

# **Overlap tussen grondrechten/ fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen**

**Convergentie en afstemming**



# Overlap tussen grondrechten/fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen

Convergentie en afstemming

Platform voor publiek- en privaatrecht  
in dialoog – reeks nr. 6

*Ingrid Leijten*

*Chantal Mak*

*Willem Verrijdt*

*Stefan Somers*

Zutphen 2025



---

UITGEVERIJ *Paris*

Deze bundel is mede mogelijk gemaakt door de financiële steun van de achterin de bundel vermelde sponsors van het Platform.

Het Platform is de sponsors zeer dankbaar voor hun bijdragen.

Omslagontwerp: Prezns, Zutphen

ISBN: 978-94-6251-373-0

NUR: 820

© 2025 Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.reprorecht.nl](http://www.reprorecht.nl)).

Voor het overnemen van (een) gedeelte(n) uit deze uitgave in een bloemlezing, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting Pro (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, [www.cedar.nl/stichtingen/stichting-pro](http://www.cedar.nl/stichtingen/stichting-pro)).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteurs, redactie en uitgever geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor de gevolgen hiervan.

## Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog

Het Platform is opgericht in januari 2019 en heeft als missie het realiseren van een optimale wisselwerking tussen publiekrecht en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden. Het Platform beoogt een ontmoetingsplaats te bieden voor juristen met een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke achtergrond. Daarin wordt geparticipeerd vanuit Nederland en België.

e-mail: [platform@recht-in-dialoog.eu](mailto:platform@recht-in-dialoog.eu)  
website: [www.recht-in-dialoog.eu](http://www.recht-in-dialoog.eu)



Deze reeks staat onder redactie van:

- Lidy Wiggers-Rust (voorheen raadsheer in het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en raadsheer-plaatsvervanger in het CBB) – (editor)
- Steven Lierman (hoogleraar bestuursrecht en gezondheidsrecht KU Leuven) – (editor)
- Rob Widdershoven (hoogleraar Europees bestuursrecht UU en advocaat-generaal voor het bestuursrecht)
- Frank van Ommeren (decaan en hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de VU en raadsheer-plaatsvervanger in het CBB)
- Martijn Scheltema (advocaat en hoogleraar civiel recht EUR)
- Kurt Willems (professor onderwijsrecht en administratief recht KU Leuven)
- Gerbrant Sniijders (advocaat-generaal bij de Hoge Raad (sector civiel) en advocaat-generaal voor het bestuursrecht)
- Frederik Peeraer (professor methoden van het rechtswetenschappelijk onderzoek en rechtstheorie UGent)
- Marie DeCock (professor publiekrecht UHasselt, universitair docent bestuursrecht UMaastricht en postdoctoraal onderzoeker FWO)
- Steven Verbeyst (professor economisch publiekrecht en Europees publiekrecht VUB)

### Aanbevolen citeerwijze:

L. Wiggers-Rust, S. Lierman e.a. (red.), *Overlap tussen grondrechten/fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen. Convergentie en afstemming* (Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog, nr. 6), Zutphen: Uitgeverij Paris 2025.

De inhoud van deze bundel is double blind gepeerreviewed.



# Inhoudsopgave

**Voorwoord** – Lidy Wiggers-Rust en Steven Lierman / 9

**Vraagpunten** / 13

**Doorwerking van grondrechten in het privaatrecht bezien in het licht van de kansen en uitdagingen van het Nederlandse systeem van grondrechtenbescherming** – Ingrid Leijten / 17

**Fundamentele rechten en het Nederlands privaatrecht: een dialoog** – Chantal Mak / 41

**Privaatrecht en grondrechten in België: een publiekrechtelijke blik** – Willem Verrijdt / 63

**Overlap tussen grondrechten/fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen. Convergentie en afstemming** – Stefan Somers / 117

**Verslaglegging** – Cato Deprez en Jan van der Schoor / 143

**Deelnemerslijst** / 181



# Voorwoord

Tijdens de zesde expertmeeting van het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog stond het volgende onderwerp centraal:

**‘Overlap tussen grondrechten/fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen. Convergentie en afstemming.’**

Grondrechten en fundamentele rechten zijn aan te merken als allerhoogste rechtsregels. Deze regels behoren tot het publiekrecht. Van oorsprong gaat het hierbij om de verticale relatie tussen overheid en burger. Vandaag de dag is dit een te beperkte weergave van de werkelijkheid: naast het begrenzen van overheidsmacht en het voor de overheid genereren van positieve verplichtingen, zijn deze rechten ook van toepassing op privaatrechtelijk overheidshandelen en werken deze tevens door in privaatrechtelijke verhoudingen tussen particuliere partijen (horizontale werking). Deze doorwerking levert wel vragen op, die van belang zijn voor de convergentie en afstemming tussen publiek- en privaatrecht.

Gedurende de expertmeeting is over dit onderwerp in dialoog beraadslaagd tussen een relevante groep juristen (vanuit wetgeving, rechterlijke macht, advocatuur en academie, bestuurs- en privaatrechtelijk, in Nederland en België).

Gastvrijheid werd daartoe verleend door de Gewestelijke Overheidsdienst Brussel, die zijn 32<sup>e</sup> verdieping hiervoor ter beschikking stelde, met prachtig uitzicht op Brussel en omstreken. Dit helikopterperspectief paste mooi bij het onderwerp en de gevoerde dialoog. Gerd Van Den Eede, adjunct secretaris-generaal van de Gewestelijke Overheidsdienst Brussel, benoemde in zijn welkomstwoord niet alleen de grote betekenis van de dialoog in Brussel: van de verschillende gewesten tot op het niveau van de lidstaten van de EU, maar onderstreepte tevens het wezenlijke belang van het onderwerp: grondrechten gaan ons allemaal aan.

Veel dank is ook verschuldigd aan de eerste voorzitter van de Dienst voor Bestuursrechtscolleges (DBRC), Filip Van Acker, en tevens aan de voormalig eerste voorzitter Eddy Storms, die de organisatie van de meeting in praktische zin, met behulp van het team van de DBRC, op zich namen.

In de omlijsting van de meeting gold de (beeldende) kunst opnieuw mede als inspiratiebron: ditmaal werd een bronzen beeld van Nelson Carrilho<sup>1</sup> getoond. Dat beeld (dat is te vinden in het Vondelpark in Amsterdam) maakte hij in 1984, een jaar na het overlijden van de 15-jarige Kerwin Duinmeijer – een jongen van Cura-

---

1. Afgebeeld in het Verslag van de meeting, zie p. 145.

çaoese 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. Juist daarvoor is vandaag de dag extra aandacht nodig: verdraagzaamheid en respect.

De dialoog over het onderwerp werd gevoerd onder leiding van de moderatoren Martijn Scheltema (Nederland) en Steven Verbeyst (België).

De volgende thema’s stonden in het middelpunt:

- I Horizontale werking
- II Techniek van doorwerking
- III Meerwaarde toepassing grondrechten ten opzichte van privaatrechtelijke normen
- IV (Ambtshalve) toetsing
- V Wensen voor de toekomst

De uitwisseling vond plaats aan de hand van (concept-)papers van:

- Ingrid Leijten (Nederland, publiekrecht);
- Chantal Mak (Nederland, privaatrecht);
- Willem Verrijdt (België, publiekrecht);
- Stefan Somers (België, privaatrecht).

De vraagpunten vanuit het Platform, die aan de basis van bedoelde papers liggen, zijn hierna opgenomen samen met de definitieve papers zelf, het verslag van de dialoog, gehouden onder de Chatham House Rule<sup>2</sup>, en de lijst van deelnemers.

De inbreng van de moderatoren en auteurs, ook ter vergadering, inspireerde de aanwezige deelnemers om aan de dialoog deel te nemen. Dank aan ieder van hen is op zijn plaats.

Het Platform prijst ook Jan van der Schoor (Nederland) en Cato Deprez (België)<sup>3</sup> voor hun toegewijde en zorgvuldige verzorging van het verslag van de meeting.

Ten slotte was onmisbaar de financiële ondersteuning van de sponsors van het Platform, die de expertmeeting en deze bundel mede mogelijk maakten. Veel dank ook aan hen.

2. Wanneer een vergadering, of een deel daarvan, 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. Het verslag van de expertmeeting is daarom geanonimiseerd (de voorzitter, auteurs-sprekers en de moderatoren vanzelfsprekend uitgezonderd). Zoals op de vergadering besproken is de lijst van deelnemers wel in de bundel opgenomen.

3. Ook hun gegevens zijn in de deelnemerslijst vermeld.

Wij wensen de lezer veel plezier toe bij het ontdekken van het resultaat van de gedachtewisseling tijdens de meeting en hopen zo weer een steentje bij te dragen aan de rechtseenheid en de goede wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht in Nederland en België!

Namens het Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog,

Lidy Wiggers-Rust, voorzitter en Steven Lierman, vice-voorzitter



## Vraagpunten

### Overlap tussen grondrechten/fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen. Convergentie en afstemming

Grondrechten en fundamentele rechten zijn aan te merken als allerhoogste rechtsregels. Deze regels behoren tot het publiekrecht. Van oorsprong gaat het hierbij om de verticale relatie tussen overheid en burger. In het heden is dit een te beperkte weergave van de werkelijkheid: naast het begrenzen van overheidsmacht en het voor de overheid genereren van positieve verplichtingen, zijn deze rechten ook van toepassing op privaatrechtelijk overheidshandelen en werken deze tevens door in privaatrechtelijke verhoudingen tussen particuliere partijen (horizontale werking). Deze doorwerking levert wel vragen op die van belang zijn voor de convergentie en afstemming tussen publiek- en privaatrecht. Daarnaast is ook sprake van convergentie tussen rechtssystemen onderling. De grondrechten en fundamentele rechten zijn voor het Platform dus zowel uit hoofde van de interne rechtsvergelijking tussen publiek- en privaatrecht als voor de externe rechtsvergelijking tussen Nederland en België interessant. Hierna wordt een aantal vragen geformuleerd aan de hand waarvan tijdens onze meeting van 27 september 2024 de dialoog over dit onderwerp kan plaatsvinden.

#### **Vraag 1** (vereisten voor doorwerking):

- 1.1 In welke gevallen kan horizontale doorwerking van grondrechten/fundamentele rechten aan de orde komen? (Maak daarbij zo nodig onderscheid tussen nationale grondrechten, EVRM en het EU-Handvest). Is daarvoor nodig dat sprake is van een ongelijke verhouding tussen partijen (machtspositie) en/of de behartiging van publieke belangen? Welke criteria/grenzen zijn er?
- 1.2 Volgens de rechtsleer wordt aan de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in Nederland wel het vereiste gesteld dat sprake is van een overheidslichaam of bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Ligt dit anders/genuanceerder als het gaat om grondrechten/fundamentele rechten en zo ja, welke is hiervan de achtergrond/kan hiervan de achtergrond zijn?
- 1.3 Als de regelgever (EU en/of nationaal) besluit de toepassing van de horizontale werking van grondrechten/fundamentele rechten op te nemen in regelgeving (codificatie),<sup>1</sup> zijn er over die inpassing in privaatrechtelijke verhoudingen dan nog opmerkingen te maken?

---

1. Denk bijvoorbeeld aan de recent vastgestelde EU-Ontbossingsverordening en -Batterijenverordening en de voorgestelde Corporate Sustainability Due Diligence Directive en de Forced Labour Regulation. Zie ook de rapportageverplichtingen op grond van de algemene Corporate Sustainability Reporting Directive en de Sustainable Finance Reporting Directive in de financiële sector (en de daarbij horende implementatiewetgeving).

**Vraag 2** (*techniek van doorwerking*):

- 2.1 Welke zijn de technische verschillen tussen directe en indirecte horizontale werking (reflexwerking)?
- 2.2 Welke zijn van elk van beide technieken de voor- respectievelijk nadelen/bezwaren?
- 2.3 Is in de mate van toepassing van doorwerking respectievelijk de te kiezen techniek een ontwikkeling te ontwaren?

**Vraag 3** (*meerwaarde?*):

In hoeverre voegt de toepassing van grondrechten iets toe aan privaatrechtelijke normen als 'redelijkheid en billijkheid' en 'maatschappelijke zorgvuldigheid'? Leidt deze tot andere oplossingen?

**Vraag 4** (*privaatrechtelijk overheidshandelen*):

- 4.1 De grondrechten zijn ook op het privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing. Welke gevolgen kan dit hebben voor het geldende privaatrecht in het concrete geval?
- 4.2 Maakt het voor de toepassing van grondrechten op privaatrechtelijk overheidshandelen verschil dat het om een overheid gaat? Anders gevraagd: is de overheid, als het gaat om privaatrechtelijk overheidshandelen in een bepaalde rol, bijvoorbeeld die van werkgever, in verband met grond- en/of mensenrechten eventueel anders te behandelen dan een private partij in diezelfde rol?

**Vraag 5** (*specifieke concepten publiek- en privaatrecht*):

Waar komen bij de afstemming van grondrecht en privaatrecht klassieke concepten van publiek- en privaatrecht, zoals partijautonomie, legaliteitsbeginsel en wetmatigheidsbeginsel, in het gedrang?

**Vraag 6** (*kleurschakering*):

- 6.1 Is er verschil in toepassing van grondrechten in een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke context, als het de uitleg ervan betreft?
- 6.2 Is er verschil in toepassing van grondrechten in een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke context, als het de toetsingsintensiteit ervan betreft?

**Vraag 7** (*van openbare orde?*):

- 7.1 Zijn grondrechten/fundamentele rechten van openbare orde en dient de rechter deze zo nodig ambtshalve toe te passen en wat houdt die ambtshalve toepassing in voorkomend geval precies in?
- 7.2 Maakt de rechtsverhouding waarom het gaat (publiek- of privaatrechtelijk) daarbij verschil?
- 7.3 Zijn er verschillen tussen Nederland en België?

**Vraag 8** (*convergentie tussen rechtsstelsels*):

In hoeverre dragen de grondrechten/fundamentele beginselen bij aan de convergentie tussen:

\* publiek- en privaatrecht?

\* het recht van Nederland en België?

Zijn van een en/of ander concrete voorbeelden te noemen?

**Vraag 9** (*wensenlijst*):

Welke wensen zijn in verband met het onderwerp van deze meeting te formuleren uit oogpunt van de missie van het Platform: *een optimale wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden?*



# Doorwerking van grondrechten in het privaatrecht gezien in het licht van de kansen en uitdagingen van het Nederlandse systeem van grondrechtenbescherming

Ingrid Leijten\*

## 1 Inleiding

De bescherming van grondrechten is in beginsel een kwestie van publiekrecht. Centraal staat daarbij immers de verticale relatie tussen burger en overheid, ofwel de bescherming van de (kwetsbare) burger ten opzichte van de (machtige) Staat. Waar grondwetten enerzijds de bevoegdheden van de Staat vastleggen, formuleren zij anderzijds de grenzen aan die bevoegdheden. Fundamentele rechten beschermen de belangen van minderheden die in meerderheidsbesluitvorming verwaarloosd worden, of dreigen te worden. (In het hiernavolgende gebruik ik vooral de term ‘grondrechten’, maar af en toe ook ‘fundamentele rechten’. Met beide doel ik op fundamentele rechten die zijn vastgelegd in de Grondwet en/of verdragen.<sup>1</sup>)

Toch doet dit uitgangspunt geen recht aan de veelzijdige hedendaagse praktijk van grondrechtenbescherming. Daarin gaat weliswaar nog steeds veel aandacht uit naar het begrenzen van overheidsmacht, maar naast positieve verplichtingen voor de Staat spelen op verschillende manieren ook het privaatrecht en de relaties tussen private actoren een rol. Of anders gezegd: ook in het privaatrecht hebben grondrechtennormen toepassing gevonden. Waar dit in eerste instantie meer klassieke grondrechtelijke thema's als vrijheid van meningsuiting en van godsdienst betrof, lijkt tegenwoordig met name ook de relevantie van *positieve* grondrechtelijke verplichtingen voor een verdere ontwikkeling van het leerstuk van horizontale werking te zorgen, bijvoorbeeld als het gaat om de rol van bedrijven bij het tegengaan van klimaatverandering.

In dit kader valt ook te verwachten dat de rol van doorwerking van grondrechten in het privaatrecht nog zal toenemen. Debet daaraan is bovendien niet zozeer de Nederlandse Grondwet, maar vooral het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), evenals het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest).<sup>2</sup> In deze bijdrage wordt stilgestaan bij deze doorwerking vanuit *publiekrechtelijk* perspectief. Dat houdt in dat ik niet uitgebreid stil zal staan bij de privaatrechtelijke receptie van dit leerstuk zowel in de literatuur als in de praktijk. Veel meer probeer ik iets toe te voegen

---

\* Prof. dr. A.E.M. (Ingrid) Leijten is hoogleraar Nederlands en Europees constitutioneel recht aan Tilburg University.

1. In deze bijdrage wordt daarbij vooral gekeken naar het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en het Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie (Handvest), nu die ook in de praktijk de grootste rol lijken te spelen.
2. Vgl. hierover recent bijv. K.J.O. Jansen, 'Het Handvest als privaatrechtelijk instrument', in: J.H. Gerards e.a., *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde*, preadviezen voor de Nederlandse Juristen-Vereniging, Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 223-287 (hierna: Jansen 2024).

door stil te staan bij de ontwikkeling van grondrechten als zodanig evenals de publiekrechtelijke kaders die voor horizontale doorwerking bestaan. Welke uitdagingen maar ook kansen kennen die?

Als het gaat om de Nederlandse publiekrechtelijke uitgangspunten, mag meteen worden vermeld dat die beperkt zijn. Net als waar het de ‘constitutionalisering’ van het bestuursrecht betreft,<sup>3</sup> kan ook met betrekking tot de grondrechtelijke ‘beïnvloeding’ van het privaatrecht worden opgemerkt dat de constitutie zelf hierover zwijgt. Naast een Grondwet die openstaat voor doorwerking van eenieder verbindende verdragsnormen,<sup>4</sup> en die te maken heeft met een grote invloed van EU-recht, vormt ons uitgangspunt een grondrechtencatalogus die vooral verlangt dat grondrechten gebaseerd zijn op een wet in formele zin.<sup>5</sup> Een eis die niet alleen uitgaat van een verticale verhouding, maar ook van een relatie tussen de burger enerzijds, en een *democratisch gelegitimeerd orgaan* anderzijds. Combineren we dit met het vigerende verbod op constitutionele toetsing van artikel 120 Grondwet,<sup>6</sup> dan mag het niet verbazen dat deze bijdrage op onderdelen wat abstract blijft.<sup>7</sup>

Daarbij poog ik dan wel verder te kijken dan de (beperkte) positiefrechtelijke aanknopingspunten, en een visie te ontwikkelen op doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen. Die volgt dan weliswaar niet direct uit de Grondwet, maar sluit wel aan bij ontwikkelingen die waar te nemen zijn in andere jurisdicties wereldwijd, in de context van het EVRM en ook het Handvest. Een van mijn centrale argumenten daarbij is dat juist nu die ontwikkelingen (en de bijbehorende privaatrechtelijke praktijk) wél een relatief eenduidig verhaal vertellen over horizontale werking, dit een uitnodiging vormt voor de Nederlandse (grond)wetgever om nader positie in te nemen. Ook in verband met de eventuele afschaffing van het toetsingsverbod en ontwikkelingen in het bestuursrecht (die bijvoorbeeld de toetsing aan het evenredigheidsbeginsel betreffen) bestaat aanleiding om te werken aan een meer consistent verhaal over de rol van grondrechten en fundamentele belangen in de Nederlandse rechtsorde. Dit biedt bovendien de mogelijkheid om – eindelijk – een narratief te ontwikkelen aangaande sociale grondrechten dat verder gaat dan het punt dat het hier geen resultaatsverplichtingen maar inspanningsverplichtingen betreft, waaruit de rechter niets zou kunnen afleiden.<sup>8</sup>

Uit mijn benadering volgt tevens dat het wellicht meest besproken thema waar het de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen betreft, name-

3. J. Uzman, ‘Onvoltooid verleden tijd’, in: J. Uzman e.a., *Toetsing door de bestuursrechter*, preadviezen voor de VAR Vereniging voor bestuursrecht 2024, Den Haag: Boom juridisch, p. 7-105.

4. Art. 93 en 94 Gw.

5. Zie de klassieke grondrechten in Hfdst. 1 Gw, artt. 2, 4, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14 en 15 kennen een verwijzing naar de wet of een vorm van het werkwoord regelen, waaruit volgt dat beperking bij wet (al dan niet met delegatie) mogelijk is. Zie nader onder vraagpunt 5.

6. ‘De rechter treedt niet in de beoordeling van de grondwettigheid van wetten en verdragen.’

7. Dit neemt niet weg dat het toetsingsverbod slechts toetsing van wetten en verdragen aan de Grondwet verbiedt – en niet privaats handelen. Maar waar ook lagere regelgeving zelden aan grondwettelijke eisen wordt getoetst, geldt dat ook in private verhoudingen in beginsel een beroep wordt gedaan op verdragsrechten en de bijbehorende rechtspraak.

8. Zie bijv. het commissiedebat over constitutionele toetsing van 19 april 2023, terug te kijken via [tweedekamer.nl/debat\\_en\\_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2023A02735](https://tweedekamer.nl/debat_en_vergadering/commissievergaderingen/details?id=2023A02735).

lijk het onderscheid tussen indirecte en directe werking, sterker wordt aanzet dan de moderne werking van grondrechten kan rechtvaardigen. Ook meer directe vormen van doorwerking kunnen (afgezien van toepassing van specifieke legaliteitsvragen) heel wel ruimte laten voor afwegingen; deze veronderstellen geenszins dat in de context van (vaak botsende) grondrechten de uitkomst gegeven is, en bijvoorbeeld variërende machtsverhoudingen niet in de toets kunnen worden meegenomen. In wat wel een cultuur van rechtvaardiging wordt genoemd, verlangt elk (overheids)handelen dat aan de belangen van de burger raakt, een voldoende inhoudelijke reden. Daarbij is doorgaans niet maar een ‘juiste’ handelingsoptie denkbaar. Ook waar het gaat om zorgplichten – positieve verplichtingen in termen van grondrechten – blijft doorgaans een veelvoud aan handelingsopties bestaan. Centraal staat ook hierbij de rechtvaardiging (motivering, argumentatie) die wordt gegeven, gevolgd door het meer of minder terughoudende oordeel dat de rechter hierover kan vellen. Waar het gaat om het doen of laten van een private actor, kan die zich niet verlaten op zijn (bijkomende) democratische legitimatie. Anderzijds kan worden beargumenteerd dat de verplichtingen voor private partijen niet zo omvangrijk zijn als die van de Staat, al leiden een ongelijke machtsverhouding en het gegeven dat een partij bijvoorbeeld voorziet in basisvoorzieningen die sociale rechten van de burger moeten garanderen, ertoe dat (meer dan indirecte) doorwerking van grondrechten wel degelijk te rechtvaardigen is.

In het hiernavolgende behandel ik de verschillende vraagpunten. Vanuit publiekrechtelijk perspectief en met hier en daar wat overlap, maar steeds met het oog op een vruchtbare discussie over disciplinaire en landsgrenzen heen.

## 2 Behandeling van de vraagpunten

### 1. Vereisten voor doorwerking

Bij doorwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht spreken we in beginsel over *horizontale* werking van die rechten. Dat wil zeggen, in plaats van in de verticale relatie tussen de Staat/overheid en de burger, werken grondrechten dan door in de horizontale relatie tussen burgers onderling. Een wat verouderde term hiervoor is derdenwerking, van het Duitse *Drittwirkung*. Ik schrijf hier ‘in beginsel’, omdat in het geval sprake is van privaatrechtelijk *overheidshandelen* (zie vraagpunt 4), niet zonder meer gesproken kan worden van een horizontale relatie. Tegelijkertijd kan ook van verhoudingen tussen twee private actoren niet steeds worden gezegd dat die evident ‘horizontaal’ zijn in die zin dat ze niet worden gekenmerkt door enig machtsverschil.<sup>9</sup>

Van *doorwerking* is sprake als fundamentele rechten – direct, of op meer indirecte wijze, zie vraagpunt 2 – worden toegepast in het privaatrecht. Doorgaans hebben we het dan over de toepassing ervan door de rechter, in een door het privaatrecht genormeerd geschil. Het is goed dit af te zetten tegen een meer onderliggende rol van grondrechten in het privaatrecht. We kunnen ervan uitgaan dat op de over-

9. Kijken we naar (spraakmakende) recente zaken waarin sprake is van doorwerking, dan valt daarbij op dat het niet zelden grote bedrijven zijn die worden aangesproken op hun verplichtingen, zie bijv. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

heid de plicht rust om ook in privaatrechtelijke relaties (bepaalde) grondrechten te garanderen, al was het maar op basis van eisen die volgen uit het EVRM. Daarbij kan zij zich ook van die plicht kwijten door het vertalen van grondrechtelijke eisen naar privaatrechtelijke wetgeving. Een bekend voorbeeld is wetgeving die werkgevers verbiedt te discrimineren, zoals de Algemene wet gelijke behandeling doet, maar denk ook aan gegevensbescherming of familierechtelijke regelingen.<sup>10</sup> Daarbij is het dan dus niet zozeer het betreffende grondrecht als zodanig, maar de wet zelf die horizontaal werkt (en zodoende grondrechtelijke waarden beschermt).

Kijken we op deze manier naar doorwerking, dan is de (potentiële) overlap tussen ‘publiekrechtelijke’ grondrechten en het privaatrecht enorm. Zijn veel vermogensrechtelijke bepalingen immers niet ook te duiden als uitwerking van het abstracte grondrecht op eigendom; vormen normen als redelijkheid en billijkheid niet ook mede een uitwerking van de ook aan grondrechten onderliggende gedachte dat baten en lasten in een rechtvaardige verhouding tot elkaar moeten staan? Op deze vorm van doorwerking (via wetgeving) zal in deze bijdrage echter niet uitgebreid worden ingegaan; de hiernavolgende bespiegelingen gaan met name over doorwerking in concrete rechtsverhoudingen van grondrechtelijke normen, zij het die uit de Nederlandse Grondwet, het EVRM, Handvest, of andere verdragen. Het is doorgaans in een procedure voor de rechter, dat die doorwerking handen en voeten krijgt. Vanzelfsprekend brengt dit wel vragen met betrekking tot de verhouding rechter-wetgever – een bij uitstek publiekrechtelijk vraagstuk – met zich.<sup>11</sup>

Bij beantwoording van de vraag *of* fundamentele rechten op deze manier doorwerken (over het *hoe* later meer), kan dan allereerst gekeken worden naar de ontstaansgeschiedenis en bedoeling van die rechten. Die leiden niet zonder meer tot de conclusie dat de relevantie van grondrechten beperkt is tot publiekrechtelijke verhoudingen. Ten tijde van de Franse revolutie kwam men bijvoorbeeld op voor individuele en burgerrechten, *ook* ter bescherming tegen groepen en instituten als de adel en de kerk. In de ideeënvorming rondom onvervreembare, natuurlijke rechten<sup>12</sup> staan de mens en zijn vrijheid centraal, en is op het eerste gezicht van ondergeschikt belang *wie* een gevaar daarvoor vormt – wie mag worden geacht deze rechten te waarborgen. Een vergelijkbare redenering vinden we ook terug in de hedendaagse opvatting dat grondrechten moeten worden opgevat als privaatrechtelijke persoonlijkheidsrechten, waarbij vooral de fundamentele waarden waarvan grondrechten een uiting vormen, en niet zozeer de aan de orde zijnde rechtsverhouding het belang van die rechten bepaalt.<sup>13</sup>

10. Zo is de Uitvoeringswet Algemene verordening gegevensbescherming weliswaar een uitvloeisel van de AVG, achterliggend is de bescherming van het fundamentele recht op bescherming van de privacy.

11. Hoe verhouden zich immers de taken van wetgever en rechter op dit punt tot elkaar; is verdergaande doorwerking, met alle uitdagingen en gevoeligheden die daarbij komen kijken, iets wat we mogen overlaten aan de rechter, of is dat – in ons staatsrechtelijke bestel – niet helemaal gepast en moet de (grond)wetgever zijn verantwoordelijkheid nemen? Daarop kom ik ook verderop in deze bijdrage nog terug.

12. Denk bijvoorbeeld aan het werk van Locke.

13. Jansen 2024, p. 245 e.v.

Voor een ruimhartige opvatting van doorwerking – als inherent ook aan privaatrechtelijke verhoudingen – pleit in onze tijd eveneens grootschalige privatisering die ervoor zorgt dat we toenemend afhankelijk zijn van private partijen, bijvoorbeeld voor verschillende diensten op het gebied van vervoer, communicatie, zorg of water.<sup>14</sup> Dit argument haakt dan wel weer aan bij een bepaalde ongelijke machtsverhouding en/of de behartiging van ‘publieke’ belangen die (mede) reden zouden vormen voor de doorwerking.<sup>15</sup> Hoe dit ook zij, waar doorwerking als ‘vanzelfsprekend’ wordt beschouwd, is het regelmatig zo dat alle twee de private partijen in een geschil zich op grondrechten kunnen beroepen. Hierbij speelt bovendien een rol dat verschillende van die rechten onderhevig zijn aan proliferatie, en ook de lijst van rechten nog steeds wordt uitgebreid. Hierover meer onder vraagpunten 5 en 6. Dit vraagt om een goede omgang met botsende grondrechten,<sup>16</sup> waarbij de bestaande machtsverhouding in de te maken afweging(en) kan worden meegenomen.

Waar het historische belang van grondrechten echter niet exclusief duidt op een publiekrechtelijke relevantie, geldt dat wel voor de manier waarop grondrechten in de Nederlandse Grondwet zijn opgenomen. Zo stond de Staatscommissie Cals-Donner, die aan de wieg stond van de grondwetsherziening van 1983, afhoudend tegenover rechtstreekse doorwerking.<sup>17</sup> ‘Zowel de opzet als de formulering van de grondrechten waren volgens de commissie bedoeld voor de verhouding tussen overheid en burger.’<sup>18</sup> Regering en Staten-Generaal lieten zich vervolgens niet duidelijk uit over horizontale werking, waarmee de ontwikkeling daarvan als het ware bij de rechter kwam te liggen.<sup>19</sup>

Inderdaad, als we naar de Nederlandse Grondwet kijken, dan zien we dat de daarin opgenomen beperkingssystematiek exclusief gericht is tot de overheid, en dan met name de formele wetgever.<sup>20</sup> Dit weerspiegelt het ‘primaat van de wetgever’

14. Zie over het recht op water recent Hof Den Haag 19 maart 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:363 (waarin werd geoordeeld dat zowel de Staat, Dunea als PWN onrechtmatig handelden door afsluiting van het water van gezinnen met minderjarige kinderen).
15. Zie voor een vergelijkbare discussie met betrekking tot de doorwerking van algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarover hierna ook nog iets meer, P.J. Huisman & N. Jak, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter’, *NTBR* 2022/24, p. 183-194 (met nadere verwijzingen).
16. Denk aan botsingen tussen de vrijheid van drukpers en de persoonlijke levenssfeer, of het recht op vrijheid van godsdienst en het discriminatieverbod. Zie R. de Lange, *Botsing van grondrechten voor de rechter*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1994; E. Brems (red.), *Conflicts between Fundamental Rights*, Antwerpen: Intersentia 2008.
17. Zie ook M.C.B. Burkens, *Beperking van grondrechten*, Deventer: Kluwer 1971, p. 10 e.v.
18. A.J. Nieuwenhuis e.a., *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2021, p. 138 (hierna: Nieuwenhuis 2021).
19. *Kamerstukken II 1975/76, 13872*, nr. 3, p. 15-16. Wel werden daarbij verschillende gradaties van doorwerking onderscheiden. In het kort: als opdracht aan de wetgever, als waarde die invloed heeft op de rechter die privaatrechtelijke regels of begrippen interpreteert, als zelfstandige uitdrukking van een rechtsbelang, dat de rechter moet meewegen, als ‘rechtsbeginsel waarvan de rechter slechts op zwaarwegende gronden mag afwijken’, of dwingend, waarbij de rechter slechts die afwijkingen mag toestaan, ‘welke tot een grondwettelijke beperkingsclausule herleidbaar zijn’.
20. Centraal staat de legaliteits eis bij het beperken van grondrechten, dat wil zeggen de eis dat dit geschiedt op basis van een wet in formele zin (met eventuele mogelijkheid tot delegatie). Daar komt nog bij dat sommige rechten, zoals het kiesrecht of het recht op een eerlijk proces, nu eenmaal niet passen bij privaatrechtelijke verhoudingen.

dat in onze constitutionele orde zo'n belangrijke rol speelt, waarover later meer. Ook de sociale grondrechten – waarvan de meeste in 1983 hun intrede in de Grondwet deden – spreken expliciet van zorg *door de overheid*.<sup>21</sup> Een relevant voorbeeld vormt artikel 22 lid 2 Grondwet: 'Bevordering van voldoende woongelegenheden is voorwerp van zorg der overheid.' Waar dit nog wel kan inhouden dat de Staat ervoor moet zorgen dat ook de private partijen die hij in zijn taakuitoefening (al dan niet expliciet) betreft (mede) deze rechten garanderen, wil dit niet automatisch zeggen dat die private partijen dan ook in rechte daarop moeten kunnen worden aangesproken.

Ook voor het EVRM geldt overigens dat het (uiteindelijk) de Staat is die wordt aangesproken op een mogelijke schending van de daarin opgenomen fundamentele rechten. Hoewel individuele rechtsbescherming hét doel is van dit verdrag,<sup>22</sup> is het in elk geval niet mogelijk bij het Straatsburgse Hof een klacht in te dienen tegen een private partij.<sup>23</sup> Dit betekent niet dat een vorm van doorwerking in nationale privaatrechtelijke geschillen niet plaatsvindt, al was het maar omdat de nationale (civiele) rechter ook in lijn met het EVRM dient te handelen, en de Staat kan worden aangesproken op – en bewogen worden tot nadere – bescherming in privaatrechtelijke verhoudingen, of het nu gaat om de vrijheid van meningsuiting of het familierecht.<sup>24</sup>

In het kader van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie is bovendien erkend dat bepaalde rechten kunnen worden ingeroepen tegen private partijen. Met name artikel 47 Handvest, dat het recht op effectieve rechtsbescherming vastlegt, lijkt in dit verband een spilfunctie te hebben.<sup>25</sup> Het – relatief jonge<sup>26</sup> – Handvest kent daarbij ook verschillende rechten die bijzonder goed aansluiten bij privaatrechtelijke verhoudingen, zoals de vrijheid van beroep en ondernemerschap. Ook het feit dat het Handvest van toepassing is als het een nationale regeling betreft die binnen het toepassingsgebied van het EU-recht valt (art. 51 lid 1 Handvest), pleit volgens Jansen voor een grotere rol voor doorwerking (van meer directe aard) ervan.<sup>27</sup>

21. Zie art. 19-23 Gw betreffende werkgelegenheid, rechten van werknemers, vrije keuze van arbeid, bestaanszekerheid en sociale zekerheid, milieubescherming, volksgezondheid, woongelegenheden en vrijetijdsbesteding evenals onderwijs.

22. Dit is bijvoorbeeld ook terug te zien in de recente, spraakmakende uitspraak in de zaak *Klima-Seniorinnen/Zwitserland* (EHRM 9 april 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020), en de discussie naar aanleiding daarvan.

23. Ingeval Milieudefensie bijvoorbeeld bij de Hoge Raad geen gelijk krijgt tegen Shell, kan bij het EHRM enkel een klacht worden ingediend tegen de Nederlandse Staat. Die zou eruit kunnen bestaan dat de Staat in de aan de orde zijnde verhouding EVRM-rechten had moeten garanderen.

24. Zie bijv. met betrekking tot art. 10 EVRM (vrijheid van meningsuiting), EHRM 7 februari 2012, NJ 2013/250 (*Von Hannover* nr. 2).

25. Vgl. J.M.L. van Duin, 'Effectieve rechtsbescherming van consumenten door de civiele rechter: een procesrechtelijk perspectief', *TvPP* 2019, afl. 5, p. 138-144.

26. Het Handvest trad in werking in 2009, en wordt onder meer gekenmerkt door het verenigen van klassieke en sociale grondrechten. In eerdere codificaties werden die vaak apart opgenomen. Hierbij mag worden opgemerkt dat het bij de sociale rechten in het Handvest meer lijkt te gaan om beginselen, die van een wat andere aard zijn dan de klassieke grondrechten.

27. Jansen 2024, bijv. p. 226.

Dit alles doet de vraag rijzen of we het dan niet ook zouden moeten hebben over doorwerking van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (abbb). Deze ‘spelregels’ zijn geschreven en ongeschreven van aard, en betreffen bijvoorbeeld eisen van zorgvuldigheid, evenredigheid, motivering, gelijkheid en rechtszekerheid.<sup>28</sup> Maar anders dan grondrechten, die nu juist de burger tot uitgangspunt nemen,<sup>29</sup> richten deze beginselen zich expliciet tot de overheid in haar hoedanigheid als regelgever en uitvoerder. Het gaat bij deze beginselen specifiek om normen die van belang zijn *bij het maken van beleid of regelgeving*, evenals om meer open ‘gedragsnormen’ voor een goede bejegening van de burger. Daarbij kan ook worden gedacht aan de discussie over toevoeging van het dienstbaarheidsbeginsel in de Algemene wet bestuursrecht.<sup>30</sup> Op het eerste gezicht ligt het dan misschien ook niet in de rede de abbb te laten doorwerken in puur privaatrechtelijke verhoudingen. Daar komt bij dat de eisen die uit de abbb voortvloeien, in niet geringe mate overlappen<sup>31</sup> met hetgeen grondrechten verlangen (waarover hierna meer<sup>32</sup>), of althans ook in een grondrechtelijke afweging (of ook in het kader van privaatrechtelijke normen met betrekking tot bijvoorbeeld het maatschappelijk verkeer) zouden kunnen worden meegenomen. De meerwaarde van de toepassing van (ook nog) abbb zou dan gering zijn.

Toch kan dat laatste ook tot de omgekeerde conclusie nopen. Als er dan een duidelijke overlap bestaat tussen de (soms ook meer procedurele) invulling die aan grondrechtelijke eisen wordt gegeven en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarom zouden die laatste dan niet ook een rol moeten spelen in privaatrechtelijke verhoudingen? In de literatuur wordt hier dan ook regelmatig een lans voor gebroken, uiteraard waar het gaat om overheidshandelen en dat van bestuursorganen, maar ook wanneer privaatrechtelijke rechtspersonen (niet zijnde bestuursorganen) een vergelijkbare positie innemen als de overheid.<sup>33</sup> Als we erkennen dat van sommige partijen (denk bijvoorbeeld aan Big Tech, maar ook aan woningcorporaties) nu eenmaal méér mag worden verwacht, is het dan ook van belang nader te onderzoeken wat de specifieke doorwerking van abbb kan

28. Vgl. de Awb; zie nader ook G.H. Addink, *Algemene beginselen van bestuursrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2023.

29. Zie de formulering van klassieke grondrechten, die zich richten tot ‘een ieder’, maar vgl. ook de sociale grondrechten, die zich (niet alleen) in de Nederlandse Grondwet nu juist richten tot de Staat.

30. Consultatie Wet versterking waarborgfunctie Awb, zie [internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/b1](https://internetconsultatie.nl/waarborgfunctieawb/b1).

31. Daarbij moet dan met name worden gedacht aan eisen van evenredigheid/proportionaliteit, vgl. ook de uitvoerige discussie in het bestuursrecht over het intensiever toetsen aan het evenredigheidsbeginsel conform Europese drietraps-toetsen van geschiktheid, noodzakelijkheid en evenredigheid in enge zin. Zie bijv. de verschillende conclusies over dit onderwerp, en de uitspraken ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:516 (*Harderwijk*), en ABRvS 1 maart 2023, ECLI:NL:RVS:2023:772 en ECLI:NL:RVS:2023:852.

32. Zie onder vraagpunt 6.

33. Vgl. P.J. Huisman & F.J. van Ommeren, *Hoofdstukken van privaatrechtelijk overheidshandelen*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 7.4.3, p. 351-353; P.J. Huisman & N. Jak, ‘Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en privaatrechtelijke rechtspersonen: handvatten voor de rechtsontwikkeling door de burgerlijke rechter’, *NTBR* 2022/24, p. 183-194 (met nadere verwijzingen).

bewerkstelligen, naast of in plaats van grondrechten, evenals ten opzichte van privaatrechtelijke normen.<sup>34</sup>

Als gezegd vormt de Nederlandse Grondwet met haar expliciet tot de overheid gerichte grondrechtenbeperkingsclausules een lastig startpunt voor het consequent en consistent doorontwikkelen van (meer directe) horizontale werking van grondrechten. Elders wordt horizontale werking juist gecodificeerd in de Grondwet, denk bijvoorbeeld aan de Zuid-Afrikaanse Grondwet van 1996, die in artikel 8 lid 2 bepaalt dat 'A provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right'.<sup>35</sup> Wordt daarentegen in gewone wetgeving uitwerking gegeven aan grondrechtelijke normen en beginselen, dan blijven het de daarin opgenomen regels en niet de grondrechten als zodanig, die kunnen worden ingeroepen in private constellaties. Te noemen vallen in dit kader nog wel de UN Guiding Principles on Business and Human Rights,<sup>36</sup> evenals pogingen deze in een juridisch bindend kader vast te leggen.<sup>37</sup>

Hoe dit ook zij, geredeneerd vanuit het perspectief van het Nederlandse publiekrecht, zoals deze bijdrage doet, is een van de rode draden in mijn betoog dat voor een meer solide doorwerking van grondrechten, juist ook dit publiekrecht en in het bijzonder de Grondwet aan zet zijn. Ook waar dit niet een expliciete verankering van horizontale werking zou betreffen, verlangt dit in elk geval een kritische blik op de bestaande formulering en beperkingssystematiek van grondrechten (die overigens ook om andere redenen *long overdue* is).<sup>38</sup>

## 2. Techniek van doorwerking

In de discussie over doorwerking of horizontale werking van grondrechten in privaatrechtelijke constellaties, is wat de 'techniek' van doorwerking kan worden genoemd, waarschijnlijk het meest bediscussieerde thema. Grofweg wordt een (welbekend) onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte werking, ook wel reflexwerking. Ook wordt intussen wel gepleit voor wat semi-directe werking kan

34. Zie voor dat laatste ook C.E.C. Jansen, 'Toepassing van de beginselen van behoorlijk bestuur door de Nederlandse burgerlijke rechter', in: *De polsstok van de beginselen van behoorlijk bestuur: export en reflexwerking?* (Platform voor publiek- en privaatrecht in dialoog – reeks nr. 2), Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2021.

35. Constitutie Zuid-Afrika; zie bijv. K. Möller, *The Global Model of Constitutional Rights*, Oxford: Oxford University Press 2012.

36. Zie [guidingprinciplesbusinesshr\\_en.pdf](https://www.ohchr.org/en/guidingprinciplesbusinesshr_en.pdf) (ohchr.org).

37. Zie ook de Corporate Sustainability Diligence Directive (CSDDD), Richtlijn (EU) 2024/1740.

38. A.E.M. Leijten & C.M.S. Loven, 'Rechterlijke toetsing aan de grondwettelijke grondrechtenbepalingen: daadwerkelijke meerwaarde verlangt meer dan het afschaffen van het toetsingsverbod', in: J.H. Gerards, J. Goossens & E.Y. van Vugt (red.), *Constitutionele verandering in Nederland. De grondwetswijzigingen van 2022-2023*, Den Haag: Boom Juridisch 2023, p. 97-122. Zie ook L.C. Groen & L.F.M. Verhey, 'De betekenis van grondwettelijke grondrechten voor de wetgever: dode letter of zelfstandig ijkpunt?', *RegelMaat* 2020, afl. 6, p. 426-449; R.J.B. Schutgens, 'Art. 120 Gw: schrappen volstaat. Enige bedenkingen bij het instellen van een constitutioneel hof in Nederland', *RMThemis* 2022, afl. 3, p. 81; A.W. Heringa, 'Het is er niet en toch wel. Over het toetsingsrecht', in: A.W. Heringa & J. Schinkelshoek (red.), *Groot onderhoud of kruimelwerk. Ongevraagd commentaar op de aanbevelingen van de Staatscommissie Parlementair Stelsel*, Den Haag: Boom Juridisch 2019, p. 132.

worden genoemd.<sup>39</sup> Hierna sta ik stil bij de verschillende technieken en de discussie over de voor- en nadelen daarvan, maar zal ik tevens vanuit het perspectief van het publiekrecht en de manier waarop grondrechten daarin zijn ontwikkeld, enkele kanttekeningen plaatsen bij het gebruik van de bekende dichotomie.

Bij directe werking in de puurste vorm is sprake van directe toetsing door de civiele rechter aan een grondrechtennorm, waarbij aan de hand van de bijbehorende beperkingssystematiek wordt bepaald of deze norm geschonden is. Bij indirecte doorwerking, daarentegen, wordt niet gekeken naar de grondrechtennorm, maar past de rechter de privaatrechtelijke voorschriften toe, waarbij grondrechten een rol spelen bij de interpretatie daarvan.<sup>40</sup> Bekende voorbeelden zijn artikel 3:40 BW (goede zeden en openbare orde), artikel 6:2 BW (redelijkheid en billijkheid) en artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad), die (nader) kunnen worden ingevuld met behulp van grondrechten.<sup>41</sup> In het algemeen wordt aangenomen dat grondrechten daarbij ‘gewicht in de schaal leggen’ (zie ook het volgende vraagpunt), maar ook als *een van de* aan de orde zijnde belangen gelden (als ‘gezichtspunt’),<sup>42</sup> en moeten worden afgewogen tegen andere belangen. Dit veronderstelt dat er naast als grondrechtelijk te kwalificeren belangen doorgaans ook sprake is van andere relevante belangen, en het grondrecht alleen dus niet de doorslag geeft.

Dat laatste kan als voordeel worden gezien: de rechter is niet gebonden aan een bepaald beoordelingsschema bij de indirecte doorwerking van een grondrecht maar kan dit recht op passende wijze *een* rol laten spelen. Ook wordt in de discussie gewezen op het feit dat de burger in beginsel geen adressaat is van grondrechten en dat grondrechten het privaatrecht zouden kunnen opslokken<sup>43</sup> – dit vormen redenen om tegen directe werking te pleiten. Waarom is het bovendien nodig om grondrechten erbij te halen als deze (of althans de onderliggende waarden) al grotendeels via het privaatrecht hun weg hebben gevonden en direct daarnaar zou kunnen worden verwezen?<sup>44</sup>

‘Flexibiliteit’ geldt ook in die zin als voordeel nu het de vraag naar de rechtstreekse werking minder relevant maakt, en (in het verlengde daarvan) ook het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten minder scherp maakt.<sup>45</sup> Een voordeel, althans, als ruime relevantie wenselijk wordt geacht en de ‘horden’ die leerstukken als rechtstreekse werking en het verschil tussen resultaat- en inspanningsverplicht-

39. Jansen 2024.

40. Een ‘klassieker’ in dit kader is HR 30 maart 1984, NJB 1985, 350 en AB 1984, 366 (*Turkse werknemster*).

41. Zie bijv. ook de rol die art. 8 EVRM al vroeg speelde bij de interpretatie van wat een onrechtmatige daad inhoudt, HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 en AB 1987, 231 (*Edamse bijstandsvrouw*).

42. Jansen 2024, p. 225.

43. J.M. Smits, ‘Constitutionalisering van het vermogensrecht’, in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163 (hierna: Smits 2003).

44. Smits 2003, zie ook C. Mak, ‘De meerwaarde van grondrechten in het privaatrecht. Een reactie op het preadvies “Constitutionalisering van het vermogensrecht” van prof. mr. J.M. Smits’, *NTBR* 2004/3, p. 124-130 (hierna: Mak 2004).

45. Met name bij de sociale grondrechten (ook die uit verdragen) is het immers niet vanzelfsprekend dat die rechtstreeks kunnen worden toegepast. Criteria voor rechtstreekse werking zijn te vinden in HR 30 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9402 (*Spoorwegstaking*) en HR 10 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:2928, NJ 2015/12, m.nt. E.A. Alkema (*Rookverbod*).

tingen vormen als onnodig bemoeilijkend worden gezien. Inderdaad, bij directe doorwerking zou de vraag naar de relevantie van met name vaak geformuleerde sociale grondrechten of relatief nieuwe positieve verplichtingen veel aandacht kunnen vergen. Dit terwijl het tegenwoordig juist vaak ook zorgplichten (al dan niet voortvloeiend uit klassieke grondrechtennormen) zijn die betekenisvol blijken, bijvoorbeeld in zaken over klimaatbescherming.<sup>46</sup> Dat flexibiliteit ook nadelig kan zijn, omdat het de rechtspraak onvoorspelbaarder maakt en niet goed valt in te schatten of, en zo ja, hoe grondrechten daadwerkelijk gewicht in de schaal zullen leggen, wordt daarbij blijkbaar op de koop toegenomen.<sup>47</sup>

Inderdaad, de heersende leer in Nederland is die van de indirecte werking, wat niet wil zeggen dat de discussie hierover is beëindigd. Onlangs nog pleitte Jansen in zijn preadvies voor de NJV, getiteld ‘Het Handvest als privaatrechtelijk instrument’ voor meer directe horizontale doorwerking van grondrechten in het algemene vermogensrecht.<sup>48</sup> Dat de potentie van het EU-Handvest tot op heden beperkt is gebleken, heeft volgens hem te maken met de ‘reserves die veel civilisten van oudsher koesteren tegenover het fenomeen “constitutionalisering”’.<sup>49</sup> Dit vanuit de gedachte dat het in de kern om publiekrecht gaat. Aan de hand van het Handvest kan hierop volgens Jansen echter nieuw licht worden geworpen. Zo kent deze grondrechtencatalogus rechten als de vrijheid van ondernemerschap, het recht op eigendom en IE-bescherming en het recht op consumentenbescherming (art. 16, 17 en 38 Handvest), die juist goed aansluiten op het privaatrecht, en zou – in door het EU-recht beheerste situaties – kunnen worden gewerkt met de beperkingssystematiek zoals die volgt uit artikel 52 Handvest. Daarin staat onder meer dat de wezenlijke inhoud van de grondrechten moet worden gewaarborgd.<sup>50</sup> Jansen pleit dan ook

‘voor een meer directe benadering, waarin grondrechten, wat hun kern betreft, bij wijze van uitgangspunt prevaleren boven (andere) privaatrechtelijke rechten en belangen. Worden grondrechten in private rechtsverhoudingen in hun kern aangetast, dan is daarvoor mijns inziens (mede) een grondrechtelijke argumentatie vereist. In dat opzicht is er werk aan de winkel voor civilisten: wij moeten het belang van onze privaatrechtelijke waarden in grondrechtelijke termen kunnen duiden.’<sup>51</sup>

46. Voorbeelden bij uitstek zijn natuurlijk HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*) en Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

47. Hoewel, zoals ik hierna zal toelichten, directe toepassing ook niet moet worden gezien als ‘voorspelbaar’.

48. Jansen 2024.

49. *Ibid.*, p. 225.

50. Art. 52 lid 1 Hv: ‘Beperkingen op de uitoefening van de in dit Handvest erkende rechten en vrijheden moeten bij wet worden gesteld en de wezenlijke inhoud van die rechten en vrijheden eerbiedigen. Met inachtneming van het evenredigheidsbeginsel kunnen alleen beperkingen worden gesteld indien zij noodzakelijk zijn en daadwerkelijk aan door de Unie erkende doelstellingen van algemeen belang of aan de eisen van de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen beantwoorden.’

51. Jansen 2024, p. 226.

Zijn redenering gaat niet op alle punten alleen op voor het EU-Handvest, maar de focus daarop brengt wel een aantal interessante zaken aan het licht: de privaatrechtelijke consequenties van proliferatie<sup>52</sup> en van directe toepassing door het Hof van Justitie van de Europese Unie (HvJ EU) worden bijvoorbeeld ‘verzacht’ door eveneens grondrechtelijke status toe te kennen aan privaatrechtelijke noties als de contractsvrijheid,<sup>53</sup> maar ook door de meer indirecte toepassing die noodzakelijk blijft wanneer beide partijen zich op grondrechten kunnen beroepen.

