partijen of zelfs beide partijen zich niet alleen op een bindende privaatrechtelijke rechtsnorm beroepen, maar ook op de Grondwet of een EVRM-bepaling. En daar aanvaardt de rechtspraak quasi unaniem dat de particulieren in een horizontale verhouding inderdaad een beroep kunnen doen op de grondrechten. De enige discussie is of er dan directe horizontale werking is of indirecte horizontale werking.

Steven Verbeyst

Steven vat samen dat de horizontale werking toch niet zo eenduidig blijkt te zijn als eerder werd vermoed. Er zijn vele soorten van mogelijke combinaties van partijen – institutioneel dan wel privé – in verschillende soorten van relaties. De vraag is dan wat de impact daarvan zal zijn op de doorwerking. Hij wijst ook nog op het verband met het onderscheid tussen negatieve en positieve verplichtingen. Er ligt veel werk op tafel voor deze middag.

Martijn Scheltema

Martijn dankt de Belgische sprekers voor hun inbreng. In Nederland is het zo dat de overheid met het privaatrecht een hoop kan doen. De vraag is in hoeverre grondrechten een rol spelen wanneer de overheid privaatrechtelijk optreedt, en of we die doorwerking nog wel horizontaal kunnen noemen. En hoe verhoudt dat zich met beginselen van behoorlijk bestuur? Er bestaan ook combinaties van die twee, zoals bijvoorbeeld bij de vraag in hoeverre de overheid bij verkoop van grond zich moet onthouden van discriminatie en in hoeverre die algemene beginselen een rol spelen. Hebben we het op dat moment over horizontale werking?

Chantal Mak

Precies vanwege deze vraag vermijdt Chantal het begrip ‘horizontaal’. Enerzijds gaat het om de overheid, dus past dat niet in de definitie. Tegelijkertijd worden er wel privaatrechtelijke leerstukken ingezet om de overheid aansprakelijk te houden in klimaatzaken. Een privatist moet die zaken in zijn of haar onderzoek betrekken, ook al is de overheid partij.

Ingrid Leijten

Ingrid gebruikt de term ‘horizontale werking’ eigenlijk automatisch. Een van de kernpunten van haar betoog is dat grondrechten ruim worden uitgelegd, dat daar steeds vaker gedragingen jegens de burger en procedurele aspecten onder vallen, die zich wellicht op enige manier verhouden tot de beginselen van behoorlijk bestuur, én overlappen met open normen uit het privaatrecht. Kun je ‘grondrechten’ en de horizontale doorwerking als categorie nog wel zo goed afbakenen? Dat is per definitie erg lastig; het vloeit in elkaar over.

Martijn Scheltema

Martijn oppert dat het buiten een academische discussie misschien niet zo veel verschil maakt of we het horizontale werking noemen, of wat anders.

Ingrid Leijten

Het feit is dat die grondrechten terugkomen, en ook *expliciet*. Nog vaker duiken de onderliggende *waarden* van die grondrechten op in het privaatrecht. Wanneer er

soms een beroep wordt gedaan op die grondrechtelijke *normen*, dán noemen we het ‘horizontale werking’.

Steven Verbeyst

Steven wijst erop dat de vraag naar wat de doorwerking horizontaal maakt, een interessante vraag is. Wordt het nu een horizontale doorwerking genoemd of maakt het feit dat de overheid in het geding is onderdeel uit van de evenredigheidstoets? Hij vraagt de mening van Willem hierover.

Willem Verrijdt

Willem vindt de precieze terminologie van ondergeschikt belang. Men kan de term horizontale werking behouden om het onderscheid te blijven maken met de klassieke verticale relatie – waar we allemaal veel meer vertrouwd mee zijn. Voor hem is het vooral essentieel dat er altijd een evenredigheidstoets plaatsvindt. Dit zowel in horizontale als verticale verhoudingen. Daarenboven moeten bij die evenredigheidstoets alle verschillen tussen overheid en burger ook een rol spelen. De overheid heeft altijd van nature als taak om het algemeen belang na te streven en ze moet daarvoor soms maatregelen nemen die de grondrechten beperken. De evenredigheidstoets moet dan vanuit die filosofie vertrekken. Particulieren die elkaars grondrechten beperken, doen dat vanuit hun eigen belang. Iedereen mag in een vrije samenleving zijn eigen belang nastreven en mag daarbij zelfs inbreuk maken op de belangen van anderen. Het wordt al moeilijker als men daarbij inbreuk maakt op de rechten van anderen. Dan is er dus een andere filosofie van toepassing die in de evenredigheidstoets tot andere resultaten kan leiden.

Steven Verbeyst

Steven bedankt Willem voor de heldere verwoording en vat samen dat de terminologie minder uitmaakt zolang de verschillende elementen aan bod komen in de evenredigheidstoets. Hij vraagt of Stefan nog iets wil toevoegen.

Stefan Somers

Ook voor Stefan maakt de bewoording minder uit. Het gaat erom dat je een recht uitoefent in een bepaalde context. Stefan vertelt dat hij het vroeger gewoon ‘aansprakelijkheidsrecht’ noemde. Hij moest in dit verband als eerste denken aan de aansprakelijkheid van de wetgevende macht. Door het lezen van principiële arresten van het Hof van Cassatie daarover, werd het voor hem duidelijk. Het ging in die arresten om de schending van het recht op redelijke termijn onder artikel 6 EVRM. Op dat moment waren verschillende zaken aanhangig bij het EHRM waarbij het reëel was dat België veroordeeld zou worden als niet werd voorzien in een effectieve remedie om mensenrechten te beschermen in dat soort situaties. Volgens Stefan is het in die context vrij voorspelbaar dat het Hof van Cassatie beaamt dat het mogelijk is dat de wetgever – de overheid – aansprakelijk kan worden gesteld voor een fout op basis van artikel 1382 oud BW. Het Hof is er zich van bewust dat

wanneer het dat niet doet, het EHRM België mogelijk zal veroordelen in een aantal zaken. Die invloed bevindt zich in een institutionele context. Het is voor hem minder van belang of dit horizontaal of verticaal wordt genoemd. Wanneer een rechter beoordeelt of er een fout en schade is, houdt deze rekening met de rechtspraak van het EHRM die misschien niet de rechtsgrond is op basis waarvan de vordering werd ingesteld. De Grondwet en internationale verdragen leggen in principe geen verplichtingen op aan private personen, maar de rechter die het geschil moet beoordelen, creëert wel een mogelijkheid tot overheidsaansprakelijkheid als hij daar in het horizontaal geschil geen rekening mee houdt.

Dialogoog

Vanuit het publiek stelt een Nederlandse deelnemer de eerste vraag van vanmiddag. Hij schetst een korte casus die, volgens hem, nauw op dit onderwerp aansluit. In Nederland kan de burgemeester wegens drugsoverlast een woning sluiten – gebaseerd op een lange evenredigheidsjurisprudentie. De deelnemer heeft zich laten vertellen dat de wetgever het BW zou hebben gewijzigd in die zin dat als een dergelijke situatie zich voordoet, de huurovereenkomst via een buitengerechtelijke vaststelling kan worden ontbonden. We zien dat de gemeente (bij sluiting van een woning) rekening moet houden met velerlei belangen, waaronder ook die van kinderen – mede op grond van artikel 3 Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind (IVRK). De deelnemer vraagt zich af of de wetgever hiermee een misstap begaat. Op deze manier zou immers *zonder* die evenredigheidstoets een huurovereenkomst door de verhuurder worden ontbonden op grond van het (privaatrechtelijke) eigendomsrecht. Kinderen zouden op die manier achter kunnen blijven en getroffen kunnen worden door een schending van het IVRK. De vraag blijft over of de burgemeester zo'n evenredigheidstoets in privaatrechtelijke context zou moeten toepassen, nu de *wetgever* het mogelijk heeft gemaakt voor verhuurders om buitengerechtelijk te ontbinden, of dat dit dus in de privaatrechtelijke sfeer gelaten moet worden. De deelnemer signaleert dat Ingrid Leijten al zei dat de wetgever de grondrechten in horizontale verhoudingen moet regelen, maar zou in zo'n geval de wetgever niet iets over het hoofd hebben gezien?

Ingrid Leijten

Dit is een voorbeeld van wat Ingrid bedoelt als ze zegt dat je als wetgever niet de rechter of burgemeester de hete kolen uit het vuur moet laten halen. In dat opzicht is het een mooi voorbeeld. Waar dit ook een voorbeeld van is, is de discussie wat er gebeurt als er jonge kinderen in het spel zijn, hetgeen op vele terreinen een rol speelt. Betekent de betrokkenheid van jonge kinderen dat daar dan altijd een uitweg moet zijn?

Chantal Mak

Chantal bedankt de deelnemer voor het introduceren van deze mooie casus. Ze moet daarbij denken aan het werk van Michel Vols en zijn onderzoeksteam in Groningen dat dergelijke zaken onderzoekt. Zij betogen dat op grond van artikel 3

IVRK altijd door een rechter getoetst moet worden of er kinderen bij betrokken zijn. Daarbij gaat het inderdaad vooral om de vraag bij wie dan de verantwoordelijkheid ligt. Die lijkt te zijn verdeeld over verschillende partijen. De wetgever legt die verantwoordelijkheid blijkens de wet deels bij de burgemeester. Vervolgens rijst de vraag of de rechter ook ambtshalve aan het IVRK zou moeten toetsen als partijen dat niet aanvoeren, terwijl het eigenlijk ook de verplichting van ouders is, om kinderen onderdak te geven. Dit is een mooi voorbeeld waar partijen niet alleen hun eigen belang nastreven, maar waar ook belangen van kinderen moeten worden meegenomen.

Martijn Scheltema

In zo'n situatie, namelijk de sluiting van een drugspand, gaat het over de uitoefening van publiekrechtelijke bevoegdheden. Die verticale verhouding maakt natuurlijk dat grondrechten wat uitdrukkelijker naar voren komen dan in private verhoudingen.

Willem Verrijdt

Willem bedankt de Nederlandse deelnemer om zo een complexe casus voor te leggen. Deze casus toont aan dat het etiket er niet toe mag leiden dat de oplossing verschilt. Als hij dan toch een etiket zou willen kleven, ziet hij ook wel een positieve verplichting in de taak van de burgemeester. Deze moet er bij het nemen van zijn beslissing over waken dat de huurder en verhuurder elkaars grondrechten niet schenden. Als hij in het nemen van zijn beslissing niet het juiste rechtskader schept om een grondrechtenschending te voorkomen, dan kan zijn eigen aansprakelijkheid misschien ook in het gedrang gebracht worden.

Dialog

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat in zijn eigen beroepspraktijk de casus die geschetst is regelmatig voorbijkomt. Het is belangrijk om te weten dat, op het moment dat de ontbinding wordt ingeroepen door de verhuurder, de huurder nog niet weg is. Er is dan nog altijd een titel nodig om die huurder er uit te zetten. Daarvoor komt men eerst bij de civiele rechter terecht. Die rechter toetst altijd aan artikel 8 EVRM en ook artikel 3 IVRK komt de laatste tijd vaker naar voren. Natuurlijk ligt daar een belangrijke verantwoordelijkheid voor de ouders, maar niet alle ouders kunnen de verantwoordelijkheid aan om kinderen onderkomen te geven, dus de rechter toetst die norm ook ambtshalve. Via die weg wordt de evenredigheidstoets alsnog aangelegd bij buitengerechtelijke ontbinding. Deze casus is daarmee een mooi voorbeeld van samenloop tussen publiekrechtelijke normen en privaatrecht; het feit dat er ontbonden *mag* worden, betekent niet dat dat het houdt bij de civiele rechter.