Een en ander werpt de vraag op of het binaire verschil tussen directe en indirecte werking nog wel zo zinvol is. Het blijft in theorie wel uitmaken of iemand rechtstreeks een beroep kan doen op een grondrecht of dat dit recht enkel als gezichtspunt wordt gebruikt bij de interpretatie van een privaatrechtelijke norm. Maar het ‘vergaande’ beeld dat vaak wordt gekoppeld aan de idee van directe doorwerking, is om allerlei redenen niet in lijn met de realiteit. Ten eerste omdat grondrechten – ook die in het Handvest en het EVRM – beperkingseisen stellen die zich specifiek richten tot de overheid, waardoor van een-op-een-toepassing slechts op een gekunstelde manier sprake kan zijn. Een voorbeeld is de zaak *Goeree*, waarin de voorloper van artikel 6:162 BW als formeelwettelijke bepaling werd aangemerkt waarmee aan de legaliteitseis uit artikel 6 Grondwet werd voldaan.<sup>54</sup> Ten tweede geldt dat voor zover grondrechtenbepalingen wel direct kunnen worden toegepast op het doen en laten van private partijen, dit niet betekent dat zij (en het privaatrecht als zodanig) daarmee worden onderworpen aan harde, strenge normen die de uitkomst van een geschil bij voorbaat bepalen. Dit vanwege de proliferatie van grondrechten (die klassieke en sociale rechten beschermen, onthouding en actie verlangen, en soms dus zelf meer lijken toegespitst op private verhoudingen), maar ook vanwege de bijkomende toename van conflicten tussen grondrechten en het soort beperkingseisen dat mede in die context relevant is geworden. Het gaat dan immers om eisen zoals de bescherming van de kern van grondrechten, maar vaker eigenlijk om evenredigheid of proportionaliteit – inhoudelijke eisen die alsnog interpretatie en/of afweging verlangen, en dus ook slechts in het licht van de volledige context van een geschil tot een uitkomst kunnen leiden.

Jansen benadrukt niet voor niets dat zijn voorstel voor ‘meer directe’ of ‘semi-directe’ doorwerking, weliswaar een bepaalde voorsprong voor de in zijn grondrechten geraakte partij tot gevolg heeft, maar dat dit uiteindelijk vooral leidt tot de noodzaak aan een grondrechtelijke *argumentatie* (en het *framen* van privaatrechtelijke belangen in die termen). Dit sluit aan bij de rol die grondrechten hebben in wat in het grondrechtendiscours een ‘culture of justification’ is gaan heten. Juist doordat er zoveel grondrechten zijn en deze vaak botsen, leiden zij niet tot a priori aanspraken of uitkomsten, maar brengen wel een recht op een rechtvaardiging of verantwoording in grondrechtelijke termen met zich.

52. Zie nader onder vraagpunten 5 en 6.

53. Jansen 2024, p. 278; HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 (*Sky Österreich*).

54. HR 5 juni 1987, NJ 1988/702 (*Goeree I*); HR 2 februari 1990, NJ 1991/289 (*Goeree II*). Vgl. ook HR 18 juni 1993, NJ 1994/347 (*Verplichte aidstest*). Slecht valt te beargumenteren dat dat een wettelijke basis is die specifiek genoeg is.

Hierna kom ik nog terug op de cultuur van rechtvaardiging, die ook wordt gekoppeld aan de idee van de ‘totale constitutie’, of de ‘objektive Wertordnungslehre’.<sup>55</sup> Waarbij ik tevens zal aangeven waarom vanuit het publiekrecht bezien, het ontbreken hiervan in de Nederlandse (grondwettelijke) context, een uitdaging vormt voor een navolgbaar en toekomstbestendig antwoord op het vraagstuk van horizontale doorwerking.

### 3. Meerwaarde

‘Horizontale werking betekent vaak een lagere graad van bescherming’, aldus Nieuwenhuis e.a. in hun *Hoofdstukken grondrechten*.<sup>56</sup> De algemene gedachte dat horizontale werking niet kan tippen aan die in verticale verhoudingen, lijkt spiegelbeeldig aan de opvatting in het privaatrecht dat grondrechten daar niet echt iets hebben toe te voegen. Dit zit hem, zoals betoogd door Smits in zijn preadvies over constitutionalisering van het vermogensrecht uit 2003 voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (NVvR),<sup>57</sup> niet alleen in het feit dat grondrechten te veel impact zouden kunnen hebben op de (contracts)vrijheid van het individu, maar ook in het gegeven dat ‘grondrechten al grotendeels via het privaatrecht zijn verwezenlijkt en het onzinnig zou zijn om een concreet geschil tussen particulieren dan niet via het privaatrecht op te lossen’.<sup>58</sup> ‘Het resultaat dat men wenst, kan steeds ook langs privaatrechtelijke weg worden bereikt’, waaraan Smits toevoegt: ‘Of dat ook gebeurt, is natuurlijk een andere vraag en het inroepen van een grondrecht kan de rechter wel alerter maken op het belang van een bepaald argument, maar dat is dan slechts een retorisch gebruik van het grondrecht.’<sup>59</sup>

Ik haal hieruit twee dingen. Ten eerste het punt dat privaatrechtelijke wetgeving in beginsel de *mogelijkheid* biedt dezelfde rechtsbescherming te bewerkstelligen als mogelijk is op basis van grondrechtennormen. Daarbij kan dan een onderscheid worden gemaakt tussen de ruimte die open normen van het privaatrecht zoals redelijkheid en billijkheid en dat wat het maatschappelijk verkeer betaamt bieden, en de meer concrete normen (bijvoorbeeld in het familierecht) die al dan niet het (directe) gevolg zijn van de interpretatie van specifieke bepalingen door bijvoorbeeld het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), waar de wetgever vervolgens op heeft gereageerd. Dit mag zo zijn: in het bovenstaande (maar zie ook onder vraagpunten 5 en 6) heb ik aangegeven dat grondrechten qua *scope* intussen zeer ruim worden uitgelegd, en – in veel jurisdicties, zoals ook die van het EVRM – gepaard gaan met eisen van proportionaliteit en positieve verplichtingen die in meer of mindere mate contextafhankelijk zijn en niet bij voorbaat concrete uitkomsten voorschrijven. Deze gevalsafhankelijke afweging kan denk ik in veel gevallen ook plaatsvinden aan de hand van de (nadere) interpretatie van de

55. Zie nader onder vraagpunten 5 en 6. Kort gezegd gaat het hierbij om de gedachte dat grondrechten en grondrechtelijke waarden alomtegenwoordig relevant zijn. Dat sprake is van privaatrecht, doet daaraan niet af.

56. Nieuwenhuis e.a. 2021, p. 159.

57. Smits 2003.

58. Zo de woorden van Mak 2004, p. 125.

59. Smits 2003.

privaatrechtelijke normen zelf<sup>60</sup> – ik laat het graag aan de privatisten over om te beoordelen in hoeverre dit al het geval is, en of, en zo ja, hoe dit nog beter kan (als dit inderdaad wenselijk wordt geacht).

Ten tweede lijkt het punt dat het invoeren van een grondrecht de rechter alerter maakt op *het belang van een bepaald argument*, mij geen reden om dit af te doen als (slechts) ‘retorisch gebruik’. Ik durf de stelling wel aan dat dat juist ook is waar het bij grondrechtenbescherming om gaat: het aanzetten of überhaupt zichtbaar maken<sup>61</sup> van belangen die in elk geval niet bij voorbaat het onderspit mogen delven – maar dat bij meerderheidsbesluitvorming of in door (commerciële) doelen bepaalde keuzes niet zelden doen. Dat deze belangen bij een grondrechtentoets wel de bovenhand krijgen, is zeker geen gegeven. Waar nu eenmaal sprake is van niet-absolute en niet zelden botsende grondrechten, is dit hoe dan ook afhankelijk van de context en de zwaarte van dat argument in het licht van andere argumenten en belangen.

Dan rest voor mij hier wellicht nog de vraag wat de meerwaarde is voor *het publiekrecht* van de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht. Ik denk dat daarover wel iets valt te zeggen. De Grondwet(sgeschiedenis) neemt geen duidelijk standpunt in ten aanzien van horizontale werking; de daarin opgenomen grondrechtenbepalingen haken juist sterk aan bij de idee van bescherming tegenover de Staat. Tegelijkertijd zien we in de praktijk dat de doorwerking van grondrechten – en niet in de laatste plaats EVRM- en Handvestrechten – aan belang wint, al was het maar in klimaatkwesties. Wat mij betreft vormt dit (een extra) reden voor het publiekrecht om de ambiguïteit op dit punt in te leveren voor een meer coherent standpunt. Het achterblijven van de Nederlandse grondrechtencatalogus bij ontwikkelingen op het terrein van grondrechtenbescherming, om nog maar niet te spreken van het hardnekkige toetsingsverbod van artikel 120 Grondwet,<sup>62</sup> staat in de weg aan een overkoepelend idee van de rol die grondrechten spelen in onze moderne rechtsstaat.<sup>63</sup> En daarbij gaat het ook over de rol van positieve verplichtingen en sociale grondrechten, die in ons grondwettelijke bestel maar nauwelijks voet vat.<sup>64</sup> De ‘meerwaarde’ van doorwerking, bestaat wat mij betreft daarin dat deze bestaande inconsistenties uitvergroot en de noodzaak van aanpassing verder onderbouwt.

60. Wanneer daarbij bijv. solidariteit een grotere rol gaat spelen, vgl. B.J. de Vos, ‘Constitutionalising: een overschat vraagstuk?’, *BW-Krant Jaarboek* 21 2005, p. 303.

61. Vgl. bijv. C. Mak, ‘Giving Voice: A Public Sphere Theory of European Private Law Adjudication’, *European Law Open* 2023, p. 697-723.

62. Zie bijv. (met veelzeggende titel) J.H. Gerards, ‘The irrelevance of the Netherlands Constitution, and the impossibility of changing it’, *Revue interdisciplinaire d’études juridiques* 2016-2, p. 207-233. Vgl. ook mijn recensie van het recente VAR-preadvies van Uzman, ‘Onvoltooid verleden, of: time is of the essence’, *NTB* 2024/173, p. 247-254.

63. A.E.M. Leijten, ‘A Hole in the Dike? Dignity, Rights, and the Dutch Constitution’, in: R. Passchier & W.J.M. Voermans, *The Dutch Constitution Beyond 200: Tradition and Innovation in a Multilevel Legal Order*, Chicago: Eleven international Publishing 2018, p. 127-138.

64. Zie de vele bijdragen van G.J. Vonk over dit thema, bijv. ‘De verzorgingsstaat als dystopie moet worden bestreden met zwaarder geschut dan maatwerk’, *Recht der werkelijkheid* 2023, p. 102-106; M.L.P. Loenen, ‘Vijf jaar klachtrecht onder het verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten. Een analyse van de jurisprudentie in het licht van het debat over rechterlijke toetsing aan sociale rechten’, *NTM/NJCM-Bulletin* 2019, p. 103-128.

#### 4. Privaatrechtelijk overheidshandelen

Aangenomen wordt dat de overheid niet meer beleidsvrijheid heeft waar zij zich bedient van privaatrechtelijke rechtsfiguren. Gebruikmaking daarvan zou immers geen manier mogen zijn om onder grondrechtelijke plichten uit te komen.<sup>65</sup> Een bekend arrest is het *Rasti Rostelli*-arrest, waarin de overheid zich niet kon beroepen op haar contractuele vrijheid, nu de weigering een zaal te verhuren aan hypnotiseur Rostelli in strijd werd geacht met de vrijheid van meningsuiting.<sup>66</sup> De onverbiddelijke toepassing van grondrechten wanneer het om de Staat gaat, laat zien dat ondanks het toenemende belang van grondrechten in het privaatrecht, diens machtspositie nog steeds reden is om anders te kijken naar grondrechten in daadwerkelijk horizontale versus vanwege de aan de orde zijnde machtsverhouding uiteindelijk toch verticale verhoudingen. ‘Horizontale werking’ is dan ook niet synoniem aan ‘werking in het privaatrecht’.

Daarbij kan worden opgemerkt dat ook veel privaatrechtelijke verhoudingen (zie ook vraagpunt 1) uiteindelijk allesbehalve gelijkwaardig (en dus daadwerkelijk horizontaal) zijn. Ik kan niet overzien in hoeverre in de privaatrechtelijke discussie de machtsongelijkheden tussen private partijen (bijvoorbeeld big tech versus de burger<sup>67</sup>) een grote rol spelen waar het de doorwerking van grondrechten betreft. Wat wel opvalt is dat spraakmakende zaken als *Milieudefensie/Shell*<sup>68</sup> niet bepaald gaan over partijen die in een gelijke verhouding tot elkaar staan (hoewel de doorwerking daar nog steeds een andere schijnt te zijn dan die in de *Urgenda*-zaak, waarin werd geprocedeerd tegen de Staat<sup>69</sup>). De moeilijkheid van deze discussie zou bovendien mede kunnen verklaren waarom indirecte werking van grondrechten veelal als de betere optie wordt gekenschetst. Of althans, waarom deze meer flexibele doorwerking, die ruimte laat voor het meer of minder ‘meenemen’ van grondrechtelijke normen in het licht van de aan de orde zijnde (machts)constellatie, zonder een precies stramien te hoeven volgen, een comfortabel uitgangspunt vormt.

Toch geldt ook hier: het gemaakte onderscheid tussen directe en indirecte doorwerking suggereert wellicht ten onrechte dat die eerste vorm geen flexibiliteit met zich brengt in de zin dat de toepassing van grondrechten in dat geval steeds vaststaand is, ongeacht of de Staat privaatrechtelijk handelt, of het een private partij is, die op grondrechtelijke plichten wordt aangesproken. Dat lijkt mij niet het geval. Ook een meer directe vorm van doorwerking kan oog hebben voor machtsverhoudingen en die verdisconteren in de toets aan het relevante grondrecht. Juist ook als het gaat om voormalige ‘staatsaken’ die worden uitgevoerd door ondernemingen, is de burger in niet geringe mate voor de verwezenlijking van zijn (sociale) grondrechten afhankelijk van dergelijke actoren, iets wat in de doorwerking kan (en zou moeten) worden meegenomen.<sup>70</sup> Ik licht dit nader toe aan de hand van de

65. Zie ook de parlementaire geschiedenis van de Grondwet van 1983, *Kamerstukken II* 1975/76, 13872, nr. 3, p. 15.

66. HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 en AB 1996, 372.

67. Zie bijv. het werk en de recente oratie van R. Passchier met de titel ‘De vloek van Big Tech’ (uitgesproken op 31 mei 2024).

68. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

69. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

70. Vgl. bijv. Hof Den Haag 19 maart 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:363 (over het recht op water).

ontwikkeling die grondrechten en de publiekrechtelijke gedachtenvorming daarover hebben doorgemaakt, en die ik bespreek in het kader van vraagpunten 5 en 6.

#### 5. Klassieke concepten in het gedrang?

Bij de beantwoording van deze vraag beperk ik mij tot publiekrechtelijke concepten. Dan is het echter belangrijk eerst helder te hebben welke (klassieke) publiekrechtelijke concepten bij de bescherming van grondrechten centraal staan. Grondrechten zijn traditioneel bedoeld om vrijheden van burgers te beschermen. Als normen die in grondwetten zijn beland, doen zij dat met name door het formuleren van eisen die vervuld moeten worden op het moment dat een (klassiek) grondrecht wordt beperkt. Inderdaad, grondrechten zijn in de meeste gevallen niet absoluut. Ze beschermen, met andere woorden, geen absolute sfeer van vrijheid waarbinnen burgers kunnen doen en laten wat ze willen.

In Nederland staat bij het beperken van de grondrechten uit de Grondwet de eis van legaliteit centraal. Een van de belangrijkste rechtsstatelijke beginselen is het legaliteitsbeginsel, dat kortweg inhoudt dat overheidsoptreden dat de belangen van burgers raakt, gebaseerd moet zijn op de wet. In de context van grondrechten bepalen de verschillende grondwetsartikelen dat 'ieder' een recht heeft op vrijheden als die van vereniging, vergadering, godsdienst en meningsuiting, 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet' (of een variant hierop).<sup>71</sup> De precieze formulering bepaalt daarbij of het enkel de formele wetgever is die een grondrecht mag beperken, of dat deze bevoegdheid ook mag worden gedelegeerd. Deze zogenaamde 'competentievoorschriften' bepalen aldus *wie* een grondrecht mag beperken. Andere eisen die worden gesteld zijn doelvereisten<sup>72</sup> en een enkel procedurevoorschrift,<sup>73</sup> maar de eis van 'legaliteit' staat duidelijk centraal. Inhoudelijke eisen in de vorm van proportionaliteitseisen of kernrechtbepalingen (die verlangen dat de kern of het wezen van een recht onaangetaast blijft), kent de Nederlandse Grondwet in het geheel niet.<sup>74</sup>

Als het gaat om (directe) horizontale doorwerking van de grondrechten uit de Grondwet, dan mag deze focus op legaliteit een obstakel worden genoemd: wordt een private actor immers geacht grondrechten 'volgens de Grondwet' te beperken, dan zou deze in staat moeten zijn wetgeving te maken (of moet worden teruggegrepen op de gekunstelde redenering dat juist de open normen uit het BW de

71. Zie bijv. artt. 6 en 7 en 9 Gw, die resp. de vrijheid van godsdienst en levensovertuiging, van meningsuiting en van vergadering en betoging verankeren. Andere artikelen kennen vergelijkbare clausules. Zie nader bijv. het commentaar van E.M.H. Hirsch Ballin, E.J. Janse de Jonge & G.J. Leenknegt (red.), *Uitleg van de Grondwet*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, ook te raadplegen via [nederlandrechtsstaat.nl](http://nederlandrechtsstaat.nl).

72. Bijv. art. 6 Gw, waarin staat dat ter zake van de uitoefening van het grondrecht op godsdienst of levensovertuiging regels kunnen worden gesteld 'ter bescherming van de gezondheid, in het belang van het verkeer en ter bestrijding of voorkoming van wanordelijkheden'.

73. Vgl. art. 12 lid 2 en 3 Gw.

74. Zie echter het rapport van de Staatscommissie Grondwet uit 2010, die voorstelde een algemene beperkingsclausule in te voegen met een evenredigheidseis en kernrechtbescherming, p. 55, te raadplegen via [zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-86969.pdf](http://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-86969.pdf) (officielebekendmakingen.nl).

grondslag voor de beperking vormen).<sup>75</sup> Het een-op-een toepassen van de Nederlandse beperkingssystematiek in horizontale geschillen lijkt dan ook niet doenbaar. Dit kan omgekeerd ook betekenen dat het ‘concept’ of beginsel van legaliteit aan waarde zou inboeten als we grondrechten toch in horizontale relaties toepassen. Is niet juist de gedachte dat waar grondrechten beperkt worden, dit slechts gerechtvaardigd kan worden doordat hiertoe democratisch is besloten?

Het ligt echter genuanceerder, zoals ook volgt uit een blik op grondrechtenverdragen en -catalogi uit het buitenland, evenals uit de ontwikkeling die de juridische werking van grondrechten heeft doorgemaakt door de jaren heen en blijkens de literatuur. In het kader van het EVRM ligt de nadruk bijvoorbeeld sterk op de eis dat beperkingen proportioneel zijn.<sup>76</sup> Het Handvest, als opgemerkt, stelt eisen van redelijkheid en van het beschermen van het wezen van grondrechten.<sup>77</sup> Ook in bijvoorbeeld de Duitse Grondwet staan ‘Verhältnismäßigkeit’ en de ‘Wesensgehaltsgarantie’ centraal.<sup>78</sup> Legaliteit blijft ook in deze contexten belangrijk, maar wordt niet als ‘voldoende’ waarborg beschouwd.

In de literatuur wordt dit als volgt onderbouwd: naast een formele rechtvaardiging voor het beperken van grondrechten (‘door de wetgever’), is ook een materiële rechtvaardiging vereist (‘kan de beperking ook inhoudelijk door de beugel’). Het recht om te stemmen alleen volstaat niet; als ‘justificatory agents’ hebben we ook een recht op een inhoudelijke reden waarom onze grondrechten zouden mogen worden beperkt.<sup>79</sup> Dit verschil sluit aan bij de overgang van een ‘cultuur van autoriteit’ naar een ‘cultuur van rechtvaardiging’.<sup>80</sup> Waar die eerste zich beroept op de formele legitimiteit (legaliteit) van overheidshandelen (en -nalaten), verlangt dat tweede ook *reasons* – een navolgbare motivering, zou je kunnen zeggen.<sup>81</sup>

Ik sta hier enigszins uitgebreid bij stil omdat dit relevant schijnt te zijn voor hoe we de horizontale werking van grondrechten begrijpen. Niet toevallig is de idee van de cultuur van rechtvaardiging afkomstig uit de discussie rondom de invoering van de post-apartheid constitutie in Zuid-Afrika, waarin ook horizontale wer-

75. Zie hierboven onder vraagpunt 2 HR 5 juni 1987, NJ 1988/702 (*Goeree I*); HR 2 februari 1990, NJ 1991/289 (*Goeree II*). Vgl. ook HR 18 juni 1993, NJ 1994/347 (*Verplichte aidstest*). Slecht valt echter te beargumenteren dat dat een wettelijke basis is die specifiek genoeg is.

76. Ofwel ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’, zie met name lid 2 van art. 8-11 EVRM, maar ook in het kader van bijv. het recht op eigendom uit art. 1 EP EVRM volgt een belangenafweging.

77. Art. 52 lid 1 Handvest.

78. Zie voor dat laatste art. 19 lid 2 Grundgesetz.

79. M. Kumm, ‘The Idea of Socratic Contestation and the Right to Justification: The Point of Rights-Based Proportionality Review’, *Law & Ethics of Human Rights* 2010/4, afl. 2, p. 168-170 (hierna: Kumm 2010); K. Möller, ‘Justifying the Culture of Justification’, *International Journal of Constitutional Law* 2019/17, afl. 4, p. 1080.

80. E. Mureinik, ‘A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights’, *South African Journal on Human Rights* 1994/10, afl. 1. Zie ook A.E.M. Leijten & S.E.C. Vonk, ‘De idee van een cultuur van rechtvaardiging als inspiratiebron voor ontwikkelingen op het terrein van rechtsbescherming en fundamentele rechten in Nederland’, in: D. Venema e.a. (red.), *Fundamentele rechten en de rol van de rechter*, Den Haag: Boom Juridisch 2024.

81. Kumm 2010.

king expliciet is opgenomen.<sup>82</sup> Het sluit aan bij de alomtegenwoordigheid van grondrechten zoals die wordt bediscussieerd in termen van de ‘totale constitutie’<sup>83</sup> of de Duitse ‘objektive Wertordnung’.<sup>84</sup> In dit kader kan ook worden gedacht aan de proliferatie van grondrechten, die niet alleen de vorm aanneemt van een ruime uitleg van grondrechten,<sup>85</sup> maar ook inhoudt dat (nog) steeds rechten en nieuwe verdragen worden toegevoegd aan het grondrechtenarsenaal.<sup>86</sup> Naast sociale grondrechten (die in 1983 in de Nederlandse Grondwet zijn opgenomen), kan worden gedacht aan rechten voor bepaalde groepen (vrouwen, kinderen, personen met een handicap),<sup>87</sup> vrijheden van ondernemerschap en beroep zoals die in het EU-Handvest te vinden zijn,<sup>88</sup> en aan discussies over rechten voor de natuur, dieren, et cetera.<sup>89</sup> Ook de overlap tussen de verschillende categorieën rechten is tegen deze achtergrond groter geworden.<sup>90</sup>

De proliferatie van grondrechten is niet zonder risico. Zo wordt gezegd dat dit ook een *backlash* tegen grondrechten tot gevolg kan hebben. Of toch in elk geval een vorm van inflatie, nu grondrechten die ‘overal’ zijn, wel niet echt ‘veel waard’ kunnen zijn.<sup>91</sup> Ik zal hier nu niet nader op ingaan, maar simpelweg constateren dat waar grondrechten tegenwoordig veelal juist worden gezien als normen die breed relevant zijn en steeds (over de band van eisen van proportionaliteit) een rechtvaardiging of motivering van bepaald handelen of nalaten verlangen, dit ‘concept’ niet zozeer in het gedrang komt door (verdere) horizontale werking, maar daar juist heel goed bij aansluit.

Met betrekking tot de Nederlandse Grondwet moet dan dus wel worden vastgesteld dat die niet geheel bij de tijd is, door de nadruk te blijven leggen op legaliteit – het ‘primaat’ van de wetgever en diens welbekende ‘stoel’ – in plaats van (ook!) inhoudelijke beperkingseisen, die een inhoudelijke rechterlijke controle impliceren. Uiteraard hangt dit samen met het vigerende toetsingsverbod dat de noodzaak tot aanpassing van deze focus beperkt. In de recent weer toegenomen discussie over invoering van constitutionele toetsing wordt weliswaar gepleit voor aanpas-

82. E. Mureinik, ‘A Bridge to Where? Introducing the Interim Bill of Rights’, *South African Journal on Human Rights* 1994/10, afl. 1, p. 32: ‘If the new constitution is a bridge away from a culture of authority, it is clear what it must be a bridge to. It must lead to a culture of justification – a culture in which every exercise of power is expected to be justified; in which the leadership given by the government rests on the cogency of the case offered in defence of its decisions.’

83. M. Kumm, ‘Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law’, *German Law Journal* 2006, p. 352-359 (hierna: Kumm 2006).

84. BVerfGE 7, 198 (Lüth), vgl. ook Kumm 2006.

85. Vgl. bijv. J.H. Gerards, *Het prisma van grondrechten* (oratie RU Nijmegen), Nijmegen: Radboud Universiteit Nijmegen 2011, en überhaupt veelomvattende grondrechten als art. 47 Handvest.

86. A. Farahat & A.E.M. Leijten, ‘Human Rights Overreach?’, inleiding van een special issue van het *Netherlands Quarterly of Human Rights* 2022, p. 83-97 (hierna: Farahat & Leijten 2022).

87. Zie het VN-vrouwenrechtenverdrag, het Kinderrechtenverdrag, het Gehandicaptenverdrag, etc.

88. Vgl. Jansen 2024.

89. Afshin Ellian & Bastiaan Rijpkema (red.), *Een nieuw commentaar op de Grondwet*, Den Haag: Boom Juridisch 2022, met bijdragen over dergelijke (potentiële) rechten, waarover overigens in het buitenland nog veel meer discussie plaatsvindt.

90. Zie ook A.E.M. Leijten, *Core Socio-Economic Rights and the European Court of Human Rights*, Cambridge: Cambridge University Press 2018.

91. Farahat & Leijten 2022.

sing van de beperkingssystematiek, maar vooralsnog lijkt dit weinig prioriteit te hebben. Hierbij kan een rol spelen het vermoeden dat inhoudelijke toetsing al snel een te grote (subjectieve) rol voor de rechter met zich brengt – dat zou zich met ons rechtssysteem maar moeilijk laten verdragen. Mijn reactie daarop zou zijn dat de rechter heus overweg kan met eisen als die van proportionaliteit. En niet alleen omdat die eisen ook volgen uit het EVRM. In een cultuur van rechtvaardiging staat juist de democratisch gemaakte keuze centraal, die niet *de juiste* moet zijn, maar wel binnen een scala aan redelijke (proportionele) keuzes moet vallen. Een deugdelijke motivering voor doen en laten is daarbij onontbeerlijk; een gebrek daaraan is in mijn lezing een van de voornaamste redenen waarom de Hoge Raad in *Urgenda* een schending van het EVRM aannam.<sup>92</sup> Uit de artikelen 2 en 8 EVRM volgt niet direct een eis van 25% emissiereductie in 2020; de zorgplicht die – in dit geval – op de Staat rust, verlangt wel dat hij zijn beleid kan verantwoorden in het licht van wetenschappelijke kennis en gemaakte internationale afspraken.<sup>93</sup>

Ik wil hier dus niet beweren dat er geen ruimte meer zou moeten zijn voor formele eisen die een democratisch gelegitimeerde keuze van belang achten. Integendeel. Daarbij geldt voor het hier aan de orde zijnde thema bovendien: in een stelsel waar de nadruk traditioneel – en dus – nog steeds ligt op het primaat van de wetgever, valt te beargumenteren dat juist die (grond)wetgever zich duidelijker zou moeten positioneren waar het gaat om de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht. In plaats van de rechter de hete kolen uit het vuur te laten halen, kan de wetgever de rechten die belangrijk worden geacht in private verhoudingen in wetgeving (expliciet en vaker) opnemen, dan wel de rol van de rechter op dit terrein verduidelijken en accommoderen, bijvoorbeeld in aanloop naar het mogelijk maken van constitutionele toetsing.

#### 6. Kleurschakering (interpretatie/uitleg, toepassing, toetsingsintensiteit)

Voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een verschil in toepassing van grondrechten in een publiekrechtelijke en privaatrechtelijke context waar het de uitleg van die grondrechten en de toetsingsintensiteit betreft, kan worden aangesloten bij veel van wat hierboven al is besproken. Dat verschil zit hem in de veelal indirectere rol die grondrechten spelen, bijvoorbeeld als inspiratiebron voor de (verdere) interpretatie van privaatrechtelijke normen, waarbij ik echter heb aangegeven dat ook ‘directe’ werking van grondrechten ruimte laat voor het meenemen van andere normen en belangen. Een verschil zit bovendien in de grote kans op botsende grondrechtenclaims, die bij horizontale doorwerking immers door beide partijen kunnen worden ingeroepen. Daarbij kan worden opgemerkt dat van echt definiëren/uitleggen van een grondrecht (los van de context van het geval) geen sprake is, en bij indirecte werking ook geen expliciete keuze zal worden gemaakt voor een bepaalde toetsingsintensiteit (wat overigens ook in verticale toepassing zeker niet altijd gebeurt). Zie bijvoorbeeld de zaak *Milieudefensie/Shell*, waarin weliswaar wordt verwezen naar de zorgplicht die volgt uit mensenrechten in klimaat-

92. Vgl. A.E.M. Leijten, ‘Urgenda, het EVRM, en het recht op een rechtvaardiging voor overheidsbeleid’, *O&A* 2020/3, afl. 1, p. 5-7; ‘Het recht op een rechtvaardiging en hoe de Hoge Raad in *Urgenda* de bescherming van fundamentele rechten serieus neemt’, *RMThemis* 2020, afl. 2, p. 94-99.

93. Dat de Hoge Raad dit niet het geval achtte, valt op te maken uit r.o. 7.4.6.

kwesties, maar waarbij de precieze rol daarvan in de beoordeling ondoorzichtig blijft.<sup>94</sup>

Dit gezegd hebbende, kunnen een paar opmerkingen over de verschillende onderdelen van de grondrechtentoets hier nuttig zijn. Zo moet er een onderscheid worden gemaakt tussen de interpretatie van grondrechten en de toetsing eraan. De vraag die in het kader van dat eerste moet worden gesteld, is of het aan de orde zijnde belang daadwerkelijk binnen de reikwijdte van het ingeroepen grondrecht valt. Pas als dat het geval is, kan worden beoordeeld of de beperking daarvan een schending van het grondrecht oplevert of dat te weinig is gedaan om het recht actief te verwezenlijken (en met welke toetsingsintensiteit of beoordelingsruimte dat kan worden beoordeeld). Natuurlijk is de context van de zaak van belang, maar niet in die zin dat argumenten die tegen een schending van het grondrecht pleiten, al in de definitiefase mogen worden meegenomen. Hier valt een parallel te trekken naar doorwerking in horizontale gevallen: het is niet aan Shell (of welke andere private partij ook) om te bepalen of rechten als artikel 2 en 8 EVRM überhaupt relevant zijn in een voorliggende zaak, wat niet wegneemt dat zij zal argumenteren dat dit niet het geval is (en daarbij niet alleen kan verwijzen naar de *scope* van die rechten, maar ook naar de verhouding waarin om toepassing wordt verzocht). In dit kader geldt bovendien dat de (grond)wetgever, althans in theorie en al dan niet in internationaal verband, zich wel kan bezighouden met het toevoegen of aanpassen van gecodificeerde grondrechtennormen, waar dit voor private partijen niet geldt.

In het kader van de toepassing en de bijbehorende toetsingsintensiteit is dan van belang of het gaat om een beperking van een klassiek grondrecht, of een beroep op een (vermeende) positieve verplichting die op de wederpartij zou rusten. In het eerste geval zijn de (in de rechtspraak geconcretiseerde) beperkingseisen van belang, maar is de uiteindelijke vraag doorgaans die van proportionaliteit – al dan niet uitgesplitst naar eisen van geschiktheid, noodzakelijkheid en proportionaliteit *stricto sensu*.<sup>95</sup> Ook de vraag of een beperking de kern van het aan de orde zijnde recht raakt, kan een goed hulpmiddel zijn om al dan niet een schending te constateren,<sup>96</sup> al moeten we ons geen illusies maken over hoe objectief die kern valt vast te stellen. Ook dit is gevalsafhankelijk en kan tevens worden gezien als uitkomst van een afweging.<sup>97</sup> Waar daarentegen positieve verplichtingen aan de orde zijn, of een beroep wordt gedaan op sociale grondrechten die actief optreden verlangen, wordt aangeknoopt bij hetgeen *wel* is gedaan en de vraag gesteld of daarmee aan de relevante (zorg)plicht is voldaan. Doorgaans komt partijen in dat kader een grotere beoordelingsmarge toe, die weliswaar lastig exact te duiden is, maar wel aangeeft dat meerdere handelingsopties in beginsel in lijn kunnen zijn met het EVRM.

94. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*).

95. Het gaat hier om de 'drietrapsstoets' die intussen ook terugkomt in de bestuursrechtelijke toetsing aan het evenredigheidsbeginsel, zie ABRvS 2 februari 2022, ECLI:NL:RVS:2022:516 (*Harderwijk*).

96. Vgl. M. Dawson, O. Lynskey & E. Muir, 'What is the Added Value of the Concept of the "Essence" of EU Fundamental Rights?', *German Law Journal* 2019, p. 767.

97. Vgl. Leijten 2018.

Daarover gesproken kan nog wel worden opgemerkt dat waar het EHRM een ruime *margin of appreciation* toekent, dit niet steeds mag betekenen dat de nationale rechter die ‘doorgeeft’ – Straatsburg laat juist ook ruimte aan de nationale autoriteiten, *inclusief de rechter*, om een strengere koers te varen. In Nederland verhoudt dit zich echter wat onhandig tot de doorwerking via de artikelen 93 en 94 Grondwet<sup>98</sup> en de sterke ‘afhankelijkheid’ van de Nederlandse rechter – vanwege het toetsingsverbod – van de EHRM-rechtspraak.

Ook bij dit vraagpunt kan al met al worden geconcludeerd dat waar bij indirecte doorwerking geen sprake zal zijn van een duidelijk toetsingskader en keuze voor een toetsingsintensiteit, dit ook bij meer directe toepassing niet per se het geval hoeft te zijn. Wat grondrechten en de Europese uitwerking daarvan wel verlangen, is een zelfstandige beoordeling van de toepasselijkheid van een grondrecht én van de evenredigheid van hetgeen is gedaan of gelaten. Daarbij moeten fundamentele belangen voldoende gewicht in de schaal leggen, maar ook de argumenten van de wederpartij (al dan niet van grondrechtelijke aard) een rol spelen.

#### 7. Van openbare orde/ambtshalve toepassing

Met het zevende vraagpunt heb ik geworsteld, evenals met de vraag of hier vanuit publiekrechtelijk perspectief überhaupt iets over te zeggen valt. Het lijkt mij in beginsel afhankelijk van de systematiek van het privaatrecht, of dit geëigend wordt geacht, en aan de betreffende experts, om dat te beoordelen. Daarbij geldt er naar huidig Nederlands recht in elk geval geen plicht tot ambtshalve toepassing; ook bestaat er een spanning met klassieke privaatrechtelijke uitgangspunten als de lijdelijkheid van de civiele rechter en de partijautonomie. Bovendien moet hetgeen ik hierboven uiteen heb gezet tot de conclusie leiden dat standaard ambtshalve toetsen eigenlijk ondoenlijk is. We hebben het hier immers niet slechts over enkele, in duidelijke standaarden uitgewerkte klassieke grondrechten, maar over een breed scala aan positieve en negatieve verplichtingen die vaak wel op enigerlei wijze in verband kunnen worden gebracht met een onderhavige zaak.

Dit gezegd hebbende, valt op het tweede gezicht vanuit het publiekrecht misschien toch iets te vinden van ambtshalve toepassingen en de gevallen waarin dat mogelijk wel gepast is. Daarbij kan denk ik worden teruggegrepen op de oorspronkelijke rol van grondrechten in ongelijke machtsverhoudingen. Waar een partij bijzonder kwetsbaar is, afhankelijk van de wederpartij als het gaat om toegang tot basisvoorzieningen, of waar die wederpartij door haar machtige positie zonder daardoor zelf (financiële) schade op te lopen, schade kan berokkenen aan de fundamentele belangen van de minder machtige partij, zou een verwijzing naar grondrechten op haar plaats kunnen zijn. Ik denk dan in het bijzonder aan de rechten van kinderen of gemarginaliseerde groepen, of aan zorgplichten die in

98. Daarbij gaan we er immers van uit dat die bepalingen de doorwerking van de EVRM-rechten en de bijbehorende rechtspraak regelen, maar niet per definitie ruimte laten voor meer bescherming. We hebben het dan over het ‘spiegelbeginsel’, zie J.H. Gerards, ‘Spiegel of lachspiegel? Over het EVRM en het Urgenda-arrest’, blog van het Montaigne Centre for Rule of Law and the Administration of Justice, 5 februari 2020, te raadplegen via [blog.montaignecentre.com/nl/spiegel-of-lachspiegel-over-het-evrm-en-het-urgenda-arrest/](http://blog.montaignecentre.com/nl/spiegel-of-lachspiegel-over-het-evrm-en-het-urgenda-arrest/).

lijn zijn met privaatrechtelijke normen, maar de aandacht wellicht net wat meer vestigen op het mogelijk onder te sneeuwen belang van de 'zwakkere' partij. Dit sluit aan bij pleidooien voor een grotere betekenis van bijvoorbeeld artikel 3 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK).<sup>99</sup> Waarbij dan niet uit het oog moet worden verloren dat niet alleen de rechter, maar ook de wetgever daarbij een rol toekomt.

#### 8. Convergentie tussen rechtsstelsels

Kan nu worden gezegd dat de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht leidt tot een convergentie van rechtsstelsels? Ik hoop in het bovenstaande duidelijk te hebben gemaakt dat van een waterscheiding inderdaad geen sprake is, en dat dit niet in de laatste plaats te maken heeft met de ontwikkeling die grondrechten hebben doorgemaakt. Waar sprake is van een beperkte lijst met klassieke grondrechten zoals de vrijheid van godsdienst of van meningsuiting, die relatief eenduidige (beperkings)eisen met zich brengen, bestaat er misschien nog een duidelijk verschil tussen wat die rechten verlangen en wat het privaatrecht 'doet'. Waar we echter te maken hebben met een uitgebreide catalogus aan rechten die positieve verplichtingen omvatten en doorgaans een afweging verlangen in de concrete omstandigheden van het geval, is dat onderscheid niet zo goed waarneembaar.

Ik gaf het al aan: spraakmakende zaken als *Milieudefensie/Shell* laten zien dat juist ook op het vlak van de positieve verplichtingen en bij thema's als klimaat de doorwerking van grondrechten een vlucht kan nemen. Die verplichtingen liggen per definitie al dicht aan tegen de zorgplichten die überhaupt in het privaatrecht en de bijbehorende rechtspraak zijn geformuleerd. Nadere convergentie lijkt op dit punt dan ook onontkoombaar.

Een waardeoordeel is dat zeker niet, en evenmin is het een doel op zich. Verschillende rechtsstelsels kunnen heel goed naast elkaar blijven bestaan, ook waar de overlap groter wordt en grondrechten een verbindende factor vormen. Zoals gezegd: het bijzondere van de relatie overheid-burger, en het belang van een democratisch gelegitimeerde keuze zullen een centrale rol blijven spelen bij de bescherming van grondrechten in het publiekrecht en het eigen karakter daarvan noodzakelijkerwijs en terecht (mede) blijven bepalen.

Waar het de convergentie tussen het Nederlandse en het Belgische stelsel betreft, lijkt een van de grootste verschillen – althans in mijn perspectief – daarin te bestaan dat in België het Grondwettelijk Hof een belangrijke rol speelt in de ontwikkeling van dit leerstuk, waar het in Nederland nog maar de vraag is of we ooit daadwerkelijk constitutionele toetsing zullen gaan krijgen. Als dat al het geval is, is het zeker niet gezegd dat dit dan gepaard gaat met de instelling van een

99. Bijv. met betrekking tot uithuisplaatsingen zie R. Wind, M. Vols & B. Roorda, 'The Child-Specific Right to Housing in the Convention on the Rights of the Child', *The International Journal of Children's Rights* 2023, p. 444-470. Vgl. ook B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten* (diss. Leiden), Apeldoorn: Maklu 2010, p. 191.

constitutioneel hof – ook al geven de huidige coalitiepartijen in hun recente hoofdlijnenakkoord aan hier voorstander van te zijn.<sup>100</sup>

#### 9. Wensen – blik op de toekomst

Mijn wensenlijstje is te overzien, maar houdt wel verband met het zojuist genoemde. Constitutionele toetsing zou van toegevoegde waarde kunnen zijn in ons rechtssysteem. Niet alleen zal dit kunnen leiden tot meer aandacht voor de Grondwet en meer ‘constitutioneel bewustzijn’, de juridische meerwaarde (die vaak als gering of niet bestaand wordt gekenschetst) kan bovendien zitten in het feit dat de rechter toch echt iets zal moeten zeggen over de rol en betekenis van de grondrechten uit de Grondwet zonder zich daarbij volledig te verlaten op de rechtspraak van het EHRM. Grondwettelijke toetsing kan bovendien een extra stok achter de deur zijn voor de wetgever om zo goed mogelijk zijn best te doen in de bescherming van grondrechten. Naar verwachting zal er sprake zijn van een interpretatie van grondwettelijke grondrechten in lijn met vergelijkbare bepalingen uit het EVRM en het EU-Handvest. Dat is wat mij betreft ook aan te moedigen, omdat deze rechten zijn ontwikkeld in het licht van andere beperkingseisen die beter aansluiten bij de rol die grondrechten zijn gaan spelen. Daarbij gelden eisen zoals die volgen uit het EVRM wel als minimumeisen, en kan daar ook op basis van de Grondwet een schepje bovenop worden gedaan.

Om de Grondwet echt meer in lijn te brengen met de betekenis van verdragsrechten – ook in het privaatrecht – lijkt het mij wenselijk inhoudelijke eisen aan grondrechtenbeperkingen expliciet in de Grondwet op te nemen. Ik denk daarbij in eerste instantie aan proportionaliteit – de eis dat de kern of het wezen van een recht beschermd dient te worden lijkt mij minder toevoegen nu de bepaling van die kern of dat wezen in ingewikkelde grondrechtenkwesies ook een afweging zal verlangen en contextafhankelijk zal moeten zijn. Te beargumenteren valt dat de doorwerking in het privaatrecht die in de rechtspraak vorm krijgt de noodzaak van een dergelijke aanpassing van de Grondwet onderstreept; de argumenten daarvoor kracht bijzet. Ook al worden de beperkingseisen voor de civiele rechter misschien niet direct toegepast, het formuleren van inhoudelijke eisen maakt wel duidelijk waar het bij grondrechtenbescherming (naast eisen van legaliteit) om gaat.

In dit kader heb ik bovendien beweerd dat het onderscheid tussen directe en indirecte werking niet moet worden overdreven. Ook een meer directe toepassing hoeft immers niet in te houden dat de partij die zich op een grondrecht kan beroepen, vrijwel zeker de zaak wint, of dat daarmee de ruimte voor andere (tegen)argumenten wordt beknot. Zolang we echter het onderscheid direct en indirect blijven gebruiken, kan het wel zo zijn dat directe doorwerking van sociale grondrechten een brug te ver wordt geacht. Voor zover enige betekenis van die rechten wenselijk

100. Hoofdlijnenakkoord van 16 mei 2024, Hoop, Lef en Trots, te raadplegen via [kabinetsformatie2023.nl/documenten/publicaties/2024/05/16/hoofdlijnenakkoord-tussen-de-fracties-van-pvv-vvd-nsc-en-bbb](https://kabinetsformatie2023.nl/documenten/publicaties/2024/05/16/hoofdlijnenakkoord-tussen-de-fracties-van-pvv-vvd-nsc-en-bbb), p. 19. Zie ook het rapport van de Staatscommissie rechtsstaat van 10 juni 2024, die pleit voor toetsing niet alleen aan klassieke, maar ook aan sociale grondrechten (p. 47), te raadplegen via [staatscommissierechtsstaat.nl/onderwerpen/rapport/documenten/rapporten/2024/06/01/index](https://staatscommissierechtsstaat.nl/onderwerpen/rapport/documenten/rapporten/2024/06/01/index).

wordt geacht – en met name in gevallen van kwetsbaarheid en afhankelijkheid lijkt mij daarvan sprake – is het dan beter te spreken van indirecte werking. Inderdaad, juist positieve zorgplichten zoals die voortvloeien uit zowel klassieke als sociale grondrechten, kunnen goed hand in hand gaan met privaatrechtelijke normen, waarbij extra aandacht gegenereerd kan worden voor de zwakkere partij en meer van de wederpartij mag worden verwacht in termen van het rechtvaardigen van haar doen en (na)laten.

Tot slot herhaal ik hier het punt dat raakt aan het rechtsstatelijke beginsel van de machtenscheiding en ziet op de vraag of het uiteindelijk aan de rechter of juist ook aan de (grond)wetgever is om het leerstuk van horizontale werking verder door te ontwikkelen. In een rechtsorde die traditioneel veel waarde hecht aan het primaat van de wetgever – wat ook zijn weerslag krijgt in de formulering van de grondwettelijke grondrechten en in de Grondwet überhaupt – mag van die wetgever meer worden verwacht dan dit over te laten aan de rechter. Ook de recent opgenomen algemene bepaling waarmee de Nederlandse Grondwet tegenwoordig opent ('De Grondwet waarborgt de grondrechten en de democratische rechtsstaat'<sup>101</sup>) kan worden gezien als een extra aanmoediging: niet alleen de rechter, maar ook de wetgever zou ervoor moeten zorgen dat ook in privaatrechtelijke verhoudingen in elk geval de grondrechten die relevant zijn om ongelijke verhoudingen en schadelijke gevolgen aan de orde te stellen, een rol van betekenis spelen en niet zomaar kopje ondergaan.

---

101. Zie over de algemene bepaling bijv. B. Oomen, 'Algemene bepaling' (p. 81-90) en C.M. Zoethout, 'Algemene bepaling' (p. 91-98), in: Ellian & Rijpkema 2022.



# Fundamentele rechten en het Nederlands privaatrecht: een dialoog

Chantal Mak\*

## 1 Fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen

Fundamentele rechten, die burgers beschermen tegen de overheid, vinden steeds vaker toepassing in privaatrechtelijke verhoudingen. Dit is geen recente ontwikkeling – voorbeelden gaan al terug tot de toenemende doorwerking van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in de Nederlandse rechtspraak in de jaren tachtig van de vorige eeuw<sup>1</sup> en de inwerkingtreding van het EU-Handvest van de Grondrechten in 2009.<sup>2</sup> Wel is een verschuiving zichtbaar in privaatrechtelijke thema's waarop fundamentele rechten van invloed kunnen zijn. Waar deze rechten eerder met name in familierechtelijke zaken<sup>3</sup> of ten aanzien van non-discriminatie<sup>4</sup> aan bod kwamen, heeft de toepassing en werking van fundamentele rechten zich in de afgelopen jaren uitgebreid naar zaken over klimaatverandering,<sup>5</sup> milieuschade en due diligence,<sup>6</sup> digitalisering<sup>7</sup> en toegang tot basisvoorzieningen als drinkwater.<sup>8</sup>

In dit rapport wordt in kaart gebracht hoe fundamentele rechten zich verhouden tot privaatrechtelijke normen in het Nederlandse recht. De term 'fundamentele

---

\* Prof. dr. C. (Chantal) Mak is Hoogleraar Privaatrecht, in het bijzondere fundamentele rechten en privaatrecht, Amsterdam Centre for Transformative Private Law (ACT), Universiteit van Amsterdam.

1. W. Hommes, *Co-creating Human Rights: How the Netherlands Received and Shaped the European Convention on Human Rights, 1945-2022* (diss. Amsterdam UvA), 2023, p. 259-262.
2. T. Barkhuysen, A.W. Bos & F. ten Have, 'Een verkenning van de betekenis van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie voor het Privaatrecht', *NTBR* 2011, p. 479 e.v. en *NTBR* 2011, p. 547 e.v.; C.H. Sieburgh, 'Waarom het Unierecht de invloed van grondrechten op het privaatrecht aanjaagt en versterkt', *RMThemis* 2015, afl. 1, p. 3-13.
3. Hommes 2023, p. 259-262; M. de Langen, 'De betekenis van artikel 8 EVRM voor het familierecht', in: *Artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 1990-I), Deventer: Wolters Kluwer 1990, p. 85-183; G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos? Preadviezen* (Vereniging voor Burgerlijk Recht 2011), Deventer: Kluwer 2011.
4. C.H. Sieburgh, 'Het Unierechtelijke beginsel van gelijkheid en zijn inwerking op het burgerlijk recht', *WPNR* 2011, p. 798-809; Asser/Hartkamp 3-I, *Europees recht en Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2023/229.
5. L.E. Burgers, *Justitia, the People's Power and Mother Earth: Democratic Legitimacy of Judicial Law-Making in European Private Law Cases on Climate Change* (diss. Amsterdam UvA) 2020, hdl.handle.net/11245.1/0e6437b7-399d-483a-9fc1-b18ca926fdb5 (laatst geraadpleegd 25 juli 2024).
6. L.F.H. Enneking, 'Van beleid naar gepaste zorgvuldigheid in mondiale waardeketens. Over de samenwerking tussen due diligence wetgeving en het privaatrecht', *NTBR* 2022, p. 357-371.
7. J.H. Gerards, 'Grondrechten in de platformeconomie', in: *Digitalisering, vermogensrecht, de platformeconomie en grondrechten. Preadviezen* (Vereniging voor Burgerlijk Recht), Zutphen: Uitgeverij Paris 2019, p. 95-197.
8. Hof Den Haag 19 maart 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:363 (Vereniging Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten & Stichting Defence for Children International Nederland/Staat der Nederlanden, Dunea N.V. en N.V. PWN Waterbedrijf Noord-Holland).

rechten' vormt hierbij een overkoepelende categorie, waarbinnen zowel nationale grondrechten als internationale mensenrechten vallen. Hoewel de focus ligt op de ontwikkelingen in Nederland, dient verder te worden opgemerkt dat zal worden verwezen naar het Europese wetenschappelijke debat voor zover dit relevant is voor een goed begrip van de materie. Achtereenvolgens wordt ingegaan op drie hoofdthema's: de nationale, Europese en internationaalrechtelijke kaders voor constitutionalisering van privaatrecht (par. 2), de wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht (par. 3) en de rol van de rechter (par. 4). Afgesloten wordt met een aantal in de vorm van stellingen geformuleerde wensen (par. 5).

## 2 Constitutionalisering van privaatrecht

### 2.1 Grondwettelijke en mensenrechtelijke kaders

De doorwerking van fundamentele rechten heeft zich met name in de rechtspraak ontwikkeld, zowel op nationaal als Europees niveau. In het wetgevingsproces wordt weliswaar rekening gehouden met relevante rechten. Een wetgever kan echter niet alle situaties voorzien en in voorkomende gevallen wordt dan ook met een beroep op fundamentele rechten van de rechter gevraagd de afweging van belangen tussen partijen in civiele zaken vanuit de invalshoek van grond- of mensenrechten te maken. Deze doorwerking van fundamentele rechten in privaatrechtelijke rechtspraak wordt wel aangeduid met de term 'constitutionalisering van privaatrecht'.<sup>9</sup>

In Nederland kan constitutionalisering van privaatrechtelijke zaken worden verklaard vanuit in ieder geval drie met elkaar samenhangende fenomenen. Ten eerste speelt het toetsingsverbod van artikel 120 Gw een rol. Op grond van dit verbod mogen rechters formele wetten niet toetsen aan grondrechten. Dit roept vragen op, onder meer in vergelijking met andere Europese landen die wel een traditie van constitutionele toetsing kennen.<sup>10</sup> Hoewel lagere wetgeving wel kan worden getoetst in Nederlandse rechtspraak, blijft een groot deel van het overheidshandelen buiten bereik. Om deze reden wordt al geruime tijd gesproken over de invoering van constitutionele toetsing, ofwel via een constitutioneel hof, ofwel via de gewone rechter.<sup>11</sup> Daarnaast hebben fundamentele rechten en beginselen via andere wegen hun intrede gedaan in de Nederlandse rechtspraak.