Een andere Nederlandse deelnemer vult daarbij aan dat in civiele zaken vaak wordt aangevoerd dat de sluiting van een drugspand tot gevolg kan hebben dat een huurovereenkomst wordt ontbonden. Echter een gevolg van de sluiting van

een drugspand *kan* zijn dat de huur wordt ontbonden, maar dat is geen automatische. De burgemeester staat hierbij voor een andere afweging en moet ook het algemene belang dienen. Dat ligt anders in een puur civielrechtelijke verhouding.

Thema II. Techniek van doorwerking

Inleiding thema II door Martijn Scheltema

Het is er vandaag al even over gegaan. De vraag die in dit thema vooropstaat is of grondrechten direct of indirect doorwerken in het privaatrecht. In Nederland en België bestaat daar controverse over. Welke van de twee heeft de voorkeur en wat is het verschil precies? Maakt het verder uit of je grondrechten jegens overheid of burger inroept? In de *Shell*-zaak en in *Urgenda* zien we beide voorbeelden. Maakt het dan nog uit of het direct of indirect werkt? De vraag is hierbij ook of men het heeft over delictuele of contractuele grondslagen.

Stefan Somers

Stefan wijst erop dat het verschil tussen directe en indirecte werking in de rechtsleer voornamelijk wordt teruggebracht op de vraag of we ons rechtstreeks op de grondrechten kunnen beroepen. Een voorbeeld van indirecte werking ziet hij in het invoeren van een vorm van overheidsaansprakelijkheid om te zorgen dat de wetgevende, uitvoerende of rechterlijke macht zich in de toekomst in horizontale geschillen anders gaat opstellen. Hij denkt dat er weinig mensen binnen de Belgische rechtsleer pleiten voor de directe werking en ook in de rechtspraak vinden we hiervan slechts sporadisch toepassingen.

Wat de rechtspraak betreft, stelt hij zich de vraag of in die gevallen dan niet is vergeten om de rechtsgrond op basis van het privaatrecht te vermelden en in plaats daarvan meteen is overgegaan op de mensenrechtentoets. Een bepaald artikel van een contract kan in strijd zijn met een bepaald artikel van het EVRM zonder dat er wordt verwezen naar openbare orde of nietigheid. Een loutere verwijzing naar een artikel van het EVRM zorgt nog niet voor een sanctie zoals nietigheid, ontbinding of schadevergoeding. Bijgevolg komt in de praktijk quasi uitsluitend de indirecte werking voor. Het verschil tussen directe en indirecte werking is in de praktijk soms klein. Bijvoorbeeld in zaken – zoals het voorgaande voorbeeld – waar open normen volledig ingevuld kunnen worden door mensenrechtelijke normen.

Stefan gaat ook dieper in op de mate waarin de rechter wetgeving die in strijd is met de mensenrechten buiten toepassing kan laten. Dit leunt veel dichter aan bij de directe werking van mensenrechten. Als je een vordering instelt en de vordering blijkt in strijd met de Grondwet, dan blijft er geen vorderingsrecht over, tenzij je je baseert op een algemene residuaire bepaling. Het concrete effect zal afhangen van de casus en de remedie. Het kan in sommige gevallen dicht bij directe werking komen, maar volgens hem is het nog altijd geen directe werking. Ook als een verweer in strijd is met de mensenrechten, valt het verweer weg. De vraag rijst dan of de rechter kan doen of een bepaalde rechtsgrond of bepaling niet bestaat. Ook dan

kom je vrij dicht bij de directe werking. Dat is langs de ene kant positief, maar kan ook gevaarlijk zijn. De rechtszekerheid voor partijen in de contractuele context kan in het gedrang komen.

Steven Verbeyst

Steven vat samen dat de indirecte werking over het algemeen wel wordt aanvaard, maar de directe werking niet. Deze laatste blijkt sporadisch voor te komen in de rechtspraak, maar zonder veel theorievorming. De vraag rijst dan of er al dan niet een tussenstap via een andere bepaling is overgeslagen. De gevaren van de directe werking bevinden zich voornamelijk binnen de rechtszekerheid.

Willem Verrijdt

Willem legt een – naar eigen zeggen – ‘brutaal voorstel’ voor om het onderscheid niet meer te gebruiken. Hij twijfelt over de meerwaarde ervan. Hij verwijst hiervoor naar een bijdrage van Eric Dirix³ waarin hij uitlegde waarom beide technieken niet bevredigend waren. De indirecte horizontale werking is te zwak, want *‘ze reduceert grondrechten tot loutere waarden waarmee rekening kan gehouden worden bij de inkleuring van wettelijke concepten, zonder die grondrechten nog de hiërarchisch hogere waarde te geven die hen toekomt.’* De directe horizontale werking is dan weer te sterk, aangezien die de rechter toelaat om zomaar wetgeving en bindende overeenkomsten buiten werking te stellen en rechtstreeks het grondrecht toe te passen zonder voorafgaande evenredigheidstoets.

Verder vraagt Willem zich af of het verschil tussen beide echt bestaat. Indirecte werking komt vooral voor bij de inkleuring van heel open begrippen in het privaatrecht. Hij haalt de zorgvuldigheidsnorm en de openbare orde als voorbeelden aan. Het is onduidelijk of het privaatrechtelijk concept werkelijk bepalend is voor de oplossing van het geschil. Is het niet veeleer de grondwettelijke norm of verdragsnorm, die intussen relatief gedetailleerd is geworden aan de hand van de langdurig ontwikkelde Straatsburgse rechtspraak, die bepalend is voor de uitkomst van het geschil? Hij weet niet of het onderscheid daadwerkelijk zo groot is.

Als hij moet kiezen, kiest hij ook voor de indirecte horizontale werking. De directe horizontale werking waarbij de rechter de wetgeving buiten toepassing zou laten, kan niet omdat er eerst een prejudiciële vraag moet worden gesteld aan het Grondwettelijk Hof.

Willem pleit er tot slot voor om de grondrechten altijd toepasselijk te verklaren in private verhoudingen. Hij verwijst naar de woorden van Jan Velaers⁴, namelijk dat grondrechten de ordenende beginselen en leidende basiswaarden zijn van de

3. E. Dirix, ‘Grondrechten en overeenkomsten’, in: K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 35-91.

4. J. Velaers, ‘De proliferatie van de zgn. klassieke “liberale” grondrechten in de XXste en de XXste eeuw’, in: B. Peeters & J. Velaers (red.), *De Grondwet in groothoekperspectief: liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 128-129.

samenleving in een democratische rechtsstaat die zijn neergelegd in de hoogste rechtsnormen en die voor iedereen – overheid en burger – te allen tijde moeten worden nageleefd. Dit wil niet zeggen dat de verplichtingen die de grondrechten opleggen aan de overheid en de burger altijd dezelfde zijn. Volgens Willem moeten de verschillen echter niet spelen op het vlak van de toepasselijkheid van grondrechten, maar slechts een rol spelen binnen de evenredigheidstoets.

Steven Verbeyst

Steven wijst op het voorstel van Willem voor de afschaffing van het onderscheid en op de voorkeur voor de indirecte werking. De directe doorwerking is wat betreft het buiten toepassing laten van formele wetgeving in de strikt Belgische context niet mogelijk. Hij nodigt de Nederlandse sprekers uit om hun visies naar voren te brengen.

Ingrid Leijten

Ingrid signaleert dat zij het op dit punt met elkaar eens zijn. Ook zij schreef in haar preadvies dat het onderscheid tussen directe en indirecte werking een dichotomie suggereert die niet meer overeenkomt met de werkelijkheid. Daarbij heeft zij het met name gehad over toetsing – voor remedies roept dat andere vragen op. Qua toetsing ontstaat bij directe werking het beeld dat het toepassen van een grondrecht een bepaalde hiërarchische waarde heeft, die vervolgens het geschil beslecht. Bij indirecte doorwerking bestaat eerst een privaatrechtelijke norm waar men dat grondrecht vervolgens in leest. Zij meent dat ook een meer directe vorm van grondrechtentoetsing evenwel ruimte laat voor een afweging ten opzichte van andere normen die gelden. Een toetsing aan artikel 8 EVRM houdt immers ook juist een proportionaliteitsafweging in die ruimte laat voor andere rechten en belangen.

Grondrechten kunnen immers worden beperkt. In die afweging is sprake van wat men in de literatuur noemt *'rights as principles'*: je moet grondrechten *zo veel mogelijk* beschermen, gegeven de feitelijke en juridische mogelijkheden daartoe. In die afweging kunnen niet alleen een bepaalde machtsverhouding, maar ook andere normen een rol spelen. Als zij moest kiezen, zou Ingrid zeggen dat vanuit het Nederlandse publiekrecht aan dat label 'directe doorwerking' nog wel twee nadelen kleven. Als het zou gaan om directe doorwerking van normen uit de Nederlandse Grondwet, zou men ten eerste ook vastzitten aan de beperkingssystematiek daarvan en met name het vereiste van legaliteit – in de systematiek van de Nederlandse Grondwet is een wet in formele zin in veel gevallen voldoende voor het beperken van een Grondwet en staan inhoudelijke eisen niet centraal. Dat idee is natuurlijk lastig horizontaal toe te passen, nu private partijen geen wetten maken die hun inmenging in grondrechten rechtvaardigen, en het ook wat gekunsteld is om daarvoor te verwijzen naar privaatrechtelijke normen. Ten tweede is de directe doorwerking van sociale grondrechten potentieel problematisch, in de zin van positieve verplichtingen ten aanzien van – bijvoorbeeld – milieu en huisvesting (die een steeds grotere rol gaan spelen). Voor directe doorwerking moet men zich

namelijk afvragen of die normen eenieder verbindend zijn, en daarmee is men nu juist terughoudend, terwijl voor indirecte werking van een ieder verbindendheid niet per se sprake hoeft te zijn. Dit zijn volgens Ingrid twee belangrijke kanttekeningen die van belang zijn.

Chantal Mak

Chantal is het graag eens met het voorstel om het onderscheid tussen de twee soorten doorwerking minder zwaar aan te zetten. In de privaatrechtelijke literatuur kiest men vaker voor indirecte horizontale werking – weliswaar met een ander argument dan het legaliteitsargument. Vanuit het privaatrecht is het bezwaar dat het privaatrecht zou worden opgeslokt door directe werking van grondrechtelijke normen. Onder anderen Smits⁵ en Cherednychenko⁶ hebben hierover geschreven. Zij kiezen om die reden, vanuit theoretisch perspectief, voor indirecte doorwerking. Chantal zou daaraan zelf willen toevoegen dat niet zozeer de vraag is of men voor directe of indirecte werking kiest, maar bij welke privaatrechtelijke vraagstukken die fundamentele rechten erbij geroepen moeten worden. Het privaatrecht heeft immers zelf ook bepaalde mechanismen om een redelijke afweging van belangen te maken; fundamentele rechten zijn daarmee niet nodig om tot eenzelfde oordeel te komen.

Stefan Somers

Zijn voorkeur voor indirecte werking heeft te maken met de rol van de wetgever in de democratie en ook met de rechtszekerheid. Hij is ervan overtuigd dat mensenrechten altijd op de achtergrond spelen, omdat elke privaatrechtelijke vordering kan steunen op een mensenrecht, al was het maar omdat een vorderingsrecht als zodanig onder artikel 1 Eerste Protocol EVRM valt. Hij is het echter niet volledig eens met de oproep om in elk privaatrechtelijk geschil de mensenrechten mee te nemen. Een auto-ongeluk kun je uiteindelijk vertalen naar afweging tussen het recht op eigendom van de persoon die de schadevergoeding moet betalen en het recht op leven van de persoon die wordt aangereden. Zo kan je het hele privaatrecht een mensenrechtelijke invulling geven. Dit is volgens hem mogelijk, maar dat is moeilijk in de praktijk. Als alle rechters voor een relatief laag percentage van private geschillen een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof zouden stellen, zou dit voor een enorme toename van het aantal zaken bij het Grondwettelijk Hof zorgen. Het Grondwettelijk Hof zou achterstand oplopen en geschillen zouden moeilijk binnen een redelijke termijn kunnen worden beslecht.

De vraag rijst bijgevolg: in welke geschillen roepen we mensenrechten in? Bij een auto-ongeval is er vaststaande rechtspraak en uitgekristalliseerde wetgeving, dus daar lijkt het volgens hem niet nodig. Wanneer het gaat om zaken waar er geen

5. J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht* (preadvisie Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 2003.

6. O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party: A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions* (diss. Utrecht), München: Sellier 2007.

vaststaande rechtspraak is, ziet Stefan een grotere rol voor mensenrechten. Bekeken vanuit een democratisch oogpunt moet er een correcte verhouding zijn tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid: we vertrekken vanuit rechtszekerheid en in uitzonderlijke gevallen hebben we een correctie nodig voor de rechtvaardigheid. Hij beschouwt de mensenrechten als instrument om deze correctie door te voeren.

Hij wijst er tot slot op dat het belangrijk is om op te passen met deze correctie. De doorwerking van mensenrechten moet ten gunste staan van de rechtvaardigheid en niet ten gunste van de partij met de langste adem. Hij is dus van mening dat de mensenrechten eerder op de achtergrond moeten blijven.

Martijn Scheltema

De volgende vraag is welke weg de burgerlijke rechter meestal toepast en of daar een ontwikkeling in te zien is. Kan er voor de doorwerking van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen een normatief kader worden ontwikkeld? Ten slotte rijst de vraag op welke wijze in de nieuwe Europese richtlijnen⁷ naar grondrechten wordt gekeken en hoe we tegen privatisering van grondrechten aan kijken. Hierop licht Martijn de werking van de belangrijkste nieuwe richtlijn in dit kader – de CSDDD – toe. De vraag die overblijft is of het uiteindelijk uitmaakt of bepaalde normen – zij het een inspanningsverplichting – wettelijk zijn vastgelegd, of dat die normen uit de toepassing van mensenrechten voortkomen. Tot slot is de vraag nog hoe we aankijken tegen de privatisering van mensenrechten, zeker in het licht van de discussie in de *Shell*-zaak, waarin werd gesteld dat de Staat de verantwoordelijkheid heeft om grondrechten te beschermen, in plaats van de civiele rechter.

Chantal Mak

Men heeft het hier over de ‘privatisering van fundamentele rechten’ en de discussie dat mensenrechtenschendingen bij bedrijven worden gelegd. Dat dat niet zou kunnen is één visie, maar aan de andere kant kan men ook zeggen dat soft law-verplichtingen op deze manier simpelweg worden omgezet naar wettelijke verplichtingen. Sommige bedrijven zetten zich hier zelf al voor in, andere bedrijven hebben die wettelijke omzetting nodig. Die omzetting in wettelijke verplichtingen kan op die manier bijdragen aan het bereiken van zo veel mogelijk bedrijven. Vervolgens is de vraag of we een normatief kader kunnen vaststellen om te bepalen *wanneer* fundamentele rechten private partijen (moeten) kunnen raken. In dat verband wordt in de preadviezen ‘machtsverhouding’ vaak genoemd om te onderbouwen waarom grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen een rol zouden moeten spelen. Een bedrijf als Shell kan immers op eenzelfde manier mensenrech-

7. Denk bijvoorbeeld aan de recent vastgestelde EU-Ontbossingsverordening (2023/1115) en EU-Batterijenverordening (2023/1542) en de voorgestelde Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD - 2019/1937) en de Forced Labour Regulation (COM/2022/453 final). Zie ook de rapportageverplichtingen op grond van de algemene Corporate Sustainability Reporting Directive (2022/2464) en de Sustainable Finance Reporting Directive (2019/2088) in de financiële sector (en de daarbij horende implementatie wetgeving).

ten aantasten zoals dat voorkomt in een verhouding burger-overheid. Niemand lijkt echter te zeggen dat dat een *voorwaarde* zou moeten zijn. Dat normatief kader moet meer uitgewerkt worden, maar het is niet makkelijk om daar een eenvormig geheel voor te vinden.

Ingrid Leijten

Ingrid is het met Chantal eens dat ‘machtsverhoudingen’ relevant kunnen zijn. Een ander relevant gezichtspunt is dat private partijen traditionele overheidstaken vervullen – basisvoorzieningen en dergelijke. Wat betreft verplichtingen voor grote bedrijven, zou men dit ook kunnen zien als *juist* de Staat die het op gaat lossen. Als op de Staat een positieve verplichting rust, dan ligt in de rede dat die Staat eisen gaat stellen aan bedrijven. Het lijkt Ingrid geen slechte weg om dat via een nationale wetgevingsprocedure vorm te geven. Dat is allicht charmanter dan de rechter het te laten oplossen. De vraag is wel in hoeverre het nou toevallig is dat we hier spreken over mensenrechtennormen die doorwerken. Is het niet gewoon ook een evolutie van wat we verstaan onder ‘goed ondernemerschap’? Ze zou er geen bezwaar tegen hebben dat zo te noemen.

Steven Verbeyst

Steven nodigt de Belgische sprekers uit om een aantal normatieve criteria naar voren te schuiven.

Willem Verrijdt

Als normatief kader is zijn voorstel om zo weinig mogelijk belemmeringen op het toepassingsgebied te leggen, maar de focus te leggen op de toetsingsintensiteit. Hij wijst op verschillende machtsverhoudingen. De discriminatiewetten in België verbieden wel aan de verhuurder te discrimineren op grond van onder meer ras en geslacht, maar niet aan de huurder. Dat is gerechtvaardigd door het Grondwettelijk Hof in 2009. Willem zegt daar geen voorstander van te zijn. Ook als huurder of zwakkere partij kan je mensenrechten schenden. Dergelijke remmen op het toepassingsgebied zou hij achterwege laten.

Hij is voorstander van een gepaste evenredigheidstoets die met terughoudendheid wordt toegepast en alleen maar geactiveerd wordt wanneer een partij zich op een grondrecht beroept. 99% van de zaken kan op grond van het wettelijk kader worden opgelost zonder grondrechtelijk debat. Wanneer de grondrechten echter worden opgeworpen, zijn ze van toepassing, maar dan moet de evenredigheidstoets wel terughoudend worden toegepast. Net omwille van de eigen aard van de particulier die zijn eigen belang mag nastreven en die ook dikwijls de middelen niet heeft om het algemeen belang te behartigen.

Stefan Somers

Stefan sluit zich volledig aan bij de voorgaande spreker. Hij vraagt zich bovendien af of de invulling van mensenrechten niet te ruim is. Kan je bijvoorbeeld strafbepalingen koppelen aan een mensenrechtenschending? Het gevaar is dat het onduidelijk is wat precies een mensenrechtenschending uitmaakt en of een strafbaarstelling die daaraan is gekoppeld wel voldoet aan het legaliteitsbeginsel.

Dialogoog

Een Belgische deelnemer wil terugkomen op de afbakening van het onderwerp van de dag. Er werd eerder gezegd dat vooral zou worden ingegaan op de proportionaliteit en het afwijkingsgedeelte van mensenrechten bij gebruik in privaatrechtelijke geschillen, maar niet op de remedies. Hij wil de remedies vooropstellen. Hij is van mening dat het verschil tussen de directe en indirecte horizontale werking eigenlijk een kwestie is van wat de remedies zijn. Gezien vanuit privaatrechtelijke bril, is het grondrecht een afweermiddel voor burgers, waarmee ze gedrag dat hun fundamentele rechten schendt, kunnen beperken. Bij indirecte werking heb je het niet over grondrechten als *rights*, maar over grondrechten als erkenning van belangrijk gevonden belangen. Je bepaalt aan welke belangen in het privaatrecht meer waarde wordt gehecht.

Hij gaat verder in op de remedie en vertrekt daarvoor vanuit de zorgvuldigheidsnorm. Als je aansprakelijk wordt gesteld voor een schending van de zorgvuldigheidsnorm, is de traditionele remedie in België de schadeloosstelling. Je kan de zorgvuldigheidsnorm echter niet begrijpen als een zorgvuldigheidsplicht die effectief afdwingbaar is op basis van het aansprakelijkheidsrecht. Hij vermoedt dat dat in Nederland wel gebeurt en verwijst hiervoor naar de *Shell*-zaak. Als je die deur eenmaal openzet, wordt de horizontale indirecte werking een manier om te verhelpen dat je de directe werking niet erkent. In België is die discussie belangrijk. Bij directe horizontale werking is er een afweerrecht. Bij indirecte werking krijg je eigenlijk enkel een *post factum* indirect schadeloosstellingsrecht en zou een *Shell*-zaak niet mogelijk zijn. *Shell* zou naar Belgische traditionele opvattingen wel een fout kunnen begaan door onzorgvuldig te zijn, maar geen zorgvuldigheidsplicht hebben.

Ingrid Leijten

Ingrid dankt de deelnemer voor de verheldering en stelt voorop dat zij niet heeft willen beweren dat de remedies niet interessant zijn. Ze hoopt dat de civilisten vandaag die handschoen oppakken. Zij wil verder benadrukken dat de vraag blijft of bij directe werking steeds sprake zal zijn van een 'afweerrecht'. Het zijn bovenal steeds de positieve verplichtingen – die de rechter niet altijd duidelijk zal definiëren – die steeds meer aan de orde zijn. Maar het punt dat de zorgvuldigheidsnorm geen plicht oplegt – wat die ook inhoudt – en het grondrecht wél, is een interessante kwestie.

Chantal Mak

Die mogelijkheid om naar Nederlands recht een zorgplicht af te dwingen is een van de redenen dat zaken als *Urgenda* en *Shell* zich hebben kunnen voordoen. Juist die mogelijkheid om een zorgplicht af te dwingen is een inspiratie geweest voor deze zaken. Dat is in andere landen niet altijd een mogelijkheid, vanwege de beperkingen van de onrechtmatige daadsvordering; dat is zeker een belangrijk onderscheid. Tegelijk deelt zij de mening van Ingrid dat we daarmee niet direct kunnen zeggen dat een strikt onderscheid bestaat tussen directe en indirecte werking, ook vanwege die positieve verplichtingen op basis van fundamentele rechten. Ook bij directe werking zal worden teruggegrepen op het privaatrecht om die remedie te vinden, omdat het grondrecht zelf de remedie niet geeft.