9. J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht* (preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking), Deventer: Kluwer 2003; O.O. Cherednychenko, 'The Constitutionalization of Contract Law: Something New under the Sun?', *Electronic Journal of Comparative Law* 2004, vol. 8.1; A. Colombi Ciacchi, 'The Constitutionalization of European Contract Law: Judicial Convergence and Social Justice', *European Review of Contract Law* 2006, p. 167-180; S. Grundmann (red.), *Constitutional Values and European Contract Law*, Deventer: Kluwer Law International 2008; H.-W. Micklitz (red.), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2014.
10. J. Goossens & E. ten Hoor, 'Op weg naar een constitutioneel hof in Nederland. Rechtsvergelijkende inzichten uit een constitutioneel-design-analyse', *AA* 2024, p. 636-649; A. Colombi Ciacchi, 'Judicial Governance in European Private Law: Three Judicial Cultures of Fundamental Rights Horizontality', *European Review of Private Law* 2020, p. 931-952.
11. Goossens & Ten Hoor 2024, p. 636-638.

De tweede ontwikkeling hangt nauw samen met dit eerste punt. De beperkingen die het toetsingsverbod van artikel 120 Gw oplegt, zijn deels ondervangen door aansluiting te zoeken bij internationale normen. De Nederlandse rechtsorde wordt wel gekarakteriseerd als 'gematigd monistisch'.<sup>12</sup> Anders dan in dualistische systemen, waarin verdragsbepalingen eerst moeten worden omgezet in nationaal recht, kan in Nederland op grond van de artikelen 93 en 94 Gw een direct beroep worden gedaan op 'een ieder verbindende bepalingen van verdragen' voor de nationale rechter. Dit heeft het mogelijk gemaakt dat bepalingen uit internationale mensenrechtenteksten als het EVRM en het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) in toenemende mate van invloed zijn geworden op Nederlandse zaken.<sup>13</sup>

Een derde ontwikkeling volgt uit het recht van de Europese Unie (EU), dat op het terrein van het privaatrecht de vorm heeft gekregen van richtlijnen en een enkele verordening.<sup>14</sup> Binnen de reikwijdte van het Unierecht dienen lidstaten de rechten uit het sinds 2009 bindende EU-Handvest van de Grondrechten (Hv) te waarborgen (art. 51 Hv). In de rechtspraak van het Hof van Justitie van de EU (HvJ EU) is inmiddels bepaald dat het EU-Handvest niet alleen overheden bindt, maar ook verplichtingen kan meebrengen voor privaatrechtelijke actoren indien het gaat om bepalingen die 'dwingend en onvoorwaardelijk van aard' zijn.<sup>15</sup> Aan de bepalingen over non-discriminatie (art. 21 Hv),<sup>16</sup> effectieve rechtsbescherming (art. 47 Hv)<sup>17</sup> en compensatie van niet-opgenomen vakantiedagen (art. 31 lid 2 Hv)<sup>18</sup> is reeds een dergelijke horizontale werking<sup>19</sup> toegekend, terwijl het recht op informatie en raadpleging van werknemers binnen een onderneming (art. 27 Hv)<sup>20</sup> niet voldoende concreet is bevonden om een dergelijke werking te krijgen.<sup>21</sup> Als lidstaat van de EU heeft Nederland te maken met deze vorm van doorwerking van fundamentele rechten, in het bijzonder van artikel 47 Hv op procesrechtelijk gebied.<sup>22</sup>

12. Kortmann/Bovend'Eert, Broeksteeg, Kortmann & Vermeulen 2021, *Constitutioneel Recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 202; Asser/Hartkamp 3-I 2023/201.

13. Zie voor het EVRM: Hommes 2023. Zie voor het IVRK: J.H. de Graaf e.a., *De toepassing van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind in de Nederlandse rechtspraak: Deel III*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2022.

14. Asser/Hartkamp 3-I 2023, hfdst. 4 en 5.

15. HvJ EU 6 november 2018, C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871 (*Bauer & Broßonn*), punt 85. Zie ook J.H. Gerards, 'Het EU-Grondrechtenhandvest: Een crashcourse', in: *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 2024-I), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 43-48.

16. HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07, ECLI:EU:C:2010:21 (*Kücükdeveci*), volgend op HvJ EU 22 november 2005, C-144/04, ECLI:EU:C:2005:709 (*Mangold*), waarin non-discriminatie op grond van leeftijd was erkend als beginsel van Unierecht.

17. HvJ EU 17 april 2018, C-414/16, ECLI:EU:C:2018:257 (*Egenberger*).

18. HvJ EU, *Bauer & Broßonn*.

19. Zie over het begrip 'horizontale werking' nader par. 2.3 hieronder.

20. HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2 (*Association de Médiation Sociale*).

21. E. Frantziou, 'The Horizontal Effect of the Charter: Towards an Understanding of Horizontality as a Structural Constitutional Principle', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2020, p. 209-210.

22. J.M.L. van Duin, *Effective Judicial Protection in Consumer Litigation: Article 47 of the EU Charter in Practice* (diss. Amsterdam UvA 2020), Antwerpen: Intersentia 2022.

## 2.2 Lijnen in de rechtspraak

Uit de rechtspraak kunnen verschillende factoren worden gedestilleerd die bepalen in welke gevallen constitutionalisering van privaatrechtelijke vraagstukken zich kan voordoen en hoe intens de doorwerking is. Anders dan in de Duitse privaatrechtswetenschap gaat het niet zozeer om helder afgebakende ‘Fallgruppen’.<sup>23</sup> Eerder is een aantal algemene lijnen te ontwaren.

Een eerste factor ziet op de ruimte die privaatrechtelijke kaders bieden wanneer een vraag rijst die raakt aan fundamentele rechten. Als binnen deze kaders op basis van privaatrechtelijke begrippen een antwoord kan worden gevonden dat in lijn is met fundamentele rechten, hoeft niet expliciet op deze rechten te worden gereflecteerd in een uitspraak.<sup>24</sup> Voor zover het privaatrecht op zichzelf geen afdoende antwoord geeft, kan zo’n expliciete reflectie juist wel bijdragen aan de afweging. Vaak doet dit zich voor bij de invulling van open normen, zoals ‘openbare orde en goede zeden’ (art. 3:40 BW), ‘redelijkheid en billijkheid’ (art. 6:2 en 6:248 BW), en ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’ (art. 6:162 BW).<sup>25</sup>

Een voorbeeld kan worden gevonden in de uitspraak van de Rechtbank Den Haag in de klimaatzaak *Milieudefensie/Shell*.<sup>26</sup> De rechtbank kleurde de open norm van artikel 6:162 BW in op basis van veertien elementen, waaronder de artikelen 2 en 8 EVRM, die respectievelijk het recht op leven en het recht op een schone leefomgeving beschermen.

Voorts is van belang wat het karakter is van de privaatrechtelijke rechtsverhouding die aan de orde is. Welke fundamentele rechten kunnen worden ingeroepen en wat hun effect kan zijn, wordt grotendeels ingegeven door de aard van de rechtsverhouding tussen partijen. Hierbij valt op dat in de rechtspraak relatief veel gevallen zijn te vinden van doorwerking in zaken waarin sprake is van een ongelijke machtsverhouding tussen partijen.<sup>27</sup> Ongelijkheid tussen partijen kan bijvoorbeeld een grondslag bieden voor het beperken van de contractsvrijheid van de sterkere partij ter bescherming van de zwakkere wederpartij.<sup>28</sup>

23. Een indeling in dergelijke gevalstypen is gebruikelijk in Duitse *Kommentaren* op het *Bürgerliches Gesetzbuch* als Staudinger en Palandt.

24. C. Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law: A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (diss. UvA Amsterdam 2007), Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008, p. 301-304.

25. Mak 2008, p. 302. Zie ook 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 2007), München: Sellier 2007, p. 119-120; Asser/Hartkamp 3-I 2023/228.

26. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*). De zaak is aanhangig in hoger beroep en de uitspraak van het Hof Den Haag wordt verwacht in november 2024.

27. Colombi Ciacchi 2006, p. 177; Mak 2008, p. 301-302.

28. M.R. Marella, ‘The Old and the New Limits to Freedom of Contract in Europe’, *European Review of Contract Law* 2006, p. 267.

Als voorbeeld kan worden verwezen naar ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten. In deze zaken wordt wel verwezen naar artikel 47 Hv om de procedurele bescherming van consumenten te versterken.<sup>29</sup>

Tot slot is een factor van betekenis of het privaatrecht recht doet aan alle betrokken belangen. Vorderingen die hun basis hebben in het contracten- en aansprakelijkheidsrecht leggen de nadruk op de verhouding tussen twee partijen – debiteur en crediteur respectievelijk laedens en gelaedeerde. Fundamentele rechten kunnen een stem geven aan anderen die door de vraag die tussen deze twee partijen speelt worden geraakt.<sup>30</sup> Dit kan zowel gaan om specifieke personen als om bepaalde groepen of een maatschappelijk belang.

Een voorbeeld hiervan betreft de vraag hoe het belang van kinderen moet worden betrokken bij zaken over uithuiszetting. Op basis van artikel 3 IVRK wordt wel betoogd dat rechters in dergelijke zaken altijd zouden moeten informeren naar aanwezigheid van kinderen in de woning en dat kinderen op grond van artikel 12 IVRK het recht hebben om in deze zaken te worden gehoord.<sup>31</sup>

### 2.3 Technische aspecten van doorwerking

Vanuit juridisch-technisch oogpunt wordt vaak een onderscheid gemaakt tussen directe en indirecte horizontale werking van fundamentele rechten in privaatrechtelijke verhoudingen.<sup>32</sup> De ‘horizontale’ verhouding tussen private partijen wordt hierbij gecontrasteerd met de ‘verticale’ verhouding tussen overheid en burger.<sup>33</sup> Met ‘directe horizontale werking’ wordt dan bedoeld op situaties waarin een fundamenteel recht op eenzelfde manier kan worden ingeroepen jegens een private partij als tegen de overheid.<sup>34</sup> ‘Indirecte horizontale werking’, daarentegen, ziet in deze indeling op de doorwerking van fundamentele rechten via de interpretatie en toepassing van privaatrechtelijke bepalingen.<sup>35</sup>

Over dit begrippenkader is veel geschreven, zowel vanuit een dogmatische als vanuit een kritisch-theoretische invalshoek.<sup>36</sup> Zo heeft Smits in zijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking uit 2003 verdedigd dat indirecte

29. J.M.L. van Duin, ‘Effectieve rechtsbescherming van consumenten door de civiele rechter: een procesrechtelijk perspectief’, *TvPP* 2019, afl. 5, p. 138-144.

30. C. Mak, ‘Giving Voice: A Public Sphere Theory of European Private Law Adjudication’, *European Law Open* 2023, p. 697-723.

31. R. Wind, M. Vols & B. Roorda, ‘The Child-Specific Right to Housing in the Convention on the Rights of the Child’, *The International Journal of Children’s Rights* 2023, p. 461.

32. Smits 2003, p. 8-10.

33. Smits 2003, p. 4; H. Collins, ‘On the (In)compatibility of Human Rights Discourse and Private Law’, in: H.-W. Micklitz (red.), *Constitutionalization of European Private Law*, Oxford: Oxford University Press 2014, p. 35.

34. Smits 2003, p. 6; Mak 2008, p. 46.

35. Smits 2003, p. 8; Mak 2008, p. 46.

36. In Nederland onder meer door: Smits, Cherednychenko, Emaus en Gerards. Zie ook Asser/Hartkamp 3-I 2023/227, met verdere verwijzingen.

werking het juiste model zou zijn, onder meer omdat burgers geen adressaten van fundamentele rechten zijn, bij indirecte doorwerking minder rekening hoeft te worden gehouden met de status van verdragsbepalingen of onderscheidingen tussen klassieke en sociale rechten, het privaatrecht op deze manier niet ondergeschikt wordt gemaakt aan constitutioneel recht, en duidelijker kan worden bepaald in hoeverre fundamentele rechten zouden moeten doorwerken.<sup>37</sup> Cherednychenko lijkt deze opvatting te delen. Al in vroege publicaties en haar proefschrift uit 2007 heeft zij de zorg geuit dat een meer directe vorm van doorwerking zou kunnen leiden tot onderwerping van het privaatrecht aan constitutioneel recht.<sup>38</sup> Daarbij heeft zij de vraag opgeworpen of constitutionalisering wel nodig is om resultaten te bereiken die ook via privaatrechtelijke weg beschikbaar zijn.<sup>39</sup> In recent werk benadrukt ze dat ook in de wisselwerking tussen EU-recht, inclusief het EU-Handvest, en nationaal privaatrecht een onderscheid moet worden gemaakt tussen publiek- en privaatrecht, nu dit kan bijdragen aan beleidsvorming en conceptuele duidelijkheid.<sup>40</sup>

In tegenstelling tot Smits en Cherednychenko aarzel ik bij het innemen van een principieel standpunt voor indirecte horizontale werking. Een reden hiervoor is dat mijns inziens niet in het algemeen kan worden gezegd dat fundamentele rechten geen directe verplichtingen kunnen meebrengen voor private partijen. Het hangt af van het recht dat in het geding is en de verhouding tussen partijen of, en zo ja, in hoeverre een fundamenteel recht dergelijke verplichtingen oplegt.<sup>41</sup> Doorwerking van het non-discriminatiebeginsel in arbeidsrelaties kan bijvoorbeeld op vrij directe wijze aanleiding geven tot een verplichting een ongerechtvaardigd onderscheid ongedaan te maken.<sup>42</sup> Een ander, en wellicht belangrijker punt is dat de uitkomsten van toepassing van een techniek van directe of indirecte horizontale werking uiteindelijk weinig van elkaar verschillen. Ook bij directe werking zullen fundamentele rechten moeten worden vertaald naar een privaatrechtelijke context.<sup>43</sup> Uiteindelijk zal dit, net als bij indirecte werking, in de regel leiden tot een afweging van belangen van partijen, zeker indien beide partijen zich kunnen beroepen op fundamentele rechten.<sup>44</sup>

Hier komt bij dat in de Nederlandse rechtspraak geen principiële keuze is gemaakt voor een bepaalde techniek van doorwerking. Dit is anders in bijvoorbeeld Duitsland. Onder invloed van de eerste president van het *Bundesarbeitsgericht*, Nipperdey, werd door dit hoogste gerecht in arbeidszaken in de jaren vijftig van de vorige eeuw enige tijd een lijn van directe werking gevolgd, bijvoorbeeld in de jurispru-

37. Smits 2003, p. 20-26. Overigens uit ook hij twijfels bij de praktische waarde van het onderscheid: Smits 2003, p. 12.

38. Cherednychenko 2004; Cherednychenko 2007, p. 488-491.

39. Cherednychenko 2007, p. 491-495.

40. O.O. Cherednychenko, 'Rediscovering the Public/Private Divide in EU Private Law', *European Law Journal* 2019, p. 46-47.

41. Vgl. HvJ EU, *Bauer & Broßmann*.

42. H. Collins, 'The Vanishing Freedom to Choose a Contractual Partner', *Law and Contemporary Problems* 2013, p. 71-88.

43. Vgl. Collins 2014, p. 36.

44. C. Mak, 'De meerwaarde van grondrechten in het privaatrecht: Een reactie op het preadvies "Constitutionalisering van het vermogensrecht" van prof.mr. J.M. Smits', *NTBR* 2004, p. 127.

dentie over gelijke beloning van vrouwen en mannen voor gelijke arbeid.<sup>45</sup> In een principiële overweging in de *Lüth*-uitspraak van 1958 koos het Duitse Constitutionele Hof, het *Bundesverfassungsgericht*, echter voor de theorie van indirecte horizontale werking.<sup>46</sup> Dit is tot op de dag van vandaag de heersende leer.<sup>47</sup> Een dergelijke expliciete keuze is door Nederlandse rechters niet gemaakt. Dit bevestigt het beeld dat de juridische dogmatiek niet leidend is bij de doorwerking van fundamentele rechten in de Nederlandse rechtspraak.<sup>48</sup>

Als het conceptuele onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking wordt genuanceerd, blijft de vraag over welke effecten fundamentele rechten daadwerkelijk kunnen hebben in privaatrechtelijke verhoudingen.<sup>49</sup> Indien een zaak op basis van het privaatrechtelijke kader alleen zou kunnen worden opgelost, zouden fundamentele rechten enkel als inspiratie of vanwege hun retorische kracht kunnen worden ingeroepen.<sup>50</sup> Het blijft dan bij een verwijzing naar fundamentele rechten die de privaatrechtelijke afweging ondersteunt in plaats van werkelijke doorwerking van fundamentele rechten die tot nieuwe rechtsregels leidt. Slechts indien overwegingen ten aanzien van het fundamentele recht tot een andere uitkomst zouden leiden, zou van een 'effect' kunnen worden gesproken.<sup>51</sup>

Dat deze gedachtegang niet gemakkelijk te veralgemeniseren is, blijkt uit onderzoek waarin de functies van een specifiek recht zijn geanalyseerd. Mooie voorbeelden hiervan bieden de studies van Van Duin,<sup>52</sup> Episcopo<sup>53</sup> en Gentile<sup>54</sup> naar artikel 47 Hv, die ieder verschillende aspecten belichten van dit recht op een effectieve remedie voor de nationale rechter. Naast onder meer een retorische functie ('ornamental function'<sup>55</sup>) van artikel 47 Hv ziet Van Duin een belangrijke signalerende rol weggelegd voor deze bepaling.<sup>56</sup> Dit houdt in dat toepassing van dit artikel in rechtspraak duidelijk kan maken wanneer sprake is van maatschappelijke problemen die van zodanig gewicht zijn dat een juridische oplossing noodzakelijk

45. H. Nipperdey, 'Gleicher Lohn der Frau für gleiche Leistung', *Recht der Arbeit* 1950, p. 121-128.

46. BVerfG 15 januari 1958, *BVerfGE* 7, 198. Zie ook Smits 2003, p. 15-16.

47. Overigens is ook ten aanzien van deze lijn betoogd dat het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking in de praktijk nagenoeg verwaarloosbaar is; zij vormen alternatieve constructies van eenzelfde juridisch vraagstuk. Zie M. Kumm, 'Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law', *German Law Journal* 2006, p. 352-359. Voor een soortgelijke bevinding, geïllustreerd aan de hand van Engelse rechtspraak, zie Collins 2014, p. 39.

48. Cherednychenko 2007, p. 106-107.

49. Smits 2003, p. 11, spreekt van de 'intensiteit' van doorwerking.

50. Mak 2008, p. 185-186.

51. Cherednychenko 2004. Zie ook Smits 2003, p. 24.

52. Van Duin 2022.

53. F. Episcopo, *L'effettività del diritto (privato) europeo nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo: Analisi di un concetto indeterminato* (diss. Pisa 2019); F. Episcopo, 'Deconstructing the CJEU's Jurisprudence to Enable Judicial Dialogue', 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. 79-98.

54. G. Gentile, 'Effective Judicial Protection: Enforcement, Judicial Federalism and the Politics of EU Law', *European Law Open* 2023, p. 128-143.

55. Van Duin 2022, p. 68 en p. 240.

56. Van Duin 2022, p. 65-67.

is.<sup>57</sup> Episcopo vergelijkt artikel 47 Hv met het in de rechtspraak van het HvJ EU ontwikkelde beginsel van effectiviteit van EU-recht.<sup>58</sup> De keuze tussen deze twee verschillende concepten van effectieve rechtsbescherming bepaalt onder meer in hoeverre nationale rechters privaatrechtelijke verhoudingen binnen de reikwijdte van EU-richtlijnen en bepalingen van het EU-Handvest kunnen brengen en daaraan gevolgen kunnen verbinden, zo betoogt zij.<sup>59</sup> Gentile, ten slotte, benadrukt dat artikel 47 Hv uitdrukking geeft aan de Europese ‘rule of law’.<sup>60</sup> Deze hier in vogelvucht getoonde inzichten in de werking van het recht op effectieve rechtsbescherming van artikel 47 Hv kleuren het eerdergenoemde onderscheid tussen ‘toepassing’ en ‘doorwerking’ van fundamentele rechten in het privaatrecht verder in. In navolging van de besproken auteurs zou de juridisch-dogmatische analyse van de rechtspraak zich naar mijn idee meer mogen richten op specifieke functies of effecten van fundamentele rechten in het privaatrecht dan op vragen van directe en indirecte horizontale werking.

Een andere grote conceptuele vraag is hiermee nog niet beantwoord, namelijk hoe de in het voorgaande uiteengezette constitutionalisering van privaatrecht zich verhoudt tot het traditionele onderscheid tussen publiek- en privaatrecht. Op welke manieren kunnen fundamentele rechten worden vertaald van een publiekrechtelijke naar een privaatrechtelijke context? Hoe past privaatrechtelijk overheidshandelen in het plaatje? En wat is de verhouding tussen rechter en wetgever ten aanzien van privaatrechtelijke vragen die aan fundamentele rechten raken? Kortom, is het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht nog houdbaar in het licht van constitutionalisering van privaatrecht?

### 3 De wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht

#### 3.1 Een metafoer van twee huizen

Publiek- en privaatrecht kunnen worden verbeeld als twee huizen die een muur met elkaar delen, aldus de Britse auteur Collins.<sup>61</sup> Op basis van deze metafoer formuleert hij twee theoretische visies op de verhouding tussen publiek- en privaatrecht. De eerste gaat uit van een ‘mutual support structure’, waarin de twee huizen op elkaar leunen, maar geheel zelfstandig kunnen worden bewoond: zowel het publiekrecht als het privaatrecht heeft een eigen interne integriteit en coherentie.<sup>62</sup> Het privaatrecht mag in deze opvatting niet de publiekrechtelijke waarden van het buurhuis verstoren, maar heeft daarnaast een eigen logica en is niet ondergeschikt aan constitutioneel recht.<sup>63</sup> De tweede visie, die Collins aanduidt als ‘single source structure’, veronderstelt juist dat de huizen een gezamenlijke fundering hebben: fundamentele rechten vormen de basis voor een gezamenlijke structuur, waarvan

57. Van Duin 2022, p. 65, onder verwijzing naar de door Smits genoemde ‘hefboomfunctie’ die fundamentele rechten kunnen hebben in privaatrechtelijke zaken; Smits 2003, p. 51.

58. Episcopo 2023, p. 86-88.

59. Episcopo 2023, p. 91.

60. Gentile 2023, p. 130-132. Zie over deze ‘rule of law’ dimensie hierna par. 4.1.

61. Collins 2014, p. 36.

62. Collins 2014.

63. Collins 2014, p. 37.

zowel publiek- als privaatrecht deel uitmaakt.<sup>64</sup> Vanuit deze theoretische opvatting zijn privaatrechtelijke regels net als publiekrechtelijke regelgeving terug te herleiden tot de waarden en beginselen die tot uitdrukking komen in fundamentele rechten.<sup>65</sup>

De metafoor van de twee huizen kan helpen bij het duiden van de ontwikkelingen op het gebied van constitutionalisering van privaatrecht. Zo lijkt de theorie van een ‘single source structure’ overeen te komen met de door het Duitse Constitutionele Hof geformuleerde leer van doorwerking van grondrechten, die inhoudt dat ook privaatrechtelijke normen moeten worden uitgelegd op basis van de ‘objektive Wertordnung’ die tot uitdrukking komt in de grondrechtencatalogus uit de Duitse Grondwet, het *Grundgesetz*.<sup>66</sup> Het feit dat dit Hof heeft gekozen voor een vorm van indirecte horizontale werking laat zien dat het aannemen van zo’n gezamenlijke fundering niet per definitie meebrengt dat privaatrecht wordt onderworpen aan constitutioneel recht. Eerder is sprake van een wisselwerking tussen fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen, waarmee deze rechten een ‘reflexwerking’ hebben op het privaatrecht.<sup>67</sup> Eenzelfde gedachte is, mogelijk geïnspireerd door de Duitse rechtspraak, te vinden in Nederland, zoals in de *Urgenda*-klimaatzaak. In die zaak verwees de rechter in eerste aanleg naar de leer van ‘reflexwerking’ om te verduidelijken dat EVRM-bepalingen en internationaal recht niet rechtstreeks toepasbaar waren, maar wel de privaatrechtelijke zorgplicht van de Staat inkleurden.<sup>68</sup> De theorieën van de ‘single source structure’ en ‘mutual support structure’ kunnen aldus verklaren en tot op zekere hoogte rechtvaardigen waarom fundamentele rechten een rol spelen in privaatrechtelijke verhoudingen.

Enige verdere afstemming tussen de burens is in beide structuren wel vereist. De vertaling van fundamentele rechten naar een privaatrechtelijke context vraagt een reflectie op de betekenis van rechten met een publiekrechtelijke achtergrond in privaatrechtelijke zaken. In de verhouding overheid-burger wordt getoetst of sprake is van een inbreuk op een fundamenteel recht die kan worden gerechtvaardigd op basis van een legitiem doel dat met evenredige middelen wordt nastreefd.<sup>69</sup> In de verhouding tussen private partijen, daarentegen, wordt een fundamenteel recht meestal ingepast in de privaatrechtelijke belangenafweging ten aanzien van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of contract.<sup>70</sup> Hier komt bij dat regelmatig beide partijen in een privaatrechtelijk geschil een beroep kunnen doen op fundamentele rechten.<sup>71</sup> Deze rechten zijn dan niet een-op-een van

64. Collins 2014, p. 36.

65. Collins 2014, p. 37.

66. *BVerfGE* 7, 198 (*Lüth*), 205. Zie ook par. 2.3 hiervoor.

67. *BVerfGE* 7, 198 (*Lüth*), 207.

68. Rb. Den Haag 24 juni 2015, ECLI:NL:RBDHA:2015:7145 (*Urgenda*), r.o. 4.43 en 4.52. In hoger beroep en cassatie namen respectievelijk het Hof Den Haag en de Hoge Raad overigens aan dat klimaatverplichtingen van de Staat direct voortvloeiden uit art. 2 en 8 EVRM. Voor privaatrechtelijk overheidshandelen zou gezien de verticale werking van fundamentele rechten een sterkere invloed van fundamentele rechten in een ‘single source structure’ kunnen gelden; zie par. 3.2 hierna.

69. Zie over de verschillen in de toetsingskaders van EVRM en Hv, Gerards 2024, p. 52-53.

70. Smits 2003, p. 12-15; J. Emaus, *Handhaving van EVRM-rechten via het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 329.

71. Cherednychenko 2007, p. 489; Collins 2014, p. 49.

publiekrecht naar privaatrecht over te brengen, maar dienen te worden vertaald en afgewogen.<sup>72</sup> Volgens Collins zouden rechters wanneer het gaat om een beroep op fundamentele rechten door beide partijen een dubbele evenredigheidsstoets moeten uitvoeren om een juiste afweging te maken: voor de rechten van beide partijen zou een parallelle analyse moeten plaatsvinden van inbreuk en mogelijke rechtvaardiging door de wederpartij.<sup>73</sup>

Wat dit betekent, is onder meer zichtbaar in rechtspraak over doorwerking van het non-discriminatiebeginsel in arbeidsrelaties. Net als in andere landen bestaat in Nederland al geruime tijd een discussie over zogenaamde ‘neutraliteitsvoorschriften’ van bedrijven, die werknemers verbieden zichtbare uitingen van geloofsovertuigingen, zoals een kruisje of hoofddoek, te dragen op de werkvloer.<sup>74</sup> Dergelijke kledingvoorschriften vormen in het bijzonder voor moslimvrouwen die een hoofddoek dragen een belemmering voor deelname aan de arbeidsmarkt.<sup>75</sup> Zowel in de nationale als Europese rechtspraak is in dit kader de vraag gerezen in hoeverre het neutraliteitsbeleid van bedrijven in overeenstemming is met het non-discriminatiebeginsel. Nederlandse uitspraken zijn relatief schaars<sup>76</sup> en sluiten aan bij de systematiek van de toepasselijke EU-wetgeving, Richtlijn 2000/78/EG over gelijke behandeling in arbeid en beroep.<sup>77</sup> In de afgelopen jaren heeft het HvJ EU een aantal prejudiciële vragen beantwoord over uitleg en toepassing van deze richtlijn in zaken waarin neutraliteitsvoorschriften hadden geleid tot ontslag van vrouwelijke werknemers die op het werk een hoofddoek droegen.<sup>78</sup> Vanaf de door het Belgische Hof van Cassatie voorgelegde zaak *Achbita/G4S Secure Solutions* heeft het Hof een lijn uitgezet waarin de afweging van fundamentele rechten van werknemer en werkgever doorslaggevend is. Het gaat in de genoemde zaak om een kledingvoorschrift dat volgens het HvJ EU mogelijk tot indirecte discriminatie zou kunnen leiden, omdat de schijnbaar neutrale bepaling bepaalde religieuze groepen bijzonder zou kunnen benadelen.<sup>79</sup> Van indirecte discriminatie is echter geen sprake wanneer het voorschrift een legitiem doel dient en passend en noodzakelijk is voor het bereiken van dit doel.<sup>80</sup> Naar de mening van het Hof kan een legitiem doel worden gevonden in ‘de wil om in de relaties met publieke en particuliere klanten van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit blijk te geven’, wat valt binnen de bescherming van artikel 16 Hv (vrijheid van onderneming).<sup>81</sup> Op grond van een dergelijke doelstelling mag de door artikel 10 lid 1 Hv beschermde vrijheid van godsdienst worden beperkt, zo redeneert het

72. Collins 2014, p. 46.

73. Collins 2014, p. 49-51.

74. W. Hutten & N. Mustafa, ‘De schijn van neutraliteit: Een kritische analyse van het juridische en maatschappelijke debat over neutraliteitsvoorschriften’, *NJCM-Bulletin* 2023, p. 355-370.

75. B. Kas, ‘The Societal Impact of EU Anti-Discrimination Law: Widening and Deepening Equality in the Private Sphere’, in: Mak & Kas 2023, p. 114.

76. R. van Arkel & C.M.I. Huijts, ‘De mogelijkheden van de gediscrimineerde werknemer’, *ArbeidsRecht* 2019, p. 13.

77. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 10 januari 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:575.

78. HvJ EU, *Achbita, Wabe & Müller, L.F./SCRL*.

79. HvJ EU, *Achbita*, punt 34. Het Hof is van oordeel dat geen sprake is van directe discriminatie, nu niet direct op basis van geloofsovertuiging sprake is van een verschil in behandeling; punt 32.

80. HvJ EU, *Achbita*, punt 35.

81. HvJ EU, *Achbita*, punt 37-38.

Hof.<sup>82</sup> Deze uitspraak heeft tot veel discussie geleid.<sup>83</sup> Waar het hier om gaat is de manier waarop de evenredigheidstoets wordt uitgewerkt wanneer twee fundamentele rechten in het geding zijn. Het HvJ EU beoordeelt de legitimiteit en evenredigheid van een beperking van artikel 10 Hv, vrijheid van godsdienst, op basis van artikel 16 Hv, de vrijheid van onderneming. Hoewel de afweging niet geheel het karakter van een dubbele evenredigheidstoets heeft,<sup>84</sup> wordt wel duidelijk dat fundamentele rechten hier op een andere manier werken dan in de publiekrechtelijke sfeer. De uitwerking van deze rechten in een privaatrechtelijke context geeft uitdrukking aan de onderliggende belangen van werknemer en werkgever die tegen elkaar worden afgewogen. De privaatrechtelijke afweging onderscheidt zich daarmee van de publiekrechtelijke techniek, waarin de nadruk zou liggen op een inbreuk op de vrijheid van godsdienst van de werknemer en een mogelijke rechtvaardiging daarvan in het licht van het algemeen belang.<sup>85</sup> Het is aan de nationale rechter om in het concrete geval de juiste balans te vinden.

Alhoewel juist de doorwerking van fundamentele rechten laat zien dat de grens tussen publiek en privaat niet altijd scherp te trekken is, blijkt uit het voorgaande dat conceptuele onderscheidingen tussen publiek- en privaatrecht niettemin kunnen bijdragen aan begrip van de wisselwerking tussen fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen – in het bijzonder wanneer daarbij een Europese dimensie komt kijken. Deze conceptuele onderscheidingen verklaren welke fundamentele rechten in het geding zijn en hoe de toetsing van een mogelijke inbreuk op deze rechten vorm dient te krijgen.<sup>86</sup> Rechter hebben een belangrijke rol in het verfijnen van de afwegingskaders.<sup>87</sup>

82. HvJ EU, *Achbita*, punt 39. Het Hof verwijst hier naar de uitspraak van het EHRM in de zaak *Eweida e.a./Verenigd Koninkrijk*. Dit heeft tot de nodige kritiek geleid, nu het EHRM een andere toets lijkt aan te leggen; M. Bell, 'Leaving Religion at the Door? The European Court of Justice and Religious Symbols in the Workplace', *Human Rights Law Review* 2017, p. 794; E. Howard, 'Headscarves and the CJEU: Protecting Fundamental Rights or Pandering to Prejudice', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2021, p. 662. Het verschil in de afweging zou deels kunnen worden verklaard door het feit dat de vrijheid van onderneming onder het EU-Handvest als fundamenteel recht wordt beschermd, anders dan onder het EVRM. In *Eweida* werd het belang van de onderneming om een bepaald imago na te streven weliswaar erkend, maar kreeg het niet het gewicht dat in *Achbita* aan de vrijheid van onderneming onder art. 16 Hv werd toegekend. De opname van art. 16 in het EU-Handvest wordt wel gezien als "privatisering" van grondrechten; K. Jansen, 'Het Handvest als privaatrechtelijk instrument', in: *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging, deel 2024-I), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 226. Voor kritische overwegingen ten aanzien van de vraag of art. 16 Hv in de hoofddoelzaken een legitiem doel kan dienen, zie voorts T. Loenen, 'In Search of an EU Approach to Headscarf Bans: Where to Go after *Achbita* and *Bougnauou*?', *REALaw* 2017, p. 65-66.

83. Zo gaan Hutten en Mustafa 2023 uitgebreid in op het lastig te vatten begrip 'neutraliteit'.

84. De expliciete uitwerking van mogelijke beperkingen van de vrijheid van onderneming ontbreekt.

85. HvJ EU 28 november 2023, ECLI:EU:C:2023:924 (*O.P./Gemeente Ans*), punt 32-41.

86. Cherednychenko 2019; Kas 2023.

87. Zie verder par. 4.

### 3.2 Privaatrechtelijk overheidshandelen

Aangezien de overheid direct gehouden is aan fundamentele rechten uit Grondwet en verdragen, is het niet verrassend dat deze gebondenheid zich uitstrekt tot gevallen waarin zij op privaatrechtelijke grondslag wordt aangesproken.<sup>88</sup> Twee recente ontwikkelingen in de rechtspraak illustreren welke overeenkomsten en verschillen bestaan tussen doorwerking van fundamentele rechten bij privaatrechtelijk overheidshandelen en bij verhoudingen tussen private partijen.

Ten eerste laten klimaatzaken zien in hoeverre het uitmaakt of de aangesproken partij de overheid of een bedrijf is. In navolging van het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad uit 2019, waarin de Staat aansprakelijk werd gehouden voor het niet naleven van klimaatverplichtingen,<sup>89</sup> zijn inmiddels zaken aanhangig tegen bedrijven met het doel CO<sub>2</sub>-emissies terug te brengen. In de zaak *Milieudefensie/Shell* wordt de uitkomst afgewacht van het hoger beroep tegen de uitspraak in eerste aanleg, waarin de Rechtbank Den Haag energiebedrijf Shell verplichtte meer te doen om emissies te reduceren.<sup>90</sup> Verder is door Milieudefensie begin 2024 een zaak gestart tegen de bank ING, die volgens de ngo de grootste uitstoot heeft van alle banken in Nederland en dienstverlening biedt aan vervuilende bedrijven.<sup>91</sup> Al deze zaken volgen eenzelfde juridisch stramien: op basis van de onrechtmatige-daadsgrondslag van artikel 6:162 BW vorderen ngo's dat de rechter vaststelt dat de overheid of het aangesproken bedrijf onrechtmatig handelt en dat de rechter een bevel oplegt tot reductie van CO<sub>2</sub>-emissies.<sup>92</sup> Deze strategie is in de *Urgenda*-zaak succesvol gebleken en heeft ook in de *Shell*-zaak in eerste aanleg geleid tot toewijzing van de vorderingen. De invulling van de onrechtmatige daad-norm verschilt echter op wezenlijke punten, waarbij een rol speelt dat in *Urgenda* tegen de Staat werd geprocedeerd en in de *Shell*-zaak een bedrijf werd aangesproken.

Een belangrijk verschil in de invulling van artikel 6:162 BW betreft de manier waarop fundamentele rechten meewegen in het rechterlijk oordeel dat de overheid of een bedrijf onrechtmatig handelt door te weinig te doen om uitstoot van schadelijke broeikasgassen terug te brengen. De Hoge Raad bepaalde in het *Urgenda*-arrest dat op de Staat positieve verplichtingen rusten op grond van de artikelen 2 en 8 EVRM, die respectievelijk het recht op leven en het recht op een schone leefomgeving beschermen.<sup>93</sup> Hiermee bekrachtigde de Hoge Raad het oordeel van

88. Emaus 2013, p. 25-27.

89. HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006 (*Urgenda*).

90. Rb. Den Haag, *Milieudefensie/Shell*.

91. Zie milieudefensie.nl/klimaatzaak-ing/info/veelgestelde-vragen-over-onze-nieuwe-klimaatzaak (laatst geraadpleegd op 23 juli 2024). Voor een duiding van de verschillen tussen de zaken tegen Shell en ING, zie dit interview met Elbert de Jong: C. Geukers, 'De onrechtmatige daad als reddingsboei voor het klimaat', *Adv.bl.* 2024, p. 18, magazine.advocatenblad.nl/2024-02/de-onrechtmatige-daad-als-reddingsboei-voor-het-klimaat/ (laatst geraadpleegd op 23 juli 2024).

92. Deze strategie heeft navolging gevonden in het buitenland, met wisselend succes; zie Burgers 2020, hfdst. 3.

93. HR, *Urgenda*, r.o. 5.6.2 en r.o. 5.7.1; zie ook Burgers 2020, p. 163. Inmiddels is door het EHRM bevestigd dat uit art. 8 EVRM positieve verplichtingen voortvloeien voor verdragsstaten ten aanzien van het klimaat; EHRM 9 april 2024, ECLI:CE:ECHR:2024:0409JUD005360020 (*Verein Klimasenioren e.a./Zwitserland*).

het Hof Den Haag dat de Staat onrechtmatig handelde door de uit deze fundamentele rechten voortvloeiende zorgplicht niet voldoende na te leven.<sup>94</sup> Vanuit een positieve verdragsverplichting van de overheid wordt op deze manier de zorgplicht op grond van artikel 6:162 BW geconstrueerd. Aangezien voor bedrijven een rechtstreekse gebondenheid aan de genoemde EVRM-bepalingen tot nu toe niet is aangenomen, is de constructie in de zaak *Milieudefensie/Shell* per definitie een andere. De Rechtbank Den Haag paste in deze zaak het beroep op fundamentele rechten in de invulling van de zorgplicht van artikel 6:162 BW in, waarbij de artikelen 2 en 8 EVRM deel uitmaakten van een samenstel van maar liefst veertien elementen die een zorgplicht voor Shell onderbouwden.<sup>95</sup> Het is niet zeker of een zorgplicht ook op basis van de EVRM-bepalingen alleen zou worden aangenomen; zij worden verdisconteerd in de invulling van de onrechtmatigedaa-norm.<sup>96</sup> Terwijl de rechtstreekse gebondenheid van de overheid aan de artikelen 2 en 8 EVRM in klimaatzaken dus op zichzelf een grondslag voor een zorgplicht kan bieden, is dit voor klimaataansprakelijkheid van bedrijven geen uitgemaakte zaak.

Ten tweede kan op het terrein van privaatrechtelijk overheidshandelen worden gedacht aan de levering van basisvoorzieningen als huisvesting en water. Zo zijn voor de overheid uit fundamentele rechten verplichtingen afgeleid tot het waarborgen van toegang tot adequate woonruimte en bescherming tegen uithuiszetting.<sup>97</sup> Daarnaast is het recht op toegang tot water erkend als mensenrecht, dat ook in de Nederlandse rechtspraak een ingang heeft gevonden.<sup>98</sup> Aangezien zowel het aanbod van huisvesting als de levering van drinkwater grotendeels zijn geprivatiseerd, is de vraag gerezen in hoeverre deze fundamentele rechten ook private partijen binden.<sup>99</sup> In lijn met de eerdergenoemde dubbele evenredigheidstoets wordt in dit kader uitgegaan van een afweging tussen het woonrecht en eigendomsrecht in huurzaken. In drinkwaterzaken gaat het om een afweging tussen het recht op water en de economische belangen van de leverancier. In de op wanprestatie gebaseerde privaatrechtelijke belangenafwegingen waarbinnen deze evenredigheidstoets plaatsvindt, lijkt de positie van een huurder of afnemer van drinkwater minder sterk wanneer sprake is van een private wederpartij dan wanneer de overheid wordt aangesproken.<sup>100</sup> Net als bij klimaatzaken doet het feit dat de overheid rechtstreeks aan fundamentele rechten is gebonden de balans eerder doorslaan naar de

94. Hof Den Haag 9 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2591 (*Urgenda*), r.o. 73.

95. Rb. Den Haag, *Milieudefensie/Shell*, r.o. 4.4.2. Ook 'soft law' maakte deel uit van deze elementen: de rechtbank betrok de niet-bindende UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP) in de overwegingen; zie r.o. 4.4.11-4.4.25.

96. Rb. Den Haag, *Milieudefensie/Shell*, r.o. 4.4.9. Dit lijkt op de benadering van de *Urgenda*-zaak in eerste aanleg, waarin nog niet werd uitgegaan van uit het EVRM voortvloeiende positieve verplichtingen; zie par. 3.1 hiervoor.

97. I. Domurath & C. Mak, 'Private Law and Housing Justice in Europe', *The Modern Law Review* 2020, p. 1188-1220; M. Vols, 'European Law and Evictions: Property, Proportionality and Vulnerable People', *European Review of Private Law* 2019, p. 727.

98. C.M. Brölmann, 'Mensenrecht op water biedt bescherming tegen waterafsluiting', *NJB* 2008, p. 2583-2586.

99. Zie over huisvesting Domurath & Mak 2020, p. 1190-1193. Zie over toegang tot drinkwater Brölmann 2008 en C.M. Brölmann, 'Relativering van het recht op water: Mensenrecht van de gebruiker en opschortingsrecht van de leverancier', *NJB* 2010, p. 2035-2036.

100. Zie over huisvesting Domurath & Mak 2020, p. 1206-1208. Zie over water Brölmann 2010.

belangen van degenen die bescherming van deze rechten pogen af te dwingen dan in zaken waarin de laatsten tegenover een private wederpartij staan.

Op basis van deze ontwikkelingen kan worden geconstateerd dat de doorwerking van fundamentele rechten via privaatrechtelijke normen aan de ene kant het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht relativeert. Zowel de overheid als private partijen kunnen op basis van onrechtmatige daad of wanprestatie worden aangesproken op het niet naleven van verplichtingen of waarden die uit fundamentele rechten voortvloeien. Aan de andere kant is het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht nog niet geheel vervaagd. Terwijl een beroep op een fundamenteel recht jegens een publieke instantie vaak voldoende kan zijn voor het aannemen van een zorgplicht, is hetzelfde fundamentele recht tegenover een private wederpartij meestal slechts één element dat in samenhang met andere tot een privaatrechtelijke verplichting kan leiden.

### 3.3 Codificatie: de dialoog tussen wetgever en civiele rechter

In de dialoog tussen publiek- en privaatrecht rijst tot slot de vraag hoe de taakverdeling tussen rechter en wetgever moet worden gezien. Hoe verhoudt de civiele rechtspraak waarin fundamentele rechten doorwerken zich tot wetgevingsprocessen?

Doorwerking van fundamentele rechten in privaatrechtelijke zaken kan in de eerste plaats een opmaat zijn voor wetgeving. Een bekend al wat ouder voorbeeld betreft de openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht, waarvoor een overweging van de Hoge Raad een aanzet gaf.<sup>101</sup> In een proefproces wees het hoogste rechtscollege het verzoek van twee vrouwen om met elkaar te mogen huwen af omdat de wettelijke kaders op dat moment geen ruimte boden voor een andere uitkomst.<sup>102</sup> Daarbij gaf het uitdrukkelijk mee dat sprake zou kunnen zijn van discriminatie van paren van gelijk geslacht ten opzichte van heteroparen, die enkel door wetgevend optreden zou kunnen worden opgeheven.<sup>103</sup> Het arrest van de Hoge Raad heeft aanleiding gegeven tot introductie van een wettelijke regeling voor geregistreerd partnerschap in 1998, gevolgd door openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht in 2001.<sup>104</sup> Rechtspraak kan zo een bijdrage leveren aan rechtsvorming in een dialoog tussen rechter en wetgever.

101. Asser/Kolkman & Salomons 1-II, *Huwelijk, geregistreerd partnerschap en ongehuwd samenleven*, Deventer: Kluwer 2023/56; C. Waaldijk, 'Vijftien jaar openstelling huwelijk: Naar een huwelijksrecht ongeacht gerichtheid en geslacht', AA 2016, p. 237.

102. HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260.

103. HR 19 oktober 1990, ECLI:NL:HR:1990:AD1260, r.o. 3.6: 'Het vorenstaande laat onverlet de mogelijkheid dat het onvoldoende gerechtvaardigd is dat een bepaald rechtsgevolg wel aan het huwelijk wordt verbonden maar niet aan het duurzaam samenleven van twee personen van hetzelfde geslacht. Een vraagstuk van deze aard – dat doorgaans slechts door de wetgever zal kunnen worden opgelost – is echter in deze procedure niet aan de orde.'

104. Waaldijk 2016, p. 237-238, die ook hierop voortbouwende ontwikkelingen in het afstammingsrecht bespreekt.

Rechtsontwikkeling in de rechtspraak en wetgevingsprocessen kunnen elkaar ook aanvullen wanneer het gaat om bescherming van fundamentele rechten. Een voorbeeld is de verschuiving van ‘soft law’ naar bindende zorgplichten voor bedrijven om de naleving van mensenrechten en klimaatnormen in hun waardeketens te monitoren.<sup>105</sup> De UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGP) vormen in de rechtspraak een basis voor de onrechtmatige daad-vordering jegens Shell in de door Milieudefensie aangespannen klimaatzaak.<sup>106</sup> Daarnaast is voor grote bedrijven intussen een wettelijke zorgplicht op basis van de UNGP en andere instrumenten afgekondigd op EU-niveau: de in 2024 aangenomen Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD) zal na implementatie in de lidstaten een gedeelde basis bieden voor het waarborgen van fundamentele rechten in de waardeketens van grote bedrijven. Hiermee wordt een wettelijke grondslag geïntroduceerd, die naar analogie met de verantwoordelijkheid van overheden positieve verplichtingen aan bedrijven lijkt op te leggen ten aanzien van mensenrechtenbescherming.<sup>107</sup> De beperkte reikwijdte van de richtlijn brengt echter mee dat daarnaast naar verwachting ruimte blijft bestaan voor op artikel 6:162 BW gebaseerde rechtszaken.<sup>108</sup> Zowel wetgeving als rechtspraak zouden daarmee blijven bijdragen aan de ontwikkeling van juridische verplichtingen van bedrijven ten aanzien van de duurzaamheid van hun (internationale) activiteiten.

Tot slot kunnen jurisprudentie en (ontwerp-)wetgeving elkaar soms tegenspreken, met name wanneer het gaat om maatschappelijk gevoelige onderwerpen. Een actueel voorbeeld betreft de discussie rondom regulering van draagmoederschap.<sup>109</sup> Onder meer omdat het vervullen van een kinderwens met hulp van een draagmoeder in overheidsbeleid werd ontmoedigd, weken sommige Nederlandse wensouders uit naar het buitenland.<sup>110</sup> Rechters in Nederland werden vervolgens geconfronteerd met vragen ten aanzien van de inschrijving bij de burgerlijke stand en van de familierechtelijke betrekkingen tussen het kind, de draagmoeder en de wensouder(s).<sup>111</sup> In plaats van draagmoederschap geheel te verbieden kiest de Nederlandse wetgever nu voor een regeling via het contractenrecht, die beoogt waarborgen te bieden voor de belangen van alle betrokkenen. Het wetsvoorstel lijkt echter op verschillende punten in tegenspraak met sommige leidende beginselen in de rechtspraak, in het bijzonder het door artikel 3 IVRK beschermde belang van

105. S. Joseph & J. Kyriakakis, ‘From soft law to hard law in business and human rights and the challenge of corporate power’, *Leiden Journal of International Law* 2023, p. 335-361.

106. Rb. Den Haag 26 mei 2021, ECLI:NL:RBDHA:2021:5337 (*Milieudefensie/Shell*), r.o. 4.4.11-4.4.21; Hof Den Haag 12 november 2024, ECLI:NL:GHDHA:2024:2099 (*Shell/Stichting Milieu en Mens*).

107. M.W. Scheltema, ‘De juridisering van mensenrechten due diligence’, in: *Duurzaam ondernemen en Sustainable Transport. Preadviezen Koninklijke Vereniging ‘Handelsrecht’*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2021, p. 9-10.

108. L.F.H. Enneking, ‘Van beleid naar gepaste zorgvuldigheid in mondiale waardeketens. Over de samenwerking tussen due diligence wetgeving en het privaatrecht’, *NTBR* 2022/43, p. 367.

109. B.C. van Beers & L. Bosch, ‘A Revolution by Stealth: A Legal-Ethical Analysis of the Rise of Pre-Conception Authorization of Surrogacy Agreements’, *The New Bioethics* 2020, p. 351-371.

110. *Kind en Ouders in de 21<sup>ste</sup> eeuw: Rapport Staatscommissie Herijking Ouderschap*, Den Haag 2016.

111. T. Bens & M. Peereboom-van Drunick, ‘Recognition of a Status Acquired Abroad: Netherlands’, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 2022, p. 1059-1079.

het kind.<sup>112</sup> De jurisprudentie zou in dit geval mogelijk tegenwicht kunnen bieden aan (toekomstige) wetgeving.

Het is niet eenvoudig algemene richtlijnen te formuleren over de vorm van dialoog tussen rechter en wetgever die de voorkeur verdient.<sup>113</sup> De drie hier genoemde categorieën laten zien dat het afhangt van verschillende factoren hoe de twee elkaar beïnvloeden. Een belangrijk aspect is daarbij de ‘rule of law’.<sup>114</sup> Zo is betoogd dat het vanuit rechtsstatelijk oogpunt zuiverder zou zijn om zorgplichten voor bedrijven in wetgeving op te nemen dan rechtsontwikkeling in de jurisprudentie af te wachten, onder meer met het oog op rechtszekerheid.<sup>115</sup> Een ander aspect betreft de sterke symbolische werking die kan uitgaan van wetgeving, voor zover de wet uitdrukking geeft aan fundamentele waarden die in een maatschappij worden gedeeld.<sup>116</sup> Hiertegenover staat het inclusieve aspect van rechtsvorming door de rechter, dat wil zeggen de mogelijkheid dat rechtspraak ruimte geeft aan stemmen van partijen die in het wetgevingsproces minder worden gehoord.<sup>117</sup> Vanuit dit laatste aspect kan worden betoogd dat in ieder geval geen sprake is van een lineair proces.<sup>118</sup> In cycli van wetgeving en ontwikkeling in de jurisprudentie zal soms de rechter en soms de wetgever een onderwerp aankaarten. Fundamentele rechten waarborgen zowel de procedurele voorwaarden voor als de privaatrechtelijke uitkomsten van de dialoog.

## 4 De rol van de rechter

### 4.1 Taakopvatting van de rechter

Aangezien de constitutionalisering van privaatrecht zich in Nederland voornamelijk in de rechtspraak heeft ontwikkeld en deels afhankelijk is van visies op de relatie tussen publiek- en privaatrecht – de metafoor van de twee huizen –, is de taakopvatting van de (civiele) rechter van wezenlijk belang bij de afstemming van fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen. Rechters zijn zich hier in meer of mindere mate van bewust, zo blijkt uit empirisch onderzoek en uit bijdragen aan het wetenschappelijk debat door rechters zelf.

112. Van Beers & Bosch 2020.

113. Dit zou een verdergaande theoretische uitwerking vereisen. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het invloedrijke politiek-filosofische werk van Jürgen Habermas, dat o.a. door Burgers 2020 als kader is gebruikt voor duiding van de legitimiteit van (klimaat)rechtspraak.

114. Zie ook par. 4.

115. O.J.W. Schotel & J.M. Schepel, ‘Het initiatiefvoorstel Wet verantwoord en duurzaam internationaal ondernemen in internationale context’, *MvO* 2022, p. 110.

116. B.C. van Beers, ‘Is Europe “Giving in to Baby Markets?” Reproductive Tourism in Europe and the Gradual Erosion of Existing Legal Limits to Reproductive Markets’, *Medical Law Review* 2014, p. 128; A. Supiot, *Homo Juridicus*, Londen: Verso 2007. Zie over onder meer de politieke ontwikkelingen rondom openstelling van het huwelijk voor paren van hetzelfde geslacht J. Swiebel, ‘Homopolitiek in Nederland (1966-2023): De symbolische kracht van wetgeving’, *Tijdschrift voor Genderstudies* 2024, p. 87-89.