Willem Verrijdt

Willem gaat akkoord dat remedies ook een belangrijk onderdeel van het debat vormen, maar wijst er ook op dat deze uit het privaatrecht moeten komen. De Grondwet en het EVRM hebben geen wapens om in te zetten in de horizontale verhoudingen. Het privaatrecht heeft die wel. Hij verwijst als voorbeeld naar een artikel waarin verschillende onderzoekers, onder wie Ilse Samoy, het arsenaal van het verbintenissenrecht – contractueel en buitencontractueel – opgesomd hebben dat kan worden ingezet bij schending van de federale antidiscriminatiewetgeving.⁸ Het gaat onder meer om de partiële nietigheid waarbij enkel de clausules die de grondrechten schenden uit het contract worden gehaald, terwijl dat contract voor de rest wel geldig blijft in de mate dat het de grondrechten niet schendt. In het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is de hoofdregel nog altijd het herstel in natura en als dat niet mogelijk is, de vervangende schadevergoeding. De sancties moeten dus echt uit het privaatrecht komen, ook als het gaat over een schending van grondrechten.

Stefan Somers

Volgens Stefan is er geen plicht om de zorgvuldigheidsnorm na te leven, maar wel een vordering die aanleiding kan geven tot herstel in natura. Die kan bestaan uit een actieve handeling, maar dat is in de praktijk bijna nooit het geval, omdat je niemand kan dwingen om iets te doen. Een vervangende schadevergoeding kan ook een handelen zijn. Daarmee kan een partij wel gehouden worden om zich in de toekomst te onthouden van onzorgvuldig gedrag.

Dialog

Een Nederlandse deelnemer heldert nog op dat in Nederland via de verbodsacties van artikel 3:296 BW de zorgvuldigheidsnorm natuurlijk wel op voorhand afgedwongen kan worden.

8. I. Samoy, S. de Rey & P. Foubert, 'Afdwinging van de antidiscriminatiewetgeving in private rechtsverhoudingen: heeft het privaatrecht iets te bieden?', *RW* 2022/85, p. 1210-1233.

Een Belgische deelnemer merkt daarbij op dat het verschil tussen directe werking en indirecte werking naar Belgische terminologie dus *wel* relevant is. De indirecte werking houdt geen directe afdwinging van het recht in, maar de directe werking wel. In Nederland maakt het minder verschil uit.

Daarbij plaatst een andere Belgische deelnemer nog een kanttekening. Zij wijst erop dat in artikel 1382 oud BW een fout, schade en oorzakelijk verband wordt vereist en stelt dat dit dus de zorgvuldigheidsplicht is. Hier zijn de twee Belgische deelnemers het niet met elkaar eens. Ze vergelijkt dit met het verbod om te vermoorden. Er wordt in de wetgeving ook niet gezegd dat je niet mag vermoorden. Er wordt alleen verwezen naar de straf die staat op het vermoorden. Op dezelfde manier staat er niet dat je mensen geen schade mag berokkenen, maar wel dat als je een fout maakt en schade berokkent, je gehouden bent om die schade te betalen. Zij ziet hierbij eenzelfde plicht tot handelen in een zorgvuldigheidsnorm en een plicht om niet te vermoorden in een strafbepaling. De plicht in het zorgvuldig handelen zit volgens haar vervat in artikel 1382 oud BW. Ze wijst op Belgische rechtspraak waarbij de plicht tot handelen in positieve injuncties wordt omgezet.

(Pauze)

Thema III. Meerwaarde toepassing grondrechten ten opzichte van privaatrechtelijke normen

Inleiding thema III door Martijn Scheltema

Dan komen we nu bij de vraag of grondrechten een meerwaarde hebben ten opzichte van privaatrechtelijke normen en of het in dat verband verschil uitmaakt of de techniek van doorwerking direct of indirect is. Daarnaast rijst de volgende vraag: is de overheid als het gaat om privaatrechtelijk overheidshandelen in een bepaalde rol, bijvoorbeeld die van werkgever, in verband met grondrechten eventueel anders te behandelen dan een private partij in diezelfde rol? Tot slot is voor dit thema relevant of er een *meerwaarde* is van het privaatrecht voor de effectivering van grondrechten; of hebben we het privaatrecht überhaupt niet nodig voor de bescherming van die rechten? En andersom: is er een meerwaarde voor het publiekrecht wanneer we de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht erkennen?

Chantal Mak

Chantal koppelt de vraag aan de concrete toepassing in klimaatzaken; daar komen deze vragen telkens in terug. Eerst de vraag of fundamentele rechten een meerwaarde hebben voor de invulling van open normen. Het antwoord is tweeledig. In *Urgenda* baseerde de rechtbank zich op de *Kelderluik*-criteria om tot een zorgvuldigheidsnorm te komen. Het gerechtshof heeft dat veel meer gebaseerd op fundamentele rechten (art. 2 en 8 EVRM) en dat is in stand gelaten door de Hoge Raad. Vanuit het privaatrecht zijn beide benaderingen kennelijk mogelijk. De meerwaarde van de fundamentele rechten kan gevonden worden in het feit dat de benadering van

het hof veel bijval vond en omdat de gebondenheid van de overheid aan het EVRM niet ter discussie staat. Als je daar een privaatrechtelijke remedie aan verbindt, stuit dat waarschijnlijk op minder weerstand dan bij de toepassing van *Kelderluik*. Bij *Shell* spelen fundamentele rechten slechts die rol dat ze 'een' element vormen voor het aannemen van de zorgplicht. Op het moment dat je vaststelt dát er een positieve verplichting voor de overheid is op basis van fundamentele rechten, dan is de stap naar onrechtmatigheid en remedies snel gezet. Het verschil tussen zaken tegen de overheid en tegen bedrijven is dan dat je voor de overheid via de fundamentele rechten al heel snel tot een zorgplicht komt, terwijl je bij bedrijven nog andere factoren erbij moet betrekken.

Ingrid Leijten

Ingrid heeft geschreven dat op basis van enkele belangrijke open normen veel kan worden gedaan, wat nu soms via de toepassing van grondrechten gebeurt. Zonder te kort door de bocht te willen gaan, meent Ingrid dat veel van de grondrechten die toepassing vinden in privaatrecht (eigendom, privéleven) er uiteindelijk op neerkomen dat de aan de orde zijnde belangen zo veel mogelijk moeten worden afgewogen. Een dergelijke eis van proportionaliteit (of redelijkheid) vormt een algemene norm die goed in te passen is in privaatrechtelijke open normen als de zorgvuldigheidsnorm en redelijkheid en billijkheid. Grondrechtenbescherming komt er uiteindelijk veelal op neer dat beoordeeld wordt of hetgeen is gedaan binnen een scala van proportionele oplossingen past. Uit grondrechten, zoals ook artikel 2 en 8 EVRM, volgt in principe ook dat je 'een' zorgplicht hebt. Wat die in het concrete geval dan inhoudt, lees je niet altijd uit de bepaling zelf af, maar ook weer uit de context van het geval. Ingrid schreef in haar preadvies al dat, als je kijkt naar de ontwikkeling van grondrechten, er ook een trend waar te nemen is van een 'cultuur van rechtvaardiging'. Het hoeft niet te betekenen dat als een grondrecht beperkt is en als dat recht wordt ingeroepen, dat het grondrecht ook daadwerkelijk *geschonden* is of dat je als burger gelijk krijgt. Waar je wél recht op hebt, is een *rechtvaardiging* waarom die beperking toegestaan is, of een nauw opgevatte zorgplicht voldoende is. Zo kan *Urgenda* ook worden gelezen. De eis van CO₂-reductie volgt niet direct uit die grondrechten, maar wat de overheid heeft nagelaten is te *motiveren* waarom ze anders handelt dan het voor 2011 vastgestelde doel en niet in lijn met wetenschappelijke kennis en afspraken, *daar* zit wat haar betreft de mensenrechtenschending: dat de overheid niet *rechtvaardigt* waarom ze een zorgplicht op een bepaalde wijze invult. In een privaatrechtelijke verhouding is dat natuurlijk lastiger; het idee dat je een rechtvaardigingsverplichting mag opleggen is wat ingewikkelder wanneer het om een private partij gaat. Qua meerwaarde voor het publiekrecht denkt Ingrid dat we uit de ontwikkeling van horizontale werking nog een argument kunnen halen voor aanpassing van de Grondwet, omdat de huidige praktijk aantoont dat de beperkingssystematiek van grondrechten in het grondwettelijke bestel niet meer aansluit bij de realiteit.

Steven Verbeyst

Steven haalt aan dat Shell en Urgenda deze middag steeds terugkomen, omdat de problematiek die vandaag wordt besproken in die zaken volop aan bod komt. Het gaat om een zeer specifieke problematiek binnen het klimaatrecht. Hij nodigt het publiek uit om zeker ook bredere casussen aan te brengen vanuit hun expertise-domeinen. Daar kunnen ook andere interessante belangen gelden. Hij vraagt aan Stefan welke meerwaarde hij ziet voor grondrechten ten opzichte van privaatrechtelijke normen.

Stefan Somers

Stefan benadrukt dat het moeilijk is om de meerwaarde af te wegen. De invloed van mensenrechten lijkt een bepaalde richting aan te geven in zaken, maar we weten natuurlijk niet hoe dezelfde zaken zouden worden beoordeeld als er geen mensenrechten zouden worden ingeroepen. Hij verwijst naar een arrest waarin een vrouw verzwijgt dat haar echtgenoot niet de vader is van hun gemeenschappelijk kind. Dit komt later uit en er wordt een vordering ingesteld op basis van artikel 1382 oud BW. Het arrest wordt in het bijzonder gemotiveerd op basis van artikel 8 EVRM om het belang aan te tonen van afkomstinformatie en familiale context. Enerzijds geeft dit een belangrijk inzicht en blijkt artikel 8 EVRM een belangrijke invloed te hebben. Anderzijds zou men die conclusie ook kunnen formuleren in het kader van de algemene zorgvuldigheidsnorm. Het is onduidelijk of het nodig is om het grondrecht te betrekken. Het is natuurlijk mooi om een volledig overzicht te kunnen geven van de rechtspraak van mensenrechtenhoven. Stefan vermoedt echter dat partijen die geen juristen zijn, misschien meer baat hebben bij korte en duidelijke motiveringen waarin staat wat een normaal, zorgvuldig persoon in bepaalde omstandigheden al dan niet mag doen.

Het feit dat er een mensenrechtentoets gebeurt, dwingt de wetgever echter wel om bij het opstellen van wetgeving te anticiperen op een mogelijke toetsing aan de Grondwet en zijn belangen dan ook duidelijk uit te leggen. Dit draagt dus bij aan de kwaliteit van wetgeving.

Willem Verrijdt

Willem sluit zich voor een groot stuk aan bij de uiteenzetting van Stefan. Hij bevestigt dat de vraag naar de meerwaarde niet zo evident is. Hij ziet dit als het spiegelbeeld van de kritiek op het concept 'doorwerking'. De directe horizontale werking heeft een grote invloed – of het een meerwaarde is, is subjectief – en de indirecte werking een minder grote. Omgekeerd dreigt de directe horizontale werking het privaatrecht te verdringen, terwijl de indirecte werking een minder sterke invloed heeft. Ongeacht de meerwaarde zijn grondrechten in alle verhoudingen – verticaal of horizontaal – toepasselijk en er moet rekening mee worden gehouden.