117. Mak 2023.

118. Mak 2023, p. 722-723.

In een empirische studie naar de rechtspraak van het HvJ EU over hypotheekzaken, identificeren de Spaanse onderzoekers Torres Pérez en Mayoral verschillende eigenschappen van nationale rechters die kunnen verklaren waarom zij zaken via de prejudiciële-vragenprocedure hebben voorgelegd aan het Hof.<sup>119</sup> De zaken die waren verwezen zagen op bepalingen in algemene voorwaarden bij hypotheekovereenkomsten die het banken mogelijk maakten versnelde uitwinningprocedures te volgen en huiseigenaren uit te zetten. Banken maakten veelvuldig gebruik van deze mogelijkheid ten tijde van de economische en financiële crisis van 2008.<sup>120</sup> In een representatieve zaak uit deze tijd, *Aziz*, werd op verzoek van een nationale rechter door het HvJ EU vastgesteld dat het Spaanse recht te weinig procedurele mogelijkheden bood om de redelijkheid van de algemene voorwaarden te toetsen en daarmee huiseigenaren te beschermen tegen uithuiszetting.<sup>121</sup> De uitspraak van het HvJ EU leidde tot aanpassing van wetgeving en een aantal verdere prejudiciële vragen over de overeenstemming van het nationale recht met EU-recht, waaronder het recht op eerbiediging van de woning (art. 7 Hv) en het recht op effectieve rechtsbescherming (art. 47 Hv).<sup>122</sup> Torres Pérez en Mayoral hebben aan de hand van interviews getoetst in hoeverre de door hen onderscheiden factoren werden herkend door de rechters die in deze hypotheekzaken prejudiciële vragen hebben gesteld.<sup>123</sup> Twee eigenschappen die de rechters op individueel niveau betroffen, bleken van aanmerkelijke invloed: de Europese identiteit van de nationale rechter, en de visie van de rechter op diens rol in het politieke bestel.<sup>124</sup> Hoe meer een rechter zich als hoeder van Europees recht ziet en van mening is een verschil te kunnen maken in de rechtsbescherming die aan burgers wordt geboden, hoe eerder deze rechter via een prejudiciële verwijzing zal proberen op basis van het Unierecht, inclusief EU-Handvest, de rechtsvorming te beïnvloeden.<sup>125</sup>

Hoewel het hier beschreven onderzoek Spaanse rechters betrof, zijn de uitkomsten ook van belang voor een beter begrip van de taakopvatting van Nederlandse rechters ten aanzien van de doorwerking van fundamentele Europese rechten.<sup>126</sup> Lange, die als staatsraad is verbonden aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, spreekt in dit kader van de veranderende rol van de nationale rechter op basis van de door artikel 47 Hv beschermde Europese 'rule of law'.<sup>127</sup> Een voorbeeld uit het bestuursrecht is de verdere ontwikkeling van de evenredigheids-toets naar aanleiding van de kindertoeslagenaffaire, aldus Lange. In een conclusie

119. J.A. Mayoral & A. Torres Pérez, 'On Judicial Mobilization: Entrepreneurship for Policy Change at Times of Crisis', *Journal of European Integration* 2018, p. 725-726.

120. F. Gómez Pomar & K. Lyczkowska, 'Spanish Courts, the Court of Justice of the European Union, and Consumer Law: A Theoretical Model of their Interaction', *InDret* 4/2014, p. 5-6.

121. HvJ EU 14 maart 2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 (*Aziz*), punt 59-61.

122. HvJ EU 17 juli 2014, C-169/14 (*Sánchez Morcillo and Abril García v Banco Bilbao*). Zie ook Van Duin 2022, p. 110.

123. Van Duin 2022, p. 726.

124. Mayoral & Torres Pérez 2018, p. 729-732.

125. Mayoral & Torres Pérez 2018, p. 732.

126. C. Mak, E. Mak & V. Mak, 'De verwijzende rechter: Rechtspolitieke verandering via prejudiciële vragen van lagere rechters aan het Europese Hof van Justitie', *NJB* 2017, p. 1724-1732.

127. 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. Zie over deze functie van art. 47 Hv ook Gentile 2023, p. 130-132.

die Advocaten-Generaal Widdershoven en Wattel op verzoek van de voorzitter van de Afdeling bestuursrechtspraak schreven, adviseerden zij om meer aansluiting te zoeken bij het Europese recht om onevenredigheid van bestuurlijke sancties te corrigeren.<sup>128</sup> Dit is geheel in lijn met de doelstelling van artikel 47 Hv om effectieve rechtsbescherming door de rechter te garanderen, zo stelt Lange.<sup>129</sup> Naar haar mening vraagt de doorwerking van artikel 47 Hv in het Nederlandse recht dan ook een meer actieve houding van de rechter ten aanzien van het bieden van effectieve rechtsbescherming.<sup>130</sup>

Een civielrechtelijke tegenhanger van de evenredigheidstoets in het bestuursrecht zou kunnen worden gevonden in verplichtingen tot ambtshalve toetsing aan Europees consumentenrecht.<sup>131</sup> Ook op dit terrein heeft artikel 47 Hv bijgedragen aan het verder ontwikkelen van de rol van de rechter, in het bijzonder ten aanzien van de procesrechtelijke bescherming die aan consumenten dient te worden geboden voor de verwezenlijking van materiële rechten.<sup>132</sup> Van Duin merkt op dat het in Nederland vooral gaat om situaties waarin bedrijven proberen in hun algemene voorwaarden de uitoefening van procedurele rechten door consumenten te beletten of te doorkruisen.<sup>133</sup> Het recht op effectieve rechtsbescherming van artikel 47 Hv vereist dat rechters kritisch naar dergelijke bedingen kijken, ook indien consumenten zich niet hebben beroepen op de onredelijk bezwarendheid ervan (art. 6:233 sub a BW).<sup>134</sup> Artikel 47 Hv biedt hiermee een constitutionele grondslag voor de verplichting tot ambtshalve toetsing van mogelijk oneerlijke algemene voorwaarden die al volgt uit rechtspraak van het HvJ EU die voorafging aan de inwerkingtreding van het EU-Handvest.<sup>135</sup>

Uit het voorgaande kan worden afgeleid dat de taakopvatting van de rechter in combinatie met de door artikel 47 Hv gegeven kaders bepalend is voor de doorwerking van fundamentele rechten in het privaatrecht. Hoe meer een individuele rechter zich ziet als hoeder van (Europese) fundamentele rechten, hoe waarschijnlijker het is dat de rechter fundamentele rechten een belangrijke rol zal toekennen

128. ABRvS 7 juli 2021, conclusie van de Advocaten-Generaal, ECLI:NL:RVS:2021:1468.

129. Lange 2023, p. 253.

130. Lange 2023, p. 252-253. Zie ook H. Sevenster, 'Heeft de keizer nieuwe kleren?', in: *Waarde, werking en potentie van het EU-Grondrechtenhandvest in de Nederlandse rechtsorde. Preadviezen* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging, deel 2024-I), Deventer: Wolters Kluwer 2024, p. 128-129; Sevenster is eveneens staatsraad. Gerards 2024, p. 73, spreekt in dit kader van 'procedurele positieve verplichtingen' die voor lidstaten uit het EU-Handvest voortvloeien, waaronder het waarborgen van adequate rechterlijke toetsing valt.

131. A. Beka, *The Active Role of Courts in Consumer Litigation: Applying EU Law of the National Court's Own Motion*, Antwerpen: Intersentia 2018.

132. Van Duin 2019 en 2022; J.M. Fernández Seijo, 'Lights and Shadows of the Aziz Case', 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. 257-260.

133. Van Duin 2019, p. 141.

134. Van Duin 2019, p. 142.

135. Vgl. *Ambtshalve toetsing III. Herzien rapport van de redactieraad van het LOVCK&T (Landelijk Overleg Vakinhoud Civiel en Kanton & Toezicht)*, p. 9. De verplichting tot ambtshalve toetsing van algemene voorwaarden in consumentenovereenkomsten gaat terug tot de bekende arresten HvJ EU 27 juni 2000, ECLI:EU:C:2000:346 (*Océano*), HvJ EU 26 oktober 2006, ECLI:EU:C:2006:675 (*Mostaza Claro*) en HvJ EU 4 juni 2009, ECLI:EU:C:2009:350 (*Pannon*).

in de beoordeling van een privaatrechtelijke zaak. De verankering van het recht op effectieve rechtsbescherming in artikel 47 EU-Handvest geeft bovendien een normatief kader voor een actievere benadering van de rechter in het algemeen. In de volgende paragrafen zal worden bekeken op welke punten deze benadering concreter kan worden gemaakt.

#### 4.2 Ambtshalve toetsing?

Gezien het fundamentele karakter van grond- en mensenrechten rijst de vraag of een actieve rol van de rechter in civiele zaken vereist dat deze zulke rechten ambtshalve toepast, dat wil zeggen dat de rechter fundamentele rechten dient mee te wegen, ook als partijen er zelf geen beroep op hebben gedaan.<sup>136</sup> Op grond van artikel 24 en 25 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) mag de civiele rechter niet buiten het door partijen voorgelegde feitelijk kader van het geding treden, maar is deze wel gehouden tot het aanvullen van rechtsgronden.<sup>137</sup> De rechter mag dus geen feiten meewegen die niet door partijen zijn ingebracht. Wel dient de rechter in voorkomende gevallen te toetsen of een vordering al of niet kan worden toegewezen op een andere grondslag dan is aangevoerd. Deze verplichting tot het aanvullen van rechtsgronden omvat in ieder geval bepalingen die van ‘openbare orde’ zijn.<sup>138</sup> Aangenomen wordt dat fundamentele rechten in principe niet tot deze categorie behoren en dus niet ambtshalve door de rechter hoeven te worden meegewogen in civiele procedures.<sup>139</sup>

Met het oog op effectieve rechtsbescherming (art. 47 Hv en art. 6 en 13 EVRM) is het opvallend dat rechten van fundamentele aard niet zonder meer in de rechterlijke toetsing worden meegewogen. Hartkamp verklaart het feit dat geen verplichting tot ambtshalve toetsing is aangenomen vanuit de gedachte dat fundamentele rechten private actoren niet direct binden.<sup>140</sup> Schild zoekt een verklaring eerder in de niet-absolute aard van deze rechten; nu de meeste fundamentele rechten kunnen worden beperkt in privaatrechtelijke verhoudingen, is het aan partijen om de evenredigheid van dergelijke beperkingen aan de rechter voor te leggen en niet aan de rechter om deze ambtshalve te toetsen.<sup>141</sup> Gijselaar stelt hier tegenover dat sommige EVRM-rechten de individuele belangen van partijen overstijgen en daarom juist wel van openbare orde kunnen worden geacht te zijn.<sup>142</sup> Dit zou met name kunnen worden verdedigd voor rechten die lichamelijke en geestelijke integriteit betreffen.<sup>143</sup> Deze gedachte lijkt niet in tegenspraak met de opvattingen van

136. A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 39-48.

137. Asser Procesrecht/Van Schaick, *Procesrecht. 2. Eerste aanleg*, Deventer: Kluwer 2022/92.

138. Schild 2012, p. 42-43, die wijst op de onduidelijke afbakening van deze categorie.

139. Schild 2012, p. 43; Asser/Hartkamp 3-I 2023/202.

140. Asser/Hartkamp 3-I 2023/202.

141. Schild 2012, p. 44.

142. E. Gijselaar, *Positieve verplichtingen en aansprakelijkheid. De invloed van positieve verplichtingen uit het EVRM op het Nederlandse aansprakelijkheids- en strafrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2021, p. 185 e.v.

143. Gijselaar 2021, p. 185. Zie ook Schild 2012, p. 43, die erop wijst dat art. 5 EVRM door de Hoge Raad is aangemerkt als een bepaling van openbare orde in een arrest over onrechtmatige detentie, HR 12 februari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0858.

Hartkamp en Schild, nu uit de genoemde rechten gevolgen kunnen voortvloeien voor private actoren en inperking van deze rechten niet of nauwelijks mogelijk is. Verplichtingen van private actoren die nagenoeg direct zijn afgeleid uit EVRM-rechten zijn weliswaar schaars.<sup>144</sup> Eerder zal sprake zijn van fundamentele rechten die ten grondslag liggen aan wettelijke bepalingen, bijvoorbeeld in het strafrecht. Bij de toepassing van deze bepalingen kan de rechter in voorkomende gevallen terugvallen op de achterliggende fundamentele rechten. Het argument van Hartkamp dat geen directe gebondenheid van private actoren wordt aangenomen, blijft daarmee overeind en lijkt niet in de weg te staan aan ambtshalve toetsing aan zulke achterliggende rechten. Geconcludeerd zou dan ook kunnen worden dat een zeer beperkte categorie van fundamentele rechten van openbare orde zou kunnen worden geacht te zijn en dat civiele rechters ambtshalve aan deze rechten zouden moeten toetsen.

Een voorbeeld uit recente rechtspraak vormt de toetsing aan artikel 3 IVRK in ontruimingszaken waarbij minderjarige kinderen betrokken zijn. Artikel 3 IVRK bepaalt dat het belang van het kind voorop dient te staan bij alle maatregelen betreffende minderjarigen. In een aantal civiele zaken waarin een verhuurder van een woning ontruiming vorderde wegens achterstallige betalingen of sluiting van drugspanden hebben lagere rechters ambtshalve getoetst of de ontruiming in het licht van deze Verdragsbepaling kon worden toegewezen.<sup>145</sup> Om bescherming van de belangen van kinderen bij uithuiszettingen te waarborgen, pleit daarnaast een werkgroep binnen de rechterlijke macht onder leiding van kinderrechter Baaij ervoor dat in alle zaken over ontruiming wordt geïnformeerd of er kinderen bij betrokken zijn: 'Elke rechter is een beetje kinderrechter'.<sup>146</sup> Het (ambtshalve) toetsen aan artikel 3 IVRK brengt in die visie overigens niet zonder meer mee dat een huisuitzetting zal worden tegengehouden.<sup>147</sup> Wel kunnen de belangen van kinderen een reden zijn om bijvoorbeeld de ontruimingstermijn te verlengen.

Dit voorbeeld laat zien dat voor sommige fundamentele rechten zeker kan worden verdedigd dat zij ambtshalve moeten worden meegewogen. De belangen van bij huisuitzettingen betrokken kinderen zijn weliswaar geen onderwerp van het huurcontract tussen de verhuurder en de ouders. Deze belangen overstijgen echter het geschil tussen de twee partijen en zouden om die reden altijd in acht moeten worden genomen. Fundamentele rechten geven daarmee een stem aan derden bij

144. Voor art. 8 EVRM kan worden gewezen op het bekende arrest van de *Edamse bijstandsmoeder*, HR 9 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5500.

145. De Graaf e.a. 2022, p. 99; M. Limbeek, 'Wat heeft het IVRK ons gebracht?', *Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht* 2023, p. 33. Zie onder meer: Rb. Midden-Nederland 3 mei 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1923; Rb. Noord-Holland 20 november 2023, ECLI:NL:RBNHO:2023:11428. Zie ook Rb. Noord-Nederland 30 januari 2018, ECLI:NL:RBNNE:2018:473; uit deze uitspraak blijkt niet of de rechter art. 3 IVRK ambtshalve toepast of op verzoek van de huurster; De Graaf e.a. 2022, p. 100. Zie voorts M. Vols, 'Voortdurend verhuizen: De impact van het Kinderrechtenverdrag op huisuitzettingen in het priva- en bestuursrecht', *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten/NJCM Bulletin* 2020, p. 3-24.

146. 'Elke rechter is een beetje kinderrechter', SSR Meestervertellers met Mariska Baaij, [ssr.nl/2024/elke-rechter-is-een-beetje-kinderrechter-ssr-meestervertellers-met-mariska-baij/](https://ssr.nl/2024/elke-rechter-is-een-beetje-kinderrechter-ssr-meestervertellers-met-mariska-baij/) (laatst geraadpleegd op 23 augustus 2024).

147. Vols 2020, p. 15-16.

de privaatrechtelijke rechtsverhouding, in dit geval de kinderen van de huurder, die doorwerkt in de besluitvorming van de rechter.

#### 4.3 Convergentie tussen publiek- en privaatrecht

In dit kader is tot slot een vraag in hoeverre de afstemming tussen fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen leidt tot convergentie tussen publiek- en privaatrecht. Een kort antwoord op deze vraag zou kunnen luiden dat convergentie niet noodzakelijk is. Om de metafoor van Collins in herinnering te roepen:<sup>148</sup> publiek- en privaatrecht hebben beide een eigen, interne logica, die rekening houdt met de verschillende rechtsverhoudingen waarop de twee gebieden zien, de verhoudingen tussen burger en overheid en tussen burgers onderling. Zelfs als zou worden aangenomen dat de gebieden een fundament delen ('single source structure'), dan behouden zij een eigen ruimte en eigen technieken om de fundamentele rechten die deel uitmaken van die basis te waarborgen. Nu uit het voorgaande is gebleken dat publiek- en privaatrecht bij de uitwerking van die technieken inspiratie opdoen bij elkaar, zou een dergelijk kort antwoord echter niet volledig recht doen aan de wisselwerking tussen de twee. In aansluiting bij Wiggers-Rust zou ik dan ook willen pleiten voor interne rechtsvergelijking in rechtspraak en wetenschap, die niet gericht hoeft te zijn op convergentie maar die inzet op dialoog en onderlinge afstemming.<sup>149</sup>

Interne rechtsvergelijking betreft de studie van verschillen en overeenkomsten tussen rechtsgebieden binnen eenzelfde rechtssysteem.<sup>150</sup> Net als de externe rechtsvergelijking tussen nationale systemen kan zij bijdragen aan een beter begrip van rechtsregels en mogelijk een normatieve waardering van deze regels.<sup>151</sup> Vanuit dit oogpunt zouden ontwikkelingen in het bestuursrecht aanknopingspunten kunnen bieden voor privaatrechtelijke vraagstukken en omgekeerd. Op het gebied van doorwerking van fundamentele rechten kan daarbij bijvoorbeeld worden gedacht aan de eerdergenoemde uitwerking van de evenredigheidstoets naar Europese maatstaven.<sup>152</sup> Verder zou bijvoorbeeld afstemming tussen bestuursrechtelijke en privaatrechtelijke handhaving van consumentenrecht kunnen bijdragen aan het bieden van effectieve remedies in consumentenzaken in het licht van artikel 47 Hv.<sup>153</sup> Een op dialoog georiënteerde wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht zou op deze manier kunnen bijdragen aan de bescherming van zowel materiële als procedurele fundamentele rechten.

148. Zie par. 3.1.

149. L. Wiggers-Rust, 'Interne rechtsvergelijking: Een "must" in de meergelaagde rechtsorde', *NJB* 2017, p. 2148-2156.

150. Wiggers-Rust 2017, p. 2149.

151. A.E. Oderkerk, 'The Need for a Methodological Framework for Comparative Legal Research: Sense and Nonsense of "Methodological Pluralism" in Comparative Law', *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht* 2015, p. 599-601.

152. Zie over de Europeesrechtelijke dimensie van de wisselwerking ook Wiggers-Rust 2017, p. 2152.

153. F. Cafaggi, 'Judicial and Administrative Protection Intertwined: The Right to an Effective, Proportionate and Dissuasive Remedy', 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. 183.

## 5      **Wensenlijst/stellingen**

Tot besluit van dit rapport volgt een aantal stellingen ter inspiratie voor de dialoog:

1.    Het is voor betere waarborging van fundamentele rechten in privaatrechtelijke verhoudingen wenselijk dat constitutionele toetsing in Nederland wordt ingevoerd.
2.    Bij invoering van constitutionele toetsing dient de taakopvatting van de civiele rechter verder te worden doordacht in het licht van artikel 47 Hv (vgl. staatsraad Cassandra Lange).
3.    Ten aanzien van doorwerking van het IVRK in de privaatrechtelijke rechtspraktijk: 'Iedere rechter is een beetje kinderrechter' (project kinderrechter Mariska Baaij).
4.    Fundamentele rechten zouden niet alleen moeten bijdragen aan versterking van *procedurele* rechtvaardigheid in het privaatrecht, maar ook aan meer rechtvaardige *uitkomsten* van privaatrechtelijke zaken (vgl. José María Fernández Seijo, rechter in de Spaanse Aziz-zaak).

# Privaatrecht en grondrechten in België: een publiekrechtelijke blik

Willem Verrijdt\*

## 1 Inleiding

Het Nationaal Congres, dat de Grondwet van 7 februari 1831 voorbereidde, vatte het briefgeheim in het huidige artikel 29 Gw op als een klassiek afweerrecht tegen de overheid: de overheid mocht geen misbruik maken van haar monopolie op de postbedeling om kennis te nemen van de inhoud van privécorrespondentie. Zoals met de meeste grondwetsbepalingen zette het Nationaal Congres zich hiermee af tegen de praktijk onder het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden, waar het gebruikelijk was dat de gerechtelijke autoriteiten om de haverklap bij de postdiensten binnenvielen om alle brieven te lezen.<sup>1</sup> Die specifieke ontstaansreden weerhield het Hof van Cassatie er niet van om al in 1913 horizontale werking toe te kennen aan het briefgeheim. Het oordeelde dat de briefwisseling tussen een echtgenoot en zijn minnares als bewijsstuk mocht worden aangevoerd tijdens de echtscheidingsprocedure, tenzij de bedrogen echtgenote die correspondentie met schending van het grondwettelijk gewaarborgde briefgeheim had bekommen.<sup>2</sup>

Het leerstuk van de doorwerking van de grondrechten in het privaatrecht is dus niet nieuw.<sup>3</sup> Wel is het meer dan ooit actueel, omdat procespartijen regelmatig grondrechten inroepen in hun privaatrechtelijke geschillen, hetzij als onmiddellijk toepasselijke norm, hetzij als toetsingsnorm voor de toepasselijke privaatrechtelijke normen. De partij die het geldende recht niet aan zijn kant heeft, heeft er immers baat bij de geldigheid daarvan in vraag te stellen. De vraag of die doorwerking ook invloed heeft op de convergentie van publiek- en privaatrecht, is evenwel niet eenvoudig, laat staan eenduidig te beantwoorden.

De indeling van dit preadvies sluit aan bij de vragen geformuleerd door het *Platform publiek- en privaatrecht in dialoog*. Bij wijze van inleiding is eerst enige verduidelijking nodig over de terminologie (par. 1.1) en de bevoegde rechter (par. 1.2). Daarna volgt een typologie van de uiteenlopende manieren waarop de grondrechten doorwerken in het privaatrecht (par. 2.1-2.5). De concepten en technieken waarmee die doorwerking plaatsvindt, komen vervolgens aan bod, met aandacht voor de rol van het overheidsgezag (par. 3.1) en de machtspositie (par. 3.2), de voorkeur voor

---

\* De heer W. Verrijdt is rechter in het Grondwettelijk Hof en gastdocent aan de KU Leuven. De auteur schrijft in eigen naam.

1. E. Huyttens, *Discussions du Congrès National de Belgique 1830-1831*, I, Société Typographique belge, 1844, p. 667.

2. Cass. 27 februari 1913, *Pas.* 1913, I, p. 123.

3. Bijv. A. Drzemczewski, 'La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers', *CDE* 1980, p. 3-24; K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, 461 p.; D. Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Brussel: Bruylant 1995, 160 p.

directe of indirecte horizontale werking (par. 3.3), de evenredigheidstoets (par. 3.4), het conflict van grondrechten (par. 3.5) en de resulterende vragen naar de meerwaarde van grondrechten voor horizontale verhoudingen en van het privaatrecht voor de doorwerking van grondrechten (par. 3.6). Enkele bijzondere vraagstukken zijn de invloed van de privatisering van overheidstaken (par. 4.1-4.2), de vraag naar de overlevingskansen van het privaatrecht (par. 5), en de relevantie van het begrip 'openbare orde' (par. 7). Een cruciale vaststelling is dat er toepassingsverschillen blijven bestaan naargelang de grondrechten in verticale of in horizontale verhoudingen worden toegepast, omdat er nu eenmaal fundamentele verschillen blijven bestaan tussen de overheid en de burger (par. 6.1-6.2 en par. 8.1-8.2).

De hoofdbedoeling van het preadvies bestaat in het blootleggen van een schijnbare paradox. Enerzijds zijn de grondrechten, gelet op hun aard en hun hiërarchische rang, steeds toepasselijk, ook in horizontale verhoudingen die door privaatrechtelijke normen en consensuele overeenkomsten worden beheerst. Anderzijds zullen zij in die horizontale verhoudingen zelden een rol van betekenis spelen en vormen zij allermindst een bedreiging voor de eigenheid van het privaatrecht. De toepassing van grondrechten omvat immers steeds een evenredigheidstoets, die met name in horizontale verhoudingen zeer terughoudend moet worden toegepast. Tevens bestaat vaak enige gelijkenis tussen grondrechten en privaatrechtelijke concepten en zal de subsidiaire toepassing van de grondrechten niet vaak tot een andere oplossing leiden.

## 1.1 Terminologie

Eerst past enige terminologische verduidelijking. De Belgische rechtsleer hanteert de termen grondrechten, mensenrechten, fundamentele rechten en rechten van de mens doorgaans als synoniemen. Ik gebruik hierna alleen de term 'grondrechten'. De doorwerking hiervan in 'verticale relaties', dit is de verhouding tussen de burger en de overheid, is evident: zij zijn immers net uitgedacht om de burger te beschermen tegen de overheid.<sup>4</sup> Hun doorwerking in 'horizontale relaties', dit is de verhouding tussen particulieren onderling, is controversiëler.

Dat begrip 'horizontale verhouding' dekt veel meer dan de louter contractuele relatie: het gaat om alle gevallen waarin de ene particulier een juridisch afdwingbare aanspraak, gebaseerd op een subjectief recht, heeft op een andere. Het kan dus ook gaan om precontractuele of buitencontractuele vorderingen, arbeidsverhoudingen in de publieke of private sector, afstammingsbetwistingen, onderwijsrelaties, etc. Die andere partij in een horizontale verhouding kan in bepaalde gevallen een overheid zijn, namelijk wanneer die laatste zich niet vanuit haar openbaar gezag, maar zoals een private partij in het rechtsverkeer begeeft.

4. E. Dirix, 'Grondrechten en overeenkomsten', in: K. Rimanque (red.), *l.c.*, p. 37-40; S. Van Drooghenbroeck, 'L'horizontalisation des droits de l'homme', in: H. Dumont, F. Ost & S. Van Drooghenbroeck (red.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Brussel: Bruylant 2005, p. 355-356; N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 17-18.

Het begrip ‘doorwerking’ wordt door juristen om de haverklap gebruikt, maar omzeggens nooit gedefinieerd. De Valks Juridisch Woordenboek bevat dit lemma niet.<sup>5</sup> In hetgeen volgt wordt ‘doorwerking’ opgevat als een koepelbegrip dat alle mogelijke manieren omvat waarop de internationale en grondwettelijk gewaarborgde grondrechten van toepassing kunnen zijn op verticale of horizontale relaties.<sup>6</sup> Die doorwerking kan onder meer slaan op de wettelijke concretisering van grondrechten (zie par. 2.1), de toetsing van privaatrechtelijke wetgeving aan hogere rechtsnormen (zie par. 2.2), het leerstuk van de positieve verplichtingen (zie par. 2.3), en de directe (zie par. 2.4.1) en indirecte (zie par. 2.4.2) horizontale werking.

De termen derdenwerking, horizontale werking en *Drittwirkung* zijn synoniemen,<sup>7</sup> maar hun betekenis is niet steeds duidelijk. Sommige auteurs geven die begrippen dezelfde draagwijdte als het koepelbegrip ‘doorwerking in horizontale relaties’,<sup>8</sup> maar het is aangewezen die termen goed te onderscheiden. Van horizontale werking *sensu stricto* is slechts sprake indien de rechter toepassing van grondrechten maakt in horizontale rechtsgedingen.<sup>9</sup> In wat volgt, heb ik het steeds over de ‘horizontale werking’ van grondrechten, omdat het begrip ‘derdenwerking’ in een contractuele context tot verwarring kan leiden.<sup>10</sup>

Begripsverwarring is er vooral over de termen ‘directe’ en ‘indirecte’ horizontale werking. Sommige auteurs<sup>11</sup> gebruiken die adjectieven om een onderscheid te maken in functie van de verwerende partij. Van directe horizontale werking is dan sprake indien men de particulier die een grondrecht schendt, zelf in rechte kan aanspreken, terwijl de indirecte horizontale werking duidt op de situatie waarin men die particulier niet zelf voor de rechter kan dagen, maar zijn pijlen moet richten op de overheid die niet genoeg gedaan heeft om de grondrechtenschending door die particulier te voorkomen. Die invulling van het concept ‘indirecte

5. B. Tilleman, S. Lierman & V. Sagaert (red.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 140.
6. J.-S. Vanwijngaerden, ‘De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden’, *Jura Falconis* 2007-2008, p. 222-223.
7. Zie bijv. A. Alen & K. Muylle, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen: Kluwer 2012, p. 76.
8. F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Brussel: Bruylant 2000, p. 280; W. Van Gerven & S. Lierman, *Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 387; J. Velaers, ‘De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet’, in: UFSIA (red.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen: Maklu 2003, p. 289.
9. K. Rimanque & P. Peeters, ‘De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling’, in: K. Rimanque (red.), *I.c.*, p. 11; J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, p. 220-222.
10. De derdenwerking van overeenkomsten slaat immers op de effecten van een tussen twee partijen gesloten overeenkomst, die in beginsel slechts rechten en verplichtingen voor die partijen in het leven roept, op de rechtspositie van derden (N. Carette, *Derdenbeding*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 17-22). De derdenwerking of horizontale werking van grondrechten slaat daarentegen vooral op de rechten en verplichtingen van de contractpartijen – of ruimer: de partijen bij de horizontale verhouding – zelf.
11. Bijv. A. Alen & K. Muylle, *o.c.*, p. 76-77 en 802-807; Y. Lejeune, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 4<sup>e</sup> édition refondue, Brussel: Larcier 2021, p. 399-400; S. Smis, *Handboek mensenrechten*, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 231-232; S. Sottiaux, *Grondwettelijk recht*, Antwerpen: Intersentia 2021, p. 307; J. Vande Lanotte e.a., *Belgisch Publiekrecht*, Brugge: die Keure 2015, p. 271. Ook in *De Valks Juridisch Woordenboek* 2020 komt het begrip ‘indirecte horizontale werking’ alleen in deze betekenis voor (p. 217).

horizontale werking' valt veelal samen met de positieve verplichtingen die het EVRM oplegt (zie par. 2.3).

Andere auteurs gebruiken het onderscheid tussen 'directe' en 'indirecte' horizontale werking om, in navolging van het Duitse onderscheid tussen *unmittelbare* en *mittelbare Drittwirkung*, aan te geven hoe indringend de rechter grondrechten mag toepassen in een geschil tussen private partijen.<sup>12</sup> Directe horizontale werking betekent dan dat particulieren zich tegenover elkaar in rechte kunnen beroepen op grondrechten (zie par. 2.4.1), terwijl indirecte horizontale werking inhoudt dat de grondrechten slechts in private verhoudingen doorsijpelen bij de invulling van een regel of beginsel van privaatrecht (zie par. 2.4.2). Hierna hanteer ik de termen 'directe' en 'indirecte' horizontale werking in die tweede betekenis.

## 1.2 Bevoegde rechter

Krachtens artikel 144, eerste lid Gw behoren de geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de justitiële rechter. Subjectieve rechten worden dus via de justitiële rechter afgedwongen, ook tegen de overheid.<sup>13</sup> Rechtspraak die de grondrechten toepast in horizontale verhoudingen, zal dus vooral van de burgerlijke kamers van de rechtbanken van eerste aanleg en hoven van beroep komen, onder toezicht van het Hof van Cassatie. In arbeidsverhoudingen gaat het om de arbeidsrechtbanken en arbeidshoven, eveneens onder toezicht van het Hof van Cassatie.

De Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak speelt in het verhaal van de doorwerking van grondrechten in private verhoudingen geen rol van betekenis. Hij mag slechts kennis nemen van annulatieberoepen tegen eenzijdige overheidshandelingen met een individuele of reglementaire draagwijdte<sup>14</sup> en is dus – behoudens het leerstuk van de afsplitsbare akte – niet bevoegd om kennis te nemen van een annulatieberoep tegen een overeenkomst tussen een particulier en een overheid,<sup>15</sup> noch tegen een rechtshandeling waarbij de overheid een door haar gesloten overeenkomst interpreteert of beëindigt.<sup>16</sup> Een derde die wordt benadeeld door de overeenkomst, kan rechtstreeks bij de justitiële rechter de nietigheid van de overeenkomst tussen een overheid en een particulier aanvoeren.<sup>17</sup> Met toepassing van artikel 159 Gw mag de justitiële rechter ook de afsplitsbare akte, zoals de

12. R. Jafferli, 'The horizontal effect of human rights: A typology of the methods of reasoning applied by Belgian courts', in: B. Heiderhoff, S. Lohsse & R. Schulze (red.), *EU-Grundrechte und Privatrecht*, Baden-Baden: Nomos 2016, p. 150; P. Lemmens & N. Van Leuven, 'Les destinataires des droits constitutionnels', in: M. Verdussen & N. Bonbled (red.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, I, Brussel: Bruylant 2011, p. 141-143; S. Somers, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 50-51; S. Sottiaux, o.c., p. 311-312; J.-S. Vanwijngaerden, o.c., p. 229-231.

13. Bijv. Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, p. 193; Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010/11, m.nt. S. Lierman, p. 1227.

14. Art. 14, § 1, RvS-Wet; M. Pâques, *Contentieux administratif*, Brussel: Larcier 2023, p. 334-335 en 347-348.

15. RvS 8 juni 1973 (*spri Hardy*), nr. 15.910; RvS 4 maart 2016 (*Goedseels*), nr. 234.035; RvS 3 juli 2020 (*SA I'll be Bag*), nr. 247.995.

16. RvS 30 november 2021 (*Teresinski*), nr. 252.263; RvS 25 oktober 2022 (*Scheveneels*), nr. 254.879.

17. Cass. 22 januari 2021, *RW* 2021/22, p. 998-1005.

beslissing van de overheid om te contracteren, op incidentele wijze buiten toepassing verklaren, om daar vervolgens uit af te leiden dat de overeenkomst nietig is.<sup>18</sup>

Het Grondwettelijk Hof en de supranationale rechtscolleges spelen een grotere rol. Wetgeving die de verhouding tussen particulieren regelt, kan immers ook in strijd met de grondrechten zijn, en de sanctionering daarvan door het bevoegde rechtscollege kan op haar beurt doorwerken naar horizontale relaties. Dit is het geval wanneer het Grondwettelijk Hof wetgeving vernietigt of ongrondwettig verklaart (zie par. 2.2), maar ook wanneer de justitiële rechter, al dan niet in een prejudiciële dialoog met het Hof van Justitie, wetgeving die horizontale situaties beheerst in strijd met het Europees Unierecht verklaart (par. 2.4). De rol van het EHRM situeert zich in het gekende leerstuk van de positieve verplichtingen (par. 2.3).

Ook niet-rechterlijke overheidsinstellingen kunnen zich inlaten met grondrechten in private verhoudingen, al zijn zij niet bevoegd om privaatrechtelijke geschillen te beslechten. Discriminaties in horizontale relaties kunnen, afhankelijk van de materie en de aard van de schending, worden voorgelegd aan Unia, aan het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (IGVM) en aan de Geschillenkamer van het Vlaams Mensenrechteninstituut (VMRI). Unia en het IGVM kunnen een bemiddelende rol opnemen of zich als partij bij een burgerlijke of strafrechtelijke procedure voegen. De recent opgerichte Geschillenkamer van het VMRI kan klachten behandelen, maar zijn oordelen zijn niet bindend. Privacyschendingen in horizontale verhoudingen kunnen worden voorgelegd aan de Gegevensbeschermingsautoriteit, die kan bemiddelen en klachten kan behandelen. Zij mag sancties opleggen aan de overtreder, maar kan geen schadevergoeding toekennen aan de klager.

## 2 Doorwerking van grondrechten in private verhoudingen<sup>19</sup>

### 2.1 Wetgevende concretisering van grondrechten

Een eerste frequent gehanteerde techniek van doorwerking van grondrechten in horizontale relaties is de wetgevende implementatie ervan. Deze vorm van doorwerking werkt *ex ante* en preventief, omdat zij de horizontale verhouding beheerst voordat de beweerdte grondrechtenschending plaatsvindt en meestal zelfs voordat die verhouding ontstaat.<sup>20</sup> Het grote belang hiervan hoeft niet te verwonderen, nu de opstellers van de vroegste grondrechtencatalogi de grondrechten niet opvatten als subjectieve rechten die door de rechter konden worden afgedwongen, maar als morele aspiraties die door de wetgever verder moesten worden geconcretiseerd.<sup>21</sup> Zelfs vandaag is er nog discussie over de vraag of de Grondwet, het EU-Handvest en het EVRM wel verplichtingen aan particulieren opleggen. Daarnaast staat het

18. HvB Brussel 18 november 2011, 2008/AR/3008, MCP 2012, p. 442.

19. Zie voor eerdere typologieën R. Jafferli, *o.c.*, p. 149-169; J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, p. 217-249.

20. J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, p. 224.

21. S. Somers, *o.c.*, p. 44-45, die toevoegt dat burgerlijk recht in zekere zin als een vorm van toegepast grondwettelijk recht kan worden beschouwd (in die zin ook M. Kumm, 'Who is afraid of the Total Constitution? Constitutional rights as principles and the constitutionalization of private law', *German Law Journal* 2006, p. 359).

in de eerste plaats aan de wetgever om de positieve verplichtingen (zie par. 2.3) die de grondrechten hem opleggen, ten uitvoer te leggen.<sup>22</sup>

Een belangrijk voordeel van de wetgevende implementatie van grondrechten is haar hogere graad van detail in vergelijking met de veel vager geformuleerde verdrags- en grondwetsbepalingen. Wetgeving hanteert doorgaans een gedetailleerder begrippenkader, creëert door haar duidelijke formulering subjectieve rechten, en bevat vaak een specifiek sanctieapparaat. Maar die detailgraad is meteen ook haar grote zwakte: als gevolg van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen kunnen haar toepassingsgebied en inhoudelijke waarborgen al snel achterhaald zijn, zodat zij niet langer alle situaties viseert die zij zou moeten viseren.<sup>23</sup> In België is de toetsing van dat onaangepaste toepassingsgebied aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof hiervoor de geëigende remedie (zie par. 2.2).

Ook wanneer zij niet door de feiten achterhaald wordt, moet wetgeving die de grondrechten beoogt te implementeren, die grondrechten uiteraard zelf eerbiedigen. Zo vernietigde het Grondwettelijk Hof het te beperkte toepassingsgebied van de eerste antidiscriminatiewet omdat zij niet van toepassing was op de discriminatiegronden ‘taal’ en ‘politieke overtuiging’.<sup>24</sup> Eenzelfde verruimende vernietiging trof de tweede antidiscriminatiewet, omdat zij niet de ‘syndicale overtuiging’ als beschermd criterium omvatte.<sup>25</sup> Wanneer de wetgever optreedt om een evenwicht tussen botsende grondrechten te bewerkstelligen, komt hem in de toetsing van die wetgeving aan de grondrechten uiteraard een ruime appreciatiemarge toe,<sup>26</sup> maar deze is niet onbegrensd: de krakerswet,<sup>27</sup> die een evenwicht wou bewerkstelligen tussen het recht van de eigenaar op ongestoord genot van zijn eigendom en het recht op huisvesting van de kraker, schond zo het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter, omdat het bevel tot ontruiming in bepaalde gevallen kon worden gegeven door de procureur des Konings.<sup>28</sup>

22. J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 293.

23. J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, p. 227-229.

24. GwH nr. 157/2004, 6 oktober 2004, inzake de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding.

25. GwH nr. 64/2009, 2 april 2009, inzake art. 3 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

26. Bijv. EHRM (besl.) 16 mei 2024 (*Mikyas/België*).

27. Wet van 18 oktober 2017 betreffende het onrechtmatig binnendringen in, bezetten van of verblijven in andermans goed.

28. GwH nr. 39/2020, 12 maart 2020. Buiten die partiële vernietiging overleefde de krakerswet de grondwettigheidstoets wel.

2.1.1 *Wetgevende implementatie van grondrechten in het Belgische recht*

Meerdere grondwetsbepalingen schrijven voor dat de wetgever het daarin vermelde grondrecht ‘waarborgt’.<sup>29</sup> Andere grondwetsbepalingen laten alleen beperkingen bij formele wet of in welomschreven gevallen toe.<sup>30</sup>

Het typevoorbeeld is de wet van 24 mei 1921 ‘tot waarborging der vrijheid van vereeniging’. Die wet is specifiek en gedetailleerder dan de door artikel 27 Gw gewaarborgde vrijheid van vereniging, onder andere omdat ze ook uitdrukkelijk de negatieve vrijheid van vereniging, met andere woorden het recht om zich niet tegen zijn zin te moeten verenigen, waarborgt. Eenieder die zich schuldig maakt aan ‘feitelijkheden, gewelddaden of bedreigingen’ die de positieve of negatieve vrijheid van vereniging van een andere particulier in het gedrang brengen, riskeert de bij die wet bepaalde strafsancities.<sup>31</sup> Wel verplicht deze wet degene die vrijwillig tot een vereniging toetreedt, om zich aan haar intern reglement te onderwerpen.

Een belangrijk voorbeeld van recentere datum zijn de reeds vermelde antidiscriminatiewetten. Als omzetting van Europese richtlijnen<sup>32</sup> en uitvoering van de artikelen 10 en 11 Gw verbiedt de tweede reeks antidiscriminatiewetten, van 10 mei 2007, zowel directe als indirecte discriminatie, en dit zowel in verhouding met de overheid als tussen particulieren, onder andere inzake het aanbod van goederen en diensten, het lidmaatschap van verenigingen, de arbeidsbetrekkingen, en de deelname aan economische, sociale, culturele en politieke activiteiten toegankelijk voor het publiek.<sup>33</sup> Die wetten sommen de beschermde of verdachte discrimi-

29. Art. 11bis (gelijkheid tussen vrouwen en mannen), art. 13 (toegang tot de bij wet bevoegd gemaakte rechter), art. 22 lid 2 (de federale en deelstatelijke wetskrachtige normen waarborgen het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven), art. 22bis (*idem* voor het belang van het kind), art. 22ter (*idem* voor de rechten van personen met een handicap), art. 23 (*idem* voor de sociale, economische en culturele rechten), art. 24 (de gemeenschappen waarborgen de passieve onderwijsvrijheid van de ouders), art. 26 (de wet regelt het recht om vreedzaam en ongewapend te vergaderen).

30. Art. 12 lid 2 (vervolgung slechts in de gevallen bij wet bepaald), art. 14 (*nulla poena sine lege*), art. 15 (huiszoeking slechts in de gevallen bij wet bepaald), art. 16 (onteigening slechts in de gevallen bij wet bepaald), art. 21 lid 2 (het burgerlijk huwelijk moet het kerkelijk huwelijk voorafgaan, tenzij indien de wet anders bepaalt), art. 22 lid 1 (alleen de wet mag het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven beperken), art. 30 (alleen de wet kan de taalvrijheid beperken, en dit slechts voor handelingen van openbaar gezag en gerechtszaken), art. 32 (de wet, het decreet of de ordonnantie mogen het recht op openbaarheid van bestuursdocumenten beperken).

31. Het gaat om een ‘gevangenisstraf van acht dagen tot één maand en geldboete van 50 tot 500 frank of met slechts één dezer straffen’.

32. Het aantal Europese richtlijnen inzake discriminatie neemt alsmar toe: zie de richtlijnen 2000/43/EG, 2000/78/EG, 2004/113/EG, 2006/54/EG, 2010/41/EU, 2011/98/EU, 2014/54/EU, 2016/801/EU, 2019/1158/EU en 2023/970/EU.

33. Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding; wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie; wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen; wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden; zie ook het Vlaamse Gelijkekansendecreet van 10 juli 2008; S. Jansen, ‘De invloed van het Europese antidiscriminatie recht op privaatrechtelijke verhoudingen’, in: I. Samoy, V. Sagaert & E. Terryn (red.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 145-206; S. De Rey, I. Samoy & P. Foubert, ‘Afdwinging van de antidiscriminatie wetgeving in private rechtsverhoudingen: heeft het privaatrecht iets te bieden?’, *RW* 2021/22, p. 1210-1234.

natiegronden op, regelen de bewijslast en bevatten strafsancties en burgerlijke sancties.

Strafwetgeving is vaker een geëigend instrument om de inbreuk op grondrechten in horizontale relaties te ontraden: het gemeen strafrecht heeft zelfs voor een groot stuk betrekking op de bescherming van grondrechten. De strafbaarstelling van moord en doodslag beoogt het in artikel 2 EVRM gewaarborgde recht op leven<sup>34</sup> te beschermen. De strafbaarstelling van diefstal beschermt het in artikel 16 Gw en artikel 1 EP EVRM gewaarborgde eigendomsrecht. Artikel 314bis Sw bestraft het kennis nemen, opnemen en af luisteren van privécommunicatie en privételecommunicatie zonder toestemming van alle deelnemers aan het gesprek.

Inzake eigendom waarborgt artikel 3.50 nieuw BW het recht van de eigenaar om rechtstreeks het voorwerp van een goed te gebruiken, hiervan het genot te hebben en erover te beschikken. Hij heeft de volheid van bevoegdheden, behoudens de beperkingen die door wetten, verordeningen of de rechten van derden worden opgelegd. Artikel 3.101 nieuw BW biedt bescherming tegen burenhinder en artikel 3.102 nieuw BW maakt in dat verband een preventieve vordering mogelijk om de realisatie van ernstige en manifeste risico's inzake veiligheid, gezondheid of vervuiling ten aanzien van een naburig onroerend goed te voorkomen.

Dirix en Jafferali vermelden in verbintenisrechtelijke context ook het beginsel van de pondspondsgewijze uitbetaling aan schuldenaars, vervat in artikel 3.36 nieuw BW. In geval van samenloop tussen schuldeisers moet de opbrengst van de te gelde gemaakte goederen onder die schuldeisers worden verdeeld naar evenredigheid van hun vordering, tenzij er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan. Deze auteurs zien in die regel een toepassing van het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel.<sup>35</sup>

### 2.1.2 *Wetgevende implementatie van grondrechten in het Europees Unierecht*

Ook het afgeleid Europees Unierecht bevat tal van normen die beogen grondrechten te waarborgen in horizontale relaties.<sup>36</sup> Het meest zichtbare voorbeeld voor de dagelijkse rechtspraktijk is ongetwijfeld de AVG,<sup>37</sup> die rechtstreeks toepasselijk is in de lidstaten<sup>38</sup> en ook door de Belgische rechters regelmatig wordt toegepast.

34. De Grondwet waarborgt geen recht op leven, maar het Grondwettelijk Hof oordeelde in zijn arrest nr. 91/2007 van 9 juni 2007 dat dit recht impliciet ten grondslag ligt aan de grondrechten die de Grondwet wel expliciteert.

35. E. Dirix (1982), *o.c.*, p. 39; R. Jafferali, *o.c.*, p. 165.

36. T. Mast & C. Ollig, 'The lazy legislature incorporating and horizontalizing the Charter of Fundamental Rights through secondary Union law', *EuConst* 2023, p. 462-486.

37. Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG. Zie HvJ EU 7 december 2023, C-634/21 (*OQ/Land Hessen in tegenwoordigheid van Schufa Holding AG*), over een door private ondernemingen gemaakte geautomatiseerde kredietwaardigheidsbeoordeling.

38. Zie niettemin de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens, die bepaalde principes van de richtlijn nader detailleert.

Daarnaast zijn de reeds vermelde antidiscriminatiewetten de omzetting van richtlijnen.<sup>39</sup> Recent werd de Richtlijn Passende Zorgvuldigheid bekendgemaakt. Die richtlijn verplicht grote bedrijven om in hun eigen activiteiten en in die van hun dochterondernemingen en toeleveringsketens negatieve effecten op de grondrechten en negatieve milieu- en klimaateffecten te vermijden.<sup>40</sup>

## 2.2 Grondwetstoetsing van privaatrechtelijke wetgeving

Alle privaatrechtelijke wetgeving, ongeacht of ze beoogt grondrechten te concretiseren, moet in een rechtsstaat de grondrechten eerbiedigen. In België is het toezicht daarop toevertrouwd aan het Grondwettelijk Hof voor wat de grondwettelijk gewaarborgde grondrechten betreft (art. 142 Gw) en aan de justitiële en administratieve rechter voor wat verdragsrechtelijk gewaarborgde grondrechten betreft.<sup>41</sup>

Partijen bij een overeenkomst die rechtstreeks en ongunstig worden geraakt door nieuwe wetgeving die van onmiddellijke toepassing is,<sup>42</sup> en ruimer alle particulieren die de nadelige impact van nieuwe wetgeving op een horizontale verhouding ervaren, beschikken over het rechtens vereiste belang om binnen de zes maanden na haar bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* de vernietiging ervan te vorderen bij het Grondwettelijk Hof. De grondwettigheid van oudere wetgeving die van toepassing is op een horizontale rechtsverhouding, kan tijdens een rechtsgeding incidenteel worden betwist door één van de gedingvoerende partijen, en in dat geval is de bevoegde justitiële rechter meestal verplicht om er een prejudiciële geldigheidsvraag aan het Grondwettelijk Hof over te stellen. De rechter mag de vernietigde respectievelijk ongrondwettig verklaarde wetsbepaling niet meer toepassen op het horizontale geschil dat hij moet beslechten, en zal dan vaak toepassing moeten maken van hetzij gemeenrechtelijke wetgeving, hetzij ongeschreven beginselen van privaatrecht. Jafferalli noemt dit de 'semi-verticale doorwerking' van grondrechten in horizontale relaties.<sup>43</sup>

Wanneer het Grondwettelijk Hof wetgeving aan de grondwettelijk gewaarborgde grondrechten toetst, houdt het steeds rekening met analoge grondrechten in internationale verdragen en past het dus de relevante Straatsburgse en Luxemburgse rechtspraak toe.<sup>44</sup> Partijen beschikken in dat verband overigens niet over een fo-

39. Zie HvJ EU 28 november 2023, C-148/22 (*OP/Gemeente Ans*), punt 39, over de interpretatie van Richtlijn 2000/78/EG in de context van een verbod op zichtbare religieuze tekens, ingesteld door een overheidswerkgever.

40. Richtlijn (EU) 2024/1760 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 en Verordening (EU) 2023/2859.

41. Cass. 27 mei 1971 (*Franco-Suisse Le Ski*).

42. Dat is in principe niet het geval. Nieuwe wetgeving heeft in de regel eerbiedigende werking ten aanzien van lopende overeenkomsten. Zij heeft slechts onmiddellijke werking indien de nieuwe wetsbepalingen als regels van dwingend recht of van openbare orde moeten worden beschouwd (T. Vancoppenolle, *Intertemporeel recht*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 58-75). Uiteraard kunnen ook partijen bij een horizontale verhouding die zich benadeeld voelen doordat de nieuwe wetgeving niet ingrijpt in die lopende rechtsverhouding, eveneens een beroep tot vernietiging bij het Grondwettelijk Hof instellen tegen die te beperkte *ratione temporis* toepassing.

43. R. Jafferalli, o.c., p. 159-163.

44. G. Rosoux, *Contentieux constitutionnel*, Brussel: Larcier 2021, p. 147-181.

rumkeuze: de rechter moet eerst een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof over de inachtneming van het grondwettelijk gewaarborgde grondrecht, en mag pas na het antwoord op die vraag desgevallend zelf de in het geding zijnde wetsbepaling aan de analoge verdragsbepalingen toetsen.<sup>45</sup>

Het leeuwendeel van die zaken heeft betrekking op afstammingsregels (zie par. 2.3), maar ook in de andere takken van het privaatrecht oefent het Hof een aanzienlijke invloed op de toepasselijke regelgeving uit. De precieze invloed op horizontale relaties hangt evenwel af van de techniek van ongrondwettigverklaring die het Hof toepast. Wanneer het Hof een wetsbepaling simpelweg vernietigt, heeft het arrest een rechtsgevolg *ex tunc* en *erga omnes*, en moet elke rechter in een concreet geschil vervolgens handelen alsof die wetsbepaling nooit bestaan heeft. Maar als het Hof de gevolgen van de vernietigde norm handhaaft in afwachting van nieuwe wetgeving,<sup>46</sup> boekt de verzoekende partij een pyrrusoverwinning, want een dergelijk arrest zal, ondanks de vastgestelde ongrondwettigheid, hangende geschillen niet beïnvloeden.