Hij gaat ook in op de omgekeerde vraag. Wat is de meerwaarde van het privaatrecht? Daar ging het voordien al over. De wapens komen uit het privaatrecht. Als

er in een private verhouding een grondrecht geschonden is – ongeacht of het gaat om directe of indirecte werking –, moet het sanctieapparaat in elk geval uit het privaatrecht komen. De wisselwerking blijft dus van belang.

De belangrijkste vraag voor hem is of de overheid anders behandeld moet worden dan particulieren in dezelfde situatie. Hij meent van wel, gezien de evidente verschillen tussen particulier en overheid.

De rechtspraak lijkt dit ook te doen, door de verschillen in de evenredigheidstoets. Hij geeft als voorbeeld de zaken voor het Hof van Justitie EU inzake religieuze tekens op de werkvloer (*Achbita*⁹ en *Gemeente Ans*¹⁰). De overheid kan een verbod op zichtbare levensbeschouwelijke tekens motiveren vanuit haar neutraliteitsbeleid (i.e. de invulling die zij aan het algemeen belang geeft). Een particuliere werkgever kan enkel het commercieel belang als motivering inroepen (i.e. mijn klanten willen dit niet zien), hetgeen hij mag doen op basis van artikel 16 EU-Handvest. Die onderscheiden legitimering heeft dus gevolgen voor de rest van de evenredigheidstoets. De particuliere werkgever kan een dergelijk verbod, gelet op die commerciële logica, alleen maar opleggen aan werknemers die contact hebben met de klanten. Voor de werknemers die achter de schermen werken, is de motivering van het commercieel belang niet relevant. Als de overheid haar neutraliteitsplicht inroept, dan vereist die logica dat het verbod onverkort op alle medewerkers van toepassing is, of zij nu contact hebben met het publiek of niet. Dus er zijn altijd relevante verschillen tussen overheid en particulier.

Steven Verbeyst

Steven vat samen dat het moeilijk is te weten wat de concrete meerwaarde is, maar het maakt in ieder geval de belangen zichtbaar. Zodra er mensenrechten betrokken worden, vindt er een strengere belangenafweging plaats. Het sanctieapparaat vormt de meerwaarde van het privaatrecht. Het is ook duidelijk dat de overheid op een andere manier moet worden behandeld dan particulieren.

Dialoog

Een Belgische deelnemer gaat verder in op de meerwaarde van mensenrechten in het privaatrecht. Hij stelt zich de vraag of de meerwaarde van mensenrechten niet ligt in het feit dat ze ons in staat stellen om de regels van privaatrecht in twijfel te trekken. De belangenafwegingen bij mensenrechten – zeker bij positieve verplichtingen – of de vraag hoe een normale, voorzichtige en redelijke overheid zich gedraagt, leiden volgens hem in zekere mate tot hetzelfde resultaat. Als je echter een privaatrechtelijke regel in vraag wil stellen, heb je daar enkel de mensenrechten voor. De deelnemer haalt een voorbeeld aan en verwijst daarvoor naar een arrest over schadevergoeding voor persoonspraakelijkheid. Er wordt geen fout, schade of causaal verband betwist, maar het slachtoffer moet een schadevergoeding betalen

9. HvJ EU 14 maart 2017, C-157/15, ECLI:EU:C:2017:203 (*Samira Achbita en CGAS/G4S*).

10. HvJ EU 28 november 2023, C-148/22, ECLI:EU:C:2023:924 (*OP/Gemeente Ans*).

die de schade dekt. Privaatrechtelijk is alles in orde. De aansprakelijke partij zegt echter dat ze door haar beperkte inkomsten – ze is gepensioneerd – het bedrag niet kan betalen. Ze beweert dat er een schending is van de proportionaliteit van het recht op vrijheid van meningsuiting onder artikel 10 EVRM. Het EHRM volgt die redenering. Op die manier wordt aan de privaatrechtelijke aansprakelijkheidsmechanismen een bijkomende voorwaarde toegevoegd, namelijk de proportionaliteit. Hij wijst op de verschillen tussen België en Nederland en vermoedt dat dit in Nederland vaker voorkomt. Naar Belgisch recht is het echter bijzonder om deze proportionaliteitstoets bij de drie reeds bestaande voorwaarden van artikel 1382 oud BW te voegen. Op die manier kunnen mensenrechten de privaatrechtelijke regels in twijfel stellen.

Stefan Somers

Stefan gaat verder in op het voorbeeld van de Belgische deelnemer. Hij twijfelt of het Belgisch aansprakelijkheidsrecht een oplossing heeft voor de begroting van de schade. Ook in het nieuw Burgerlijk Wetboek wordt hierin niet voorzien. Dergelijke situaties zijn echter uitzonderlijk. Hopelijk moeten mensenrechten in deze context niet vaak ingeroepen worden.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat in Nederland ook wel eens aansprakelijkheidsrechtelijke limieten (dat wil zeggen maximale schadevergoedingen) zijn gecorrigeerd met artikel 1 Eerste Protocol EVRM. Hij vraagt zich af of de waarden van privaats- en publiekrecht niet meer op elkaar lijken dan we denken. Als het gaat om aantasting van persoonlijkheidsrechten corresponderen die twee gebieden veel. Zoals in dit voorbeeld zien we dat mensenrechten op sommige punten helpen om het privaatrecht wat aan te scherpen. De rechter kan dan een proportionaliteitstoets toepassen om een wettelijke limiet te doorbreken, terwijl die dat zonder dat grondrechtelijke gereedschap niet had gekund.

Daarop antwoordt een Belgische deelnemer dat het afhangt van de materie. In zaken waar veel rechtspraak is van Straatsburg zal de inhoudelijke impact groter zijn. Zij vindt de betrekking van mensenrechten in het privaatrecht positief en hecht belang aan de doorwerking van deze waarden en principes. Ze geeft als voorbeeld de situatie van psychisch zieken en ouderen in instellingen in Vlaanderen – die vaak in de privésector opgericht zijn. In dergelijke instellingen vinden kwaliteitscontroles plaats, maar weinig mensenrechtenchecks. Ze is van mening dat dergelijke mensenrechtenchecks in deze private verhoudingen veel zouden kunnen toevoegen. Er kunnen veel stappen vooruit gezet worden door het discours van mensenrechten – waar er duidelijke rechtspraak over is – in te voeren in meer onduidelijke situaties. Of dat direct of indirect is, vindt ook zij minder van belang.

Een Nederlandse deelnemer signaleert dat het twintig jaar ongehoord was om privaatrechtelijke normen in te vullen met normen uit artikel 2 en 8 EVRM. In reactie op de opmerking van een andere Nederlandse deelnemer, dat dat in het *Marckx*-

arrest¹¹ ook al aan de orde was, stelt hij dat de manier *waarop* die worden gebruikt wel degelijk anders is. Dat die zorgplichten nu zo zijn ingevuld heeft grote invloed gehad. Het maakt wel degelijk veel uit, je moet gewoon iets verder terugkijken. *In hindsight* is het makkelijk aan te wijzen dat grondrechten op deze of die manier gebruikt zijn, maar de manier waarop die nu worden ingevuld is niet uit de lucht komen vallen. Een andere Nederlandse deelnemer reageert daarop dat het EVRM altijd al eisen heeft gesteld aan nationaal privaatrecht en dat ook opzijzet als dat nodig is.

Steven Verbeyst

Steven haalt aan dat hoewel Nederland geen Grondwettelijk Hof heeft, er wel wordt gekeken naar het EVRM en de invulling die daaraan wordt gegeven aan mensenrechten door het EHRM. Hij introduceert dan ook een nieuwe vraag: als we die invulling – die gericht is op verticale relaties – toepassen in horizontale relaties, is er dan een risico dat we die te sterk invullen op deze horizontale relaties?

Een Nederlandse deelnemer stelt daarop dat Straatsburg verplichtingen oplegt aan lidstaten. De eerste die de uitspraken van het EHRM ‘tegenkomt’, is de nationale rechter. Als Straatsburg iets heeft gezegd, dan werkt dat (in ieder geval in Nederland) op die manier rechtstreeks door in de nationale rechtsorde. De nationale rechter moet de uitspraak van Straatsburg dan een-op-een zien toe te passen in het privaatrecht en dat vervolgens uitleggen, zodat het grondrecht op die manier verwerkelijkt kan worden in de nationale rechtsorde.

Ingrid Leijten

De normen uit Straatsburg worden op die manier ‘geplakt’ op een geschil dat als zodanig niet in Straatsburg voorligt, omdat daar de Staat partij is en niet de oorspronkelijke partijen. In *Urgenda* werd een klacht ingediend door een belangenorganisatie, waarbij het ging om een onbepaalde groep mensen; dat was nog niet op die manier in Straatsburg aan de orde geweest. De nationale rechter gebruikt tegelijkertijd wel de criteria uit de EHRM-rechtspraak om dat geschil te beslechten. Dat is altijd een uitdaging; de horizontale geschillen als zodanig beoordeelt Straatsburg niet, daar ligt de focus op hoe de rechter met die normen is omgegaan.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer zegt het hiermee niet helemaal eens te zijn. In Straatsburg wordt geklaagd dat het EVRM in hun geschil niet is toegepast. De klager legt de horizontale verhouding wel voor, maar klaagt er tegen de Staat over dat de rechter – als orgaan van de Staat – verkeerd heeft beslist. Die geschillen gaan er dus wel om dat de nationale rechter verkeerd heeft beslist, in het licht van het EVRM.

11. EHRM 13 juni 1979, ECLI:NL:XX:1979:AC3090, NJ 1980/462, m.nt. E.A. Alkema (*Marckx*).

Ingrid Leijten

Ingrid geeft toe dat dat in die zin anders is dan in *Urgenda* voorkwam.

Willem Verrijdt

Willem benadrukt dat een toepassing van een arrest van het EHRM in een horizontale verhouding makkelijker is dan een toepassing in een abstracte grondwettigheidstoetsing van wetgeving. Wetgeving is altijd op een onbepaald aantal gevallen van toepassing. Een concrete zaak die aanhangig is in Straatsburg kan dan wel een schending uitmaken, maar het toepassingsgebied van wetgeving is veel breder dan enkel dit arrest. Bijgevolg is het veel moeilijker om de hele wetgeving te beoordelen aan de hand van één casus, terwijl de transpositie van een EHRM-arrest naar een loutere concrete casus voor de civiele rechter vaak gemakkelijker is.

Chantal Mak

Het gaat nu om toetsing van uitspraken in Straatsburg. Dat is anders voor toetsing van wetgeving. Bijvoorbeeld bij het recht op huisvesting. Het Hof heeft een positieve verplichting geformuleerd voor de Staat als het aankomt op huisvesting. Het feit dat een bepaalde afweging al door de nationale wetgever gemaakt is in de huizenmarkt is dan wel een reden voor het EHRM om zich zeer terughoudend op te stellen wanneer de onderliggende casus een privaatrechtelijke rechtsverhouding (hypotheekcontract) betreft.

Dialogo

Een Nederlandse deelnemer vraagt zich af of er in zo'n geval geen sprake is van een directe toets, in plaats van een indirecte toets.