Wanneer het Hof op prejudiciële vraag tot ongrondwettigheid besluit, bindt dit de verwijzende rechter en alle rechters die uitspraak moeten doen in gelijkaardige rechtszaken.<sup>47</sup> Indien het Hof daarentegen een wetgevende lacune vaststelt, is het gevolg daarvan voor horizontale verhoudingen onzeker. Indien het Hof die lacune als 'zelfherstellend' kwalificeert, mag de verwijzende rechter het toepassingsgebied van de in het geding zijnde wetsbepaling uitbreiden naar een categorie van personen die daar nog niet onder viel; niet de wet, maar het arrest van het Hof is dan de grondslag voor de toepassing van wetgeving op private verhoudingen die daar voorheen niet onder vielen.<sup>48</sup> Gaat het om een niet-zelfherstellende lacune, dan mag alleen de wetgever die invullen. En als die daar te lang over doet, kan de rechter – die zich niet mag bezondigen aan rechtswijgering of aan overschrijding van de redelijke termijn – niet anders dan het bodemgeschil te beslechten alsof de ongrondwettige lacune niet was vastgesteld, en dus met toepassing van een kaduke wetgeving.<sup>49</sup>

In de recente zaak over de preferentiële toewijzing van de gezinswoning zorgde het Hof zelf voor rechtsherstel. Krachtens artikel 2.3.14 nieuw BW mag in geval van echtscheiding elk van de gewezen partners, naar aanleiding van de rechterlijke verdeling in helften van het gedeelde vermogen, de preferentiële toewijzing in zijn kavel vorderen van de gezinswoning die zich in de huwelijksgemeenschap bevindt of die in onverdeelde eigendom van beide gewezen partners is. De rechter doet uitspraak met inachtneming van alle in het geding zijnde belangen. Het Grondwettelijk Hof stelde een wetgevende lacune vast doordat geen enkele wets-

45. Art. 26, § 4 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof; T. Souverijns, 'Bijzondere wetgever verduidelijkt de regeling van artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof inzake samenloop van grondrechten', *RW* 2013/14, p. 1523-1531.

46. Art. 8 lid 3 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

47. Art. 26, § 2, lid 2, 2°, en art. 28 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

48. R. Jafferali, *o.c.*, p. 163.

49. Dat dit aanleiding kan geven tot een schending van art. 6 EVRM, blijkt uit EHRM (besl.) 23 augustus 2016 (*P.F./België*).

bepaling in een vergelijkbaar vorderingsrecht voorziet bij het einde van een wettelijke samenwoning. Het gaat om een extrinsieke lacune, die niet in de in het geding zijnde bepaling zelf zit maar in het ontbreken van een vergelijkbare bepaling in de wetgeving op de wettelijke samenwoning. Toch verklaart het Hof haar zelfherstellend: in afwachting van wetgevend optreden komt het, aldus het Hof, aan de verwijzende rechter toe om artikel 2.3.14 nieuw BW bij analogie toe te passen op de vereffening-verdeling van een wettelijke samenwoning.<sup>50</sup>

Uit het recente arrest over de anonimiteit van spermadonoren vloeit daarentegen geen onmiddellijk rechtsherstel voort. De eiseres voor het verwijzende rechtscollege wil de identiteit van haar donorvader kennen, maar aangezien artikel 57 MBV-wet<sup>51</sup> op absolute wijze diens anonimiteit waarborgt, weigert de fertiliteitskliniek haar de nodige informatie te bezorgen. Het Hof stelde een schending van artikel 22 Gw en artikel 8 EVRM vast aangezien die bepaling en artikel 458 Sv ‘het kind dat is geboren dankzij gedoneerde gameten op absolute wijze beletten om enige identificerende of niet-identificerende informatie betreffende de donor te verkrijgen van het fertiliteitscentrum’. Maar de verwijzende rechter kan het fertiliteitscentrum niet onmiddellijk veroordelen tot het geven van die informatie aan de eiseres. Het Hof handhaafde de gevolgen van de ongrondwettige bepalingen immers tot 30 juni 2027, hetgeen de wetgever moet toelaten ‘wetgeving uit te werken met betrekking tot de toegang tot informatie betreffende de donor door een kind dat is geboren dankzij gedoneerde gameten, die een billijk evenwicht tot stand brengt tussen alle betrokken belangen en rechten, en in het bijzonder tussen het recht van het donorkind om zijn afkomst te kennen en het recht van de donor van gameten op de eerbiediging van zijn privé- en gezinsleven’.<sup>52</sup>

Een omvattende studie over de invloed van het Grondwettelijk Hof op het privaatrecht ontbreekt, en dus is er op dit vlak nog niet veel theorievorming. Hierbij een vijftal bescheiden aanzetten. Ten eerste zou het Hof steeds voldoende rekening moeten houden met de logica van het privaatrecht (zie ook par. 3.4 en 6). Het zou steeds in het achterhoofd moeten houden dat het geen uitspraak doet over wetgeving die de burger belet om iets af te dwingen van de overheid, maar over wetgeving die horizontale verhoudingen regelt. In dergelijke gevallen kan de andere partij zich vaak beroepen op de legitieme verwachtingen die zij put uit een overeenkomst of uit de in het geding zijnde wetsbepaling.<sup>53</sup>

50. GwH nr. 62/2024, 20 juni 2024; zie H. Thijs & A.-L. Verbeke, ‘De relatieve bijdrage van het Grondwettelijk Hof in de strijd tegen discriminatie van ongehuwde samenwoners. Waar blijft de wetgever?’, *RW* 2024/25, p. 1002-1013.

51. Wet van 6 juli 2007 betreffende de medisch begeleide voortplanting en de bestemming van de overtallige embryo's en de gameten.

52. GwH nr. 102/2024, 26 september 2024, met verwijzing naar EHRM (GK) 13 februari 2003 (*Odièvre/Frankrijk*); EHRM 25 september 2012 (*Godelli/Italië*); EHRM 7 september 2023 (*Gauvin-Fournis en Silliau/Frankrijk*); EHRM 30 januari 2024 (*Cherrier/Frankrijk*).

53. Die legitieme verwachtingen bestaan bijvoorbeeld in hoofde van de schuldeiser bij bedongen zekerheidsrechten. Een later arrest van het Grondwettelijk Hof zou de zekerheidsfunctie daarvan niet te lichtzinnig mogen ondermijnen (E. Dirix, ‘Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes’, *NjW* 2008, p. 926, een kritiek op GwH nr. 167/2008, 27 november 2008, waarin het Hof oordeelde dat de sinds 2004 wettelijk geregelde nettingovereenkomst alleen maar mocht worden gesloten tussen handelaars, maar niet met particulieren).

Ten tweede zou het Hof steeds moeten nagaan of de aanvullende toepasselijkheid van de privaatrechtelijke beginselen de vermeende schending neutraliseert (zie par. 5). Die privaatrechtelijke beginselen hebben als voordeel dat de burgerlijke rechter hen *in concreto* kan toepassen in het voorliggende geschil, terwijl het Grondwettelijk Hof zich steeds in een abstract objectief contentieux uitspreekt over een vraag naar de grondwettigheid van wetgeving. Het Hof is op dat vlak de mist ingegaan in het recente arrest over de verjaringstermijn van rechtsvorderingen in het vennootschapsrecht. Het verklaarde de verjaringstermijn van vijf jaar voor vorderingen tegen vennoten vanaf de ontbinding van de vennootschap of de datum van hun uittreding ongrondwettig ‘in zoverre [art. 191, § 1, eerste streepje WVV] niet in een uitzondering voorziet in geval van het opzettelijk verbergen van verrichtingen door een of meerdere vennoten’.<sup>54</sup> Het Hof had die verjaringstermijn nochtans even goed grondwettig kunnen verklaren onder verwijzing naar de artikelen 1.10 en 1.11 nieuw BW, die het verbod op rechtsmisbruik en het beginsel *fraus omnia corrumpit* wettelijk verankeren en die ook van toepassing zijn op degene die zich op verjaring beroept.<sup>55</sup>

Daarmee samenhangend is er ten derde het gevaar dat het Hof een wetsbepaling die op een onbepaald aantal onderling sterk verschillende situaties van toepassing is, ongrondwettig verklaart, terwijl zich slechts in bepaalde specifieke situaties een probleem voordoet. Soms – veelal in prejudiciële procedures – vermijdt het een dergelijk probleem door zijn onderzoek te beperken tot ‘die situatie’, met andere woorden tot feiten zoals die in het bodemgeschil.<sup>56</sup> Dat is een delicate oefening, want het Hof blijft ook dan uitsluitend bevoegd voor abstract objectief contentieux. Bij beroepen tot vernietiging past het hier soms een mouw aan door de bestreden bepaling op zich grondwettig te verklaren, maar daarbij in herinnering te brengen dat de justitiële rechter nog *in concreto* moet nagaan of de toepassing ervan geen te verre gaande gevolgen heeft. Zo valideerde het Hof een wetsbepaling die bepaalt dat het reorganisatieplan dat bij de gerechtelijke reorganisatie van een onderneming moet worden goedgekeurd door de meerderheid van de schuldeisers, ook de andere schuldeisers bindt, zelfs indien dit plan de tegenstemmers benadeelt. Wel legde het Hof als grondwetsconforme interpretatie op dat de ondernemingsrechtbank, die de homologatie van dit plan moet weigeren indien het strijdig is met de openbare orde, daarbij moet nagaan of die verschillen in behandeling tussen categorieën van schuldeisers redelijkerwijze verantwoord zijn in het licht van het gelijkheidsbeginsel.<sup>57</sup>

54. GwH nr. 17/2024, 1 februari 2024.

55. Zie voor een voorbeeld waarin het Hof wel tot niet-schending besloot omdat de benadeelde partij *in concreto* het verbod van rechtsmisbruik kan invoeren GwH nr. 81/2021, 3 juni 2021 (inzake de rechtstreekse vordering van de onderaannemer op de bouwheer, bedoeld in art. 1798 oud BW). In andere zaken verklaart het Hof wetgeving evenredig en dus grondwettig omdat de rechter steeds rekening kan houden met overmacht (zie par. 5).

56. Bijv. GwH nr. 104/2020, 9 juli 2020; GwH nr. 55/2022, 21 april 2022; GwH nr. 74/2024, 27 juni 2024.

57. GwH nr. 8/2012, 18 januari 2012; zie kritisch commentaar van I. Verougstraete & A. Van Hoe, ‘De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke organisatie door een collectief akkoord’, *RDC* 2012, p. 448-449; instemmend commentaar kwam van M.-F. Rigaux, ‘Le contrôle du plan de réorganisation d’une entreprise en difficultés: la Cour constitutionnelle précise les pouvoirs du juge’, *JT* 2012, p. 130-131.

Ten vierde kan het Hof bij zijn beoordeling rekening houden met het dwingende of aanvullende karakter van de in het geding zijnde wetsbepaling: indien zij slechts van aanvullend recht is, kunnen partijen steeds overeenkomen ervan af te wijken, en het feit dat zij dat hebben nagelaten, leidt niet *ipso facto* tot de ongrondwettigheid van die wetgeving.<sup>58</sup>

Ten vijfde kan het Hof, indien het in weerwil van de vier voormelde suggesties toch tot schending besluit, gebruikmaken van zijn handhavingsbevoegdheid om minstens voor het verleden rekening te houden met de legitieme verwachtingen die de andere partij bij de horizontale rechtsverhouding putte uit de toepasselijke wetgeving. Het voormelde arrest over de anonimiteit van spermadonoren is daarvan een illustratie: de handhaving komt immers tegemoet aan de verwachtingen van de donoren die er ten tijde van hun donatie legitiem van uit mochten gaan dat artikel 57 MBV-wet hun anonimiteit zou blijven waarborgen.

### 2.3 Positieve verplichtingen

Ook de rechtspraak van het EHRM kent een techniek om grondrechten te doen doorwerken in horizontale relaties, namelijk die van de positieve verplichtingen. Het Hof leest in de meeste bepalingen van het EVRM niet alleen een negatieve ophoudingsplicht van de overheid, maar ook een verplichting rustend op diezelfde overheid om te vermijden dat particulieren elkaars grondrechten schenden. Het EVRM bevat geen geschreven grondslag voor die positieve verplichtingen en het concept is ook nog niet helder gedefinieerd.<sup>59</sup> Wel is duidelijk dat op de overheid in dit verband slechts een middelenverbintenis rust,<sup>60</sup> al houdt die soms wel de verplichting voor de wetgever in om met strafsancities te werken.<sup>61</sup>

Hoewel de positieve en de negatieve verplichtingen die het EVRM de lidstaten oplegt, qua toetsingscriteria niet wezenlijk verschillen (zie evenwel par. 6.2), houdt het EHRM wel rekening met de realiteit van de horizontale verhouding in de appreciatiemarge die het aan de lidstaten toekent: bij het regelen van private aangelegenheden komt het in eerste instantie aan de nationale wetgever toe om een bilijk evenwicht te bewerkstelligen tussen alle concurrerende belangen. Het EHRM zal het bereikte evenwicht slechts terughoudend onderzoeken; de laatste tijd kijkt

58. Bijv. GwH nr. 97/2016, 16 juni 2016.

59. C. Loven, *Fundamental Rights Violations by Private Actors and the Procedure before the European Court of Human Rights. A Study of Verticalised Cases*, Antwerpen: Intersentia 2022, p. 79.

60. A. Alen & K. Muijle, o.c., p. 802-807; L. Lavrysen, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge: CUP 2016, p. 45-130; C. Loven, o.c., p. 79-91; S. Van Drooghenbroeck, o.c., p. 372-373; J. Velaers, 'De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in de XXste en de XXIste eeuw', in: B. Peeters & J. Velaers (red.), *De Grondwet in groothoekperspectief: liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Antwerpen: Intersentia 2007, p. 111-128.

61. EHRM 26 maart 1985 (*X en Y/Nederland*); EHRM (GK) 25 juni 2019 (*Nicolae Virgiliu Tănase/Roemenië*); S. Van Drooghenbroeck, o.c., p. 358-359 en p. 373-375.

het daarbij niet zozeer naar de inhoud van het bereikte evenwicht, maar veeleer naar de procedurele context waarin het tot stand is gekomen (zie par. 8.2).<sup>62</sup>

In dit kader past het tegen België gewezen arrest *Marckx*, één van de belangrijkste arresten in de geschiedenis van het Hof en tevens de zaak waarin het Hof het concept ‘positieve verplichtingen’ ontwikkelde. Het EHRM verklaarde de behandeling van het ‘natuurlijke’ (dit is buiten het huwelijk geboren) kind op het vlak van erkenning, afstamming en erfrecht in strijd met de artikelen 8 EVRM en 1 EP EVRM. Niet alleen de Belgische wetgeving, maar ook die van meerdere andere Europese landen moest naar aanleiding van dat arrest worden aangepast,<sup>63</sup> hetgeen in België gebeurde bij wet van 31 maart 1987. In navolging van dat arrest ontspon zich een discussie tussen de hoogste Belgische rechtscollèges over de rechtsgevolgen van een arrest waarin het EHRM oordeelt dat een positieve verplichting geschonden is. Volgens het Hof van Cassatie heeft artikel 8 EVRM slechts rechtstreekse werking voor wat betreft de schending van een onthoudingsverplichting, maar niet voor wat betreft de schending van een positieve verplichting, aangezien die onvoldoende nauwkeurig en volledig is om rechten en verplichtingen uit af te leiden. Buitenhuwelijkse kinderen moesten dus de wet van 31 maart 1987 afwachten om aanspraak te maken op dezelfde rechten als huwelijkse kinderen, en de rechter mocht hen in afwachting daarvan geen gelijke rechten toekennen.<sup>64</sup> Het Grondwettelijk Hof verwierp die visie en oordeelde dat voor alle nalatenschappen opengevallen na het arrest *Marckx* de huwelijkse en de buitenhuwelijkse kinderen gelijk moesten worden behandeld. Dat gold dus ook voor nalatenschappen opengevallen vóór de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987.<sup>65</sup> Het EHRM heeft zich bij die laatste visie aangesloten.<sup>66</sup>

Als gevolg van die rechtspraak is een ware vergrondrechtelijking van het afstammingsrecht op gang gekomen.<sup>67</sup> In de twee decennia na de wet van 31 maart 1987 velde het Grondwettelijk Hof 30 arresten inzake afstamming, waarin het 14 maal tot schending van het gelijkheidsbeginsel of van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven besloot. De wet van 1 juli 2006 bracht de afstammingswetgeving opnieuw in overeenstemming met deze rechtspraak.<sup>68</sup> Maar sindsdien

62. EHRM 2 juni 2009 (*Codarcea/Roemenië*); EHRM (GK) 5 september 2017 (*Barbulescu/Roemenië*); EHRM 17 oktober 2019 (*López Ribalda e.a./Spanje*); EHRM 18 mei 2021 (*Valdís Fjölvisdóttir e.a./IJsland*); EHRM 20 juni 2024 (*Boronyák/Hongarije*).

63. M.A. Glendon, ‘Introduction: Family Law in a Time of Turbulence’, in: *International Encyclopedia of Comparative Law, IV, Persons and Family*, Tübingen, Mohr Siebeck & Dordrecht, Martinus Nijhoff 2003, p. 6.

64. Cass. 3 oktober 1983, Arr.Cass. 1983/84, p. 110; Cass. 6 maart 1986, RW 1986/87, p. 236.

65. GwH nr. 18/91, 4 juli 1991; GwH nr. 83/93, 1 december 1993.

66. EHRM 29 november 1991 (*Vermeire/België*).

67. A. Dutta, ‘The Status of Biological Fathers: an example for the impact of the European Convention on Human Rights on National Family Law’, in: M. Fornasier & M.G. Stanzione (red.), *The European Convention of Human Rights and its Impact on National Private Law. A Comparative perspective*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 87-98; P. Senaev, ‘Dertig jaar toetsing aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof in familie zaken’, in: N. Dandoy e.a. (red.), *Individu, famille, Etat: Réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine. Hommage au professeur Jean-Louis Renchon*, Brussel: Larcier 2022, p. 1154-1176.

68. Wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan.

heeft het Hof opnieuw in tientallen arresten aspecten van dat vernieuwde afstammingsrecht ongrondwettig verklaard, vaak op grond van het sinds 2007 in artikel 22bis Gw opgenomen beginsel dat het belang van het kind altijd de eerste overweging moet zijn bij elke beslissing die het kind aangaat. Dit ontlokte bij Senaève de verzuchting dat het niet langer mogelijk is om inzake afstamming nog zinvol wetgevend werk te verrichten. Hij verwijt het Grondwettelijk Hof 'blinde volgzzaamheid' van de Straatsburgse rechtspraak, die zelf ook sinds geruime tijd en in toenemende mate het voorwerp van kritiek is. Daarnaast verwatert het begrip 'grondrecht' indien elk stuk wetgeving dat niet langer aangepast is aan de maatschappelijke evoluties of dat in bepaalde gevallen ongewenste effecten heeft, als een grondrechtenschending wordt bestempeld.<sup>69</sup> In het kader van de stapsgewijze invoering van een nieuw Burgerlijk Wetboek zal allicht ook het afstammingsrecht opnieuw moeten worden aangepakt om het in overeenstemming te brengen met de nieuwste rechtspraak.

Op het vlak van de rechtsbescherming is het problematisch dat de Straatsburgse toepassing van positieve verplichtingen veelal geen impact meer heeft op de horizontale relatie die aan de oorsprong van die zaak lag. Het privaatrechtelijke geschil is, gelet op de ontvankelijkheidsvereiste van de uitputting van interne rechtsmiddelen (art. 35.1 EVRM), definitief beslecht. Een heropening van definitief beslechte interne procedures na een veroordelend Straatsburgs arrest is in België slechts mogelijk voor strafzaken (art. 442bis Sv), niet voor burgerlijke zaken. En het EHRM veroordeelt alleen lidstaten, maar niet de particulier die in de horizontale verhouding het grondrecht heeft geschonden. Het enige waarop de verzoeker in Straatsburg aanspraak kan maken, is een billijke genoegdoening vanwege de lidstaat op grond van artikel 41 EVRM, hetgeen niet noodzakelijk neerkomt op een integrale schadeloosstelling. Het Straatsburgse arrest dat de schending van een positieve verplichting vaststelt, kan vervolgens wel doorwerken in latere, gelijkaardige zaken, indien de justitiële rechter het als precedent gebruikt wanneer hij de directe of indirecte horizontale werking van grondrechten toepast.

De rechtsbescherming is daarentegen meer gebaat bij toepassing van positieve verplichtingen in prejudiciële procedures voor het Hof van Justitie of het Grondwettelijk Hof. Het Hof van Justitie hanteert alvast een gelijkaardige logica van positieve verplichtingen: in het arrest *Schmidberger* oordeelde het bijvoorbeeld dat de aansprakelijkheid van de overheid in het geding komt indien het vrij verkeer van goederen wordt geschonden door wegblokkades als gevolg van protestacties.<sup>70</sup> Ook het Grondwettelijk Hof hanteert het begrip 'positieve verplichtingen'. Artikel 22 Gw is daarvoor een uitgelezen bepaling, want bij de invoering ervan in 1994 vermeldde de parlementaire voorbereiding dat het de bedoeling was het privé- en gezinsleven te beschermen tegen inbreuken door zowel openbare overheden als particulieren.<sup>71</sup> Het Hof verwees naar die parlementaire voorbereiding in zijn arrest over het nachtlawaai in de buurt van de luchthaven Luik-Bierset. Om de econo-

69. P. Senaève, 'Kan er inzake afstamming nog zinvol wetgevend werk verricht worden?', *T.Fam.* 2011, p. 170-171.

70. HvJ EU 12 juni 2003, C-112/00 (*Eugen Schmidberger*).

71. *Parl. St.*, Senaat, 1991-1992, nr. 100-4/2, p. 3.

misce activiteit die luchthavens genereren, te verzoenen met de gezondheid van de omwonenden, kende de Waalse decreetgever isolatiepremies toe aan bepaalde omwonenden, maar niet aan andere. Aangezien uit wetenschappelijke studies bleek dat ook die andere omwonenden aan een te hoog geluidsniveau werden blootgesteld, had de decreetgever op discriminerende wijze afbreuk gedaan aan de op hem rustende positieve verplichting om een billijk evenwicht te vinden tussen de belangen van de luchthavenuitbaters en het recht op eerbiediging van het privéleven van de omwonenden.<sup>72</sup> Dergelijke prejudiciële procedures zijn wel rechtstreeks bepalend voor de uitkomst van het geschil waarin ze zijn gerezen, want zij dwingen de verwijzende rechter om concrete rechtsbescherming te bieden.

## 2.4 Horizontale werking van grondrechten voor de justitiële rechter

De focus op de wetgever en de hoogste rechtscolleges mag niet verhelen dat de natuurlijke rechter van de horizontale verhouding nog steeds de burgerlijke rechter is, en dat ook hij een primordiale rol te spelen heeft in de doorwerking van de grondrechten in die verhouding. De horizontale werking van grondrechten houdt in dat de burgerlijke rechter die een horizontaal geschil moet beslechten, daarbij de grondwettelijk en verdragsrechtelijk gewaarborgde grondrechten toepast wars van de voorafgaande wetgevende concretisering ervan en zonder wetgeving of de afwezigheid daarvan te toetsen aan de grondrechten. Deze techniek van doorwerking opereert *ex post* en defensief: hij grijpt in nadat de rechtsverhouding is ontstaan en al uitwerking (of een ontbreken aan uitwerking) heeft gehad.<sup>73</sup>

Het Hof van Cassatie past soms de directe en soms de indirecte horizontale werking toe, zonder daar veel theorievorming aan vast te knopen. In een arrest uit 2010 besloot het zelfs tot afwezigheid van horizontale werking: het oordeelde dat het gelijkheidsbeginsel in de artikelen 10 en 11 Gw zich uitsluitend richt tot de overheid in haar openbare-gezagsfunctie, en dus geen verplichtingen inhoudt voor de burgers onderling, zelfs niet indien één van de gedingvoerende partijen een overheid is in haar private werkgeversrelatie tot haar werknemers.<sup>74</sup> Dat arrest blijft voortsnog een uitzondering.

### 2.4.1 Directe horizontale werking

Directe horizontale werking is vanuit het privaatrecht bekeken de meest ingrijpende techniek van doorwerking van grondrechten. Deze opvatting vertrekt van de idee dat de grondrechten de ganse rechtsorde structureren en beheersen. Zij functioneren als algemene rechtsbeginselen die tegelijk publiekrechtelijk en privaatrechtelijk zijn en dus in alle materies en geschillen toepasselijk zijn.<sup>75</sup> Volgens die leer mag de rechter in een privaatrechtelijk geschil onmiddellijk toepassing

72. GwH nr. 51/2003, 30 april 2003.

73. J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, p. 223.

74. Cass. 29 maart 2010, S.08.0147.N. Zie in dezelfde zin Arbh. Gent 12 oktober 2020, 2019/AG/55; Arbh. Brussel 7 februari 2023, 2021/AB/43. *Contra*: GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009.

75. E. Dirix, *o.c.*, p. 41-42; K. Rimanque & P. Peeters, *o.c.*, p. 16, die verwijzen naar W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, München: Beck 1960; H.-C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld: Scherpe 1961.

maken van een grondrecht en daarbij zelfs de vigerende wetgeving of de duidelijke bepalingen van de overeenkomst terzijde schuiven.<sup>76</sup>

In de Belgische rechtspraak zijn hiervan tal van voorbeelden te vinden,<sup>77</sup> waarover Dirix reeds in 1982 opmerkte dat de rechters dit concept hanteren 'met een zekere vanzelfsprekendheid, zonder zich al te veel zorgen te maken over de theoretische gefundeerdheid' ervan.<sup>78</sup> Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat een werkgever zijn werknemers niet mag dwingen om zich bij een limitatief aantal door hem aanvaarde vakverenigingen aan te sluiten. De vrijheid van vereniging in artikel 27 Gw kan weliswaar worden beperkt, maar het Hof van Beroep had nagelaten een evenredigheidstoets uit te voeren tussen de door de overeenkomst beschermde belangen van de werkgever en de door de vrijheid van vereniging beschermde belangen van de werknemer.<sup>79</sup> In een ander arrest toetste het Hof van Cassatie het gedrag van een private werkgever die zijn kassiersters continu met camera's monitorde rechtstreeks aan artikel 22 Gw en artikel 8 EVRM.<sup>80</sup> Het Hof van Beroep te Antwerpen verbood, op grond van de vrijheid van vereniging, een vakbond om een lid uit te sluiten om de loutere reden dat het een partijkaart van het Vlaams Belang had gekocht. De statuten van de vakbond boden daar weliswaar een grondslag voor, maar waren zelf in strijd met dit grondrecht.<sup>81</sup> In een andere zaak legde een vrederechter, op grond van het in artikel 23 Gw verankerde recht op menselijke waardigheid, op dat het einde van de winterperiode moest worden afgewacht om een oudere persoon uit een huurwoning te zetten wegens niet-betaling van de huurprijs.<sup>82</sup>

Ook het Hof van Justitie aanvaardt al lang de directe horizontale werking van het discriminatieverbod. In een arrest van 1976 betreffende België kende het al directe horizontale werking toe aan het thans in artikel 157 VWEU vervatte recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen.<sup>83</sup> Het horizontale verbod op leeftijdsdiscriminatie is intussen eveneens aanvaard.<sup>84</sup> En een private bank mag niet op raciaal discriminerende manier aan haar sollicitanten vragen om hun taalkennis te bewijzen.<sup>85</sup>

76. S. Somers, *o.c.*, p. 50-51.

77. Zie o.a. E. Dirix, *o.c.*, p. 46-48; R. Jafferali, *o.c.*, p. 163-165; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 188-196; J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, p. 231-232.

78. E. Dirix, *o.c.*, p. 46.

79. Cass. 27 april 1981, *Pas.* 1981, I, p. 964.

80. Cass. 27 februari 2001, P.99.076.N.

81. HvB Antwerpen 8 januari 2008, *Juristenkrant* 2008, nr. 180, p. 4-5, met toepassing van EHRM 27 februari 2007 (*Associated Society of Locomotive Engineers & Fireman/Verenigd Koninkrijk*).

82. Vred. Elsene 6 maart 1995, *RGDC* 1996, 296.

83. HvJ EG 8 april 1976, nr. 43/75 (*Defrenne*).

84. HvJ EU 22 november 2005, C-144/04 (*Mangold*); HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci*).

85. HvJ EU 6 juni 2000, C-281/98 (*Angonese*).

Minder duidelijk is of de directe horizontale werking betrekking heeft op alle grondrechten uit het EU-Handvest.<sup>86</sup> In een arrest uit 2023 lijkt het Hof van Justitie als voorwaarde te stellen dat het betrokken grondrecht dwingend en onvoorwaardelijk geformuleerd is en geen verdere concretisering nodig heeft in bepalingen van Unierecht of van nationaal recht.<sup>87</sup> Het is nochtans niet evident om op te lijsten welke grondrechten al dan niet aan dat criterium voldoen.

Wel is het zo dat het Hof van Justitie het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen op gelijk niveau zet als de klassieke grondrechten: het vrij verkeer van vestiging van een reder moet dus worden afgewogen tegen het recht op collectieve actie van de vakbonden wanneer een Finse reder zijn schepen onder Estse vlag wil laten varen om aan het Finse collectief arbeidsrecht te ontsnappen.<sup>88</sup>

#### 2.4.2 Indirecte horizontale werking

Volgens het leerstuk van de indirecte horizontale werking kunnen grondrechten niet onmiddellijk worden ingeroepen in horizontale verhoudingen. Ze hebben weliswaar als functie de algemene ordening van de samenleving, en zijn dus ook van toepassing buiten het publiekrecht, maar in het privaatrecht hebben ze slechts een rol te spelen in de interpretatie en toepassing van de privaatrechtelijke begrippen.<sup>89</sup> De rechter moet steeds de regels en concepten van privaatrecht toepassen, maar daarbij mag hij open normen zoals zorgvuldigheid, openbare orde, goede trouw, rechtsmisbruik, onredelijk ontslag, et cetera, invullen aan de hand van de grondrechten.<sup>90</sup> Hij past dan niet zozeer de grondrechten toe, maar bestaande regels en concepten die in het licht van de grondrechten geïnterpreteerd worden.<sup>91</sup> Aldus beïnvloeden de grondrechten private verhoudingen, zonder hen te beheersen of te controleren.<sup>92</sup>

86. N. Zekić, 'Keolis Agen – Rechtstreekse horizontale werking grondrecht op vakantie: een vervolg op HvJ EU Bauer en Broßonn', *EHRC-Updates* 2024. Zie ook M. de Mol, 'De horizontale directe werking van de grondrechten van de Europese Unie', *SEW* 2016, p. 458-471; A. Hartkamp, *European Law and National Private Law*, Antwerpen: Intersentia 2016, p. 202; E. Muir, 'The Horizontal Effects of Charter Rights given expression to in EU Legislation, from Mangold to Bauer', *Review of European Administrative Law* 2020, p. 185-215.

87. HvJ EU 9 november 2023, C-271/22 (*Keolis Agen*). Het Hof stelt vast dat art. 7 Arbeidstijdenrichtlijn geen rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde heeft en ook niet bedoeld is om te worden toegepast in geschillen tussen particulieren, maar dat datzelfde recht in art. 31.2 EU-Handvest wel door werknemers kan worden ingeroepen in geschillen met hun werkgever, ook als daarvoor een bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet worden gelaten die het recht op jaarlijks verlof afhankelijk maakt van het effectief verrichten van werk.

88. HvJ EU 18 december 2007, C-438/05 en C-341/05 (*Viking en Laval*).

89. K. Rimanque & P. Peeters, *o.c.*, p. 19, met verwijzing naar G. Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1978, p. 66-67.

90. R. Jafferli, *o.c.*, p. 155-158.

91. J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 294.

92. A. Barak, 'Constitutional Human Rights and Private Law', in: D. Friedmann & D. Barak-Erez (red.), *Human rights in private law*, Oxford: Hart 2003, p. 14; E. Dirix, *o.c.*, p. 49; P. Lemmens & N. Van Leuven, *o.c.*, p. 141.

Ook van deze techniek zijn in de Belgische rechtspraak veel voorbeelden te vinden.<sup>93</sup> Een derde kan naar de justitiële rechter trekken om de nietigheid te vorderen van een overeenkomst tussen een overheid en een particulier die de door het Europees Unierecht gewaarborgde beginselen van gelijkheid en transparantie schendt. Die schending heeft immers steeds als gevolg dat de overeenkomst een ongeoorloofd voorwerp heeft en dus absoluut nietig is.<sup>94</sup> De godsdienstvrijheid, gewaarborgd in artikel 19 Gw, maakt dat geen sprake is van een kennelijk grove fout die een onmiddellijk ontslag rechtvaardigt, door het loutere feit dat een werknemer zich kleedt op een manier die haar islamitische geloofsovertuiging benadrukt.<sup>95</sup> De weigering om een contractueel overeengekomen onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten te herzien, maakt rechtsmisbruik uit indien het voor de schuldeiser onmogelijk wordt om een leven te leiden overeenkomstig het door artikel 23 lid 1 Gw gewaarborgde recht op menselijke waardigheid.<sup>96</sup> En een contractuele clausule waarmee een voetballer zich ertoe verbindt ‘exclusief eigendom’ te zijn van een makelaar, die dan kan beslissen voor welke club die voetballer mag spelen, gaat in tegen de openbare orde, heeft een ongeoorloofd voorwerp en is bijgevolg absoluut nietig. De vrijheid om een betaalde professionele activiteit uit te oefenen kan immers alleen bij wet worden beperkt.<sup>97</sup> Contractuele clausules die vanuit een machtspositie zijn opgedrongen, kunnen ook in strijd zijn met de grondrechten: zo was de clausule uit het standaardcontract tussen een aardolieleverancier en een pomphouder dat voorzag in een automatisch boetebeding van 20%, in strijd met het recht van eenieder om zich in rechte te verdedigen en dus met de openbare orde.<sup>98</sup>

Ook het Grondwettelijk Hof hanteert soms de techniek van de indirecte horizontale werking, vooral wanneer het een grondwetsconforme interpretatie aan de in het geding zijnde wetsbepalingen geeft.<sup>99</sup> Met betrekking tot het in artikel 632 oud BW vervatte recht op bewoning, dat niet alleen van toepassing is op de houder ervan, maar ook op diens ‘gezin’, vereiste het Hof dat het begrip ‘gezin’ moest worden geïnterpreteerd in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen, zodat het ook de ongehuwd samenwonenden omvatte.<sup>100</sup> En in artikel 1465 oud BW, dat vereist dat huwelijkscontracten rekening houden met kinderen uit een vorig huwelijk, legde het Hof een evolutieve interpretatie van dat laatste begrip op: ook buitenhuwelijkse kinderen moeten als kinderen uit een vorig huwelijk worden beschouwd.<sup>101</sup>

93. Bijv. R. Jafferali, *o.c.*, p. 155-158; S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 370-371; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 122-125; J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, p. 232-233.

94. Cass. 22 januari 2021, *RW* 2021/22, p. 998-1005.

95. Arbrb. Charleroi 26 oktober 1992, *Soc. Kron.* 1993, 84.

96. Cass. 14 oktober 2010, *Pas.* 2010, nr. 603.

97. Cass. 29 september 2008, *Pas.* 2008, nr. 511.

98. Cass. 29 september 1967, *Pas.* 1968, I, p. 132.

99. N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 113-115.

100. GwH nr. 54/2004, 24 maart 2004.

101. GwH nr. 140/2004, 22 juli 2004.

## 2.5 Nog steeds een controversieel concept

De klassieke visie in de rechtsleer luidde dat, bij gebrek aan uitdrukkelijke bepaling in die zin, het EVRM en de Grondwet niet inroepbaar waren voor de Belgische rechter in geschillen tussen particulieren, met name omdat grondrechten geen verplichtingen voor particulieren bevatten.<sup>102</sup> Pogingen om in de Grondwet een ‘transversale bepaling’ in te voegen die deze horizontale werking garandeerde,<sup>103</sup> hebben niet tot resultaat geleid. Maar dit heeft de rechtspraak dus niet tegengehouden om de grondrechten toch te laten doorwerken in horizontale relaties, zij het zonder daar veel theorievorming aan vast te knopen.

De rechtsleer heeft de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen min of meer aanvaard, maar enkele kritieken, hetzij op het concept zelf, hetzij op bepaalde verschijningsvormen ervan, blijven niettemin terugkeren.<sup>104</sup>

Een nogal fundamentele kritiek gaat over de aard van de grondrechten, die slechts bedoeld zijn als afweerrechten tegen de overheid.<sup>105</sup> In België weegt dat argument zelfs iets zwaarder, omdat het Nationaal Congres de grondrechten opvatte als reactie tegen het bewind van Koning Willem I van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden.<sup>106</sup> Een vergelijkbaar argument is dat de grondrechten te vaag geformuleerd zijn om subjectieve rechten uit af te leiden die inroepbaar zijn tegen particulieren; hiervoor zou steeds wetgevende concretisering nodig zijn.<sup>107</sup>

Een tweede kritiek is dat, omwille van die ontstaansgeschiedenis, ook de methodologie van de grondrechtentoetsing ongeschikt is voor toepassing in private verhoudingen. Particulieren kunnen zichzelf immers geen wetgevende grondslag verschaffen en moeten geen doelstellingen van algemeen belang nastreven. Hun geringe individuele bijdrage tot het bereiken van dergelijke doelstellingen zou trouwens toch tekortschieten in elke pertinentie- en evenredigheidstoets. Die onmogelijkheid om de evenredigheidstoets toe te passen, zou dan leiden tot de absurde situatie dat de grondrechten strengere vereisten opleggen aan particulieren dan

102. J. De Meyer, ‘Respect de la vie privée par les particuliers’, in: *Vie privée et droits de l’homme*, Brussel: Bruylant 1973, p. 382; W.J. Ganshof Van der Meersch, ‘L’ordre public et les droits de l’homme’, *JT* 1968, p. 658; Y. Lejeune, o.c., p. 399; A. Mast, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent: Mys & Breesch 1981, p. 490-491; J. Velu, *Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l’homme*, Brussel: Bruylant 1981, p. 31.

103. *Parl. St. Kamer* 2006/07, nr. 51-2304/2, p. 4 en 18.

104. Zie voor een samenvatting en weerlegging van die kritieken S. Somers, o.c., p. 51-62.

105. R. Ergec, *Protection européenne et internationale des droits de l’homme*, Brussel: Bruylant 2006, p. 9; G. Haarscher, *Philosophie des droits de l’homme*, Brussel: éd. ULB 1993, p. 37; Y. Lejeune, o.c., p. 399.

106. A. Alen & K. Muylle, o.c., p. 21-24; J.-S. Vanwijngaerden, o.c., p. 236.

107. F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel: Bruylant 1990, p. 675.

aan de overheden waartegen ze bescherming beogen te bieden.<sup>108</sup> Hiermee hangt ook de kritiek samen dat de gezaghebbende Straatsburgse rechtspraak tot stand komt in zaken waarin lidstaten de verwerende partijen zijn, zonder tussenkomst van de andere partij bij de horizontale relatie, terwijl wel een privaatrechtelijk relevant precedent wordt geschapen.<sup>109</sup>

Een derde kritiek is dat de doorwerking van grondrechten het privaatrecht verdringt (zie par. 3.3 en par. 5). Het fundament zelf van het privaatrecht, namelijk de contractvrijheid, komt in het gedrang, omdat het niet langer mogelijk is vrij te kiezen of men contracteert, met wie men dat doet en wat de inhoud van het contract is. In private verhoudingen heeft men nochtans een marge van willekeur en moet men zijn keuze in beginsel niet verantwoorden.<sup>110</sup> De intrusie van de grondrechten zet ook de toepasselijkheid van wettenrecht en de bindende kracht van overeenkomsten op de helling en leidt daardoor tot rechtsonzekerheid. Privaatrechtelijke begrippen worden daarbij systematisch vervangen door publiekrechtelijke denkpatronen. Het is paradoxaal dat de grondrechten en het privaatrecht allebei uitgaan van de vrijheidsgedachte, maar de toepassing van de ene op het andere toch die vrijheid uitschakelt.<sup>111</sup> Deze kritiek viseert doorgaans de burgerlijke rechter, maar wordt soms ook geuit ten aanzien van het Grondwettelijk Hof. Verougstraete en Van Hoe laakten een arrest waarin het Hof een publiekrechtelijk concept, *in casu* het gelijkheidsbeginsel, opdringt aan de burgerlijke rechter die een gekwalificeerde meerderheidsstemming onder schuldeisers beoordeelt, terwijl het privaatrecht adequatere technieken bevat om de problemen die daarbij rijzen, aan te pakken.<sup>112</sup>

De vierde kritiek is tegelijk het tegendeel en het verlengstuk van de derde: het privaatrecht zou al voldoende technieken bevatten om tot een billijk evenwicht tussen conflicterende private belangen te komen, en heeft daarvoor de bijkomende input vanuit de grondrechten niet nodig. Die grondrechten gaan uit van gelijkaar-

108. E. Dirix, *o.c.*, p. 43; R. Jafferali, *o.c.*, p. 150; K. Rimanque & P. Peeters, *o.c.*, p. 15; S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 376; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 132; J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 307. In zijn advies bij de eerste antidiscriminatiewet formuleerde de Raad van State, afdeling wetgeving dit als volgt: 'Elke wet streeft steeds een doel na dat vermeld wordt in de memorie van toelichting en op basis waarvan de relevantie van het gemaakte onderscheid kan worden nagegaan. Met particulieren is het anders gesteld: hun gedragingen zijn niet noodzakelijk rationeel en kunnen niet altijd beoordeeld worden aan de hand van het utilitaristische criterium van de "even grote of grotere doeltreffendheid" vervat in artikel 2, § 1, tweede lid, van het voorstel. Voorts bestaat de mogelijkheid dat een particulier, hetzij een natuurlijk persoon, hetzij een rechtspersoon, in zijn gedragingen rekening houdt met overwegingen die gewoonlijk door de Staat worden aangevoerd, zoals de bescherming van het huwelijk of de bescherming van de goede zeden. Hoe kan in dat geval worden nagegaan of aan het evenredigheids criterium is voldaan, aangezien het gedrag van de particulier op zich normaal gezien ontoereikend is om de nagestreefde doelstelling te halen en daar alleen toe kan bijdragen en dan vaak nog in zeer geringe mate. Bovendien zullen de particulieren in een democratische en pluralistische samenleving een verschillende kijk hebben op het begrip "algemeen belang" en zullen de gevolgen van hun gedragingen elkaar opheffen.' (RvS (afd. wetg.) 16 november 2000, *Parl. St. Senaat* 2000/01, nr. 12/5, p. 7-8).

109. F. Bydlinski, 'Methodological Approaches to the Tort Law of the ECHR', in: A. Fenyves e.a. (red.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Göttingen: De Gruyter 2011, p. 66-68.

110. E. Dirix, *o.c.*, p. 55-56; R. Jafferali, *o.c.*, p. 151.

111. E. Dirix, *o.c.*, p. 43; R. Jafferali, *o.c.*, p. 150.

112. I. Verougstraete & A. Van Hoe, *o.c.*, p. 448-449, met verwijzing naar GwH nr. 8/2012, 18 januari 2012.

dige waarden als degene die aan het privaatrecht ten grondslag liggen, en vormen dan ook slechts 'retorische decoratie', zonder inhoudelijk tot een andere oplossing te leiden.<sup>113</sup>

In antwoord op de eerste, meest fundamentele, kritiek worden doorgaans drie argumenten aangehaald. Ten eerste blijkt dat sommige particuliere actoren, zoals grote ondernemingen, werkgevers, vakverenigingen, onderwijsinstellingen, geloofsgemeenschappen, politieke partijen, et cetera een aanzienlijke machtspositie hebben ingenomen, die hen in staat stelt om net zoals overheden afbreuk te doen aan grondrechten van anderen.<sup>114</sup> Ten tweede zijn de grondrechten de ordenende en leidinggevende grondbeginselen van de rechtsorde in een democratische rechtsstaat, en zijn ze verankerd in de hoogste rechtsnormen. Aangezien ze de bestaansvoorwaarden voor de menselijke waardigheid vormen, mogen ze noch door de overheid, noch door de medeburger geschonden worden. De overheid mag haar handen dus niet in onschuld wassen wanneer particulieren elkaars grondrechten schenden en moet een kader scheppen waarin grondrechtenschendingen door medeburgers worden gesanctioneerd.<sup>115</sup> Ten derde kan de afwezigheid van horizontale werking de internationale aansprakelijkheid van België in het gedrang brengen: indien de burgerlijke rechter nalaat de horizontale werking toe te passen, schendt België de positieve verplichtingen die het EVRM volgens de Straatsburgse rechtspraak bevat en zal het daarvoor veroordeeld worden door het EHRM.<sup>116</sup> Dat laatste argument hangt ook samen met de grondslag die het Bundesverfassungsgericht geeft aan de indirecte horizontale werking: aangezien de rechtbank een overheidsinstelling is, heeft zij de verplichting om de grondrechten ook in private relaties te waarborgen.<sup>117</sup> In iedere horizontale relatie ligt dus onvermijdelijk een verticaal element besloten.<sup>118</sup>

Het antwoord op de tweede kritiek luidt vooreerst dat het te simplistisch is het publiekrecht als vrijheidsbeknottend en het privaatrecht als vrijheidsbevorderend voor te stellen: er bestaan meer dan voldoende voorbeelden van privaatrechtelijke concepten die de vrijheid inperken, zoals het verbod op rechtsmisbruik in het verbintenissenrecht en het zorgvuldigheidscriterium in het aansprakelijkheidsrecht.<sup>119</sup> Daarnaast is de klassieke evenredigheidstoets, zoals die van toepassing is op overheden, weliswaar niet helemaal transposeerbaar naar horizontale relaties, maar zij kan daar *mutatis mutandis* wel degelijk op worden toegepast (zie par. 3.4). Het bestaan van die evenredigheidstoets is overigens een belangrijk antwoord op de derde kritiek: niet elke beperking van een grondrecht in horizontale relaties,

113. B.J. De Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, Antwerpen: Maklu 2010, p. 202.

114. K. Rimanque & P. Peeters, o.c., p. 12; S. Sottiaux, o.c., p. 310; S. Van Drooghenbroeck, o.c., p. 389.

115. K. Rimanque & P. Peeters, o.c., p. 16; S. Somers, o.c., p. 39; N. Van Leuven (2009), o.c., p. 68; S. Sottiaux, o.c., p. 310; J. Velaers (2007), o.c., p. 128-129; S. Van Drooghenbroeck, o.c., p. 358-360.

116. N. Van Leuven (2009), o.c., p. 214.

117. BVerfG 15 januari 1958 (*Lüth*), BVerfGE 7, 198; S. Somers, 'De *Drittwirkung* van grondrechten: retorisch curiosum of vaandel van een paradigmatische omwenteling in ons rechtsbestel?', *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2012, p. 46.

118. K. Rimanque & P. Peeters, o.c., p. 13; J. Velaers (2003), o.c., p. 292.

119. W. Van Gerven, 'Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux', *JT* 1992, p. 305-309.

maar slechts de onevenredige beperking ervan, is problematisch, en als die evenredigheidstoets met de gepaste terughoudendheid wordt toegepast, neutraliseert zij ten dele de vrees dat privaatrechtelijke concepten worden vervangen door absoluut opgevatte grondrechten. De grondrechten kunnen het privaatrecht trouwens niet helemaal verdringen, omdat zij zelf niet over een internrechtelijk sanctiemechanisme beschikken. De sanctie op de schending van een grondrecht in horizontale verhoudingen is privaatrechtelijk van aard (zie par. 3.6).

Dat neemt niet weg dat die derde en vierde kritieken wel degelijk relevant zijn. Zij pleiten evenwel niet tegen de doorwerking van grondrechten als zodanig, maar slechts tegen een overdreven toepassing daarvan. Een te simplistisch opgevatte directe horizontale werking bedreigt inderdaad wezenskenmerken van het privaatrecht, en daarom is de techniek van indirecte horizontale werking in principe te verkiezen (zie par. 3.3). Die indirecte horizontale werking vertrekt immers van privaatrechtelijke concepten, die hun inkleuring krijgen vanuit de toepasselijke grondrechten. En aangezien die privaatrechtelijke concepten vaak erg open normen zijn, bieden de grondrechten, die het voorwerp uitmaken van een gedetailleerde nationale en internationale rechtspraak, soms wel degelijk meer houvast dan het privaatrecht.<sup>120</sup>

### 3      **Techniek van doorwerking**

De precieze techniek waarmee grondrechten doorwerken in private verhoudingen, is dus medebepalend voor de legitimiteit van die doorwerking. De vraag is dan niet langer *of* de grondrechten doorwerken in horizontale relaties, maar *hoe* ze dat doen.<sup>121</sup> In dat verband spelen het onderscheid tussen overheidsgezag en de afwezigheid ervan (zie par. 3.1), het al dan niet bestaan van een machtspositie (zie par. 3.2) en het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking (zie par. 3.3), slechts een ondergeschikte rol. Het meest heil valt te verwachten van een correct toegepaste evenredigheidstoets (zie par. 3.4), ook bij conflicten van grondrechten (zie par. 3.5).

#### 3.1      **Moet er sprake zijn van overheidsgezag of van de behartiging van publieke belangen?**

Grondrechten zijn, zoals gezegd, de meest fundamentele beginselen van de westerse rechtsordes en de hoogste rechtsnormen. Zij mogen dus door niemand worden geschonden, ongeacht of de auteur van de schending al dan niet bekleed is met overheidsgezag. In dat opzicht verschillen grondrechten van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die nog steeds als wezenlijke doelstelling hebben om het optreden van de administratieve overheid te kanaliseren.

De toepasselijkheid van de grondrechten in zowel publiek- als privaatrechtelijke verhoudingen spoort overigens met een tendens van de laatste decennia, die be-

120. S. Somers (2016), *o.c.*, p. 55.

121. S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 383.

staat uit de aftakeling van de *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht.<sup>122</sup> In beginsel zijn dezelfde rechtsregels van toepassing binnen het publiek- en privaatrecht en mag de overheid zich ook voor haar handelingen van openbaar gezag vrij bedienen van privaatrechtelijke technieken (zie par. 4). Daarnaast wordt het ook alsmäär moeilijker om een heldere afbakening te geven van wat een overheid is, in een context waarin privaatrechtelijke rechtspersonen overheidsfuncties waarnemen, concessionaris van een openbare dienst zijn of als een functionele openbare dienst worden beschouwd.<sup>123</sup>

In die context kan de toepasselijkheid van de grondrechten niet worden beperkt tot de situatie waarin een overheid in het geding is. Zo niet, zou de overheid haar verantwoordelijkheid om de grondrechten te eerbiedigen, kunnen ontlopen door overheidstaken te delegeren aan entiteiten die geen overheidsgezag hebben.<sup>124</sup> In die zin oordeelde het EHRM dat de Belgische overheid, die het organiseren van *pro deo* bijstand aan de ordes van advocaten opdraagt, zich niet achter die delegatie kan verschuilen indien wordt aangevoerd dat de uitwerking ervan neerkomt op een met artikel 4 EVRM strijdige gedwongen arbeid.<sup>125</sup>

Rest de vraag of de grondrechten alleen van toepassing zijn in horizontale relaties indien degene die een grondrecht beperkt, daarmee een doelstelling van algemeen belang nastreeft. Het antwoord daarop moet negatief zijn. Particulieren mogen steeds hun eigen belang nastreven, en moeten daarbij niet noodzakelijk rationele keuzes maken of die keuzes verantwoorden.<sup>126</sup> Maar ook dan zijn zij in staat om grondrechten van derden te schenden, met name wanneer ze zich in een machtspositie bevinden. Ook die schending van grondrechten moet, gelet op hun fundamentele karakter, sanctioneerbaar zijn.

Het is daarnaast niet evident dat particulieren andermans grondrechten beperken om een doelstelling van algemeen belang na te streven. Het staat uitsluitend aan de democratisch gelegitimeerde overheid om de beleidsdoelstellingen te bepalen en om de middelen te kiezen waarmee die doelstellingen nagestreefd worden. Particulieren kunnen onderling sterk verschillende visies hebben op wat het algemeen belang inhoudt. Uiteraard mogen particuliere verenigingen, onderwijsinstellingen, en dergelijke hun sociaal of educatief doel zelf bepalen, maar dit doel valt niet noodzakelijk samen met het algemeen belang zoals de overheid dat invult. Een private ondernemer mag zijn werknemers dus wel verplichten om het Nederlands machtig te zijn als dat nodig is voor de uitgeoefende functie, maar hij mag diezelfde verplichting niet rechtvaardigen vanuit de doelstelling om de Nederlandse taal te beschermen.<sup>127</sup> En een private onderneming die een neutraliteitsbeleid wil voeren, mag dat slechts doen vanuit het eigenbelang dat zij reke-

122. S. Lierman, P.-J. Van de Weyer & K.-J. Vandormael, 'Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van publiek- en privaatrecht', *TPR* 2016, p. 563-569.