Een andere Nederlandse deelnemer verklaart dat in *Urgenda* grotendeels sprake is van een directe toepassing van artikel 2 en 8 EVRM; de procedure richt zich immers tegen de Staat. Naar zijn idee kan men dat in horizontale verhoudingen net zo goed hebben. Het nationale recht zal eerst moeten worden getoetst aan het EVRM. Als dat daarmee strijdig is, ontstaat een rechtstekort dat moet worden ingevuld. Soms volgt dat uit de casus, maar soms moet de rechter iets verzinnen. In de jaren tachtig van de vorige eeuw kon bij een echtscheiding wettelijk één ouder voogd zijn, maar toen zei de Hoge Raad dat dat niet kon op grond van artikel 8 EVRM. De Hoge Raad loste dat probleem op door zelf te erkennen dat naar Nederlands recht slechts beide ouders voogd kunnen zijn en de wet op die manier uit te leggen. Het homohuwelijk in het Caribisch gebied is op dezelfde manier opgelost.

In reactie daarop zegt weer een andere Nederlandse deelnemer dat het niet altijd de verantwoordelijkheid van de wetgever hoeft te zijn, maar soms ook van de rechter. Hij wijst daarbij op het *Schotelantenne*-arrest,¹² waarbij het ging om publiek-

12. EHRM 16 december 2008, ECLI:NL:XX:2008:BH1809, NJ 2010/149, m.nt. E.A. Alkema (*Schotelantenne*).

rechtelijke handelingen. Toch wordt dan gezegd dat de rechter de EVRM-rechten beter had moeten afwegen. Dat was niet de schuld van de wetgever, maar van de rechter in het concrete geval. Straatsburg heeft daar toegezien op een bepaalde privaatrechtelijke verhouding, dat kun je ook vergaand vinden.

In reactie daarop stelt de voorgaande Nederlandse deelnemer dat dat zeker vergaand is. De vraag is hoe je rechtspraak uit Straatsburg implementeert. De Nederlandse rechter zegt zelfs wel eens dat ze niks kunnen doen als er een schending is, maar dat een kwestie bij de wetgever ligt.

De voorlaatste Nederlandse deelnemer reageert daarop dat de rechter een geschil voorgelegd krijgt tussen twee privaatrechtelijke personen, waar botsende grondrechten spelen, maar dat uiteindelijk een gebrek in de wetgeving wordt vastgesteld. Op die manier is dan toch sprake van directe toetsing.

Martijn Scheltema

In de situatie waarin zowel de overheid als de burger iets kan doen; wie moet dan handelen? Hoe moet je zaken interpreteren waarin watertoevoer werd afgesloten en er kinderen aanwezig waren? Daarvoor is de Staat aangesproken, omdat zij de publieke watervoorziening te veel geprivatiseerd zou hebben – waardoor de grondrechten dus direct werkten. De vraag is wat er gebeurd zou zijn als het (private) waterbedrijf was aangesproken. Werkten de rechten van het kind dan (in)direct door?

Ingrid Leijten

De vraag is of je in zulke gevallen kijkt naar een wetgever die vervolgens zegt dat je in de wet moet opnemen dat een private partij ook niet zomaar het water mag afsluiten.

Dialoog

Een Nederlandse deelnemer merkt op dat dat in die zaak¹³ ook was gevorderd. Het gerechtshof koos ook de lijn dat de Staat op voorhand moet verbieden in regelgeving dat ze leidingen mogen afsluiten.

Ingrid Leijten

Ingrid gaat verder door op te merken dat ze daar in het preadvies een algemener punt van wilde maken: wat kan men met mensenrechten om privaatrechtelijke wetgeving *im Frage* te stellen? Zijn we ‘de rechtsstaat’ niet op een manier gaan opvatten die ook in privaatrechtelijke wetgeving het vereiste van proportionaliteit veronderstelt? We kunnen grondrechten dan gebruiken om dat zichtbaar te

13. Hof Den Haag 19 maart 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:363, AB 2024/209, m.nt. K.F.M. Klep.

maken; dat is niet alleen in het publiekrecht van belang. Dat verandert ook hoe we nadenken over wat goede wetgeving is.

Dialoog

Een Belgische deelnemer vraagt zich af of we uit de toepassing van mensenrechten ook iets kunnen leren voor het privaatrecht. Mensen moeten een contract kunnen sluiten. Stel dat mensen afspreken dat ze elkaars mensenrechten mogen schenden, omdat ze daar allebei belang bij hebben. Hij betreft bij zijn uiteenzetting de theorie van afstand van grondrechten. Deze EHRM-theorie telt twee voorwaarden: het moet enerzijds gaan om een expliciete afstand en anderzijds mag deze de kern van het mensenrecht niet raken. Hij vraagt zich dan ook af wat afstand van grondrechten nu betekent in het privaatrecht en in welke mate dit mogelijk is. Dat is een van de grote discussiepunten onder meer ook in anti-discriminatiewetgeving. Hij denkt dat de grondrechten daarbij kunnen helpen.

Een andere Belgische deelnemer maakt hierbij nog een kanttekening. Zij wijst erop dat het in vraag stellen van privaatrechtelijke normen op basis van mensenrechten vaak voorkomt in België door middel van de prejudiciële vraagstelling aan het Grondwettelijk Hof.

Willem Verrijdt

Willem beaamt dat de deelnemer gelijk heeft. Hij voegt er wel aan toe dat het bij een prejudiciële vraag over een abstracte toetsing gaat. De wetgeving wordt vergeleken met hogere rechtsnormen. Hij ziet als gevaar dat het Constitutioneel Hof zich laat leiden door feiten in het concrete bodemgeschil en te weinig zicht heeft op het overige toepassingsgebied van de wetgeving in kwestie. Wanneer het Hof de wetgeving buiten toepassing verklaart omwille van een concrete casus, heeft dit dezelfde gevolgen voor de andere, onproblematische, situaties die zich kunnen voordoen. De transpositie van Straatsburgse rechtspraak in dat soort casussen lijkt hem niet evident, aangezien je geen zicht hebt op het volledige toepassingsgebied van de voorgelegde wetgevende norm.

Chantal Mak

Het is niet zozeer de vraag of we afstand kunnen doen van fundamentele rechten: op zich is het niet omstreden dat dat kan, bijvoorbeeld in een arbeidsovereenkomst is het mogelijk om bedingen op te nemen over vertrouwelijkheid en non-concurrentie. Dát het kan, is duidelijk. De *voorwaarde* daarvoor is moeilijk; daar moet wetgeving voor zijn – zeker als er een machtscomponent meespeelt. Chantal wil dat terugbrengen naar de discussie over religieuze symbolen. In hoeverre kan de werknemer die dat wil, onderhandelen bij het aangaan van de arbeidsovereenkomst. Het is vaak al moeilijk voor een werknemer die een religieus symbool draagt om aan te tonen dat diegene niet is aangenomen vanwege dat symbool. Ook in gevallen waarin er al een arbeidsovereenkomst was en iemand vervolgens met een dergelijk symbool op het werk verscheen, is het moeilijk om te bepalen

wat het wettelijke spectrum is. In Europese wetgeving staat dat religie, maar niet geslacht een toegestane discriminatiegrond is. Op de combinatie van die twee – als moslimvrouwen een hijab dragen – kun je je niet beroepen. De rechter kan alleen iets zeggen over dat ene punt. De wetgever heeft dat probleem nog niet volledig uitgewerkt.

Martijn Scheltema

Martijn reflecteert nog kort op contracten, alvorens naar het volgende onderwerp door te gaan: soms is het privaatrecht de enige manier om grondrechten te verankeren. In internationale ketens buiten Europa is de enige manier om grondrechten te waarborgen buiten die grenzen gelegen in contracten.

Thema IV. Ambtshalve toetsing

Inleiding thema IV door Martijn Scheltema

Hier zullen de deelnemers uit de rechtspraak vast warm voor lopen. Voor dit onderwerp behandelen we vier vragen: is in het privaatrecht, zoals in het bestuursrecht, een betekenis te onderkennen van de toepasselijkheid van grondrechten wat betreft toetsingsintensiteit? Welke is de verantwoordelijkheid van de rechter, deel uitmakend van ‘de overheid’, als er grondrechten in het geding zijn? Is hij gehouden tot ambtshalve toetsing? Is er op dit punt verschil tussen een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke rechtsverhouding? Speelt de machtenscheiding op dit punt nog een rol? Welke meerwaarde is toe te schrijven aan constitutionele toetsing – mede/vooral van belang voor Nederland, nu nog zonder constitutionele toetsing? Welke is de (mogelijke) impact daarvan voor het privaatrecht?

Stefan Somers

Stefan wijst erop dat het ambtshalve toetsen van grondrechten in strijd is met artikel 6 EVRM. Het ambtshalve opwerpen is een andere vraag. Het Hof van Cassatie geeft de rechter de ruimte om ambtshalve zaken op te werpen als die van openbare orde zijn. De vraag is dan natuurlijk in welke mate grondrechten van openbare orde zijn. Als we ervan uitgaan dat ze van openbare orde zijn, zouden ze altijd moeten worden opgeworpen en dat gebeurt niet. Het Hof van Cassatie heeft in haar rechtspraak reeds aangehaald dat mensenrechten die in eerste instantie voor Cassatie worden opgeworpen een nieuw rechtsmiddel uitmaken en het Hof zich daarover niet mag uitspreken. Dit impliceert dat mensenrechten volgens Belgisch recht niet van openbare orde zijn. Om de vraag over openbare orde te verduidelijken, zou je moeten bepalen wat de kern is van een mensenrecht en waar je (volgens de rechtspraak van het EHRM) dus geen afstand van kan doen. Geargumenteerd zou immers kunnen worden dat de kern van mensenrechten wel van openbare orde is.

Verder haalt hij aan dat de rechter wel ambtshalve grondrechten toetst bij de behandeling van eenzijdige verzoekschriften. Als voorbeeld verwijst hij naar het arrest van het Hof van Beroep Gent tussen DPG Media en Conner Rousseau waarbij het Hof het recht op vrije meningsuiting ambtshalve heeft getoetst.¹⁴ Dit kan, aangezien de rechter in dergelijke gevallen de belangen van de afwezige tegenpartij gaat verdedigen. Buiten deze situaties, vindt hij het moeilijk om te zeggen of er al dan niet een ambtshalve toetsing moet zijn.

Willem Verrijdt

Willem sluit zich aan bij de uiteenzetting van Stefan wat betreft de openbare orde en ambtshalve toetsing. Hij haalt aan dat theorie en praktijk op dat punt erg uiteenlopen. Rechtsgeleerden schrijven dat een mensenrechtenschending de openbare orde raakt en dus leidt tot (absolute) nietigheid. De rechter moet dit ook ambtshalve opwerpen. In de praktijk is het anders. Ambtshalve middelen opwerpen maakt zelden deel uit van de Belgische rechtspraktijk.