123. S. Somers (2016), *o.c.*, p. 35; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 28-38; J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 290.

124. Art. 5 van de Draft Articles on State Responsibility for internationally wrongful acts, ILC 2001; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 106; W. Van Gerven & S. Lierman, *o.c.*, p. 292-294.

125. EHRM 23 november 1983 (*Van der Mussele/België*).

126. RvS (afd. wetg.) 16 november 2000, *Parl. St. Senaat* 2000/01, nr. 12/5, p. 7-8.

127. S. Sottiaux, *o.c.*, p. 326. *Contra*: N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 178-179.

ning houdt met de voorkeuren van haar klanten, een belang dat zelf overigens wordt beschermd door de door artikel 16 EU-Handvest gewaarborgde vrijheid van ondernemen.<sup>128</sup> In gelijkaardige zin oordeelde het Hof van Cassatie dat de rechter in een burengeschil over het snoeien van planten op de perceelsgrens zijn evenredigheidsstoets moet beperken tot de conflicterende belangen van de buren. De eigenaar mag zich niet beroepen op een algemeen belang, *in casu* de ecologie, om zich aan zijn snoeiplicht te onttrekken.<sup>129</sup>

Omgekeerd is intussen, in afwijking van de klassieke leer,<sup>130</sup> wel aanvaard dat ook de overheid zich op de meeste grondrechten kan beroepen. Zowel het Hof van Cassatie als het Grondwettelijk Hof staan toe dat publiekrechtelijke rechtspersonen zich op het gelijkheidsbeginsel beroepen.<sup>131</sup> Ook artikel 16 Gw, dat waarborgen biedt inzake onteigening, kan door de onteigende overheid worden ingeroepen.<sup>132</sup> Sommige grondrechten zijn daarentegen louter bedoeld om particulieren te beschermen: zo waarborgt artikel 27 Gw enkel de vrijheid van particulieren om private verenigingen op te richten en aan hun activiteiten deel te nemen. Publieke rechtspersonen kunnen zich niet op dat grondrecht beroepen.<sup>133</sup>

### 3.2 De rol van een machtspositie

Nu vaststaat dat ook particulieren de grondrechten moeten eerbiedigen, *omdat* ze zich vaak in een machtspositie bevinden, rijst de vraag of ze dat ook *alleen* moeten doen indien ze zich in een machtspositie bevinden. In Duitsland stelt de door Gamillscheg ontwikkelde leer van de ‘analogie van de macht’ de legitimering en het toepassingsgebied van de horizontale werking van grondrechten gelijk: alleen wanneer in de verhouding tussen particulieren sprake is van een machtsonevenwicht vergelijkbaar met dat in verticale relaties, rust op de overheid de verplichting om de grondrechten in die horizontale verhouding te beschermen.<sup>134</sup>

Minstens voor de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel lijkt het Grondwettelijk Hof het bestaan van een machtspositie als toepassingscriterium te stellen: ‘Het bepalende criterium voor de onderwerping aan het verbod van discriminatie is derhalve niet het regelgevende optreden, maar de machtspositie, in feite of in rechte, die een persoon in het rechtsverkeer inneemt en die hem in de

128. HvJ (GK) 14 maart 2017, C-157/15 (*Samira Achbita en CGAS/G4S*); HvJ (GK) 14 maart 2017, C-188/15 (*Asma Bougnaoui*), punten 32-34 en 40; HvJ (GK) 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*WABE en Müller*). Zie voor een nadere bespreking van die casussen *infra*, par. 3.5.

129. Cass. 22 oktober 2021, C.20.0265.F: ‘Wanneer een privépersoon zich tegenover een andere privépersoon beroept op een recht, kan de rechter de evenredigheid van de uitoefening van dat recht niet beoordelen in het licht van een collectief belang dat verschilt van hun respectieve belangen.’

130. Zie J. Vande Lanotte, o.c., p. 267.

131. GwH nr. 13/91, 28 mei 1991 (gemeenten); GwH nr. 62/96, 7 november 1996 (gemeenschappen, gewesten en federale staat); GwH nr. 182/2002, 11 december 2002 (functioneel gedecentraliseerde besturen); GwH nr. 38/2008, 4 maart 2008; GwH nr. 81/2024, 10 juli 2024 (gemeenten); Cass. 16 november 2018, C.16.0065.N.

132. GwH nr. 115/2004, 30 juni 2004.

133. GwH nr. 73/2014, 8 mei 2014; GwH nr. 171/2015, 3 december 2015. Om de intergemeentelijke samenwerking mogelijk te maken, was dan ook een herziening van art. 162 Gw nodig.

134. F. Gamillscheg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Berlijn: Duncker & Humblot 1989, 105 p.

gelegenheid stelt om op discriminerende wijze afbreuk te doen aan rechten van anderen.<sup>135</sup> Dat criterium rechtvaardigt, aldus het Hof, zelfs dat de antidiscriminatiewetten wel van toepassing zijn in arbeidsrelaties, maar niet tussen vennoten, wel op aanbieders van goederen en diensten, maar niet op afnemers ervan, wel op artsen maar niet op patiënten en wel op de organisatoren van socio-culturele activiteiten maar niet op de deelnemers.<sup>136</sup> Ook de partiële-nietigheidssanctie, die gunstig is voor de schuldenaar en ongunstig voor de schuldeiser, wordt verantwoord door dat verschil in machtspositie.<sup>137</sup> Meer algemeen met betrekking tot alle grondrechten voerden Rimanque en Peeters reeds in 1982 aan dat alleen wanneer een onevenwichtige machtsverhouding aanwezig is, de horizontale verhouding voldoende vergelijkbaar is met de verticale verhouding om de toepasselijkheid van de grondrechten te vereisen.<sup>138</sup>

Toch is dit niet zo evident. Een machtspositie is op zichzelf beschouwd niet nodig om een grondrecht te schenden. De journalist die een kritisch artikel over een politicus of een roddelbijdrage over een royalty schrijft, bevindt zich niet in een machtspositie, maar is wel in de gelegenheid om hun eer en goede naam aan te tasten. En de pleger van een diefstal of een geweldsmisdrijf schendt het eigendomsrecht, het recht op leven of de fysieke integriteit van het slachtoffer, maar staat doorgaans niet sociaal-economisch sterker dan het slachtoffer. Ook de buur die overdreven hinder veroorzaakt voor het naburige erf, is niet noodzakelijk machtiger dan de buur die daarover klaagt. Als grondrechten werkelijk fundamenteel zijn, moeten alle schendingen ervan een rechterlijke beoordeling en de gepaste strafsanctie of burgerlijke sanctie krijgen.<sup>139</sup> Dat geldt ook indien die grondrechtenschending is ingegeven door een discriminerend motief.<sup>140</sup>

Die voorbeelden illustreren een bijkomend probleem met de theorie van de analogie van de macht. Indien men niet simpelweg de toepasselijkheid van grondrechten in alle horizontale verhoudingen aanvaardt, maar vereist dat er sprake is van een machtspositie, dan moet de rechter in elk horizontaal geschil waarin een grondrecht wordt ingeroepen het bestaan van die feitelijke machtspositie onderzoeken. Het is niet evident om daar heldere criteria voor uit te werken.<sup>141</sup> Een abstracte en categorische afbakening is alvast te simplistisch: werkgevers staan veelal in een machtiger positie dan werknemers, maar voor bepaalde zeer gespecialiseerde functies, waarvoor weinig gekwalificeerde kandidaten bestaan, is dat allicht anders. Verhuurders zullen doorgaans sterker staan dan huurders, tenzij indien het huur aanbod de vraag overstijgt. En inzake landpacht is de wettelijke

135. GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009, B.10.4.

136. *Ibid.*, resp. B.17.2, B.18.2, B.19.2 en B.20.2.

137. *Ibid.* B.29.3.

138. K. Rimanque & P. Peeters, *o.c.*, p. 21.

139. S. Sottiaux, *o.c.*, p. 310.

140. Het Grondwettelijk Hof oordeelt trouwens zelf in het arrest over de antidiscriminatiewetten: 'Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is immers geen louter beginsel van behoorlijke wetgeving en behoorlijk bestuur. Het is een van de grondslagen van een democratische rechtsstaat' (GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009, B.10.3).

141. S. Somers (2016), *o.c.*, p. 38; S. Jansen, *o.c.*, p. 192.

bescherming van de pachter zo sterk dat de vraag rijst of het niet veeleer hij is die over een economische machtspositie beschikt.

Het machtsonevenwicht zou dus geen bepalend criterium mogen zijn voor de toepasselijkheid van grondrechten in horizontale verhoudingen,<sup>142</sup> maar kan wel een belangrijke factor in de evenredigheidsstoets zijn. Het is dan immers waarschijnlijker dat particulieren gedwongen worden om in te stemmen met clausules die hun grondrechten disproportioneel aantasten, en in dat geval moet aan die instemming weinig waarde worden gehecht.<sup>143</sup>

### 3.3 Directe of indirecte horizontale werking?

De rechtsleer die over de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen schrijft, staat steeds nadrukkelijk stil bij het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking. Uit hetgeen volgt, blijkt dat die aandacht overdreven is en dat dit onderscheid voor de praktijk weinig meerwaarde heeft.

Terwijl bij de directe horizontale werking de rechter steeds de grondrechten kan toepassen in horizontale relaties, en daarbij wetgeving en contractbepalingen naast zich kan neerleggen, vormen de grondrechten bij de indirecte horizontale werking veeleer een bron ter interpretatie van privaatrechtelijke rechtsnormen en dus een techniek om de zaak op een bepaalde manier te belichten (zie par. 2.4).

Procedureel gezien is directe horizontale werking in België niet mogelijk indien dat betekent dat de burgerlijke rechter op eigen houtje formele wetgeving terzijde schuift. Hij mag wetgeving niet buiten toepassing verklaren wegens strijdigheid met een grondrecht zonder daarover eerst een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen. Hij kan die verplichting niet ontlopen door zich louter op analoge verdragsbepalingen te beroepen (zie par. 2.2). Voor de toepassing van indirecte horizontale werking is een prejudiciële vraag niet nodig, maar is wel vereist dat de geïnterpreteerde wetsbepaling vatbaar is voor de grondwetsconforme interpretatie die de rechter eraan geeft. Het inpassen van de grondrechten in bestaande privaatrechtelijke normen en concepten biedt immers geen oplossing voor de hypothese waarin die privaatrechtelijke normen zelf de grondrechten schenden.<sup>144</sup>

De directe horizontale werking is proceseconomischer en biedt een efficiënte rechtsbescherming, die in elke fase van een geschil en in weerwil van wetgeving en overeenkomsten kan worden ingeroepen. Maar net daardoor zet ze ook de rechtszekerheid op de helling, omdat de andere partij bij die overeenkomst of

142. De formulering van de antidiscriminatiewetten zelf geeft trouwens aan dat ze alle partijen beschermen, zowel de zwakke als de machtige (S. Jansen, *o.c.*, p. 191-192). Het grootste deel van de antidiscriminatiewetten biedt 'symmetrische bescherming'. Van een asymmetrische bescherming van enkel de zwakkere partij is slechts sporadisch sprake, bijvoorbeeld inzake redelijke aanpassingen en positieve actie.

143. N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 68.

144. N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 290.

dege die beschermd wordt door die wetgeving elke houvast voor zijn handelen verliest.<sup>145</sup>

De kritieken die tegen doorwerking van grondrechten in private verhoudingen worden geuit (zie par. 2.5), gaan bij nader inzien vooral op voor de directe horizontale werking, en in veel mindere mate voor de indirecte horizontale werking.<sup>146</sup> Het gaat onder meer om de kritiek dat aan particulieren dezelfde verplichtingen zouden worden opgelegd als aan overheden, de kritiek dat het privaatrecht in de verdrukking komt, en de kritiek dat de rechter zijn rol in een systeem van scheiding der machten te buiten gaat.

Het is inderdaad zo dat bij de indirecte horizontale werking de rol van de wetgever centraal blijft staan, omdat hij als eerste aan zet is om de privaatrechtelijke concepten vorm te geven en daarbij meteen aandacht te besteden aan de toepasselijke grondrechten (zie par. 2.1). De wetgever wordt geresponsabiliseerd om hierin de juiste belangenafweging te maken. Aan de rechter komt dan een bescheidener rol toe, die hoofdzakelijk bestaat in het interpreteren van die wetgeving.<sup>147</sup> Hij kan zijn oordeelsvorming immers niet alleen op vaag geformuleerde grondrechten baseren, maar moet ook aansluiting zoeken bij privaatrechtelijke concepten.<sup>148</sup> Indirecte horizontale werking is dus een democratischer manier om met de doorwerking van grondrechten om te gaan: vaak zijn er meerdere manieren om de grondrechten te laten doorwerken, en het komt dan in de eerste plaats aan de wetgever toe om een keuze te maken tussen die alternatieven en om het juiste evenwicht tussen conflicterende belangen te bepalen. De indirecte horizontale werking heeft op die manier ook meer eerbied voor de wettelijk verankerde basisbeginselen van het contractenrecht, zoals de contractvrijheid. Zij leidt er ook toe dat grondrechtenbeperkingen waarmee een contractpartij bewust en zonder de druk die voortvloeit uit een feitelijke machtspositie heeft ingestemd, anders kunnen worden behandeld dan andere grondrechtenbeperkingen in horizontale relaties.<sup>149</sup>

Omwille van die redenen is een ruime meerderheid van de Belgische rechtsleer voorstander van de indirecte horizontale werking.<sup>150</sup> De directe horizontale werking wordt amper bepleit.<sup>151</sup>

145. S. Somers (2012), p. 45.

146. R. Jafferali, *o.c.*, p. 155; K. Rimanque & P. Peeters, *o.c.*, p. 21.

147. S. Somers (2016), *o.c.*, p. 63.

148. J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, p. 240.

149. N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 283.

150. R. Jafferali, *o.c.*, p. 155; S. Jansen, *o.c.*, p. 180-181; P. Lemmens & N. Van Leuven, *o.c.*, p. 142-143; K. Rimanque & P. Peeters, *o.c.*, p. 19; S. Somers (2016), *o.c.*, p. 63; W. Van Gerven (1992), *o.c.*, p. 308; A. Van Oevelen, 'De totstandkoming, de uitvoering, de sancties bij de niet-uitvoering en de beëindiging van overeenkomsten waarin een migrant partij is', in: K. De Feyter, M.-C. Foblets & B. Hubeau (red.), *Migratie- en migrantenrecht – Recente ontwikkelingen*, Brugge: die Keure 1995, 396; J. Velaers & S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 121-122.

151. E. Brems, 'Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la Constitution belge?', *RTDH* 2007, p. 376-377.

Anderzijds zijn er ook auteurs die wijzen op de zwakke waarborg die de indirecte horizontale werking slechts biedt: zij dreigt de grondrechten te reduceren tot loutere waarden waarmee rekening wordt gehouden naast alle andere beginselen die in het geding zijn, zonder die grondrechten nog als rechten te formuleren of er een hiërarchisch hogere waarde aan toe te kennen. Waar de directe horizontale werking geen recht doet aan het privaatrecht, doet de indirecte horizontale werking dus geen recht aan de grondrechten.<sup>152</sup>

Van Leuven probeert die voor- en nadelen te verzoenen met het model van ‘versterkte indirecte horizontale werking’, dat zij ontleent aan Barak en Besson.<sup>153</sup> Dat model vertrekt van de privaatrechtelijke categorieën, die wel steeds moeten worden toegepast conform de criteria die het EHRM uittekent voor de beperking van grondrechten. De privaatrechtelijke normen en concepten vormen dan het uitgangspunt, maar de rechter mag zich er niet aan vastklampen, en moet indien nodig hun traditionele betekenis herzien in functie van de grondrechten. Die manier van werken zou de autonomie van het privaatrecht en van de grondrechten zo veel als mogelijk vrijwaren.

Toch blijft de vraag of het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking wel zo relevant is. Hoe vager en opener het toegepaste privaatrechtelijke concept is, des te plooiarder het is naar de soms gedetailleerde vereisten die uit de overvloedig beschikbare grondrechtenrechtspraak voortvloeien. Maar is het dan niet gewoon dat grondrecht zelf dat bepalend is voor de uitkomst van het geschil, net zoals bij de directe horizontale werking? Elke contractuele clausule die de grondrechten schendt, is bijvoorbeeld *ipso facto* in strijd met de openbare orde<sup>154</sup> en heeft een ongeoorloofd voorwerp (zie par. 7).<sup>155</sup> Omgekeerd geldt dat, hoe concreter en gedetailleerder dat privaatrechtelijke concept is, des te minder een grondrechtsconforme lezing ervan tot de mogelijkheden behoort, en in dat geval moet die wetskrachtige norm wel degelijk wijken voor de hiërarchisch hogere grondrechten waarmee het in strijd is.<sup>156</sup> Ook wanneer er geen open privaatrechtelijke norm beschikbaar is die grondrechtsconform kan worden ingekleurd, zijn de grondrechten de hiërarchisch hoogste normen, waarmee wetgeving, contractuele clausules, rechtsuitoefeningen en feitelijke gedragingen niet in strijd mogen zijn. Een vorm van directe horizontale werking is dan de enige optie om de voorrang van de grondrechten te waarborgen. En dan moet de rechter, die zich niet mag bezondigen aan rechtsweigering, nog steeds het voorliggende geschil beslechten, hetgeen hij niet meer op grond van de specifieke maar ongrondwettige regel van

152. E. Dirix, *o.c.*, p. 49; S. Somers, *o.c.*, p. 52; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 286-287, met verwijzing naar Duitse rechtspraak en rechtsleer, waarin de indirecte horizontale werking het leidende beginsel is.

153. N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 290-291, met verwijzing naar A. Barak, *o.c.*, p. 31; S. Besson, ‘Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l’homme’, in: F. Werro (red.), *Droit civil et Convention européenne des droits de l’homme*, Zürich: Schulthess 2006, p. 19.

154. R. Jafferali, *o.c.*, p. 156-157; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 133. Zie het reeds vermelde GwH nr. 8/2012, waarin het Hof aangaf dat een reorganisatieplan van een onderneming dat een bepaalde categorie van schuldeisers discrimineert, *ipso facto* in strijd met de openbare orde is. Zie in dezelfde zin GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009.

155. Vgl. Cass. 29 september 2008, *Pas.* 2008, nr. 511 (zie par. 2.4.2).

156. M. Kumm, *o.c.*, p. 352-359; M. Somers (2012), *o.c.*, p. 46-47.

privaatrecht kan doen, zodat hij toepassing zal moeten maken van algemenere privaatrechtelijke regels of van grondrechten. Wanneer de directe horizontale werking wordt toegepast, komen de voormelde gevaren weer aan de oppervlakte, zoals het gevaar van een verdringing van het privaatrecht. De gepaste manier om die gevaren te neutraliseren, is de terughoudende wijze waarop de evenredigheids-toets moet worden uitgevoerd. Die toets moet terdege rekening houden met alle contextuele aspecten, zoals de eigen aard van een horizontale rechtsverhouding.

### 3.4 De gehorizontaliseerde evenredigheidstoets

Uit wat voorafgaat, blijkt dat de aard of machtspositie van de partijen niet bepalend is voor de doorwerking van grondrechten. Omwille van hun functie en hun plaats in de normenhiërarchie werken grondrechten door in alle horizontale relaties, en de relevante vraag wordt die naar de intensiteit waarmee ze dat doen. Het zijn de aangepaste interpretatie en toetsingsintensiteit die uitwassen zoals grondrechteninflatie, de verdringing van het privaatrecht en het opleggen van identieke verplichtingen aan burger en overheid kunnen vermijden en zo de legitimiteit van de doorwerking vrijwaren. Die intensiteit hangt niet af van de directe of indirecte aard van de horizontale werking, maar van de manier waarop de evenredigheidstoets wordt toegepast. Sommige auteurs zijn nochtans van mening dat de evenredigheidstoets, die een bij uitstek publiekrechtelijk concept is, niet werkbaar is in private verhoudingen (zie par. 2.5). Toch vereist het EHRM wel degelijk dat de evenredigheidstoets *sensu lato* ook wordt toegepast op grondrechtenbeperkingen door particulieren.<sup>157</sup> Ook de antidiscriminatiewetten transponeren de evenredigheidstoets naar private verhoudingen.<sup>158</sup> Het is dus correcter om alle stappen van de evenredigheidstoets *sensu lato* wel degelijk toe te passen, maar daarbij voldoende aandacht te besteden aan de eigenheid van de horizontale relatie.<sup>159</sup>

De vereiste dat een grondrechtenbeperking ‘bij wet voorzien’ is, is logisch wanneer ze wordt toegepast op de overheid, aangezien die slechts binnen de grenzen van de wet mag opereren. Particulieren hebben daarentegen in beginsel geen wettelijke toelating nodig voor hun handelen, en zijn evenmin bij machte om wetgeving aan te nemen.<sup>160</sup> Het vereisen van een wettelijke grondslag zou elke beperking (of afstand) van grondrechten bij overeenkomst onmogelijk maken,<sup>161</sup> al kan volgens Velaers in artikel 5.69 nieuw BW, dat bepaalt dat de overeenkomst de partijen tot wet strekt, een algemene wettelijke grondslag voor het beperken van grondrechten bij overeenkomst worden gelezen.<sup>162</sup> Het Hof van Cassatie vereist

157. EHRM 29 februari 2000 (*Fuentes Bobo/Spanje*); EHRM 17 juli 2003 (*Craxi (nr. 2)/Italië*).

158. S. Jansen, o.c., p. 198; S. Sottiaux, ‘De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht’, in: C. Bayart, S. Sottiaux & S. Van Drooghenbroeck (red.), *De nieuwe federale antidiscriminatiewetten*, Brugge: die Keure 2008, p. 336.

159. S. Van Drooghenbroeck, o.c., p. 373-379; N. Van Leuven (2009), o.c., p. 168-181 en p. 439-442.

160. J. Velaers (2003), o.c., p. 291.

161. R. Jafferali, o.c., p. 164-165; R. Van Crombrugge, N. Vandezande & N. Vandevelde, ‘Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?’, *RW* 2015/16, p. 243.

162. J. Velaers (2007), o.c., p. 156 (met verwijzing naar het corresponderende art. 1134 oud BW).

niet dat beperkingen van grondrechten door private personen bij wet voorzien zijn.<sup>163</sup>

De vereiste van materiële wettigheid is daarentegen wel transposeerbaar naar horizontale relaties: particulieren die een grondrecht beperken, moeten daarbij zo voorzienbaar, voorspelbaar en transparant mogelijk te werk gaan. Zo moeten kledingvoorschriften die de godsdienstvrijheid beperken, blijken uit een vooraf bekendgemaakt arbeidsreglement.<sup>164</sup> Wie die vereiste bewust aan zijn laars lapt om een verrassingseffect te bekomen, schendt de grondrechten.<sup>165</sup>

Ook de vereiste van een legitieme doelstelling kan niet volledig worden doorgetrokken naar horizontale relaties, omdat men van een particulier niet mag vereisen dat hij het algemeen belang nastreeft. Hij mag zijn eigen belang en winstoogmerk nastreven.<sup>166</sup> De vraag rijst zelfs of hij wel grondrechten mag beperken vanuit een doelstelling van algemeen belang (zie par. 3.1). Maar ook voor particulieren geldt dat zij geen grondrechten mogen beperken vanuit een illegitieme doelstelling, zoals blijkt uit de casus van het eigenaarschap van een voetballer (zie par. 2.4.2). Evenmin mag de nagestreefde doelstelling bestaan uit het oogmerk tot schade en men mag evenmin zonder enig redelijk belang een grondrecht beperken.<sup>167</sup>

Wat de pertinentietoets betreft, moet er rekening mee worden gehouden dat de impact en middelen van particulieren niet dezelfde zijn als die van een overheid.<sup>168</sup> De pertinentietoets omvat in horizontale relaties ook een noodzakelijkheidstoets: zoals blijkt uit de memorie van toelichting van de eerste antidiscriminatiewet, is een particuliere beperking van grondrechten ongerechtvaardigd indien de maatregel had kunnen worden vervangen door andere, even doeltreffende maatregelen die de grondrechten van de betrokken personen niet beperkten.<sup>169</sup> Dat een noodzakelijkheidstoets een verplichte stap is bij de rechtvaardiging van een beperking van grondrechten in private verhoudingen, terwijl ze niet steeds wordt toegepast wanneer de overheid de grondrechten beperkt, valt te verklaren doordat die overheid de grondrechten beperkt om een doelstelling van algemeen belang na te streven, terwijl particulieren die grondrechten beperken, dat vanuit hun eigenbelang doen.

De evenredigheidstoets *sensu stricto* is een afweging van het nagestreefde particulier belang ten opzichte van de last die door het nastreven ervan wordt opgelegd aan de andere partij bij de horizontale verhouding.<sup>170</sup> Die toets moet in een horizontale verhouding die door de wet of door een overeenkomst wordt beheerst, over het algemeen terughoudend toegepast worden, omdat de andere partij bij

163. Cass. 27 april 2006, *Pas.* 2006, p. 968; Cass. 27 april 1981, *Arr.Cass.* 1980/81, I, p. 964; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 125.

164. Arbh. Brussel 17 oktober 2002, *J.dr:jeun* 2002, p. 42; Arbrb. Tongeren 2 januari 2013, 11/2142/A.

165. N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 440.

166. S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 378; J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 307.

167. J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 307; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 441.

168. S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 378.

169. *Parl. St.* 1999/00, Senaat 2-12/1.

170. N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 292.

de horizontale verhouding zich doorgaans kan beroepen op een legitiem vertrouwen dat de wetsbepaling of de contractuele clausule die in zijn voordeel werkt, hem bescherming zal blijven bieden. In sommige gevallen kan die andere zichzelf ook op een grondrecht beroepen (zie par. 3.5). Bovendien is het particulieren in beginsel toegestaan om hun eigen vrijheid na te streven met miskenning van de belangen van anderen; alleen indien men daarbij een onevenredig groot nadeel berokkent aan degene die zich op een grondrecht kan beroepen, is er sprake van een schending.<sup>171</sup> De vrijheid waarover de grondrechtenbeperker beschikt, is wel geringer wanneer een grondrecht in het geding is waaraan op grond van de rechtspraak van het EHRM een bijzondere bescherming toekomt.<sup>172</sup> Voorts laat de evenredigheidstoets toe om rekening te houden met alle omstandigheden die in het geding zijn, zoals de vraag of men bewust heeft ingestemd met de beperking van een grondrecht,<sup>173</sup> althans in situaties waarin geen al te groot machtsonevenwicht aanwezig is (zie par. 3.2). In buitencontractuele-aansprakelijkheidsverhoudingen kan de evenredigheidstoets *sensu stricto* minder terughoudend worden toegepast, omdat de tegenpartij zich in dergelijke verhoudingen niet op eenzelfde legitiem vertrouwen kan beroepen als in wettelijke of contractuele verhoudingen, en omdat de grondrechtenbeperking in dergelijke verhoudingen het wezen van de beweerde onrechtmatige daad uitmaakt.

Er is terecht op gewezen dat deze evenredigheidstoets *sensu lato* amper verschilt van, of zelden tot een ander resultaat leidt dan de toepassing van puur privaatrechtelijke concepten zoals het zorgvuldigheidscriterium in het aansprakelijkheidsrecht<sup>174</sup> of het verbod van rechtsmisbruik,<sup>175</sup> twee concepten die zelf trouwens grotendeels samenvallen,<sup>176</sup> zeker sinds de invoering van het nieuwe artikel 1.10 BW.<sup>177</sup> Drie manieren waarop het Hof van Cassatie het verbod op rechtsmisbruik concretiseert, lijken sterk op de stappen van de evenredigheidstoets. Wanneer de uitoefening van een recht 'uitsluitend ertoe strekt de belangen van de tegenpartijen te schaden', bezondigt degene die zijn recht zo wil uitoefenen, zich aan rechtsmisbruik.<sup>178</sup> Die ambitie maakt uiteraard ook een illegitiem doel uit wanneer een dergelijke rechtsuitoefening een grondrecht beperkt. Wie 'tussen verschillende wijzen van rechtsuitoefening met hetzelfde gunstig gevolg voor zichzelf, deze kiest die een ander de meeste schade toebrengt', pleegt eveneens rechtsmisbruik.<sup>179</sup> Wie met deze ingesteldheid een grondrecht beperkt, doet dat terwijl het

171. J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 307; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 442.

172. N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 127, die verwijst naar bestaande rechtspraak over het verbod op discriminatie van kandidaat-huurders op basis van seksuele oriëntatie.

173. N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 292.

174. S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 378.

175. Art. 1.11 nieuw BW. Zie S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 379; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 130.

176. A. De Boeck & N. Van Damme, 'Rechtsmisbruik', in: *Bijzondere overeenkomsten* (losbl.), jura.be, p. 197-199; T. Leonard, 'L'interdiction de l'abus de droit dans le nouveau Code civil: requiem pour un principe général de droit?', in: J. Van Meerbeeck & Y. Ninane (red.), *Les principes généraux du droit privé*, Limal: Anthémis 2023, p. 74.

177. Die bepaling luidt: 'Wie zijn recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst, maakt misbruik van zijn recht.'

178. Cass. 19 februari 2010, C.09.0118.F.-C.09.0132.F.

179. Cass. 25 april 2022, S.21.0071.F (dit is zelfs het geval indien er bij die keuze geen oogmerk om te schaden aanwezig is).

niet noodzakelijk is. En van rechtsmisbruik is ook sprake bij schending van het evenredigheidsbeginsel, of ‘wanneer het veroorzaakte nadeel buiten verhouding staat tot het voordeel dat de houder van het recht nastreeft of heeft verkregen’.<sup>180</sup>

### 3.5 Gehorizontaliseerde evenredigheidstoets bij conflict van grondrechten

In horizontale relaties zullen zich onvermijdelijk situaties voordoen waarin een grondrecht van de ene particulier in conflict komt met een grondrecht van een andere particulier. Het probleem van de conflicterende grondrechten, dat één van de moeilijkste vraagstukken in de mensenrechtelijke doctrine is, stelt zich zelfs vooral in horizontale relaties.<sup>181</sup> Het typevoorbeeld is het conflict tussen het recht op eer en goede naam van degene over wie een kritisch of satirisch boek of persartikel verschijnt en de vrije meningsuiting en drukpersvrijheid van de auteur of journalist.<sup>182</sup> Ook hier is de evenredigheidstoets de geëigende formule, maar de manier waarop de rechter de in het geding zijnde belangen afweegt en de procedurele techniek van het eenzijdig verzoekschrift in kort geding dat de eiser vaak gebruikt, leiden tot onzekere uitkomsten.<sup>183</sup> Deze afweging zal veeleer in het voordeel van de persvrijheid uitvallen als het gaat om een materie van algemeen belang waarover het publiek geïnformeerd moet worden, maar zal eerder in het voordeel van de privacy uitvallen wanneer het gaat om banale informatie die louter op de nieuwsgierigheid van de lezers inspeelt.<sup>184</sup>

De vraag is of ook hier de wetgever aan zet is. Velaers meent van niet: hij wijst erop dat de evenredigheidstoets een oefening *in concreto* is, hetgeen een rechterlijke taak is, terwijl de wetgever alleen maar op abstracte en algemene wijze kan reguleren.<sup>185</sup> De rechter moet het in het geding zijnde grondrechtenconflict helder en transparant weergeven en moet aangeven hoe hij de in het geding zijnde rechten en belangen afweegt.<sup>186</sup> Van Drooghenbroeck antwoordt dat die manier van werken de voorzienbaarheid van de uitkomst nog meer op het spel zet.<sup>187</sup> Doorgaans kent het EHRM de lidstaten een ruime appreciatiemarge toe om het juiste evenwicht te bepalen, maar overheden die een keuze maken voor het ene grondrecht, kunnen toch veroordeeld worden wegens schending van het andere grondrecht: in een tegen België gewezen arrest stelde het EHRM een schending van het journalistieke bronnengeheim vast door een huiszoeking op een krantenredactie die als

180. Cass. 3 februari 2017, C.16.0055.N; Cass. 26 oktober 2017, C.16.0393.N; Cass. 27 januari 2020, C.19.0020.N; Cass. 20 januari 2023, C.21.0499.N.

181. J. Velaers (2007), o.c., p. 143.

182. Bijv. Antwerpen 4 november 1999, RW 2000/01, p. 1457 (*modeontwerpster Ann Demeulemeester/auteur Herman Brusselmans*); Rb. Brussel 4 november 2008 (*commissaris-generaal van de federale politie Fernand Koekelberg/Humo*). Zie ook EHRM 24 juni 2004 (*von Hannover/Duitsland*), over de vrijheid van de pers om foto's uit het privéleven van Caroline van Monaco te publiceren. De Duitse rechters hadden de persvrijheid beschermd, maar het EHRM stelde een schending van art. 8 EVRM vast.

183. W. Van Gerven & S. Lierman, o.c., p. 391-393.

184. EHRM 9 november 2006 (*Leempoel e.a./België*).

185. J. Velaers (2003), o.c., p. 311.

186. EHRM 23 september 2010 (*Schiith/Duitsland*); EHRM 3 februari 2011 (*Siebenhaar/Duitsland*).

187. S. Van Drooghenbroeck, o.c., p. 387-388.

doel had een lek in het strafrechtelijk onderzoek op te sporen dat de privacy van een verdachte had aangetast.<sup>188</sup>

Toch is de evenredigheidstoets *in concreto* de enige mogelijkheid om met botsende grondrechten in private verhoudingen om te gaan, nu er geen hiërarchie tussen de grondrechten bestaat en het veelal niet mogelijk zal zijn om de beide grondrechten met elkaar te verzoenen.<sup>189</sup> Wanneer het ene en wanneer het andere grondrecht doorweegt, hangt inderdaad af van de eigenheden van elke casus, zoals blijkt uit enkele arresten van het Hof van Justitie over het verbod op religieuze, politieke of ideologische tekens op de werkvloer.

Werknemers die hun religieuze verplichting om bepaalde zichtbare geloofsbeschouwelijke tekens te dragen, ook op de werkvloer willen eerbiedigen, worden vaak geconfronteerd met een verbod daartoe vanwege hun werkgever, en dat verbod wordt op zijn beurt soms ook beschermd door een grondrecht. Het Hof van Justitie maakt in dergelijke zaken een onderscheid naargelang de werkgever vooraf een neutraliteitsbeleid heeft uitgetekend en naargelang de motivering en de toepassing daarvan. In *Bouagnaoui* was niet duidelijk of het consultancybedrijf Micropole vooraf een neutraliteitsbeleid had uitgewerkt. Micropole ontsloeg een ingenieur omdat de firma waarnaar zij was uitgezonden, na afloop van de opdracht had laten weten dat zij bij een volgende opdracht geen consultant met een hoofddoek meer wenste. Bij gebrek aan consequent toegepast neutraliteitsbeleid stelde het Hof kortweg vast dat de wil om rekening te houden met de bijzondere wensen van de klant op zich niet volstaat om een hoofddoekverbod te kwalificeren als een ‘wezenlijk en bepalend beroepsvereiste’ in de zin van artikel 4.1 Richtlijn 2000/78/EG.<sup>190</sup>

In het arrest van dezelfde datum in de Belgische zaak *Achbita*, over een receptioniste die bij G4S ontslagen werd omdat ze op het werk een hoofddoek droeg, bestond wel een vooraf uitgewerkt neutraliteitsbeleid. Daarover oordeelde het Hof van Justitie dat de doelstelling om ‘in de relaties met publieke en particuliere klanten van een beleid van politieke, filosofische en religieuze neutraliteit blijf te geven’, legitiem is en zelfs beschermd wordt door de vrijheid van ondernemerschap in artikel 16 EU-Handvest. Een verbod op het dragen van dergelijke tekens is passend indien het ‘daadwerkelijk coherent en systematisch’ wordt nagestreefd, en het is strikt noodzakelijk indien het alleen van toepassing is op personeelsleden die in contact met de klanten staan.<sup>191</sup>

188. EHRM 15 juli 2003 (*Ernst e.a./België*). In dezelfde zin EHRM 17 juli 2003 (*Craxi (nr. 2)/Italië*).

189. J. Velaers (2007), o.c., p. 145-150.

190. HvJ (GK) 14 maart 2017, C-188/15 (*Asma Bouagnaoui*), punten 32-34 en 40. In een eerdere Belgische zaak had de Arbeidsrechtbank van Tongeren in gelijkaardige zin geoordeeld: zij veroordeelde HEMA omdat het een medewerkster had ontslagen die een hoofddoek droeg, terwijl deze onderneming voordien geen beleidslijn in die zin had uiteengezet (Arbrb. Tongeren 2 januari 2013, 11/2142/A).

191. HvJ (GK) 14 maart 2017, C-157/15 (*Achbita en CGAS/G4S*). In het eindarrest werd geoordeeld dat aan die criteria voldaan was en er dus geen schending voorlag (Arbh. Gent 12 oktober 2020, 2019/AH/55).

Dat arrest kon misschien de indruk wekken dat een vooraf uitgewerkt en consequent toegepast neutraliteitsbeleid elke beperking op de godsdienstvrijheid kon rechtvaardigen,<sup>192</sup> maar het latere arrest *WABE en Müller* bracht op dit punt iets meer nuance. Een neutraliteitsbeleid is nog steeds legitiem, maar komt slechts in aanmerking om een indirect onderscheid op grond van geloof te rechtvaardigen voor zover in de onderneming een ‘werkelijke behoefte’ aan een neutraliteitsbeleid bestaat. In het geval van *WABE* bestond die behoefte in het eerbiedigen van de grondrechten van ouders die hun kinderen in een levensbeschouwelijk neutraal kinderdagverblijf wensten in te schrijven, een wens die onder de bescherming van artikel 14 EU-Handvest valt. In het geval van *Müller* aanvaardde het Hof de behoefte om de sociale conflicten waartoe het dragen van religieuze tekens in de betrokken winkelketen had geleid, te vermijden. De werkgever moet ook aantonen dat zijn vrijheid van ondernemerschap zonder neutraliteitsbeleid zou worden aangetast omdat hij, ‘gezien de aard of de context van zijn activiteiten, nadelige gevolgen zou ondervinden’. Dat neutraliteitsbeleid moet coherent en systematisch toegepast worden en strikt noodzakelijk zijn ten opzichte van de nadelige gevolgen die de werkgever wil vermijden. Voor *WABE* was daaraan voldaan, aangezien dit kinderdagverblijf ook aan een katholieke werkneemster had gevraagd haar kruisteken thuis te laten. Voor *Müller* lag dat moeilijker, omdat de winkelketen waar de ontslagen werkneemster als kassierster werkte, alleen ‘grote, opvallende’ tekens van religieuze, politieke of levensbeschouwelijke aard verbood; het Hof oordeelde evenwel dat elk religieus teken, ook een klein teken, de geschiktheid van de maatregel ondergraaft. Tot slot preciseerde het Hof van Justitie dat nationale grondwetten de geloofsvrijheid op de werkvloer ruimer mogen beschermen.<sup>193</sup>

Indien een werkgever geen eigen grondrecht inroept ter rechtvaardiging van een verbod op religieuze tekens, komt hij daar minder gemakkelijk mee weg, zoals blijkt uit de rechtspraak van het EHRM. In *Eweida e.a.* volstond de *branding* van een luchtvaartmaatschappij, die inhield dat alle stewardessen exact hetzelfde gekleed moesten zijn, niet om een verbod op een ketting met christelijk kruisteken te rechtvaardigen, omdat die doelstelling te licht woog. Eenzelfde verbod kan wel gerechtvaardigd worden voor ziekenhuispersoneel, zo blijkt uit hetzelfde arrest, omdat daar de gezondheid en veiligheid van de patiënten op het spel staat.<sup>194</sup>

### 3.6 Meerwaarde

De vraag naar de meerwaarde van de doorwerking van grondrechten in private verhoudingen is niet eenvoudig te beantwoorden. Een intrusieve vorm van directe horizontale werking, waarbij elke grondrechtenbeperking ook als een schending wordt beschouwd, heeft een duidelijke invloed – of dat ook een meerwaarde is, is subjectief – maar dreigt het privaatrecht te verdringen. Een evenredigheidstoets die met gepaste terughoudendheid wordt uitgevoerd en die opereert in de logica van de indirecte horizontale werking, vrijwaart het privaatrecht, maar het resul-

192. A. Swarte & J.P. Loof, ‘Ontslag vanwege een hoofddoek; de arresten Achbita en Bouganaoui en de Nederlandse rechtspraak’, *NtER* 2017, p. 118-125.

193. HvJ (GK) 15 juli 2021, C-804/18 en C-341/19 (*WABE en Müller*).

194. EHRM 15 januari 2013 (*Eweida e.a./Verenigd Koninkrijk*).

taat zal allicht niet verschillen van het resultaat waartoe de loutere toepassing van het privaatrecht had geleid. Meer algemeen is het zo dat het privaatrecht in wezen uitdrukking geeft aan dezelfde achterliggende waarden van vrijheid en gelijkheid als de grondrechten.<sup>195</sup>

Maar de omgekeerde vraag is relevanter: welke meerwaarde heeft het privaatrecht voor de afdwinging van grondrechten in horizontale relaties? Die meerwaarde is aanzienlijk, omdat de grondrechten geen adequaat sanctieapparaat bezitten dat nuttig kan worden toegepast in horizontale verhoudingen. De toetsing door het Grondwettelijk Hof en het EHRM richt zich tot de verwerende overheid, en het is enkel de burgerlijke rechter die genoegdoening kan verschaffen aan de eiser in horizontale relaties. Hij zal daarvoor toch vooral de privaatrechtelijke sancties moeten toepassen.

In het contractenrecht is de partiële nietigheid van overeenkomsten een aangewezen sanctie, omdat zij als gevolg heeft dat de overeenkomst verder blijft bestaan in zoverre ze de (vaak zwakkere) eisende partij tot voordeel strekt, terwijl de nadelige clausule die haar grondrechten schendt, eruit verdwijnt.<sup>196</sup> Nietigheid is alvast de sanctie indien het voorwerp van de overeenkomst ongeoorloofd is in de zin van artikel 5.51 nieuw BW, en een overeenkomst die een grondrechtenschending tot voorwerp heeft, is steeds ongeoorloofd.<sup>197</sup> De contractpartij wiens grondrechten geschonden zijn, mag ook de *exceptio non adimpleti contractus* invoeren. Zij mag met andere woorden zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst haar eigen contractuele prestaties opschorten zolang de grondrechtenschending duurt, voor zover het gaat om objectief samenhangende verbintenissen, er een ingebrekestelling is, de goede trouw aanwezig is en degene die haar prestatie opschort niet zelf aan de oorzaak ligt van de niet-nakoming door de tegenpartij. Degene die op deze grondslag zijn prestaties opschort, moet wel zeker van haar stuk zijn, want anders zal de rechter simpelweg haar niet-nakoming sanctioneren.<sup>198</sup> Specifieke wetgeving, zoals de antidiscriminatiewetten, bevat soms specifieke sancties. Ook de stakeholdersvordering inzake oneerlijke handelspraktijken is een geschikt middel, met name om grondrechtenschendingen door grote ondernemingen tegen te gaan.<sup>199</sup>

Buiten contractuele verhoudingen biedt de toepassing van artikel 1382-1383 oud BW de aangewezen sanctie. De schending van een grondrecht is steeds een onrechtmatige daad in de zin van die bepalingen.<sup>200</sup> Het gebruikelijke rechtsherstel is dan het herstel in natura, en slechts als dat niet mogelijk is, is de geldelijke schadevergoeding bij equivalent de gepaste sanctie.<sup>201</sup> De rechter moet de benadeelde dus terugplaatsen in de situatie alsof de schending van het grondrecht zich niet

195. S. Somers (2012), *o.c.*, p. 49.

196. S. De Rey, I. Samoy & P. Foubert, *o.c.*, p. 1215-1216.

197. K. Rimanque & P. Peeters, *o.c.*, p. 28.

198. N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 135-136.

199. Kh. Brussel 16 juni 2003 (*Belgische Consumentenvereniging Test-Aankoop/Fortis AG*), AC 08304/02; J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 142.

200. K. Rimanque & P. Peeters, *o.c.*, p. 26; J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 297. Zie in dezelfde zin GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009.

201. Cass. 3 april 2017, S.16.0039.N; S. De Rey, *Herstel in natura*, Brugge: die Keure 2019, 927 p.

had voorgedaan. Enkele mogelijke vormen van rechtsherstel zijn de verplichte bekendmaking van het vonnis in de geschreven pers, het recht van antwoord en de veroordeling tot verplichte excuses.<sup>202</sup> Controversiëler is de vraag of de rechter de verplichting tot contracteren kan opleggen als rechtsherstel. Contractdwang staat op gespannen voet met de contractvrijheid, maar lijkt niettemin stilaan ingang te vinden in de rechtspraak.<sup>203</sup>

Artikel 1382-1383 oud BW kunnen trouwens zowel worden ingeroepen tegen de particulier die het grondrecht heeft geschonden als tegen de overheid die te weinig gedaan heeft om die schending te voorkomen of recht te zetten en daardoor haar positieve verplichtingen heeft geschonden. Dat is bijvoorbeeld het geval indien zij luchtvaartmaatschappijen onvoldoende aanzet tot het nemen van maatregelen tegen een niveau van geluidsoverlast dat in hoofde van de omwonenden artikel 8 EVRM schendt.<sup>204</sup>

## 4 Privaatrechtelijk overheidshandelen

### 4.1 Privatisering en grondrechten

De grens tussen overheid en particulier wordt in België alsmaar vager. De overheid verzelfstandigt meer en meer overheidstaken, en zij heeft daarbij in principe de keuze tussen het oprichten van een nieuwe publiekrechtelijke rechtspersoon met een specifiek wettelijk statuut of het gebruik van het private vennootschapsrecht om die taken naar een private rechtspersoon over te dragen. Ook hybride vormen, waarbij de wetgever bij het oprichten van een publiekrechtelijke rechtspersoon grote stukken van het privaatrechtelijke vennootschapsrecht van toepassing verklaart of in een private vennootschap wezenlijke elementen van publiekrecht laat doorwerken, zijn mogelijk.<sup>205</sup> Een entiteit met publieke rechtsvorm is in principe een overheid, terwijl een private rechtsvorm dat alleen is indien ze een gezagsfunctie bekleedt of als verlengstuk van een overheid opereert, hetgeen moet worden bepaald aan de hand van een veelheid aan juridische en feitelijke factoren.<sup>206</sup>

Zelfs wanneer sprake is van een publiekrechtelijk orgaan, is de algemene regel de toepasselijkheid van het privaatrecht.<sup>207</sup> Artikel 1.1, eerste lid nieuw BW verklaart het privaatrecht van toepassing op de overheid, 'onder voorbehoud van de regels

202. S. De Rey, I. Samoy & P. Foubert, *o.c.*, p. 1230-1232. Zie over dat laatste Cass. 26 november 2021, C.20.0578.F.

203. S. De Rey, I. Samoy & P. Foubert, *o.c.*, p. 1232-1233, met verwijzing naar HvB Antwerpen 15 oktober 2018, *AM* 2018/19, p. 121; HvB Brussel (4e k.) 28 september 2020, *JT* 2020, p. 872; Vزر. Rb. Namen 5 mei 2015, *Juristenkrant* 27 mei 2015, p. 2; Vزر. Rb. Nijvel 19 april 2005, *JLMB* 2005, 934.

204. HvB Brussel 20 oktober 2020, *TMR* 2021, p. 186-187.

205. T. Coen, *Overheidsvennootschappen. Een (overwegend) vennootschapsrechtelijke analyse*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 125-144.

206. Cass. 14 februari 1997, C.96.0211.N; Cass. 10 september 1999, C.98.0141.F; GwH nr. 41/2003, 9 april 2003; GwH nr. 167/2018, 29 november 2018.

207. Al blijven tegelijk ook bepaalde administratiefrechtelijke regels en beginselen van toepassing (M. Pâques, *Droit administratif*, Brussel: Larcier 2024, p. 950-1000).

die eigen zijn aan de uitoefening van het openbaar gezag'.<sup>208</sup> Krachtens artikel 5.13 nieuw BW vormt het nieuwe verbintenissenrecht het gemeen recht dat van toepassing is op alle overeenkomsten; die bepaling maakt geen uitzondering voor overeenkomsten met de overheid, en uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat dit een bewuste keuze is.<sup>209</sup> En in het goederenrecht bepaalt artikel 3.45 nieuw BW dat ook de publieke goederen in beginsel zijn onderworpen aan het privaatrecht.<sup>210</sup>

Daarnaast geldt in België de tweewegenleer: de overheid kan voor de uitoefening van haar overheidstaken in beginsel vrij kiezen voor de publieke of de private weg,<sup>211</sup> hetgeen nu ook expliciet lijkt te zijn erkend in artikel 1.1 nieuw BW. Aan het gebruik van het privaatrecht door de overheid zijn, krachtens dat leerstuk, vier grenzen: de overheid mag daarbij niet handelen in strijd met het dwingend recht, waaronder de algemene rechtsbeginselen; ze mag de rechtzoekende geen essentiële waarborgen ontnemen; ze mag de bevoegdheden van anderen niet miskennen noch haar eigen bevoegdheden overdragen; en ze mag in een privaatrechtelijk instrument haar eigen beoordelingsbevoegdheid niet inperken.<sup>212</sup>

De gekozen rechtsvorm en de keuze voor publiek- of privaatrecht zouden, gelet op het voorgaande, geen verschil mogen maken voor de toepasselijkheid van de grondrechten. Gelet op hun principiële horizontale werking zijn de grondrechten op eenieder van toepassing. Daarnaast moet worden vermeden dat de overheid haar grondrechtelijke verantwoordelijkheid ontloopt door overheidstaken te delegeren aan entiteiten die geen overheidsgezag hebben of door voor privaatrechtelijke technieken te kiezen.<sup>213</sup>

De publieke en private entiteiten die overheidstaken behartigen, verschillen op dit vlak gelukkig niet. De vier grenzen van de tweewegenleer geven duidelijk aan dat de overheid ook bij de keuze voor de privaatrechtelijke weg de grondrechten moet eerbiedigen. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt daarnaast dat de overheid ten volle aansprakelijk blijft voor grondrechtenschendingen begaan door private actoren die overheidstaken behartigen. Het EVRM verzet zich niet tegen privatisering,<sup>214</sup> maar de overheid blijft verantwoordelijk voor de grondrechten-

208. S. Verbeyst, 'Een kanttekening bij artikel 1.1 BW, belicht vanuit een Nederlands-Belgische canon', *TBP* 2024, 590-594.

209. *Parl. St. Kamer* 2020/21, nr. 5-1806/1, p. 22-23.

210. T. Leys, *De bescherming van het publiek gebruik van privaat vastgoed. Tussen particulier en algemeen belang*, Antwerpen: Boom Juridisch 2024, p. 66-70.

211. C. Borucki, *Buitencontractueel kostenverhaal door de overheid*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 173-179.

212. W. Van Gerven, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen: Kluwer 1984, p. 79; S. Lierman, P.-J. Van de Weyer & K.-J. Vandormael, o.c., p. 8. Daarnaast mag de overheid niet vrij haar medecontractant kiezen, omdat ze onderworpen is aan de regels inzake overheidsopdrachten en concessies en omdat ze gebonden blijft door het gelijkheidsbeginsel (RvS 23 december 2015, nr. 233.355 (*Kinepolis Mega*)).

213. Art. 5 van de Draft Articles on State Responsibility for internationally wrongful acts, ILC 2001; N. Van Leuven (2016), o.c., p. 106; W. Van Gerven & S. Lierman, o.c., p. 292-294.

214. EHRM 1 maart 2005 (*Wos/Polen*).

schendingen die deze private entiteiten begaan.<sup>215</sup> Het EHRM beschouwt die private entiteiten soms gewoon als overheidsorgaan,<sup>216</sup> en past in het andere geval het leerstuk van de positieve verplichtingen toe.<sup>217</sup> Er is ook geen verschil tussen de overheid die het openbaar gezag uitoefent en de overheid in het private rechtsverkeer.<sup>218</sup> In beide gevallen bevindt zij zich immers in een machtspositie, bijvoorbeeld omdat ze als enige speler collectieve goederen of schaarse overheidsrechten aanbiedt, en bovendien kan ze geen afstand doen van haar taken van openbaar belang door contracten te sluiten.<sup>219</sup>

#### 4.2 Verschillen in toetsing bij privaat handelen en privaat overheidshandelen

Het valt dus te verwachten dat dezelfde toetsingsstandaarden gelden voor overheden die zich als private partij in het rechtsverkeer begeven als voor horizontale verhoudingen tussen particulieren. De evenredigheidstoets is inderdaad in beide gevallen van toepassing. Maar men mag niet uit het oog verliezen dat er, naast het steeds belangrijker snijvlak tussen publiek- en privaatrecht ook twee afzonderlijke sferen blijven bestaan. Het optreden van de overheid in de puur publieke sfeer verschilt wezenlijk van het gedrag van particulieren. Er moet dus rekening worden gehouden met objectieve verschillen tussen overheid en burger. Die verschillen zijn factoren waaraan in de evenredigheidstoets *sensu lato* een groot gewicht moet toekomen (zie par. 3.4).

Zo oordeelde het Hof van Justitie recent dat de Luikse gemeente Ans in het kader van de neutraliteitsplicht die op de overheid rust, al haar medewerkers een verbod op het dragen van zichtbare religieuze tekens mag opleggen. Het komt aan de nationale rechter toe om de geschiktheid en evenredigheid van die maatregel, die ook van toepassing is op medewerkers die geen contact met het publiek hebben, te beoordelen.<sup>220</sup> Het Hof van Justitie past hier dezelfde toetsstenen toe als op de private werkgever in de voormelde zaak *Achbita*, maar toch is er een verschil in de toepassing daarvan. Die private werkgever mocht alleen een neutraliteitsbeleid nastreven voor medewerkers die contact hadden met de klanten, omdat hij dat beleid slechts motiveerde vanuit zijn commerciële belang. Voor de publieke werkgever, die zijn neutraliteitsbeleid verantwoordt vanuit de invulling die hij aan het algemeen belang geeft, moet de neutraliteit daarentegen zowel gelden voor contacten tussen overheidspersoneel en publiek als tussen overheidspersoneel onderling, omdat elke uitzondering op de exclusieve neutraliteit de noodzakelijkheid

215. EHRM 25 maart 1993 (*Costello-Roberts/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 16 juni 2005 (*Storck/Duitsland*); EHRM 16 mei 2024 (*Mikyas e.a./België*); N. Van Leuven (2016), o.c., p. 105; M. De Groot, 'Het private beheer van overheidstaken in mensenrechtelijk perspectief. De verdeling van mensenrechtelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het licht van het stelsel van rechtsbescherming van het EVRM', *TBP* 2018, p. 77-81.

216. EHRM 8 april 2010 (*Yershova/Rusland*); EHRM 3 april 2012 (*Kotov/Rusland*); EHRM 16 februari 2016 (*Ärztzekammer für Wien en Dörner/Oostenrijk*).

217. EHRM 28 juni 2001 (*Verein gegen Tierfabriken/Zwitserland*); EHRM 28 januari 2014 (*O'Keefe/Ierland*).

218. EHRM 6 februari 1976 (*Swedish Engine Drivers' Union/Zweden*).

219. N. Van Leuven (2016), o.c., p. 105.

220. HvJ EU 28 november 2023, C-148/22 (*OP/Gemeente Ans*).

ervan ondergraaft.<sup>221</sup> Dit neemt niet weg dat ook de private werkgever een verbod op religieuze tekens ten aanzien van al zijn personeelsleden kan rechtvaardigen indien het ingeroepen particulier belang dat toelaat: het Arbeidshof van Luik aanvaardde in dat verband de doelstelling van sociale cohesie en sociale vrede in de onderneming en aanvaardde dat deze maatregel essentieel was en beantwoordde aan een werkelijke nood.<sup>222</sup> Ook in de reeds vermelde zaak *WABE en Müller* beoogde het neutraliteitsbeleid van *Müller* de sociale conflicten uit het verleden te bezweren, en die doelstelling verantwoordde – en vereiste zelfs – een verbod op het dragen van religieuze tekens voor alle werknemers, ongeacht of zij in contact stonden met de klanten (zie par. 3.5).

Dat de eigenheid van de overheid soms primeert op de gebruikte privaatrechtelijke techniek, blijkt uit twee arresten van het Grondwettelijk Hof over de hoorplicht. Initieel was de hoorplicht enkel een waarborg voor statutaire ambtenaren: zij konden pas een tuchtsanctie opgelegd krijgen nadat zij door de tuchtoverheid waren gehoord. Het Grondwettelijk Hof zag een discriminatie in het feit dat die hoorplicht niet gold voor contractueel overheidspersoneel. Statutairen en contractuelen zijn in beginsel weliswaar niet vergelijkbaar, maar toch moeten zij gelijk behandeld worden in het licht van het beginsel *audi et alteram partem* omwille van de bijzondere aard van de overheid als behoedster van het algemeen belang. Gelet op die rol mag zij slechts een verstrekkende individuele beslissing nemen indien zij dat met volle kennis van zaken kan doen; zo niet, dan dreigt zij zich aan willekeur te bezondigen.<sup>223</sup> Contractuele overheidspersoneelsleden zijn net als private werknemers onderworpen aan de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978. Wie daaruit afleidde dat het Grondwettelijk Hof ook in private arbeidsbetrekkingen een hoorplicht zou vereisen, kwam bedrogen uit: de grote verschillen tussen de ontslagregelingen in de overheidssector en de privésector, en de eigenheid van de overheid als behoeder van het algemeen belang rechtvaardigen dat een private werkgever zijn werknemer kan ontslaan zonder hem eerst te horen.<sup>224</sup>

## 5 Publiek- en privaatrechtelijke concepten

Ondanks al het voorgaande blijft de kritiek dat de grondrechten het privaatrecht in de verdrukking brengen, af en toe opduiken. Zo was er de verzuchting: ‘geen enkele rechtstak ontsnapt aan het soms zeer onvoorspelbare interventionisme van dat rechtscollege’.<sup>225</sup> Of: ‘als inzake het civielrechtelijke statuut van de persoon nagenoeg elke maatschappelijk niet (meer) wenselijk geachte regeling respectievelijk

221. HvJ EU 28 november 2023, C-148/22 (*OP/Gemeente Ans*), punt 39.

222. Arbh. Luik 20 december 2021, 2019/AL/345.

223. GwH nr. 86/2017, 6 juli 2017. Het Hof ging daarmee in tegen de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State (Cass. 12 oktober 2015, *JTT* 2016, p. 29; RvS 27 september 2016, nr. 235.871 (*cvba Intercommunale betreffende Studie en Beheer*)).

224. GwH nr. 137/2022, 27 oktober 2022. Al voegt het Hof *obiter dictum* toe: ‘Uit de omstandigheid dat het beginsel *audi alteram partem* niet geldt voor een werkgever uit de privésector, kan overigens niet worden afgeleid dat een dergelijke werkgever in geen enkele omstandigheid ertoe gehouden kan zijn om de werknemer die hij wil ontslaan vooraf te horen.’

225. W. Derijcke, ‘Dwars door het insolventierecht: de (on)gelijke behandeling van schuldeisers in de diverse insolventieprocedures’, in: *Insolventierecht* (Cyclus Willy Delva), Mechelen: Kluwer 2005, p. 561.

het ontbreken van een maatschappelijk (thans) wenselijk geachte regeling in strijd is met de mensenrechten, is niets nog in strijd met de mensenrechten'.<sup>226</sup> Gaat het hier om losse arresten waarin het Grondwettelijk Hof te weinig rekening heeft gehouden met de eigenheid van horizontale verhoudingen, of is er een structureel probleem? Over de uitkomst van individuele zaken kan men altijd discussiëren.

De grondrechtenlogica houdt wel degelijk enkele structurele gevaren in voor het privaatrecht. Zo hanteren het EHRM en het Hof van Justitie 'autonome begrippen', die niet noodzakelijk samenvallen met de nationale privaatrechtelijke concepten, om vervolgens op grond van het gelijkheidsbeginsel een schending vast te stellen in zoverre die nationale concepten niet aan die autonome begrippen voldoen.<sup>227</sup> Een nog controversiële<sup>228</sup> toetsingstechniek die tot een verwatering van privaatrechtelijke concepten kan leiden, is de 'Europese consensus'. Het EHRM stelt zich strenger op voor die ene of die paar lidstaten die de Europese consensus doorbreken: hoe meer de gedeelde waarden en normen op één lijn zitten, hoe kleiner de appreciatiemarge voor de achterblijvers.<sup>229</sup> Privaatrecht dat wordt geconstitutionaaliseerd, dreigt nochtans te verstenen, omdat het immuun wordt voor wetswijzigingen en omdat de privaatrechtelijke rechtspraak de open privaatrechtelijke concepten nog moeilijk kan aanpassen aan gewijzigde omstandigheden. Elke rechter die privaatrecht aan de grondrechten toetst, moet zich bewust zijn van dat gevaar en zich dus terughoudend opstellen om de beleidsvrijheid van de wetgever en de interpretatieve creativiteit van andere rechters niet te zeer uit te hollen.<sup>230</sup>

Toch moet het probleem niet te zeer overschat worden. Nu de rechtsleer de directe horizontale werking afwijst (zie par. 3.3), is het grootste gevaar op verdringing van het privaatrecht geweken. Bovendien is gebleken dat privaatrecht en publiekrecht vaak uitdrukking geven aan dezelfde onderliggende waarden van vrijheid en gelijkheid en dat de evenredigheidstoets in horizontale verhoudingen qua resultaat amper verschilt van de zorgvuldigheidstoets of het verbod van rechtsmisbruik (zie par. 3.4). Daarnaast zullen de toepasselijke sancties steeds privaatrechtelijk blijven

226. P. Senaeve, 'Van Marckx/België tot (1979) tot Fedotova/Rusland (2023)', *T.Fam.* 2023, p. 154-156.

227. M. Fornasier, 'Harmonisation through the back door? The impact of the European Convention on Human Rights on National Private Law', in: M. Fornasier & M.G. Stanzione (red.), *The European Convention on Human Rights and its Impact on National Private Law. A Comparative Perspective*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 319. Hij verwijst naar het arrest *Marckx/België* (§ 31) over de behandeling van natuurlijke kinderen, maar hetzelfde geldt voor de behandeling van koppels van gelijk geslacht: ook in landen die alleen partnerschappen tussen personen van verschillend geslacht wettelijk erkennen, omvat het begrip 'familieleven' uit art. 8 EVRM even goed de situatie van koppels van gelijk geslacht (EHRM (GK) 7 november 2013 (*Vallianatos e.a./Griekenland*); EHRM 21 juli 2015 (*Oliari e.a./Italië*)).

228. Zie G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP 2007, p. 120; F. Viglione, 'Comparative Law at the European Court of Human Rights: does context still matter?', in: M. Fornasier & M.G. Stanzione (red.), *The European Convention of Human Rights and its Impact on National Private Law. A Comparative perspective*, Antwerpen: Intersentia 2023, p. 285-303; L. Wildhaber, A. Hjartarson & S. Donnelly, 'No consensus on consensus – The practice of the European Court of Human Rights', *HRLJ* 2012, 248.

229. M. Fornasier, o.c., p. 320. Vgl. EHRM (GK) 11 januari 2006 (*Sørensen en Rasmussen/Denemarken*) (schending omdat Denemarken één van de laatste lidstaten was die *closed shop agreements* nog toeliet); EHRM 8 april 2014 (*National Union of Rail, Maritime and Transport Workers/Verenigd Koninkrijk*) (geen schending omdat er geen lijn te trekken valt in de houding van de lidstaten ten aanzien van solidariteitsstakingen).

230. M. Fornasier, o.c., p. 336.

(zie par. 3.6). Tot slot kiest de wetgever zelf alsmear vaker voor het doorbreken van de *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht (zie par. 4.1).

Soms is een ingrijpen van de grondrechten in privaatrechtelijke concepten overigens net wat de rechtsleer uit het privaatrecht wil. Met het reeds vermelde arrest over de preferentiële toewijzing van de gezinswoning<sup>231</sup> tast het Grondwettelijk Hof de door de wetgever getrokken scheidingslijn tussen huwelijk en wettelijke samenwoning aan, maar het geeft daarmee wel gehoor aan een unanieme rechtsleer die al lang hetzelfde bepleit.<sup>232</sup> Ook het reeds vermelde arrest over de anonimiteit van spermadonoren geeft gehoor aan een verzuchting die al lang bij de rechtsleer leefde.<sup>233</sup>

Nog een reden voor optimisme is dat het vaak de aanvullende werking van privaatrechtelijke begrippen is die maakt dat geen grondrechtenschending moet worden vastgesteld (zie par. 2.2).<sup>234</sup> Zo is de hoofdelijke aansprakelijkheid van de hoofdaannemer voor de sociale schulden van de onderaannemer grondwettig, omdat de hoofdaannemer beschikt over een regresvordering op de andere hoofdaannemers die met dezelfde onderaannemer hebben gewerkt.<sup>235</sup>

Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht is tot slot minder scherp in de mate dat sommige privaatrechtelijke concepten zelf het statuut van grondrecht hebben. Dat geldt met name voor het eigendomsrecht en de vrijheid van ondernemen, maar volgens sommigen ook voor de contractvrijheid<sup>236</sup> en partijautonomie zelf.<sup>237</sup> Die laatste opvatting is nochtans niet zo evident, nu geen enkele grondwetsbepaling – in tegenstelling tot artikel 2.1 Duitse Grundgesetz – die vrijheid uitdrukkelijk waarborgt. Het gaat veeleer om een subjectief recht van wettelijke rang, gewaarborgd door artikel 5.69 nieuw BW.<sup>238</sup>

231. GwH nr. 62/2024, 20 juni 2024.

232. F. Deguel, 'Attribution préférentielle et logement familial indivis', *JT* 2014, p. 173; A. Delière, 'Généralisation du droit de reprise préférentielle prévu aux articles 1446 et 1447 du Code civil', in: *Wetsvoorstellen in notariële zaken ter attentie van de wetgever. Een overzicht van knelpunten uit de notariële praktijk. Proeve van oplossing*, Brussel: Larcier 2011, p. 47-48; Y.H. Leleu, 'L'article 1390 du Code civil: une ressource précieuse pour les époux séparés de biens', *RTDFam* 2021, p. 1062-1066; A.C. Van Gysel, 'Cohabitation légale et violence conjugale', *RTDFam* 2020, p. 977; K. Vanhove & C. Castelein, 'Tijd om te verhuizen? Bescherming van de gehuurde gezinswoning op crisismomenten binnen het huwelijk en de wettelijke samenwoning', *TPR* 2003, p. 1615-1616; F. Wilmotte, 'Qui prend la porte en cas de violences conjugales?', in: C. Musch, *Le droit du couple. Aspects juridiques et fiscaux*, Luik: Anthemis 2019, p. 219.

233. Zie voor een bespreking van die rechtsleer E. Decorte, *Recht op kennis van afstammingsinformatie bij medisch begeleide voortplanting*, Brugge: die Keure 2022, 630 p.

234. GwH nr. 81/2021, 3 juni 2021 (geen schending, omdat de benadeelde partij zich *in concreto* op het verbod van rechtsmisbruik kan beroepen); GwH nr. 20/2024, 8 februari 2024 en GwH nr. 91/2024, 19 september 2024 (geen schending, omdat de in het geding zijnde bepaling geen afbreuk doet aan het beginsel dat de strengheid van de wet in geval van overmacht kan worden gemilderd).

235. GwH nr. 105/2021, 8 juli 2021.

236. Volgens het Hof van Justitie omvat de vrijheid van ondernemen in art. 16 EU-Handvest ook de contractuele vrijheid, die op haar beurt onder meer de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer en de vrijheid om de prijs voor een verrichting te bepalen behelst (HvJ EU 22 januari 2013, C-283/11 (*Sky Österreich*)).

237. E. Dirix, o.c., p. 52-53; W. Van Gerven & S. Lierman, o.c., p. 389. Het Hof van Cassatie lijkt de contractvrijheid eveneens te liëren aan de vrijheid van ondernemen (Cass. 13 september 1991, *Pas.* 1991, I, p. 33).

238. N. Van Leuven (2009), o.c., p. 294.

## 6 Toepassingsverschillen

### 6.1 Verschil in interpretatie

In beginsel worden de grondrechten op dezelfde wijze toegepast in verticale en in horizontale verhoudingen. De rechtspraak van het EHRM is in beide gevallen richtinggevend, en op zich verschillen de toepassingscriteria die het bij de positieve en de negatieve verplichtingen toepast, amper: ‘The boundaries between the State’s positive and negative obligations do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance which has to be struck between the competing interests; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation.’<sup>239</sup>

Toch moet in de evenredigheidstoets altijd rekening gehouden worden met alle omstandigheden, zo ook met de eigen aard en rol van burger en overheid. Dit zal er onvermijdelijk toe leiden dat andere factoren in rekening worden gebracht en andere afwegingen worden gemaakt naargelang een grondrechtenbeperking uitgaat van een burger of van een overheid, zodat de toepassing van dezelfde criteria toch tot een verschillende toepassing van hetzelfde grondrecht kan leiden (zie par. 3.4 en 4.2).

Zo rechtvaardigen de verschillen tussen onderwijs ingericht door de overheid en onderwijs ingericht door particulieren een verschil in de toepassing van de godsdienstvrijheid. De woelige geschiedenis van het Belgische onderwijs<sup>240</sup> heeft ertoe geleid dat zowel de verplichting van de overheid om neutraal onderwijs in te richten als de vrijheid van particulieren om onderwijs in te richten naar hun eigen confessionele of andere inzichten (en om daarvoor te worden gesubsidieerd), worden gewaarborgd door artikel 24 Gw. De verhouding tussen het schoolbestuur en de leerling of zijn ouders is van reglementaire aard in het officieel onderwijs en is van contractuele aard in het vrij onderwijs. Het actuele vraagstuk van het hoofddoekenverbod speelt dus anders in het officieel onderwijs dan in het vrij onderwijs.

De Vlaamse, Franse en Duitstalige Gemeenschap moeten krachtens artikel 24, § 1, derde lid Gw neutraal onderwijs inrichten met ‘eerbied voor de filosofische, ideologische of godsdienstige opvattingen van de ouders en de leerlingen’. Die neutraliteitsplicht is dus een waarborg voor de passieve onderwijsvrijheid van de ouders, die voor hun kinderen het onderwijs kunnen kiezen dat het meest met hun levensopvatting overeenstemt. De onderwijskoepel van het officieel onderwijs in de Vlaamse Gemeenschap, *GO!*, heeft die grondwettelijke neutraliteitsplicht ingevuld met een algemeen verbod op het dragen van uiterlijke levensbeschouwelijke tekens in al haar scholen, tenzij tijdens godsdienstlessen. Dat verbod

239. EHRM (GK) 3 april 2012 (*Kotov/Rusland*); EHRM 3 oktober 2014 (*Jeunesse/Nederland*); EHRM (GK) 17 oktober 2019 (*Lopez Ribalda/Spanje*); EHRM 20 februari 2024 (*Diaconeasa/Roemenië*); EHRM 11 juli 2024 (*W.W./Polen*). In dezelfde zin J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 126; M. De Groot, *o.c.*, p. 82.

240. J. Lievens, *Vrijheid van onderwijs*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 31-136.

werd niet alleen gemotiveerd vanuit de neutraliteitsplicht, maar ook vanuit de feitelijke vaststelling dat moslimmeisjes die de hoofddoek niet droegen, door andere leerlingen onder druk werden gezet om dat wel te doen. Het verbod beoogde aldus een segregatie op grond van het dragen van religieuze tekens te vermijden. Dit verbod leidde tot heel wat contentieux, waarbij de verzoekende partijen hun godsdienstvrijheid, hun passieve onderwijsvrijheid en het discriminatieverbod inriepen. Het Hof van Beroep te Antwerpen en het EHRM hebben, na een klassieke evenredigheidsstoets, zowel de invulling die *GO!* aan de neutraliteitsplicht gaf – ook al zijn andere invullingen van dat beginsel evenzeer denkbaar – als de motivering van het verbod op uiterlijke religieuze tekens aanvaard. Zij legden daarbij de nadruk op het vermijden van proselitisme en van uitsluiting in een pluralistische samenleving.<sup>241</sup> Het Grondwettelijk Hof hanteerde een gelijkaardige redenering, met verwijzing naar de rechten van anderen en het handhaven van de orde in de onderwijsinstelling, in een zaak van een hogeschool ingericht door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering.<sup>242</sup>

De inrichtende machten van het vrij onderwijs zijn daarentegen niet gehouden tot neutraliteit en kunnen een verbod op het dragen van uiterlijke religieuze tekens dus niet op dat beginsel gronden. Integendeel, het staat hen, gelet op de actieve onderwijsvrijheid gewaarborgd door artikel 24, § 1, eerste lid Gw, vrij te kiezen voor een welbepaald religieus of enig ander pedagogisch project. Katholiek Onderwijs Vlaanderen is nog steeds de grootste onderwijskoepel. Door hun kinderen in een vrije school in te schrijven, verklaren ouders zich contractueel akkoord met het pedagogisch project van die school. Niettemin moeten ook in die contractuele verhouding de grondrechten worden geëerbiedigd.<sup>243</sup> De vraag of een katholieke school elk religieus teken uit een andere godsdienst mag verbieden, heeft nog geen aanleiding gegeven tot contentieux. Wel was er de zaak van een katholieke hogeschool die een opleiding verpleegkunde inrichtte en die elk hoofddekseel verbood. Hoewel de opdrachtverklaring van die school duidelijk christelijk was geïnspireerd, werd het hoofddekseelverbod gemotiveerd vanuit hygiëne en veiligheid en vanuit het vermijden van examenfraude. De Franstalige Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel oordeelde dat er geen sprake was van een directe discriminatie op grond van religie, maar van een indirect onderscheid, omdat hoofddekseels in de ene religie vaker verplicht worden gesteld dan in de andere. Zij benadrukt dat de eiseres zich contractueel akkoord heeft verklaard met het schoolreglement en dat de maatregel noodzakelijk was in het licht van de onderwijspedagogie van de hogeschool, waar theorie en praktijk continu vermengd worden en er dus vaak con-

241. HvB Antwerpen 23 december 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, afl. 3, 209, m.nt. D. De Meyst, *TJK* 2020, 107, m.nt. J. Vernimmen; EHRM 16 mei 2024 (*Mikyas e.a./België*). Andere rechtspraak besloot wel tot schending van de godsdienstvrijheid: RvS 14 oktober 2014, nr. 228.748 (*Sharanjit Singh*); Rb. Tongeren 23 februari 2018; Rb. Leuven 27 augustus 2019, *RW* 2020/21, afl. 34, 1352. Die rechtscolleges stelden vast dat in de betrokken officiële scholen geen probleem van proselitisme was gesignaleerd.

242. GwH nr. 81/2020, 4 juni 2020. In het officieel onderwijs van de Franse gemeenschap bestaat geen algemeen verbod op het dragen van uiterlijke levensbeschouwelijke tekens. Het toepasselijke decreet machtigt elke inrichtende macht om daar zelf over te beslissen. Het Grondwettelijk Hof valideerde die machtiging.

243. R. Mazzier, 'Le port de signes convictionnels par les étudiants de l'enseignement supérieur libre confessionnel: quelques clés de lecture', *Scolanews* 2022/10, p. 7-9.

tact met patiënten en medische apparatuur is, hetgeen veiligheidsrisico's inhoudt indien men een hoofddeksel draagt. *In casu* is de maatregel evenredig, omdat blijkt dat net de islamitische hoofddoek tot de voornoemde veiligheidsrisico's aanleiding geeft, bijvoorbeeld doordat hij achter toestellen kan blijven haken. De eiseres voerde eveneens een schending van artikel 9 EVRM aan, maar hier oordeelde de rechtbank dat de eerbied voor het schoolreglement op zich een noodzaak in een democratische samenleving is.<sup>244</sup> Op grond van dezelfde principes mag een vrije school haar examendata bepalen rekening houdend met haar eigen pedagogisch project, zonder rekening te moeten houden met de joodse religieuze rustdagen,<sup>245</sup> en in de tijd dat het onderwijs nog niet verplicht gemengd was, mocht een vrije jongensschool zich ook op haar pedagogisch project beroepen om de inschrijving van meisjes te weigeren.<sup>246</sup>

In het officieel en het vrij onderwijs zijn dus andere grondrechten, andere beginselen en andere afwegingen in het geding, al neemt dat niet weg dat de toepassing daarvan in beide gevallen tot het resultaat niet-schending kan leiden. Een vrije school waarvan het pedagogisch project volledig losstaat van het confessionele en die een studierichting aanbiedt waarin praktijk, hygiëne en veiligheid minder aan de orde zijn, zal een hoofddoekenverbod moeilijker kunnen rechtvaardigen. Dit betekent meteen ook dat een overheidsorgaan zoals het officieel onderwijs gemakkelijker wekomt met een algemeen en ongenueanceerd verbod op religieuze tekens dan een vrije school.<sup>247</sup>

## 6.2 Verschil in toetsingsintensiteit

Er zijn minstens twee redenen waarom de toetsingsintensiteit kan verschillen in horizontale en in verticale relaties. De eerste is de vaststelling dat er in horizontale relaties sneller een conflict van grondrechten in het geding kan zijn, waarin het EHRM doorgaans een ruime appreciatiemarge toekent aan de lidstaat om het juiste evenwicht te bewerkstelligen (zie par. 3.5). De tweede is het gegeven dat de overheid verplicht is om het algemeen belang na te streven, hetgeen haar in beginsel een ruime appreciatiemarge oplevert. Diezelfde appreciatiemarge moet niet toekomen aan de particulier die een grondrecht beperkt om zijn eigen belang na te streven.

Een gekend voorbeeld van een grondrecht waarvoor een andere toetsingsintensiteit geldt in hoofde van burger en overheid, is het leerstuk van de burenhinder, dat het in artikel 16 Gw en artikel 1 EP EVRM vervatte eigendomsrecht concretiseert. Het is zowel de overheid als de burger verboden om 'hinder op te leggen aan de nabuur die de normale ongemakken uit de nabuurschap overtreft en hem toerekenbaar is' (art. 3.101 nieuw BW). Het Hof van Cassatie past daarbij onderscheiden toetsingsmaatstaven toe op de burger en op de overheid. Voor het beoordelen van de hinder tussen naburige particulieren geldt de *evenwichtsleer*: het erf van nabuur

244. Rb. Brussel 14 maart 2017, unia.be.

245. HvB Gent 27 april 2023, RW 2023/24, afl. 14, p. 542.

246. Rb. Antwerpen 22 oktober 1992, RW 1992/93, afl. 16, p. 541.

247. Dat was eveneens het geval met het hoofddoekenverbod op het werk (zie par. 4.2).

A ligt in balans met dat van nabuur B, en als de ene buur het evenwicht tussen beide erven verbreekt, heeft de andere recht op herstel van dat evenwicht.<sup>248</sup> Voor het beoordelen van de hinder veroorzaakt door de overheid, geldt daarentegen de *gelijkheidsleer*: er is pas sprake van een onevenredige last indien de overheid aan een bepaald erf lasten oplegt die hoger zijn dan de 'lasten die een particulier persoon in het algemeen belang moet dulden'.<sup>249</sup> Erf A wordt dan niet vergeleken met het erf van de overheid, en evenmin met de last die door de overheid wordt opgelegd aan het naburige erf B, maar met de last die een gemiddeld, geabstraheerd erf zou moeten dragen in het algemeen belang. Dit leidt ertoe dat de hinder die de overheid veroorzaakt en die het ongestoord genot van de eigendom beperkt, minder snel voor vergoeding in aanmerking komt en tot een lagere vergoeding leidt dan dezelfde hinder die een particulier veroorzaakt.<sup>250</sup>

Stijns en Vuye bekritiseerden deze onderscheiden toetsingsmaatstaven, omdat dit verschil in behandeling zou ingaan tegen het uitgangspunt, gevestigd in het *Flandria*-arrest,<sup>251</sup> dat de overheid en de burger in principe gelijk behandeld moeten worden.<sup>252</sup> Nochtans houdt het Hof van Cassatie hier terecht rekening met een relevant verschil tussen burger en overheid: terwijl de burger gewoon zijn eigen belang nastreeft, maar dat niet mag doen op een bovenmatig hinderverwekkende manier, is de overheid vaak verplicht om hinder te veroorzaken vanuit haar opdracht om het algemeen belang te behartigen. Dat verschil rechtvaardigt dat hinder die door de overheid wordt veroorzaakt, minder snel voor vergoeding in aanmerking komt.<sup>253</sup> Artikel 3.101, § 1 nieuw BW lijkt die cassatierechtspraak overigens te erkennen, door te bepalen dat voor het beoordelen van het bovenmatige karakter van de burenhinder rekening mag worden gehouden met de publieke bestemming van het goed waaruit de burenhinder wordt veroorzaakt.

Inzake buitencontractuele aansprakelijkheid is het sinds het *Flandria*-arrest inderdaad de regel dat de fout van de overheid en de fout van de burger op dezelfde manier beoordeeld moeten worden.<sup>254</sup> Maar in dat leerstuk bevinden overheid en burger zich dan ook in gelijke situaties, die gelijk behandeld moeten worden: geen van beiden mag in een rechtsstaat de wet schenden of zich aan onzorgvuldig gedrag bezondigen. Inzake foutloze overheidsaansprakelijkheid, waarvan burenhinder het typevoorbeeld is, bevinden beiden zich daarentegen in verschillende situaties, die verschillend behandeld moeten worden, omdat alleen de overheid het algemeen belang moet behartigen en daarom genoodzaakt is hinder te veroorzaken.

248. Cass. 16 april 1960, *Pas.* 1960, I, p. 915.

249. Cass. 28 januari 1991, *Pas.* 1991, I, p. 509; Cass. 23 mei 1991, *Pas.* 1991, I, p. 827. Ook latere rechtspraak houdt vast aan deze grondslag voor burenhinder vanwege de overheid: zie Cass. 24 november 1994, *Pas.* 1994, I, p. 1009; Cass. 4 december 2008, C.04.0582.F, p. 107; Cass 3 februari 2023, C.22.0081.F.

250. Cass. 23 november 2000, C.99.0104.F.

251. Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, p. 193.

252. S. Stijns & H. Vuye, *Burenhinder*, Antwerpen: Kluwer 2000, p. 347-349.

253. W. Verrijdt, 'Naar een principieel recht op vergoeding: artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM en het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten', R. Palmans, V. Sagaert & W. Verrijdt (red.), *Eigendomsbeperkingen: de erfdiensbaaierheid van openbaar nut*, Antwerpen: Intersentia 2012, p. 233-234.

254. Zie daarover F. Auvray, *(On)wettigheid binnen (overheids)aansprakelijkheid. Stellingname voor een uniforme toepassing van het gemeen recht*, Brussel: Larcier 2023, 520 p.

Als zij dat nalaat, schendt zij vaak daardoor alleen al een grondrecht en speelt de logica van de positieve verplichtingen. Vandaar dat de foutloze overheidsaansprakelijkheid wordt beoordeeld aan de hand van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, waarvan de voormelde gelijkheidsleer een toepassing is.<sup>255</sup>

## 7 Openbare orde

Krachtens artikel 1.3, derde lid nieuw BW kan met geen enkele rechtshandeling worden afgeweken van de openbare orde of van regels van dwingend recht. Het vierde lid van die bepaling definieert de openbare orde, in navolging van een vaste cassatierechtspraak, als elke 'rechtsregel die de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap raakt of die in het privaatrecht de juridische grondslagen bepaalt waarop de maatschappij berust, zoals de economische orde, de morele orde, de sociale orde of de orde van het leefmilieu'. Die bepaling maakt geen expliciete melding van de grondrechten, maar er bestaat geen discussie over dat de grondrechten van openbare orde zijn. Dit is duidelijk de visie van het Grondwettelijk Hof<sup>256</sup> en van de unanieme rechtsleer,<sup>257</sup> en wellicht ook die van het Hof van Cassatie.<sup>258</sup> Hierbij past wel de precisering dat niet elke *beperking* van een grondrecht in horizontale verhoudingen de openbare orde schendt: alleen een beperking die de evenredigheidstoets niet overleeft, *schendt* de grondrechten en bijgevolg de openbare orde.<sup>259</sup>

Die gelijkstelling tussen schending van grondrechten en schending van de openbare orde heeft verstrekken gevolgen. Overeenkomsten die ingaan tegen de openbare orde, hebben steeds een ongeoorloofde oorzaak (art. 5.56 nieuw BW) en zijn absoluut nietig (art. 5.58, eerste lid nieuw BW). Ook een prestatie die een toestand in strijd met de openbare orde doet ontstaan of in stand houdt, is ongeoorloofd (art. 5.51, tweede lid nieuw BW). Het absolute karakter van de nietigheid wordt gerechtvaardigd door het feit dat zij geen privaat belang, maar het algemeen belang beoogt te beschermen. Het is dan ook niet alleen de beschermde persoon, maar elke contractpartij en zelfs elke derde die zich op de nietigheid kan beroepen. Een overeenkomst aangetast door absolute nietigheid kan ook niet worden bevestigd; ze kan alleen opnieuw worden gesloten met inachtneming van de wet (art. 5.61, vierde lid nieuw BW).

Zelfs indien de partijen in een geschil de absolute nietigheid niet aanvoeren, moet de rechter ze ambtshalve vaststellen, omdat ook hij ertoe gehouden is de openbare orde te beschermen. De schending van een regel van openbare orde kan in elke

255. Zie daarover S. De Winter, *De gelijkheid voor openbare lasten of 'de lastengelijkheid'. Een rechtsvergelijkende studie over het statuut, de toepassing en de handhaving van het beginsel*, Antwerpen: Intersentia 2024, 806 p.

256. GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009, B.14.7; GwH nr. 8/2012, 18 januari 2012, B.15.5.

257. L. Cornelis, *Openbare orde*, Antwerpen: Intersentia 2019, p. 492-493 en p. 874-878; E. Dirix, o.c., p. 44-45; W.J. Ganshof Van der Meersch, o.c., p. 658; K. Rimanque & P. Peeters, o.c., p. 17; N. Van Leuven (2016), o.c., p. 133; J. Velaers (2007), o.c., p. 151.

258. Cass. 29 september 1967, Pas. 1968, I, p. 132; Cass. 29 september 2008, Pas. 2008, nr. 511.

259. N. Van Leuven (2009), o.c., p. 372.

stand van het geding en zelfs voor het eerst in cassatie worden opgeworpen. Maar de praktijk is genuanceerder. Rechterers hebben in België niet de gewoonte om middelen ambtshalve op te werpen.<sup>260</sup> Bovendien weigert het Hof van Cassatie systematisch middelen waarover de feitenrechter zich niet heeft kunnen uitspreken, ook als ze betrekking hebben op de schending van een grondrecht.<sup>261</sup>

Het openbare-ordekarakter van de grondrechten doet de vraag rijzen of men er afstand van kan doen.<sup>262</sup> De logica van de absolute nietigheid en het beginsel van de onvervreemdbaarheid van grondrechten zouden doen vermoeden dat dit niet mogelijk is.<sup>263</sup> Toch wordt de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden afstand te doen van een grondrecht, algemeen aanvaard, al was het maar omdat een absolute onmogelijkheid om er afstand van te doen zelf in conflict zou komen met het recht op persoonlijke vrijheid, het recht op zelfontplooiing en de levensbeschouwelijke vrijheid.<sup>264</sup>

Een rechter mag de afstand van een grondrecht slechts toestaan in de mate waarin het EHRM dit toelaat, omdat hij anders de internationale aansprakelijkheid van België in het geding brengt.<sup>265</sup> Het EHRM, het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie zitten op dezelfde lijn, door te oordelen dat een afstand van een grondrecht slechts mogelijk is indien dit uit vrije wil en zonder enige externe druk gebeurt, en indien degene die afstand doet, zijn wil uitdrukkelijk en ondubbelzinnig uit.<sup>266</sup> Voorts kan men niet van alle grondrechten afstand doen: het verbod van discriminatie op grond van ras<sup>267</sup> en de gelijkheid tussen vrouwen en mannen<sup>268</sup> zijn te fundamenteel in een pluralistische samenleving om de afstand ervan toe te laten.

De mogelijkheid om afstand te doen van grondrechten, speelt een rol in de evenredigheidstoets (zie par. 3.4). Zij vormt een deel van de rechtvaardiging van beperkingen op de godsdienstvrijheid in horizontale relaties: met name in arbeidsverhoudingen en in het onderwijs overwegen rechters vaak dat de betrokkene vrijwillig is toegetreten tot het kwestieuze arbeids- of schoolreglement (zie par. 4.2 en 6). Wel moet die rechter erover waken dat die toestemming er niet is gekomen als gevolg

260. N. Van Leuven (2016), o.c., p. 134.

261. Cass. 27 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, p. 2580; Cass. 11 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, p. 358; Cass. 30 mei 2007, AR P.07.0601.F.

262. P. Frumer, 'La renonciation aux droits constitutionnels', in: M. Verdussen & N. Bonbled (red.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*, Brussel: Bruylant 2011, p. 367-394; N. Van Leuven (2009), o.c., p. 333-340; S. Van Drooghenbroeck, 'La renonciation aux droits fondamentaux', in: S. Van Drooghenbroeck (red.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Brussel: Larcier 2014, p. 369-384.

263. E. Dirix, o.c., p. 41; J. Velaers (2007), o.c., p. 151. Zie in die zin F. Delpérée, o.c., p. 280; O. De Schutter, 'Epidémie du sida et droits de l'homme', *RTDH* 1994, p. 78-80.

264. EHRM 10 maart 2010 (*Jehova's Witnesses of Moscow/Rusland*).

265. J. Velaers (2007), o.c., p. 151.

266. EHRM 27 februari 1980 (*Deweert/België*); EHRM (GK) 11 januari 2006 (*Sørensen en Rasmussen/Denemarken*); EHRM (GK) 1 maart 2006 (*Sejdovic/Italië*); GwH nr. 50/2008, 13 maart 2008; Cass. 13 juni 2008, D.07.0018.F.

267. EHRM (GK) 13 november 2007 (*D.H. e.a./Tsjechië*).

268. EHRM (GK) 22 maart 2012 (*Konstantin Markin/Rusland*); GwH nr. 145/2012, 6 december 2012.

van een economische afhankelijkheid.<sup>269</sup> Alle omstandigheden die twijfel zaaien over de vrije wil, moeten de rechter ertoe aanzetten de afstand van grondrechten te weigeren.<sup>270</sup> Hetzelfde geldt indien de betrokkene zijn afstand ondubbelzinnig intrekt.<sup>271</sup>

De Belgische rechtscolleges aanvaarden vrij soepel dat de houder van grondrechten daar afstand van doet in horizontale verhoudingen, voor zover dat duidelijk en ondubbelzinnig gebeurt.<sup>272</sup> Zeker bij bepaalde medische contracten is dat van belang: de voorafgaande geïnformeerde toestemming van de patiënt is een noodzakelijke voorwaarde om de aantasting van de fysieke integriteit die met elke chirurgische ingreep gepaard gaat, te rechtvaardigen.<sup>273</sup>

## 8 Convergerend potentieel van de grondrechten

### 8.1 Convergentie van publiek- en privaatrecht

De grondrechten zijn als hoogste rechtsregels en als ordenende principes van de samenleving toepasselijk in alle privaot- en publiekrechtelijke verhoudingen, en ze binden zowel de staatsmachten als de rechtsonderhorigen. Maar daaruit volgt niet noodzakelijk dat zij ook bijdragen tot de convergentie van publiek- en privaatrecht. De beïnvloeding werkt veeleer in de omgekeerde richting: de bestaande tendens van het doorbreken van de *summa divisio* tussen deze twee rechtstakken bevordert de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen. De war-rige contouren van het overheidsbegrip vormen een bijkomend argument voor die doorwerking, al speelt dat argument vooral voor die entiteiten, technieken en concepten die zich inderdaad op het almaar uitdijende snijvlak van publiekrecht en privaatrecht bevinden. De aanvullende werking van privaatrechtelijke concepten heeft een rol te spelen in de evenredigheidstoets van grondrechtenbeperkingen in horizontale verhoudingen. En de privaatrechtelijke sanctiemechanismen geven tanden aan de horizontale werking van grondrechten. Een aanvaarden van de directe horizontale werking van grondrechten zou wel een sterk convergerende werking hebben, maar zij wordt net om die reden afgewezen.

Buiten dat snijvlak van publiek- en privaatrecht moet toch vooral gewaakt worden over de eigenheid van die beide domeinen. Het publiekrecht heeft als wezenlijke functie de samenstelling, werking en bevoegdheden van de overheidsinstellingen te bepalen en hun gezagsuitoefening te kanaliseren, terwijl het privaatrecht de verhoudingen tussen particulieren beoogt te regelen. Een overdreven drang naar convergentie bedreigt de eigenheid van beide domeinen en werkt belemmerend voor hun verdere evolutie. De focus van rechtswetenschappelijk onderzoek moet liggen op het verbeteren van het recht, en het is niet noodzakelijk zo dat die

269. N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 129.

270. J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 152-153.

271. EHRM 17 februari 2005 (K.A. en A.D./België).

272. Cass. 21 oktober 2014, *Pas.* 2014, nr. 627 (afstand van het recht op bijstand van een advocaat in een strafonderzoek); Cass. 3 september 1998, *Pas.* 1998, nr. 383 (afstand van het recht op een openbare uitspraak in tuchtzaken); R. Jafferali, *o.c.*, p. 153-154.

273. Cass. 14 december 2001, *JT* 2002, p. 261; W. Van Gerven & S. Lierman, *o.c.*, p. 394-395.

verbetering uitsluitend gevonden kan worden in de overname van begrippen en technieken uit wezenlijk verschillende rechtstakken. Het privaatrecht wordt niet noodzakelijk beter door meer op het publiekrecht te gaan lijken en *vice versa*. Dit wil niet zeggen dat publiekrecht en privaatrecht niet van elkaar moeten leren; geen enkele jurist kan overigens volstaan met de kennis van slechts één rechtsdomein, omdat dit tot wederzijds onbegrip en ultiem tot rechtsonzekerheid zou leiden. Het wil wel zeggen dat convergentie geen doel op zich mag worden, maar hooguit één van de middelen, naast vele andere, om tot beter recht te komen.

Het lijkt in die context aangewezen om de grondrechten niet in te zetten als motor van verdere convergentie van publiek- en privaatrecht. Een dergelijke sturende rol toekennen aan de grondrechten, zou hen denatureren en hun legitimiteit ondergraven, en zou het gevaar van een verdringing van het privaatrecht doen terugkeren. Het zou er ook toe leiden dat de verschillen tussen burger en overheid niet langer tot hun recht kunnen komen in de evenredigheidstoets in verticale respectievelijk horizontale verhoudingen.

## 8.2 Grensoverschrijdende convergentie

Het potentieel voor grensoverschrijdende convergentie van de grondrechten is groter dan hun potentieel voor convergentie van publiek- en privaatrecht. De rechtspraak van het EHRM en de grondrechtenrechtspraak van het Hof van Justitie geven uitdrukking aan basiswaarden die ten grondslag liggen aan de West-Europese samenlevingen. In de mate waarin die rechtspraak doorwerkt in alle rechtstakken van alle lidstaten, leidt zij tot het ontstaan van een Europees privaatrecht.<sup>274</sup> De reeds vermelde interpretatieve technieken van het EHRM, met name de autonome begrippen en de consensusdoctrine, hebben een sterk convergerend effect, omdat zij nationale begrippen op de helling zetten en tot uniformiteit bewegen (zie par. 5).

Het *res interpretata* effect van de Straatsburgse rechtspraak leidt in dezelfde richting. Lidstaten moeten krachtens die leer niet alleen de arresten van het EHRM tegen de eigen lidstaat ten uitvoer leggen, maar zijn ook gebonden door de interpretatie die het EHRM aan de grondrechten geeft in arresten tegen andere lidstaten. Die interpretatie maakt integraal deel uit van de geïnterpreteerde verdragsbepaling.<sup>275</sup> Dat interpretatief gezag wordt in de Belgische rechtspraak alom aanvaard.<sup>276</sup> Die convergerende tendens kan soms nog versterkt worden door het recht van de

274. J. Basedow, 'Europäische Menschenrechtskonvention und Europäisches Privatrecht', *RebelsZ* 1999, 412; M. Fornasier, o.c., p. 310-311.

275. Art. 1, 19 en 32 EVRM; EHRM 13 juni 1979 (*Marckx/België*), § 58; EHRM 22 april 1993 (*Modinos/Cyprus*), § 20; J. Gerards, 'The European Court of Human Rights and the national courts: giving shape to the notion of shared responsibility', in: J. Gerards & J. Fleuren (red.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and the Judgments of the ECtHR in national case law*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 21-23.

276. Bijv. Cass. 10 mei 1989, *JT* 1989, 330. Het Grondwettelijk Hof interpreteert de grondrechten uit de Belgische Grondwet systematisch aan de hand van de Straatsburgse en Luxemburgse rechtspraak over analoge verdragsbepalingen (A. Alen & W. Verrijdt, o.c., p. 155-202).

Europese Unie. De Klokkenluidersrichtlijn<sup>277</sup> is er gekomen onder invloed van de Straatsburgse rechtspraak en de omzetting ervan maakt dat in alle lidstaten nu alle werknemers klokkenluidersbescherming genieten tegen al hun werkgevers.<sup>278</sup>

Twee factoren zetten niettemin een rem op het convergerende effect van de supranationale grondrechten. De eerste factor is de tendens tot proceduralisering<sup>279</sup> in de rechtspraak van het EHRM. Alsmaar vaker, en zeker ook in private verhoudingen (zie par. 2.3), onderzoekt het Hof niet zozeer de precieze inhoud van een grondrechtenbeperking, maar veeleer de manier waarop ze tot stand is gekomen en de manier waarop ze in de interne rechtsorde rechterlijke toetsing heeft kunnen genieten. Het Hof legt dan niet zozeer een uniforme grondrechtenstandaard op, maar een uniforme kwaliteitsstandaard wat de totstandkoming van wetgeving en de motivering van rechtspraak betreft. Zo beoordeelde het Hof het ontslag van de organist van een kerk die een buitenhuwelijkse relatie had niet zozeer vanuit de intensiteit van de inbreuk in verhouding tot de belangen van de lokale kerkgemeenschap, maar besloot het tot schending omdat de Duitse rechter louter had geponeerd dat de belangen van de kerk zwaarder wogen dan de belangen van de organist, zonder dat standpunt verder te substantiëren.<sup>280</sup> Indien elke lidstaat een kwaliteitsvolle wetgevingsprocedure en een degelijke internrechtelijke evenredigheidstoetsing heeft, kan de uitkomst daarvan dus danig verschillen van land tot land, zonder dat één van die landen een grondrechtenschending begaat.<sup>281</sup>

De tweede factor is het fundamentele verschil tussen abstracte en concrete toetsing. Het EHRM beslecht steeds een individuele zaak, rekening houdend met de specifieke feitelijke context daarvan en met de in het betrokken land toepasselijke regelgeving. Het veroordeelt in principe niet die wetgeving, maar slechts de manier waarop de verzoeker is behandeld. De transposeerbaarheid van dergelijke arresten naar andere landen, laat staan naar een abstract objectief contentieux, is niet altijd eenvoudig.<sup>282</sup>

Ook hier geldt dat de grensoverschrijdende harmonisatie van privaatrecht op grond van de grondrechten geen doel op zich mag zijn.<sup>283</sup> Een dergelijke manier van werken zou immers op gespannen voet staan met de nationale soevereiniteit. Het blijft in eerste instantie de taak van elke nationale wetgever om de verhoudingen tussen zijn onderdanen onderling te regelen.

277. Richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van 23 oktober 2019 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden.

278. EHRM (GK) 12 februari 2008 (*Guja/Moldavië*); M. Fornasier, o.c., p. 312.

279. J. Gerards & E. Brems (red.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge: CUP 2017; T. Kleinlein, 'The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: between subsidiarity and dynamic evolution', *ICLQ* 2019, p. 90.

280. EHRM 23 september 2010 (*Schütz/Duitsland*).

281. M. Fornasier, o.c., p. 317.

282. M. Fornasier, o.c., p. 335; J. Gerards, 'Abstract and Concrete Reasonableness Review by the European Court of Human Rights', *ECHR L. Rev.* 2020, p. 218-233.

283. M. Fornasier, o.c., p. 337.

## 9 Toekomstperspectieven

De doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen is in België sterk ingeburgerd. De voorbeelden betreffende wetgevende implementatie van grondrechten in private verhoudingen, grondwetsstoetsing van privaatrechtelijke wetgeving, supranationale rechtspraak en horizontale doorwerking via de justitiële rechter zijn legio. Niet alleen rechtspraak, maar ook rechtsleer is overvloedig aanwezig. Die rechtsleer verwijt wel systematisch aan die rechtspraak dat zij veel te weinig aan theorievorming doet.<sup>284</sup> Een dergelijke theorievorming zou inderdaad de heterogeniteit aan toegepaste technieken wat stroomlijnen en de voorspelbaarheid van de rechterlijke toetsing verhogen, en zou vervolgens de rechtsleer toelaten om die rechtspraak helderder te systematiseren.

Uit deze studie blijkt dat het bestaan van een machtspositie, de aanwezigheid van overheidsgezag en het verschil tussen directe en indirecte horizontale werking van ondergeschikt belang zijn. Zij bepalen niet de toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen, maar spelen hooguit een rol in de evenredigheidstoets. Uiteindelijk moet elke toepassing van grondrechten in private verhoudingen het voorwerp uitmaken van een evenredigheidstoets, en de meest relevante vraag is dan hoe die toets, die is ontwikkeld in de verhouding tussen burger en overheid, moet worden aangepast om haar zinvol te kunnen inzetten in horizontale verhoudingen. Deze bijdrage biedt enkele aanzetten, maar nader onderzoek is nodig. Wat wel duidelijk moet zijn, is dat die evenredigheidstoets alle contextuele elementen in acht moet nemen en dat zij voldoende terughoudend moet worden toegepast. Die terughoudendheidsplicht is een verantwoordelijkheid die rust op elke rechter die grondrechten moet toepassen in private verhoudingen, zowel in het objectief als in het subjectief contentieux. Zij waarborgt dat particulieren in beginsel hun eigen belang mogen nastreven, dat rekening wordt gehouden met de legitieme verwachtingen die de andere partij put uit de vigerende wetgeving en uit bindende overeenkomsten, en dat beide grondrechten in rekening worden gebracht wanneer beide partijen zich op een grondrecht kunnen beroepen. Omgekeerd vermijdt zij dat het privaatrecht wordt verdrongen door een alles overheersende grondrechtendynamiek en dat een al te zeer geconstitutionaliseerd privaatrecht immuun wordt voor wetswijzigingen en jurisprudentiële ontwikkelingen. Maar zelfs de meest terughoudende evenredigheidstoets blijft een element van rechtsonzekerheid in zich dragen; dat is nu eenmaal de prijs van de bescherming die de grondrechten eenieder bieden. Die evenredigheidstoets zal soms strenger uitvallen voor de overheid die grondrechten beperkt vanuit het algemeen belang, en soms voor de particulier die zijn vrijheid al te ruimhartig opvat.

De grootste blinde vlek in de rechtsleer is het gebrek aan een omvattende studie over de invloed van het Grondwettelijk Hof op het privaatrecht. Die impact is er zeker, en leidt regelmatig tot kritische beschouwingen van privatisten. Heeft die kritiek te maken met een occasionele ontevredenheid over de uitkomst van

284. E. Dirix, *o.c.*, p. 47; N. Van Leuven, *o.c.*, p. 187; R. Jafferali, *o.c.*, p. 49 en 67; J. Velaers & S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 141.

welbepaalde zaken, met wederzijds onbegrip of met een structureel gebrek aan aandacht van het Hof voor de eigenheid van het privaatrecht? Het studiewerk is nog lang niet afgerond.



# Overlap tussen grondrechten/fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen.

## Convergentie en afstemming

Stefan Somers\*

### 1 Inleiding

De vraag naar de overlap tussen fundamentele rechten<sup>1</sup> en privaatrechtelijke normen is een interessante vraag waaraan ik enkele jaren van mijn professionele loopbaan besteedde toen ik een doctoraat schreef over de wisselwerking tussen mensenrechten en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Het is ook een ruim onderwerp. Alle takken van het privaatrecht komen met fundamentele rechten in contact. Al die ontmoetingen kennen een eigen dynamiek. De doorwerking van het gelijkheidsbeginsel op bijvoorbeeld het personen- en familierecht, doet andere vragen rijzen dan de doorwerking van het recht op privacy in het bewijsrecht. Omdat ik onmogelijk recht kan doen aan de ontwikkeling van mensenrechten in alle takken van het privaatrecht, zal ik mij in wat volgt voornamelijk toespitsen op die domeinen waarvan ik zelf het meeste kennis heb: het gemeen verbintenissenrecht met inbegrip van de buitencontractuele aansprakelijkheid.