Hij gaat vervolgens dieper in op de meerwaarde van grondwettigheidstoetsing van wetgeving. Hij wil zich niet uitspreken over of je al dan niet een grondwettelijke toetsing moet hebben, maar hij gaat dieper in op de rol van het Belgisch Grondwettelijk Hof. Dit is een Kelseniaans of gecentraliseerd grondwettelijk hof. Het Grondwettelijk Hof is exclusief bevoegd om wetgeving aan de Grondwet te toetsen, en het maakt daarbij ook gebruik van de mensenrechten uit het EVRM en het EU-Handvest. Het Hof leest de Grondwet in samenhang met die verdragen en past Straatsburgse en Luxemburgse rechtspraak toe. Partijen bij de civiele rechter hebben geen forumkeuze. De rechter moet zelf nagaan of er ook een analoge grondwetsbepaling is en een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof, en pas in tweede instantie eventueel zelf de wet aan het verdrag toetsen. Een kenmerk van de centralisatie is dat redelijk snel – binnen het jaar – een uitspraak volgt die op een hele rechtsorde betrekking heeft. In een diffuus stelsel kunnen rechters elkaar tegenspreken en duurt het lang alvorens de hoogste rechter hier definitief uitspraak over doet. Tot die tijd is er rechtsonzekerheid. Een laatste kenmerk dat Willem aanhaalt is dat bij een gecentraliseerd systeem de regering die is verbonden aan de wetgever die de aangevochten norm heeft uitgevaardigd, partij bij het geschil is en kan verdedigen waarom deze wetgeving is aangenomen en waarom deze pertinent en evenredig is. In een diffuus systeem kan de wetgever niet altijd tussenkomen in een privaats horizontaal geschil.

Ook de keerzijde van de grondwettigheidstoetsing wordt door Willem aangehaald. Een dergelijke toetsing is niet onschuldig en brengt rechtsonzekerheid met zich mee. De partij die de grondwettigheidstoetsing initieert heeft altijd ongelijk op grond van privaatrecht.

Deze wil gelijk krijgen door de geldigheid ervan in vraag te stellen. De andere partij dacht beschermd te zijn door het privaatrecht, maar is dat later niet meer wanneer de wetgeving ongrondwettig wordt verklaard. Verder wijst hij op de kritiek

14. HvB Gent (1e k.) 28 maart 2024, 2023/RK/21.

van sommige privatisten die aangeven dat het Hof vaak zonder veel begrip van de eigenheid van het privaatrecht allerhande wetgeving ongrondwettig verklaart en de legitieme verwachtingen van partijen in private verhoudingen op het spel zet. Hij gaat akkoord dat er een spanningsveld is tussen de privaatrechtelijke rechtszekerheidslogica en de publiekrechtelijke toetsingswijze. Volgens hem houdt het Hof hier niet altijd rekening mee. Hij bespreekt enkele manieren waarop het Hof mogelijk meer rekening kan houden bij de toetsing van private wetgeving.

Ten eerste kan het Hof wijzen op het bestaan van de andere private partij – en diens belangen – bij de evenredigheidstoets. Verder kan het Hof meer rekening houden met de toepasselijkheid van privaatrechtelijke beginselen. Het is mogelijk dat wetgeving wel grondwettig kan worden verklaard voor zover de civiele rechter concreet altijd nagaat of er geen sprake is van rechtsmisbruik of bedrog. Ten derde zou het Hof vaker kunnen opmerken dat een wet *in abstracto* grondwettig is, maar dat een grondrechtenschending in sommige concrete casussen wel kan voorkomen. De civiele rechter is dan bevoegd om die schending vast te stellen. Ten vierde kan het Hof ook rekening houden met het verschil tussen dwingend en aanvullend recht. Als het gaat om aanvullend recht, volstaat het voor het Hof om erop te wijzen dat de partijen ervan konden afwijken. Dit is vooral belangrijk in zaken waarin er geen verschil in machtsverhouding is. Tot slot wijst hij erop dat als het Hof ondanks de voorgaande voorstellen tot matiging toch nog een schending vaststelt, het de mogelijkheid heeft om de harde rechtsgevolgen die het eraan koppelt te moduleren. Het Hof kan na de vaststelling van de schending aan de wetgever een termijn geven om deze schending weg te werken. Hij verwijst naar het recente arrest over afstammingsinformatie waarin het Hof de wetgever drie jaar de tijd geeft om de mensenrechtenschending recht te zetten.¹⁵

Dialogoog

Een Belgische deelnemer vraagt zich af of privatisten in Nederland wel eens het gevoel hebben dat rechters die mensenrechten toepassen wel genoeg zicht hebben op het systeem van het privaatrecht. In België komt het wel voor dat het Grondwettelijk Hof zich blindstaart op een individueel geval zonder de gehele privaatrechtelijke samenhang voor ogen te hebben. Hij verklaart dit door onder meer te verwijzen naar de samenstelling van het Hof. Er zetelen allemaal (ex-)politici in en mensen met een oprechte interesse in constitutioneel recht en mensenrechten. Er zijn bitter weinig privatisten bij het Grondwettelijk Hof.

Chantal Mak

Chantal dankt Willem voor zijn goede punt. Bij het Europees Hof van Justitie waren vroeger te weinig mensen met privaatrechtelijke kennis, en daar zijn meer privatisten aangenomen. Chantal zegt nog iets over de verantwoordelijkheid van de rechter. Daar wordt in Nederland voor verwezen naar artikel 47 EU-Handvest als een bepaling die meer zou vereisen van de rechter dan tot nu toe wordt aangenomen.

15. GwH 26 september 2024, nr. 102/2024.

men. In haar preadvies verwees Chantal naar een stuk van Cassandra Lange,¹⁶ die betoogt dat op grond van artikel 47 EU-Handvest van rechters meer kan worden verwacht in het kader van het ontwikkelen van remedies en zij noemt daarin ook het belang van de evenredigheidstoets. Chantal stelt de vraag of dit herkend wordt in de zaal, dat het recht op effectieve remedie een verantwoordelijkheid voor de rechter met zich brengt?

Ingrid Leijten

Als we het hebben over die verantwoordelijkheid van de rechter kan het ook te maken hebben met hoe de rechter omgaat met de vraag van ambtshalve toetsing en openbare orde. Ze kan zich voorstellen dat daarin een *afweging* zit. Een ambtshalve toepassing is niet steeds realistisch; daar is het hele scala aan grondrechten gewoon te veelomvattend voor. Zou je daarvoor criteria kunnen vastleggen voor wanneer je daartoe *wel* overgaat en of daar verantwoordelijkheid ligt? Ook in het licht van effectieve rechtsbescherming is dat van belang, wanneer kinderen de dupe worden van een zware mensenrechtenschending.

Dialogoog

Een Nederlandse deelnemer stelt voorop dat ambtshalve toetsing van fundamentele rechten niet mogelijk is. Er zijn inmiddels 150 grondrechten, waarbij vaak ook *beide* partijen grondrechten hebben. Het is een afweging en daarbij heb je partijen nodig die iets aanvoeren. Iets anders is of we niet iets *meer* kunnen doen dan nu. Het wordt wel steeds meer opgevoerd om op sommige punten ambtshalve toetsing wel te verplichten, ook als partijen niets hebben aangevoerd, bijvoorbeeld in het geval van *détournement de pouvoir*.¹⁷ Bekend is dat consumentenrichtlijnen ambtshalve getoetst worden, maar dan mag het weer niet een bedrijf verhuld als consument zijn. Voor ongelijke verhoudingen kunnen we wel nadenken waar in Nederland nog iets te halen is, bijvoorbeeld in sterk ongelijke verhoudingen. In sancties in de sociale sfeer kan evenredigheid ook een rol spelen. We moeten kijken *waar* die zwakke partijen zitten die we moeten helpen. Vroeger werd bijvoorbeeld het *hele* socialezekerheidsrecht door de Centrale Raad van Beroep (CRvB) toegepast. Daar hoeven we niet naar terug, maar we kunnen wel inspiratie halen uit die rechtspraak, dat we moeten kijken waar we meer kunnen doen.

Thema V. Wensen voor de toekomst

Inleiding thema V door Martijn Scheltema

Welke wensen zijn er – uit oogpunt van de missie van het Platform: een optimale wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht – voor de toekomst te formuleren

16. C.C.W. Lange, 'The Job of the Judge in the Supranational European Rule of Law', in: C. Mak & B. Kas (red.), *Civil Courts and the European Polity: The Constitutional Role of Private Law Adjudication in Europe*, Oxford: Hart Publishing 2023, p. 244.

17. Concl. A-G B.J. Drijber 5 april 2024, ECLI:NL:PHR:2024:377, JOM 2024/257.

in verband met het onderwerp doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen dan wel daarmee samenhangend?

Chantal Mak

Chantal bekent dat zij de vraag heeft opgerekt door geen wensen, maar door stellingen te formuleren. Ze heeft ook nog geen antwoord op, bijvoorbeeld, de vraag naar wenselijkheid van een constitutioneel hof. Ze wil de aandacht vestigen op het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK): dat is een nieuwer onderwerp waar nog niet iedereen mee bezig is. Ze verwijst daarbij naar een stuk dat ze in haar preadvies heeft aangehaald, waarin Mariska Baaij de mooie zin opschreef dat elke rechter ook ‘een beetje kinderrechter’ is,¹⁸ dat wil zeggen dat alle rechters altijd rekening moeten houden met de rechten uit het IVRK. Die stelling zou ze hier graag onderschrijven.

Ingrid Leijten

Als het gaat om de wensenlijst, dan houdt Ingrid zich als publiekrechtjurist bij het publiekrecht. De alomtegenwoordigheid van grondrechten houdt haar bezig. Het Nederlandse constitutionele bestel is heel erg toegespitst op verticale verhoudingen waarin de wetgever naar de letter van de Grondwet *carte blanche* krijgt om grondrechten te beperken; het kent *geen* inhoudelijke vereisten. Die kunnen we er wel in lezen, en dat zullen we wellicht ook doen, maar het lijkt haar beter om proportionaliteit als eis in de Grondwet op te nemen en wellicht de grondwetgever te verleiden om een standpunt in te nemen over horizontale werking. Of we dan ook moeten overgaan tot constitutionele toetsing: Ingrid is daar in beginsel een voorstander van. Niet dat dat voor oplossingen gaat zorgen die er nu niet zijn, maar de waarde ervan zit ook in een grote symbolische werking. Daarnaast wordt de rechter dan ook iets meer geacht *eigenaarschap* te hebben over de interpretatie van die grondrechten en de eisen die eruit voortvloeien – in plaats van zich daarbij te kunnen of moeten verlaten op rechtspraak van met name het EHRM. Dat kan evenwel ook tot terughoudendheid leiden; het lijkt haar interessant om te zien wat er dan gebeurt. Een constitutioneel *hof* lijkt haar een ander verhaal, daar heeft ze haar twijfels dan weer bij. In de Nederlandse discussie wordt dan gezegd dat een constitutioneel hof lastig is vorm te geven op het moment dat iedere rechter ook aan het EVRM toetst én dat men voor grondwettelijke toetsing naar een grondwettelijk hof moet. Ze merkt daarbij wel meteen op dat haar Belgische collega's aangeven dat dat ook kan werken, dus dat dat niet per definitie een probleem is. Ze gelooft niet dat zo'n hof er gaat komen; mede omdat de wijzigingssystematiek van de Grondwet ertoe leidt dat – ook als er brede consensus over zou zijn – zo'n proces jaren in beslag neemt.

18. ‘Elke rechter is een beetje kinderrechter’, SSR Meestervertellers met Mariska Baaij, ssr.nl/2024/elke-rechter-is-een-beetje-kinderrechter-ssr-meestervertellers-met-mariska-baaij/.

Steven Verbeyst

Steven vat de standpunten van de Nederlandse sprekers samen en polst naar de wensen van de Belgische deelnemers.

Stefan Somers

Stefan somt enkele aandachtspunten op. Er moet volgens hem allereerst aandacht zijn voor de proceseconomie. Als de rechter ambtshalve een toetsing aan de grondrechten opwerpt, is dit nefast voor de proceseconomie. Er komen nieuwe conclusies van de advocaten en de zaak loopt snel vertraging op. Dit geldt voor hem ook wat betreft prejudiciële vragen.

Ten tweede besluit hij dat de invloed van mensenrechten op het privaatrecht tot een zekere diffuse ontwikkeling leidt met enerzijds bepaalde clusters van het privaatrecht met een sterke invloed van het EHRM en anderzijds grote delen van het privaatrecht waar er nauwelijks een invloed is.

Tot slot stelt hij nog vragen bij verschillende juridisch-technische aspecten: wat zijn de gevolgen van de nietigheid van privaatrechtelijke wetgeving? In welke mate moet je eraan tegemoetkomen dat iemand die vertrouwt op wetgeving, wordt geconfronteerd met de buitentoepassingsverklaring van die wetgeving? Het Grondwettelijk Hof werkt daarin mee en geeft de wetgever tijd en hij verwijst naar het voorbeeld van Willem. Er zijn echter bepaalde zaken waarin de wetgever weinig met deze tijd doet en nog steeds geen oplossing heeft voorzien (bijv. exceptie van internationale borgstelling).

Willem Verrijdt

Willem hoopt vooreerst dat er nog vele edities van dit Platform mogen komen. Hij hoopt dat de deelnemers – elk vanuit hun eigen land en invalshoek – er de rechtswetenschap mee verder geholpen hebben. Verder is hij ervan overtuigd dat er kan worden gesnoeid in de concepten binnen dit leerstuk. Concepten die de toepasselijkheid van de grondrechten uitsluiten, zoals het geval waarin een gelijke machtsverhouding tussen partijen bestaat, zouden volgens hem moeten worden verschoven naar de evenredigheidstoets. Hij pleit ervoor om die evenredigheidstoets dan zo terughoudend toe te passen dat de verdringing van het privaatrecht zich in de praktijk niet voordoet. Tot slot wijst hij op de nood aan bijkomend onderzoek. Vooral de vraag naar de invloed van grondwettigheidstoetsing van wetgeving op het privaatrecht vormt een interessant topic.

Dialogoog

Een Belgische deelnemer gaat nog kort in op de vraag naar directe werking van internationale verdragen en het standpunt van het Hof van Cassatie dat directe werking toekent aan bepaalde artikelen van het IVRK. De hoogste hoven in België

zijn het hier duidelijk niet met elkaar eens, want volgens de Raad van State is er geen directe werking van het IVRK.

Een andere Belgische deelnemer antwoordt hierop dat het Hof van Cassatie in België terughoudend is, omdat veel van de grondrechten open normen zijn. Is het aan de rechterlijke macht om dat in te vullen? Daar komt men dicht bij de bevoegdheid van de wetgever. Hij vindt de terughoudendheid deels terecht. De oplossing ligt volgens hem op Europees niveau. Daar moeten de richtlijnen worden bepaald over de invulling van grondrechten. Hij denk dat we niet te veel in de mand moeten leggen van de rechterlijke macht.

Ingrid Leijten

Ingrid merkt op dat het vandaag nog niet gegaan is over interpretatie en de afweging zoals dat door de Belgische deelnemer wordt signaleerd. Het punt dat Ingrid wil maken gaat ook over verwachtingsmanagement als het gaat om constitutionele toetsing. Een rechter kan enerzijds op basis van grondrechten wel wat invulling geven, maar tegelijkertijd zie je ook veel terughoudendheid bij de rechter om te komen tot een passende toetsings*intensiteit*. Op het moment dat men meer ruimte krijgt voor constitutionele toetsing in het privaatrecht, moet je die verwachtingen ook nog wat temperen.

Stefan Somers

Stefan deelt nog een algemene reflectie. Hij heeft gelezen over negentiende-eeuwse rechtspraak in de VS waar toen al een grondwettigheidstoetsing was. Wetgeving om arbeidsovereenkomsten te reguleren (arbeidsduur, kinderarbeid, vrouwenarbeid) werd toen aangevochten en door het Amerikaanse Hooggerechtshof soms ongrondwettig verklaard wegens strijdigheid met de contractsvrijheid (waaraan eind negentiende eeuw grondwettelijke bescherming werd verleend). Vanuit een historisch perspectief is dit interessant omdat het aantoont dat grondrechtelijke toetsing ook gebruikt kan worden voor andere maatschappelijke doelen dan diegene waaraan wij vandaag vaak denken (zoals de klimaatzaak). In de debatten over de vraag of de rechtspraak van het Amerikaanse Hooggerechtshof eind negentiende eeuw veel invloed heeft gehad op de ontwikkeling van het Amerikaans politiek-juridisch bestel, gaf een conservatieve auteur te kennen dat de invloed van de toetsing soms meer in de ene, en soms meer in de andere richting gaat, maar dat ze het in het algemeen moeilijker maakt voor de wetgever om wetgevend op te treden, zodat de toetsing gunstig is voor beperking van de rol van de overheid in de samenleving.

Martijn Scheltema

Martijn dankt alle preadviseurs hartelijk voor hun mooie papers en de prachtige en nuttige bijdragen vanmiddag. Hij hoopt dat we deze discussie op een ander moment verder kunnen voortzetten, daar is op allerlei fronten voldoende gelegenheid voor.

Afsluiting en slotwoord door Steven Lierman

Steven bedankt iedereen voor de boeiende kruisbestuiving die de zesde dialoog van dit Platform met zich meebracht. Hij wijst op het talent van Lidy Wiggers-Rust om bij vorige gelegenheden de krachtlijnen van de dialoog kernachtig samen te vatten en hoopt dit ook te kunnen doen, zonder afbreuk te doen aan de rijkheid van het debat.

Het eerste onderwerp dat vandaag aan bod kwam, was de definiëring van het begrip 'horizontale werking'. Hoewel er discussie bestond of het dan nog ging over horizontale werking, werd ook de overheid in het verhaal betrokken wanneer die de privaatrechtelijke weg bewandelt.

Als het gaat over doorwerking, wijzen alle sprekers erop dat de wijze van doorwerking geen uitgemaakte zaak is. Het praktische belang van het onderscheid tussen directe en indirecte werking wordt echter wel sterk genuanceerd. Willem stelde zelfs voor om het onderscheid achterwege te laten. Wanneer ze toch een keuze zouden moeten maken, gaat de voorkeur van de sprekers uit naar de indirecte werking. Zij verwezen daarvoor onder meer naar het gevaar dat het privaatrecht kan worden opgeslokt bij een directe werking. Verder haalden de sprekers ook aan dat de beschermingsmechanismen niet aangepast zijn aan private verhoudingen. Ook proceseconomische elementen werden naar voren geschoven. De relativering van directe en indirecte werking geldt zeker wat de toetsing betreft. Maar aan Belgische zijde ontstond er wat discussie of dat ook geldt wanneer het gaat om remedies.

De vraag of via de grondrechten ook positieve verplichtingen aan burgers en bedrijven kunnen worden opgelegd, is fundamenteel. Zeker wanneer in de wetgeving via *due diligence* verplichtingen aan grote bedrijven worden opgelegd, brengt dit een verschuiving met zich mee. Hierdoor zijn niet alleen overheden, maar ook private actoren normadressaten. Het roept de vraag op of dit op termijn niet tot meer convergentie kan leiden in de toepassing van de grondrechten of zelfs tot een *spin-off* in gebieden waar deze wetgeving niet op van toepassing is. Het gegeven dat een private partij bijvoorbeeld voorziet in basisvoorzieningen die sociale rechten van de burger moeten garanderen, alsook een ongelijke machtsverhouding, kunnen een vorm van doorwerking van de grondrechten in private verhoudingen rechtvaardigen.

Na de onderbreking is ingegaan op de meerwaarde van de grondrechten voor het privaatrecht. Daar is onder meer gewezen op de bijdrage van de evenredigheids-toets. De meerwaarde is vooral te vinden in gevallen waarin de open normen onvoldoende informatie verschaffen. Verder werd gewezen op meer rechtvaardige uitkomsten, waar derden zoals sociaal zwakkeren, minderjarigen en toekomstige generaties in het geding komen. Er lijkt consensus te zijn dat de doorwerking van mensenrechten de balans in de afweging niet volledig hoeft te verstoren. Deze doorwerking lijkt er echter ook niet toe te leiden dat geschillen eenvoudiger worden beslecht. Vanuit het publiek werd gewezen op de meerwaarde van mensenrechten om het privaatrecht in twijfel te trekken.

Omgekeerd kan het privaatrecht het grondrechtenkader verfijnen en vooral de remedies komen steeds uit het privaatrecht. Ook kunnen grondrechten verduidelijken wat goede wetgeving is en waar de wetgever tekortschiet om de naleving ervan in private verhoudingen te waarborgen. De prejudiciële vraagstelling is wellicht echter niet steeds de beste manier, omdat de systematiek van het wettelijk kader daar vaak te weinig centraal staat.

Wat de ambtshalve toetsing betreft, werd erop gewezen dat dit geen gangbare rechtspraktijk is. We zijn niet te lang blijven hangen bij het idee van een centrale constitutionele toetsing, maar onthouden wel dat het Grondwettelijk Hof niet altijd over het juiste *fingerspitzengefühl* beschikt om aandacht te hebben voor de privaatrechtelijke principes. Wat het verschil aan toetsingsintensiteit betreft, is er een algemeen pleidooi voor een voldoende concrete evenredigheidstoets. Daarbij moet een duidelijk onderscheid worden gemaakt tussen de overheid – in haar uitoefening van het algemeen belang – en particulieren die hun eigen belangen nastreven. Het feit dat de overheid rechtstreeks gebonden is aan de grondrechten, doet de balans eerder doorslaan naar degene wiens rechten onder druk staan dan wanneer het om een private wederpartij gaat.

Tot slot werd er ook gewezen op de belangrijke rol van het supranationaal recht, onder meer van artikel 47 EU-Handvest en het belang van de evenredigheidstoets. De rechter moet ook respect hebben voor politieke keuzes. De wensen voor de toekomst zitten nog fris in het geheugen, dus gaat Steven enkel in op de oproep en het belang om dit thema verder te blijven onderzoeken. Over welke de precieze toepassingsvoorwaarden voor grondrechten moeten zijn in private verhoudingen, is nog veel te zeggen. De aandacht voor de eigenheid van het privaatrecht is daarbij van groot belang. Zelfs als we voortbouwen op de metafoor van Collins om het publiekrecht en privaatrecht als twee huizen te zien met de grondrechten als gedeelde fundering, blijft de laatste vraag van fundamenteel belang.¹⁹ Steven sluit af door te stellen dat convergentie geen doel op zich is. Verschillen en overeenkomsten moeten op genuanceerde wijze worden weergegeven en daar heeft iedereen aan bijgedragen.

Hij dankt hartelijk alle preadviseurs voor hun bijzonder mooie bijdragen. Zij leggen fundamentele zaken bloot waarover nog niet, althans niet fundamenteel, is nagedacht. Zij hebben de dialoog vandaag vormgegeven. Tot slot dankt hij ook beide moderatoren om het debat in goede banen te leiden. Hij nodigt iedereen uit voor de borrel.

19. H. Collins, 'Private Law, Fundamental Rights, and the Rule of Law', *W. Va. L. Rev.* 2018/12.