Deze bijdrage is vooral opgevat als een beschouwende tekst. In mijn antwoorden op de vragen ga ik eerder in op de grote lijnen dan op de details. De inhoud is dan ook niet exhaustief. Het komt me over dat ik op die manier tekortdoe aan het werk van verschillende auteurs, wiens werk mijn ideeën mee vormden en die ik in deze tekst niet of weinig vernoem. Ik denk bijvoorbeeld aan Velaers, Van Leuven, De Kezel, Van Emmerik, Mak, Emaus, Vrielink, Van Gerven, Wright en vele anderen. Ik wil me hiervoor verontschuldigen. Om de wisselwerking tussen fundamentele rechten en privaatrecht binnen het bestek van een beperkte bijdrage te kaderen, denk ik echter dat belangrijker is om naar het ruimer perspectief te kijken, eerder dan uitgebreid in te gaan op de doctrine en op specifieke casussen. Ik heb me ook minder toegelegd op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en op de anti-discriminatiwetgeving. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof komt overvloedig aan bod in de Belgische bijdrage publiekrecht en de anti-discriminatiwetgeving is naar mijn mening een relatief afgebakend onderwerp waaraan al veel publicaties zijn gewijd.

Een nadeel voor de studie van het Belgisch recht is dat er geen algemene databank van rechtspraak bestaat. Omdat de meeste rechtspraak van de gewone hoven en rechtbanken niet wordt gepubliceerd, is het onmogelijk om er een precies beeld van te krijgen. Ik heb dit enigszins ondervangen door bij collega's naar relevante rechtspraak te vragen (en wil diegenen die op mijn vraag zijn ingegaan,

---

\* Stefan Somers is rechter in de Ondernemingsrechtbank Antwerpen & Limburg. De bijdrage is geschreven in persoonlijke naam.

1. In deze bijdrage maak ik gebruik van de termen grondrechten, fundamentele rechten en mensenrechten, welke termen ik echter als synoniemen beschouw.

bedanken), maar ook daarmee blijft wellicht het grootste deel van de rechtspraak buiten beeld.

**Vraag 1** (*vereisten voor doorwerking*):

**1.1** In welke gevallen kan horizontale doorwerking van grondrechten/fundamentele rechten aan de orde komen? (Maak daarbij zo nodig onderscheid tussen nationale grondrechten, EVRM en het EU-Handvest). Is daarvoor nodig dat sprake is van een ongelijke verhouding tussen partijen (machtspositie) en/of de behartiging van publieke belangen? Welke criteria/grenzen zijn er?

Om na te gaan wanneer *fundamentele rechten* in België *horizontaal* kunnen doorwerken, moet eerst vastgesteld worden wat fundamentele rechten zijn, en wat wordt bedoeld met de zogenoemde horizontale doorwerking. Om dit te begrijpen is het belangrijk om eraan te herinneren dat de rechtscultuur in België tot voor kort uitging van een duidelijke demarcatie- of scheidingslijn doorheen het recht met aan de ene kant het privaat- en aan de andere kant het publiekrecht. Verschillende generaties van juristen leerden het recht in hun opleiding ordenen aan de hand van deze zogenoemde *summa divisio*. Toen ze zich eenmaal specialiseerden, legden ze zich toe op een rechtsgebied aan de ene of de andere kant van de scheidingslijn. Ze werden civilist, publicist, penalist of fiscalist. Alleen generalisten leggen zich toe op meerdere rechtstakken, maar meestal gaat het ook bij hen vooral om een aantal gebieden binnen het ruimere privaatrecht (commercieel, burgerlijk en familiaal) en het strafrecht. Dat het recht in vakgebieden wordt opgedeeld in functie van de studie ervan, en dat mensen zich in de praktijk op deelgebieden toeleggen, is logisch. Niemand kan zich in alle onderdelen van het recht bekwamen.

Door vanuit haar opdeling naar het recht te kijken, vergeten we soms wel dat het recht één groot geheel van regels vormt dat beoogt om mensen ordentelijk te doen samenleven. De natuur, waar wij als mensen deel van uitmaken, trekt zich niets van rechtvaardigheid en rechtszekerheid aan. Zij is vaak wreed en grillig. Het recht is, samen met de moraal, een instrument waarmee we het leven, en de voordelen die de samenleving meebrengt, op een voorspelbare en rechtvaardige manier proberen te sturen. Het recht gaat voort op morele principes over rechtvaardigheid en het goede leven, maar verschilt ervan omdat we maar van recht spreken als regels ook afdwingbaar worden gemaakt. Omdat het recht in de moderne democratische rechtsstaat in alle domeinen van het maatschappelijk leven doordringt, en de realiteit van het leven zich niet in duidelijk afgescheiden domeinen laat opdelen, komen alle rechtstakken weleens met elkaar in contact. De schotten die wij tussen vakgebieden plaatsen, maken het recht bevattelijk, wat om praktische en pedagogische redenen nuttig is, maar definiëren het niet. Het geldend recht is één geheel van regels dat zich als een web over alle dimensies van de samenleving uitspreidt. Het is een web dat wel enkele grote clusters en structuren kent, maar dat in een democratische rechtsstaat in essentie is opgebouwd aan de hand van enkele relatief eenvoudige basisprincipes, zoals de normenhiërarchie, het onderscheid tussen een burgerlijke en een strafvordering, het verschil tussen wilsaanvullend

en dwingend recht en interpretatieregels zoals de voorrang van de nieuwe op de oude en van de bijzondere op de algemene wet.

Dat er traditioneel een scheidingslijn tussen publiek- en privaatrecht loopt, komt door de bijzondere rol die de overheid in de moderne democratie inneemt. De overheid beschikt over het machtsmonopolie en het zwaardrecht. Zij kan de burger soeverein tot handelen en niet-handelen dwingen. Een burger mag dit niet. Voor hem geldt het verbod op eigenrichting. Hij kan een andere burger alleen tot iets dwingen als dit hem rechtens is toegestaan. Een burger kan wel enige druk op een andere burger uitoefenen,<sup>2</sup> maar zal zich, als hem geen medewerking wordt verleend, tot de overheid (of een met overheidsgezag beklede functionaris zoals een gerechtsdeurwaarder) moeten wenden omdat alleen de overheid dwang/geweld mag uitoefenen. Als een burger toch zelf dwang/geweld uitoefent, stelt hij zichzelf aan overheidssancties bloot.

Omdat de overheid ten aanzien van de burger over dwangmiddelen beschikt, wordt deze relatie verticaal genoemd. De relaties tussen burgers onderling worden horizontaal genoemd.

De vraag of er sprake kan zijn van horizontale doorwerking van fundamentele rechten, gaat uit van de veronderstelling dat fundamentele rechten alleen toepassing vinden in de verticale relatie tussen de overheid en de burger en niet in de horizontale relatie tussen burgers onderling. Volgens mij is deze stelling vanuit een rechtsfilosofisch oogpunt niet correct. Ik beroep mij daarvoor op de theorie van het sociaal contract, die de politiek-filosofische grondslag biedt voor de democratische rechtsstaat en de centrale rol van de grondwet als uiteindelijke autoriteit van alle recht. Volgens deze theorie berust het overheidsgezag op een sociaal contract dat individuele mensen sluiten en waarmee zij de overheid oprichten. Hobbes omschreef die overheid als de Leviathan, de almachtige Staat die haar gezag aan iedereen kon opleggen om zo veiligheid te garanderen. Locke voegde de notie van natuurrechten aan het sociaal contract toe door te beargumenteren dat mensen over onvervreembare rechten beschikken die zij niet aan de Staat overdragen en die dus door die Staat moet worden gerespecteerd. De idee dat fundamentele rechten alleen in verticale relaties spelen, komt voort uit deze idee over de begrenzing van de staatsmacht in het sociaal contract.

Volgens mij gaat deze idee voorbij aan een wezenlijk element van het sociaal contract, met name dat het uit twee contracten bestaat. Hobbes schreef in dit verband over een *pactum unionis*, waarin vrijgeboren mensen met elkaar een contract sluiten en aangeven dat ze elkaars vrijheid zullen respecteren, en een *pactum subjectionis*, waarin de ontstane gemeenschap zich aan een soeverein onderwerpt die toeziet op de wederzijdse erkenning van elkaars vrijheid door de leden van de gemeenschap. De idee dat fundamentele rechten in de verticale relatie tussen

2. Hij kan morele, sociale of economische dwang uitoefenen en kan dreigen met schadevergoedingen of met interesten, die bijvoorbeeld bij toepassing van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties (BS 7 augustus 2002) een ontradend karakter kunnen hebben, maar hij kan zijn schulden niet zelf (met dwang of geweld) innen.

overheid en burger gelden, gaat als het ware voort op een voorwaarde die door de invloed van Locke wordt toegevoegd aan het tweede contract, met name dat de overheid aan wiens gezag een gemeenschap zich onderwerpt, de fundamentele rechten van de leden van die gemeenschap niet mag schenden. Zij gaat er echter aan voorbij dat die rechten al in het eerste contract zijn vervat. Vrije mensen, geboren met onvervreembare rechten, erkennen door het sluiten van het *pactum unionis* de begrenzing van hun eigen vrijheid ter wille van die van de andere leden van de gemeenschap.

In de natuurtoestand, zo schrijven Hobbes en Locke, zijn alle mensen soeverein, maar zij leefden in angst omdat zij de vrijheid van de ander vreesden:

*'If man in the state of nature be so free, as has been said; if he be absolute lord of his own person and possessions, equal to the greatest, and subject to no body, why will he part with his freedom? Why will he give up this empire, and subject himself to the dominion and controul of any other Power? To which it is obvious to answer, that though in the state of nature he hath such a right, yet the enjoyment of it is very uncertain, and constantly exposed to the invasion of others: for all being kings as much as he, every man his equal, and the greater part no strict observers of equity and justice, the enjoyment of the property he has in this state is very unsafe, very insecure.'*<sup>3</sup>

De bescherming van fundamentele rechten in horizontale relaties is de reden waarom een sociaal contract wordt gesloten. Met het sluiten van een sociaal contract erkennen vrije mensen dat hun vrijheid door die van een ander wordt beperkt. Zij geven als het ware een deel van hun vrijheid op om bescherming te krijgen tegen arbitraire inbreuken op hun rechten door anderen. De rol van de overheid bestaat uit het voorkomen van zulke inbreuken. Het kan dan ook niet de bedoeling zijn dat die overheid zelf fundamentele rechten schendt.<sup>4</sup>

De stelling dat fundamentele rechten in hun filosofische kiem een horizontale dimensie hebben, werpt de vraag op waarom traditioneel wordt aangenomen dat zij alleen toepassing vinden in verticale relaties. De reden hiervoor is niet te vinden in de aard van die rechten, maar in de respectievelijke rol van de wetgevende en de rechterlijke macht in moderne democratieën. Ik verwijz in dit verband naar de

3. J. Locke, *Two treatises of government*, Londen: Whitmore and Fenn 1821, p. 294-295.

4. De theorie van het sociaal contract gaat uit van de idee dat de mens in de natuurtoestand verwikkeld is in een strijd van allen tegen allen, die beschouwd kan worden als een theoretische dystopie. Dit uitgangspunt berust niet op een historische gebeurtenis. Toen de moderne Staat niet bestond, leefde de mens niet in een strijd van allen tegen allen. De mens heeft zijn leven altijd collectief vormgegeven in normatieve stelsels die in zekere zin het resultaat waren van bepaalde machtsuitoefening en die op haar beurt machtsstructuren creëerde. De mens is altijd al een creatief wezen geweest dat in staat is om zich een wenselijke samenleving in te beelden en dus om een samenleving in zekere zin vorm te geven. Net als andere – veelal religieuze – normatieve benaderingen van het menselijk samenleven, is de sociaal-contracttheorie een normatieve theorie. De theorie biedt een normatief kader dat is ontkoppeld van religie en binnen hetwelk we kunnen nadenken hoe we de uitoefening van macht – die inherent is aan het menselijk samenzijn en die voortkomt uit geweld, charisma of kennis – zo veel als mogelijk kunnen ordenen op principes van rechtvaardigheid.

*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789.<sup>5</sup> Nadat de *Déclaration* aangeeft dat iedereen over onvervreemdbare bij geboorte ontstane rechten beschikt, bepaalt artikel 4:

*'La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.'*

Deze bepaling stelt onomwonden voorop dat de wetgever de grenzen tussen eenieders vrijheid moet bepalen. Rechters werden door de Franse revolutionairen gewantrouwd en kregen een beperkt takenpakket.<sup>6</sup> Zij werden beschouwd als *'les bouches qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui ne peuvent en modérer ni la force ni la vigueur'*. De opstellers van de eerste (democratische) grondwetten gingen ervan uit dat fundamentele rechten beschermd zouden worden door de democratische constitutie van de wetgevende macht. Als machthebbers op periodieke basis moeten worden verkozen, kan men verwachten dat zij de fundamentele rechten van hun (potentiële) kiezers niet zullen schenden. De grondwettelijke neerslag van fundamentele rechten bood in het negentiende-eeuws België dan ook weinig juridische bescherming. Burgers beschikten niet over een rechtsmiddel tegen ongrondwettige handelingen van de wetgevende macht. Op basis van artikel 150 Gw konden rechters wel de toepassing weigeren van administratieve besluiten en verordeningen die niet overeenstemmen met de grondwettelijke rechten en vrijheden,<sup>7</sup> maar tot in 1920 verklaarde de gewone rechter zich systematisch onbevoegd om te oordelen over de toekenning van een schadevergoeding als de overheid in de hoedanigheid van publiekrechtelijke persoon optrad. Voor schade die voortkomt uit de miskenning van een burgerlijk recht door een administratieve overheid, kunnen private personen pas sinds het *Flandria*-arrest van het Hof van Cassatie een vergoeding op basis van artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek verkrijgen.<sup>8</sup> De Raad van State en het Grondwettelijk Hof werden pas in 1946<sup>9</sup> en 1983<sup>10</sup> opgericht. Gedurende een lange tijd werden fundamentele rechten in de verticale relatie tussen overheid en burger vooral door democratische processen beschermd.

In horizontale relaties werden fundamentele rechten beschermd door de wet, en de afdwinging daarvan voor en door de rechterlijke en de uitvoerende macht. Schendingen in horizontale relaties van fundamentele rechten zoals het recht op

5. Zie in gelijkaardige zin: M. Troper, 'Who Needs a Third Party Effect Doctrine? The Case of France', in: A. Sajo & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven 2005, p. 115-128.

6. A. Alen & K. Muylle, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen: Kluwer 2011, losbl. p. 18 (hierna: Alen & Muylle 2011).

7. Deze bevoegdheid valt te verklaren door het grote wantrouwen dat bij de Belgische onafhankelijkheid bestond tegenover de uitvoerende macht, zie hierover: Alen & Muylle 2011, p. 78.

8. Cass. 5 november 1920 (*Stad Brugge/Société La Flandria*), JT 2020, p. 782, m.nt. H. Frick, JLMB 2000, p. 23, m.nt. C. Panier, Pas. p. 193 (concl. A-G M. Leclercq).

9. Wet van 23 december 1946 houdende instelling van een Raad van State, BS 9 januari 1947, 190.

10. Wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, BS 8 juli 1983, 8911.

leven, het recht op eigendom en het recht op vrije meningsuiting konden niet bij een rechter worden aangevochten door een beroep te doen op de Grondwet of een internationaal mensenrechtenverdrag. Zij werden wel gehandhaafd door bijvoorbeeld de strafbaarstelling op diefstal en doodslag en door de foutaansprakelijkheid zoals vervat in artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek. Als we met de bril van een eenentwintigste-eeuwse jurist naar de horizontale werking van fundamentele rechten kijken, is het wellicht vreemd om het straf- en aansprakelijkheidsrecht te omschrijven als instrumenten die dienen om fundamentele rechten in horizontale relaties te beschermen. In een wereld waarin een rechter wetgeving niet aan hogere normen zoals grondrechten mag toetsen, is dit volgens mij een vanzelfsprekend uitgangspunt. Het strafrecht is bij uitstek een instrument om erover te waken dat burgers de grenzen van elkaars vrijheid niet overtreden. Het aansprakelijkheidsrecht, zo argumenteerde ik in mijn doctoraat, heeft een belangrijke aanvullende rol.<sup>11</sup>

De invulling van fundamentele rechten als rechten die in verticale relaties in juridische procedures tegen de overheid – en dan vooral de wetgevende macht – kunnen worden afgedwongen, heeft in continentaal Europa maar echt postgevat nadat in de nasleep van de Tweede Wereldoorlog het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en verschillende grondwettelijke hoven werden opgericht. De ervaringen uit de jaren dertig en veertig van de vorige eeuw hebben getoond dat democratische processen vaak niet voldoen om fundamentele rechten van minderheden te beschermen. De juridische afdwingbaarheid van fundamentele rechten moest hiervoor een bijkomende waarborg bieden. Als juridisch afdwingbare rechten werden fundamentele rechten dan ook in een verticale relatie opgevat. Het is nooit de uitdrukkelijke bedoeling geweest, noch van de verdragspartijen bij het EVRM, noch van de Belgische Grondwetgever, om mensenrechten als zodanig in horizontale relaties juridisch afdwingbaar te maken. In horizontale relaties moeten mensenrechten worden gewaarborgd door de wet, en de afdwinging daarvan door respectievelijk de uitvoerende en de rechterlijke macht.

Hoewel fundamentele rechten als zodanig slechts in verticale en niet in horizontale relaties juridisch afdwingbaar zijn, komt de afdwingbaarheid in horizontale relaties onrechtstreeks binnen via de verticale afdwingbaarheid ervan. Omdat de Staat erop moet toezien dat burgers elkaars fundamentele rechten respecteren, kan zij aangesproken worden als zij in deze taak tekortschiet. De Staat kan met andere woorden voor een mensenrechtenschending aangesproken worden als zij nalaat om die rechten in horizontale relaties te beschermen. Vanuit de theorie van het sociaal contract is dit logisch omdat de overheid net voor deze taak in het leven

11. Ik haal in dit verband graag een citaat van Jan Ronse aan: 'De grote rechten die in de historische verklaringen van de rechten van de mens werden opgesomd, zijn slechts programma's en geen eigenlijke rechten, of, – zoals Hauriou het in scholastieke termen uitdrukte, – zij hebben van het recht slechts de stof maar niet de vorm, welke laatste alleen de uitoefening van het recht mogelijk maakt. Welnu, men mag zeggen dat die ontbrekende vorm ingeval van inbreuk kan verleend worden door de herstelsanctie van art. 1382 B.W., waardoor het recht, in de voortschrijdende sociale ontwikkeling, steeds ontdekte nieuwe waarden en levensgoederen kan blijven beschermen.' J. Ronse, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel: Larcier 1954, p. 103.

is geroepen. Als zij aan deze verplichtingen verzaakt, ondergraaft zij haar eigen bestaansrecht in het licht van het sociaal contract.

In een rechtsstaat wordt dit juridisch vertaald in de mogelijkheid om de overheid aansprakelijk te stellen voor haar nalatigheid om mensenrechten in horizontale relaties te beschermen. De redenering die hierachter schuilt, kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van de bescherming van het recht op leven. Als de overheid zich alleen zelf van inbreuken op dit recht onthoudt (haar negatieve verplichting), en burgers ongehinderd elkaar laat doden, kan men bezwaarlijk over een effectieve mensenrechtenbescherming spreken. Een overheid die oogluikend afrekeningen, bloedvetes en/of pogroms toelaat, is de naam overheid niet waardig. Zij geniet geen legitimiteit onder het sociaal contract. Een overheid die naam waardig ziet erop toe dat fundamentele rechten in horizontale relaties worden gerespecteerd.

Uit dit alles blijken mijns inziens drie zaken die relevant zijn om de gestelde vragen te beantwoorden:

*Ten eerste* denk ik dat de horizontale doorwerking van fundamentele rechten, in zoverre ze als juridisch afdwingbare rechten worden opgevat, in beginsel indirect moet gebeuren. Het EVRM en de Belgische Grondwet leggen geen mensenrechtenverplichtingen op aan privépersonen. De rechtszekerheid zou zich hier ook tegen verzetten. Niettemin kan de wetgever aan privépersonen wel mensenrechtelijke verplichtingen opleggen in welbepaalde situaties, zoals de Belgische wetgever bijvoorbeeld heeft gedaan in de wetgeving ter bestrijding van racisme en discriminatie.

Uit de vaststelling dat de horizontale bescherming van fundamentele rechten inherent in het sociaal contract ligt besloten, volgt *ten tweede* dat de horizontale bescherming van mensenrechten niet kan worden beperkt tot situaties waarin er ongelijke verhoudingen bestaan. Het is wellicht zo dat mensen of rechtspersonen die zich in een machtspositie bevinden verhoudingsgewijs vaker fundamentele rechten van anderen krenken omdat zij daar eenvoudigweg beter toe in staat zijn, maar dit kan geen axioma, laat staan een voorwaarde, zijn. In mijn doctoraat schreef ik dat David Goliath kon doden met één goedgerichte steen, wat illustreert dat de bescherming van het recht op leven zich verzet tegen een loutere horizontale toepassing ervan op machtige personen. Als een overheid principieel zou weigeren om een strafvervolgning in te stellen tegen 'gewone' mensen die 'machtige' mensen doden, dan komt zij haar positieve verplichtingen om mensenrechten in horizontale relaties te beschermen niet na. Hoewel dit voorbeeld zich in het strafrecht situeert, heeft het ook burgerrechtelijke gevolgen en geldt hetzelfde voor inbreuken op fundamentele rechten die in het nationaal recht een gevolg in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht hebben. Ik denk bijvoorbeeld aan

situaties van haatspraak op internetfora.<sup>12</sup> Het is ook niet vanzelfsprekend om na te gaan welke partij in een bepaalde relatie machtig is en welke niet. Macht heeft veel verschijningsvormen die vaak moeilijk te peilen zijn. Bovendien bestaat het gevaar op post-factum beoordelingen. Pas nadat David Goliath doodde werd het duidelijk dat strategisch inzicht en slingervaardigheid in hun relatie belangrijkere machtsfactoren waren dan brute kracht.

Vanuit een dogmatisch oogpunt is het ook belangrijk te benadrukken dat fundamentele rechten niet direct, maar indirect in horizontale relaties doorwerken. Zij hebben maar invloed op horizontale geschillen doordat een private partij zich er ten aanzien van de overheid, in haar hoedanigheid van arbiter of regulator in horizontale relaties, op kan beroepen. Door deze driehoeksverhouding is niet in de eerste plaats de verhouding tussen private actoren de relevante verhouding om een machtsrelatie te beoordelen, maar wel de verticale relatie tussen rechtsonderhorige en overheid.

Dat de horizontale doorwerking van fundamentele rechten zich niet beperkt tot situaties waarin er sprake is van ongelijke verhoudingen, staat er niet aan in de weg dat het vanuit grondwettelijk perspectief soms aangewezen en zelfs nodig kan zijn om in bepaalde ongelijke machtsverhoudingen in bijzondere beschermingsmechanismen te voorzien. Te denken valt aan regels inzake zwangerschapsverlof en/of positieve discriminatie met het doel op de gelijke toegang tot de huur- en arbeidsmarkt<sup>13</sup> en het onderwijs,<sup>14</sup> en maatregelen ter bescherming van kwetsbare personen in de kinder- en ouderenzorg. Omdat deze sectoren in grote mate worden gecontroleerd door private actoren, kan aangenomen worden dat er op de overheid positieve verplichtingen rusten om in deze sectoren aan private entiteiten bijzondere verplichtingen op te leggen. Als de rechter zich moet uitspreken over bepalingen in een contractueel aanvaard reglement van een privaat zorg- of ziekenhuis over het ontvangen van bezoek of het houden van huisdieren op een kamer, zal ook hij rekening moeten houden met de fundamentele rechten die de

12. Dat het voor de bescherming van mensenrechten niet altijd nodig is dat personen in machtige entiteiten aangesproken worden, blijkt bijvoorbeeld uit een arrest waarin het EHRM oordeelde dat de aansprakelijkheid van een internetforum in een concrete situatie waarin iemand zich valselijk uitgaaf voor iemand anders, geen afdoende bescherming voor diens rechten onder art. 8 EVRM bood. Het Hof eiste dat de Staat ervoor had moeten zorgen dat de eigenlijke auteur van de valse voorstelling geïdentificeerd en (strafrechtelijk) vervolgd kon worden (EHRM 2 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1202JUD000287202 (*K.U./Finland*)).
13. De EU-richtlijnen inzake non-discriminatie voorzien zo uitdrukkelijk in de mogelijkheid van positieve acties: art. 5 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming; art. 7 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep; art. 6 Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bevestigt ook dat speciale bescherming noodzakelijk is voor bepaalde groepen, met name: mannen en vrouwen (art. 23), kinderen (art. 24), ouderen (art. 25) en personen met een handicap (art. 26).
14. Bijv. EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0316JUD001576603 (*Oršuš e.a./Kroatië*); EHRM 29 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0129JUD001114611 (*Horváth & Kiss/Hongarije*); EHRM 23 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD005150008 (*Çam/Turkije*).

bewoners uit artikel 8 EVRM putten. Dit verhindert echter niet dat ook het private zorg- of ziekenhuis zich op fundamentele rechten, zoals artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM, kan beroepen. Een ongelijke machtsrelatie sluit de mogelijkheid van de machtige partij om zich op mensenrechten te beroepen niet uit.<sup>15</sup> Wanneer verschillende partijen zich op mensenrechten kunnen beroepen, moet de rechter net een afweging tussen rechten maken, zonder dat er een strikte hiërarchie geldt.<sup>16</sup> Een benadering waarbij eerst wordt nagegaan of er tussen partijen een machtsonevenwicht bestaat om na te gaan welke partij zich wel en welke zich niet op mensenrechten kan beroepen, wordt niet aanvaard.

De vraag of een persoon publieke belangen behartigt, kan wel een rol spelen bij de toepassing van de mensenrechtentoets (zoal het geval is bij de afweging van het recht op vrije meningsuiting met het recht op een privéleven), maar kan mijns inziens geen voorwaarde uitmaken om in horizontale relaties aanspraak te maken op mensenrechtenbescherming. Ik zie dit ook niet terugkomen in de rechtspraak.

*Ten derde* denk ik niet dat bepaalde domeinen van het recht van de (indirecte) horizontale doorwerking van fundamentele rechten kunnen worden afgeschermd. In alle rechtsdomeinen die betrekking hebben op feitelijke situaties waarin een burger de fundamentele rechten van een andere burger kan krenken, kunnen deze rechten doorwerken. Omdat een arts die een medische fout begaat daarmee het recht op leven van een patiënt kan krenken, kunnen mensenrechten doorwerken in het gezondheidsrecht. Omdat het recht op privéleven geschonden kan worden door een nabuur, door een verhuurder of door (een gebruiker van) een sociaal mediaplatform, kunnen mensenrechten doorwerken in het zakenrecht, het huurrecht en het ICT-recht. In al de domeinen van het maatschappelijk leven waarin privépersonen elkaars fundamentele rechten kunnen schenden, moet de overheid (aan wie wij onze soevereiniteit hebben afgestaan en die daarom over de zwaarmacht beschikt) in beginsel kunnen ingrijpen om fundamentele rechten te beschermen, zij het door wetgeving uit te vaardigen, door administratieve handelingen te stellen of door recht te spreken.

Op het eerste gezicht lijkt het misschien niet erg waarschijnlijk dat mensenrechten veel invloed kunnen uitoefenen op bijvoorbeeld het contractenrecht. Het overgrote deel van de contracten die worden gesloten kaderen in burgerlijke of handelsrelaties en lijken weinig weerslag op de fundamentele rechten van partijen te kunnen hebben. Het contractenrecht is ook een eerder technische materie, die weinig refereert aan de beschermwaardige belangen die in fundamentele rechten liggen vervat. Toch kan het contractenrecht niet aan de invloed van mensenrechten ontsnappen. Hoewel men ervan uit kan gaan dat partijen die een contract sluiten (waarbij is vereist dat zij wilsbekwaam zijn en hun wilsuiting niet

15. Als een groot mediabedrijf dat een internetplatform beheert in het nationaal recht wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan private personen die slachtoffer worden van haatspraak op het forum, kan het bedrijf zich nadien tot het EHRM wenden en aanvoeren dat haar rechten onder art. 10 EVRM geschonden zijn, bijv. EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616 JUD006456909 (*Delfi AS/Estland*).

16. Bijv. EHRM 22 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0322JUD007043412 (*Sousa Goucha/Polen*).

door wilsgebreken zoals dwaling, bedrog, geweld of misbruik van omstandigheden wordt aangetast)<sup>17</sup> daarbij geen verbintenissen aangaan die een krenking van een fundamenteel recht uitmaken dat, indien de uitvoering van de overeenkomst via de rechter wordt afgedwongen, als een mensenrechtenschending kwalificeert, kan dit wel degelijk gebeuren.

Een aantal verbintenisrechtelijke regels die op het eerste gezicht geen uitstaan hebben met fundamentele rechten, geven daar wel uitdrukking aan. Neem bijvoorbeeld het principe volgens hetwelk overeenkomsten van onbepaalde duur te allen tijde opzegbaar zijn (maar waarbij het overeenkomstig de goede trouw en het verbod op rechtsmisbruik nodig kan zijn om een redelijke opzegtermijn in acht te nemen). Dit principe, dat is afgeleid van het verbod op eeuwigdurende overeenkomsten, bestaat in het Belgisch recht al veel langer dan dat fundamentele rechten juridisch afdwingbaar zijn, maar is ongetwijfeld gericht op de bescherming van een aspect van de wilsautonomie dat vandaag bescherming zou vinden in de rechten van de mens. Als de Belgische wetgever zou beslissen om dit verbod af te schaffen, en daarbij niet zou voorzien in afdoende burgerrechtelijke correctiemechanismen,<sup>18</sup> dan zouden partijen de rechter en/of de wetgever kunnen dwingen om correctiemechanismen te voorzien om zo te voldoen aan de vereisten van artikel 4 en 8 EVRM en/of artikel 15 EU-Handvest.

Ik meen dan ook dat er geen formele begrenzingen aan de (indirecte) horizontale toepassing van mensenrechten zijn.

Vanuit het privaatrecht kan deze stelling als vergaand overkomen. Het gehele privaatrecht wordt zo immers in een bad van mensenrechten getrokken en dreigt zo zijn autonomie te verliezen. Er zijn ook auteurs die vrezen dat de invloed van mensenrechten op het privaatrecht veel nadelige gevolgen kan hebben op de contractvrijheid en de private autonomie van partijen.<sup>19</sup> Deze kritieken gaan mijns inziens voorbij aan de relatieve autonomie van het privaatrecht en aan de meer algemene tendens van instrumentalisering van het recht, waarbij een formele zienswijze op de contractvrijheid steeds meer plaats maakt voor een materiële benadering.

Het privaatrecht heeft diepe wortels in het Romeins recht en bevat eeuwenoude principes die aan relatief weinig verandering onderhevig zijn geweest, waardoor de indruk kan ontstaan dat het privaatrecht alleen begrepen kan worden uit zijn interne eigenschappen die gelegen zijn in de band tussen (private) personen.

17. Over een mensenrechtenconforme benadering van de wilsgebreken naar Belgisch recht zie: N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 329-361 (hierna: Van Leuven 2009).

18. Naar Nederlands recht kan een overeenkomst van onbepaalde duur naar de bedoeling van partijen onopzegbaar zijn, maar daartegen kan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid of de onvoorziene omstandighedenregeling worden ingebracht: HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660.

19. In deze zin over het EVRM: O. Cherednychenko, 'Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, p. 207 en R. Kay, 'The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law', *European Human Rights Law Review* 2005, p. 479.

Als we spreken over privaatrecht in een moderne democratische rechtsstaat, spreken we echter over een vaag afgelijnd geheel van regels die betrekking hebben op de relaties tussen private personen onderling, die niet zijn voorzien van een strafbaarstelling, en die vooral zijn neergelegd in wetteksten die als zodanig een onderdeel uitmaken van de gehele rechtsordening, en in de normenhiërarchie ondergeschikt zijn aan de rechten van de mens. Vanwege haar positie in de normenhiërarchie, kan van een absolute autonomie van het privaatrecht geen sprake zijn. Ook toen mensenrechten niet juridisch afdwingbaar waren, ontwikkelde het privaatrecht zich niet autonoom. De geldigheid van contracten en de invulling van bijvoorbeeld het buitencontractueel foutbegrip werden ook toen al meebepaald door normen uit andere rechtstakken. Het maatschappelijke dat door de regels van het gemeen verbintenissenrecht, dat traditioneel een belangrijke rol toebeedeelt aan de contractvrijheid en de partijautonomie, wordt bepaald, werd sinds de opkomst van de welvaartsstaat aan het einde van de negentiende eeuw meer en meer ingeperkt door regels van dwingend recht en van openbare orde (waarbij eventueel in een strafsancie werd voorzien) inzake arbeidsovereenkomsten, marktpraktijken, bijzonder huurrecht, milieurecht, productnormering enz.

De zogenoemde instrumentalisering van het privaatrecht, waarmee wordt bedoeld dat het privaatrecht meer en meer wordt aangewend voor andere doelstellingen dan louter correctieve rechtvaardigheid en/of de bestending van de contractvrijheid,<sup>20</sup> is een evolutie die zich ook los van de horizontale werking van fundamentele rechten voordoet. Zij moet gekaderd worden in de opkomst van de welvaartsstaat en de idee dat de wet er niet alleen voor moet zorgen dat burgers gelijk zijn voor de wet (formele gelijkheid), maar dat zij ook gelijk zijn door de wet (materiële gelijkheid). De evolutie van een gelijkheid voor, naar een gelijkheid door de wet, gaat hand in hand met een verschuiving van een formele opvatting van contractvrijheid naar een materiële. Partijen moeten niet alleen formeel, voor de wet, vrij zijn om aan de hand van contracten hun rechtspositie te bepalen, maar moeten er ook werkelijk toe in staat zijn. Het is deze algemene zienswijze op wat maatschappelijk wenselijk is, die volgens mij de belangrijkste katalysator is voor de beperktere rol van de contractvrijheid en partijautonomie binnen het recht, en daarmee voor de autonomie van het privaatrecht. Dat deze evolutie zich ook buiten de invloed van fundamentele rechten om in het privaatrecht aftekent, blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak over de geldigheid van niet-concurrentiebedingen. Volgens deze rechtspraak is een niet-concurrentiebeding maar geldig als het geen onevenredige inbreuk vormt op de ondernemings- en contractvrijheid en als het een proportioneel middel uitmaakt om een rechtmatig belang van de schuldeiser

20. Zie bijv. M. Grimaldi, 'Les grandes lignes de l'évolution du Code civil en France depuis 1804', *JT* 2004, p. 449.

te dienen.<sup>21</sup> De achterliggende reden is dat een niet-concurrentiebeding een partij niet mag beroven van haar mogelijkheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen en in levensonderhoud te voorzien. De vrijheid om nieuwe contracten te sluiten mag met andere woorden niet worden uitgehold door een niet-concurrentiebeding in een oud contract. Een andere rechtsfiguur die in deze ontwikkeling past, is de figuur van het rechtsmisbruik, die net als mensenrechten de juridische mogelijkheid biedt om in uitzonderlijke omstandigheden aan de hand van een belangenafweging een correctietoets op de rechtszekerheid ten behoeve van rechtvaardigheid uit te oefenen.<sup>22</sup>

Je zou kunnen zeggen dat de vraag of mensenrechten invloed hebben op de partijautonomie, de contractvrijheid en de autonomie van het privaatrecht, moeilijk te beantwoorden is omdat we moeilijk kunnen nagaan of het mensenrechtenrecht en het privaatrecht niet onderhevig zijn aan eenzelfde evolutie van een meer formele, naar een meer materiële interpretatie van de rol van het recht in het maatschappelijk leven. De noties van fundamentele rechten, contractvrijheid en partijautonomie zijn in wezen op hetzelfde uitgangspunt gebaseerd: dat de mens vrij wordt geboren met onvervreembare rechten en zelf het best geplaatst is om zijn rechtspositie ten aanzien van anderen te bepalen. Als auteurs vrezen dat mensenrechten de contractvrijheid en/of de partijautonomie van partijen te veel zullen inperken, vrezen zij in werkelijkheid dat het mensenrechtenrecht vertrekt vanuit een ander maatschappelijk uitgangspunt dan het privaatrecht en/of dat de doorwerking van mensenrechten ertoe zal leiden dat de rechter zijn opvattingen over wat een goede samenleving is aan contractpartijen gaat opleggen zodat de balans tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid te veel in het voordeel van die laatste zou doorslaan. Deze bezorgdheden verdienen onze aandacht. Ik denk ook dat er aandacht moet zijn voor de proceseconomie. De horizontale werking van mensenrechten geeft partijen in privaatrechtelijke geschillen instrumenten om extra voorzieningen in te stellen (zoals het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof)<sup>23</sup> en om extra middelen op te werpen (ter invulling van een

21. M. Nounckele, Z. Trusgnach & F. Lambinet, 'Les clauses de non-concurrence en droit commun', in: C.-E. Clesse & S. Gilson (red.), *La concurrence loyale et déloyale du travailleur*, Limal: Anthemis 2013, p. 108-119; M. Vansteenbeeck, 'Concurrentieclausules', in: *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen: Intersentia 2013, p. 907-917. Om dit te beoordelen zal de rechter nagaan of een niet-concurrentiebeding een redelijke beperking heeft naar tijd, ruimte en getroffen activiteit: Cass. 23 januari 2015 (AR C.13.0579.N), *DAOR* 2015, afl. 115, p. 18, m.nt. D. Mertens; *JT* 2015, p. 734; *RW* 2015/16, p. 1187, m.nt. F. Peeraer; *TBBR* 2016, p. 187, m.nt. F. Peeraer; *TBH* 2016, p. 367, m.nt. A. Snyers; Cass. 25 juni 2015 (AR C.14.0008.F), *Arr.Cass.* 2015, p. 1757; *JT* 2015, p. 6620 (concl. A-G T. Werquin), m.nt. S. Lagasse; *JTT* 2015, p. 483, m.nt. M. Wantiez; *NJW* 2015, p. 914, m.nt. C. Lebon; *TBBR* 2016, p. 187, m.nt. F. Peeraer; *TBH* 2016, p. 382, m.nt. T. Tanghe.
22. Door dit soort algemene rechtsbeginselen zal een burgerlijk rechter er vaak voor kunnen zorgen dat de uitspraak correspondeert met grondwettelijke vereisten, zonder dat hij zich er rechtstreeks op dient te beroepen.
23. In de rechtsleer werd bijvoorbeeld ook de vraag gesteld of art. 35, §1 EVRM vereist dat partijen die benadeeld werden door de miskenning van het EVRM in een nationaalrechtelijke rechtsprocedure eerst nog een aansprakelijkheidsvordering tegen de Staat moesten instellen wegens de schending van het EVRM, en in dit verband alle rechtsmiddelen uitputten, alvorens zij zich tot het EHRM kunnen wenden (zie hierover: M. Leloup, 'Overdaad schaadt. Is de aansprakelijkheidsvordering voor fouten begaan door de hoogste rechtscolleges een uit te putten rechtsmiddel voor het EHRM?', *TBP* 2018, p. 288-302).

privaatrechtelijke norm of met het oog op de buitentoepassingverklaring ervan). We moeten erover waken dat de doorwerking van mensenrechten in een concreet geschil ten dienste staat van de rechtvaardigheid, en niet van de partij met de langste adem.

**1.2** Volgens de rechtsleer wordt aan de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in Nederland wel het vereiste gesteld dat sprake is van een overheidslichaam of bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Ligt dit anders/genuanceerder als het gaat om grondrechten/fundamentele rechten en zo ja, welke is hiervan de achtergrond/kan hiervan de achtergrond zijn?

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn een bijzondere categorie van door de rechtspraak ontwikkelde beginselen waaraan administratieve overheden zich moeten houden als zij zich aan een taak van openbare dienst kwijten.<sup>24</sup> Het gaat onder meer om het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, de hoorplicht, het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsverplichting. Deze beginselen zijn ontwikkeld binnen het administratief recht en leggen gedragslijnen op aan de overheid wanneer zij met de burger in contact treedt. Zo schrijft het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel voor dat de rechtsonderhorige erop mag vertrouwen dat een overheid het door haar gewekte gerechtvaardigde vertrouwen inlost. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur nemen in het administratief recht een rol in die gelijkaardig is aan de algemene zorgvuldigheidsnorm in de buitencontractuele aansprakelijkheid en de aanvullende werking van de goede trouw in het contractenrecht. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur leggen (aan de overheid) verplichtingen op die verder reiken dan alleen haar wettelijke verplichtingen (in zoverre zij uiteraard niet zelf gecodificeerd worden). Ze zijn echter alleen op de overheid (en niet op burgers) van toepassing en ze zijn meer concreet ingevuld dan de algemene zorgvuldigheidsnorm.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en mensenrechten verschillen van elkaar doordat zij zich tegenover een andere bestemming richten en doordat zij een andere plaats in de normenhiërarchie innemen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur leggen gedragsnormen op aan administratieve overheden.<sup>25</sup> Mensenrechten dienen niet alleen nageleefd te worden door de uitvoerende macht, maar ook door de wetgevende en de rechterlijke macht. Het verschil in bestemming volgt logisch uit de normenhiërarchie, waar mensenrechten een plaats innemen boven de wet (de democratische wetgever dient de basisprincipes van het sociaal contract te respecteren), terwijl de algemene beginselen van behoorlijk

24. Cass. 29 november 2004 (AR S.03.0057.F), *JTT* 2005, p. 104; *RW* 2006/07, p. 173. Zie hierover: P. Popelier, 'Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen', in: I. Opdebeeck & M. Van Damme (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: die Keure 2006, p. 3; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme & J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer 2021, p. 46.

25. Ik ga niet verder in op de vraag in hoeverre deze gelden ten aanzien van andere publieke rechtspersonen. Zie hierover o.m.: S. De Somer, 'Principes eigen aan collegiale organen in het bestuursrecht', in: S. De Somer (red.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge: die Keure 2020, p. 425.

bestuur zich hiërarchisch onder de wet bevinden, zodat zij er niet tegenin mogen gaan.

Ik gaf eerder al aan dat het EVRM, het EU-Handvest en de Belgische Grondwet geen mensenrechtenverplichtingen aan privépersonen opleggen. In de hypothese dat een publiekrechtelijke rechtspersoon een mensenrecht schendt, rijst de vraag of een burger zich ten aanzien van deze entiteit op respectievelijk het EVRM, het EU-Handvest of de Belgische Grondwet kan beroepen, en of het niet is vereist dat de entiteit – naar analogie met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – een taak van openbare dienst uitoefent. Vanuit een administratiefrechtelijk oogpunt is het logisch om ook van deze premisse uit te gaan als er aan mensenrechten wordt getoetst. In zoverre een vordering bij een nationale rechter wordt ingesteld tegen een specifieke rechtspersoon, is het relevant om na te gaan of deze rechtspersoon al dan niet deel uitmaakt van een overheid omdat mensenrechten dan – naar nationaal recht – rechtstreeks getoetst kunnen worden. In andere gevallen zal nagegaan moeten worden of de aansprakelijkheid van de Staat voor een mensenrechtenschending – desgevallend vanwege een fout van de rechter die een mensenrechtenschending bij het uitvoeren van zijn rechtsprekende taak dient te vermijden – in het gedrang komt omdat zij nalaat om in private relaties op te treden, bijvoorbeeld door wetgeving uit te vaardigen en af te dwingen die mensenrechtenschendingen door private personen bestrijdt. Daar waar een private rechtspersoon of een publieke rechtspersoon die geen taak van openbare dienst uitoefent niet onderworpen is aan de beginselen van behoorlijk bestuur (maar wel aan de buitencontractuele foutaansprakelijkheid en de contractuele goede trouw), kunnen haar handelingen wel aanleiding geven tot een mensenrechtelijke veroordeling van de Staat.

**1.3** Als de regelgever (EU en/of nationaal) besluit de toepassing van de horizontale werking van grondrechten/fundamentele rechten op te nemen in regelgeving (codificatie), zijn er over die inpassing in privaatrechtelijke verhoudingen dan nog opmerkingen te maken?

Eerder gaf ik al aan dat veel bijzondere privaatrechtelijke regelgeving is gericht op de bescherming van mensenrechten in horizontale relaties. De meest ruime regelgeving waarin een horizontale dimensie aan mensenrechten wordt verleend, is te vinden in de anti-discriminatiewetgeving (die ook voorziet in strafbaarstellingen). Deze wetten dienen beschouwd te worden als normale wetgeving die als zodanig het voorwerp kunnen uitmaken van een toets aan fundamentele rechten.

**Vraag 2** (*techniek van doorwerking*):

**2.1** Welke zijn de technische verschillen tussen directe en indirecte horizontale werking (reflexwerking)?

**2.2** Welke zijn van elk van beide technieken de voor- respectievelijk nadelen/bezwaren?

**2.3** Is in de mate van toepassing van doorwerking respectievelijk de te kiezen techniek een ontwikkeling te ontwaren?

In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen de directe en de indirecte doorwerking van mensenrechten in horizontale relaties. Op basis van de directe werking zouden partijen zich in privaatrechtelijke geschillen tegenover elkaar rechtstreeks op mensenrechten kunnen beroepen. Bij een indirecte werking wordt de toepassing van mensenrechten in het privaatrecht alleen aanvaard voor het invullen van open normen (zoals bijvoorbeeld de openbare orde, de goede trouw of de zorgvuldigheidsnorm) door rechters of door het uitwerken van positieve verplichtingen van de wetgever om wetten te maken die de mensenrechten in horizontale relaties beschermen.<sup>26</sup>

De directe en indirecte horizontale werking hebben beiden hun voor- en nadelen. Dirix schreef: *'De eerste theorie doet immers te kort aan het privaatrecht, de tweede aan de mensenrechten.'*<sup>27</sup> De voordelen voor de directe ten opzichte van de indirecte werking zouden vooral te vinden zijn in effectiviteit en proceseconomie.<sup>28</sup> Als nadeel van de directe ten aanzien van de indirecte werking wordt dan weer gewezen op het aantasten van de rechtszekerheid, het negeren van de ervaring van het privaatrecht<sup>29</sup> en het indruisen tegen het juridisch positivisme.<sup>30</sup>

Het onderscheid tussen de directe en de indirecte horizontale werking mag echter niet overdreven worden. De vraag of een stelsel directe of indirecte werking toestaat, is in de praktijk soms moeilijk te bepalen. Ik neem het EU-Handvest als voorbeeld. Het HvJ EU oordeelde dat partijen zich in private geschillen in bepaalde omstandigheden op het EU-Handvest<sup>31</sup> kunnen beroepen om nationale bepalingen buiten toepassing te laten.<sup>32</sup> Met die mogelijkheid moet volgens het Hof wel voorzichtig omgegaan worden. Als de rechter een strijdigheid tussen een nationale wet en het EU-Handvest vaststelt, moet hij eerst proberen om de nationale regel zo veel mogelijk in overeenstemming met de bepalingen van het EU-Handvest uit te leggen.<sup>33</sup> Alleen als blijkt dat dit niet mogelijk is, kan hij de nationale wet in bepaalde gevallen buiten toepassing laten en zich rechtstreeks op bepalingen van het EU-Handvest beroepen. Daarvoor is wel vereist dat de bepaling van het EU-Handvest *'op zich volstaat om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan'*.<sup>34</sup> Dit houdt in dat de bepaling geen uitvoeringsmaatregelen nodig heeft op EU- of nationaal niveau. Dit is bijvoorbeeld het

26. Voor een uitgebreide bespreking zie: Van Leuven 2009, p. 39-65.

27. E. Dirix, 'Grondrechten en overeenkomsten', in: K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 49.

28. In deze zin: W. Rauws & W. Schyvens, 'De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding', in: K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 182.

29. J. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', in: *Preadviezen (Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking)*, Deventer: Kluwer 2003, p. 57.

30. In deze zin: K. Rimanque & P. Peeters, 'De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling', in: K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 17.

31. In sommige gevallen kunnen zij zich bijvoorbeeld ook beroepen op Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep: HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci*).

32. HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (*Association de médiation sociale*).

33. HvJ EU 16 september 2010, C-149/10 (*Chatzi*).

34. HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (*Association de médiation sociale*).

geval voor artikel 21 lid 1 EU-Handvest voor wat betreft non-discriminatie op grond van leeftijd, maar niet voor artikel 27 EU-Handvest over het recht op informatie en raadpleging van werknemers binnen een onderneming. In de gevallen waarin een nationale wet niet overeenkomstig het EU-verdrag kan worden uitgelegd, en een private partij zich er in een privaatrechtelijk geschil ook niet op kan beroepen, zal zij zich alleen tegen de overheid kunnen wenden door een vordering inzake overheidsaansprakelijkheid (wegens schending van het Unierecht) in te stellen. De nationale procedure zal dan moeten voldoen aan het in artikel 47 EU-Handvest opgenomen recht op doeltreffende rechtsbescherming, evenals aan de door het Hof van Justitie ontwikkelde beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Het EU-Handvest verkrijgt zo op het eerste gezicht directe horizontale werking, maar in zoverre het nog steunt op een vorm van overheidsaansprakelijkheid, is haar horizontale werking eigenlijk indirect.

In België is het vaste rechtspraak dat de burgerlijke rechter bevoegd is om wetgeving buiten toepassing te laten als die strijdig is met een internationaal verdrag dat directe werking heeft in de Belgische rechtsorde.<sup>35</sup> Omdat het EVRM rechtstreekse werking heeft, kan een partij zich erop beroepen. Dit geeft de rechter de mogelijkheid om, naar analogie met het EU-Handvest, nationaal recht buiten toepassing te laten als de toepassing ervan strijdig zou zijn met de bepalingen van het EVRM. Hoewel de rechten van het EVRM aan private personen een subjectief recht verlenen waarop zij als zodanig een beroep kunnen doen, kunnen zij zich in privaatrechtelijke geschillen onder elkaar naar mijn mening niet rechtstreeks op het EVRM beroepen bij het stellen van een vordering, omdat het EVRM geen verplichtingen aan private personen oplegt. Hetzelfde geldt voor de Grondwet. De gewone rechter kan een wet wel buiten toepassing laten als ze strijdig is met de Grondwet, maar hij kan aan een particulier op basis van de Grondwet geen verplichtingen opleggen. De vordering zal dan waarschijnlijk wel gesteld kunnen worden op basis van een residuaire bepaling in het privaatrecht, zoals de buitencontractuele foutaansprakelijkheid, de contractuele aansprakelijkheid of het rechtsmisbruik, maar niet op basis van het mensenrecht zelf. Mensenrechten voorzien immers niet in de remedies die het privaatrecht wel voorziet, zoals het schadeherstel of de ontbinding van een overeenkomst. In een situatie waarin een verweermiddel strijdig wordt bevonden met de fundamentele rechten, zal het gevolg zijn dat het verweer faalt en de vordering in beginsel doorgang kan vinden.

Dat wetgeving in geschillen tussen private personen buiten toepassing wordt gelaten, is enigszins opmerkelijk. Een partij die zich aan wettelijke voorschriften houdt en/of die rechtshandelingen stelt waarbij zij uitgaat van een bepaald geldend wetgevend kader, kan door de ongrondwettigheid van die voorschriften plots privaatrechtelijk gesanctioneerd worden. De vraag kan gesteld worden of het niet logischer is om te voorzien dat wetgeving in geschillen tussen private partijen niet buiten toepassing verklaard kan worden (behalve wanneer het gaat om procesrechtelijke regels), en te voorzien in een vordering tegen de overheid. Hoewel ik hier geen voorbeelden van vind in de rechtspraak, denk ik dat het voor een partij

35. Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, p. 959, *JT* 1971, p. 460, *RW* 1971/72, p. 424 (*Belgische Staat/NV Fromagerie Franco-Suisse Le Ski*).

in wiens nadeel een wet buiten toepassing wordt verklaard ook mogelijk moet zijn om zich tegen zijn contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid te verweeren door een beroep te doen op figuren als dwaling, overmacht en/of het bevel van de overheid. De te gebruiken methode zal bepalen welke partij in de eerste plaats de schade draagt en zich dient te richten tegen de overheid.

In een uitzonderlijk vonnis lijkt een burgerlijk rechter het EVRM als rechtsgrond te aanvaarden voor een vordering tussen private personen. Het betrof een zaak waarin het recht op privacy moest worden afgewogen tegen het recht op vrije meningsuiting. Hoewel de rechter daarin niet verwees naar artikel 1382 oud BW, is het aannemelijk dat hij tot dezelfde uitspraak zou zijn gekomen als dit wel het geval was. In de rechtspraak waarin het recht op vrije meningsuiting van de ene partij in conflict komt met het recht op privacy van de andere partij, worden het fout- en schadebegrip in het kader van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid zodanig ingevuld aan de hand van artikel 8 en 10 EVRM,<sup>36</sup> dat er mijns inziens nog nauwelijks een verschil bestaat tussen een directe en indirecte rechtstreekse doorwerking van mensenrechten. In dezelfde zin lijkt er ook rechtspraak te zijn waarin een contractueel beding strijdig wordt bevonden met een mensenrecht,<sup>37</sup> waarbij gesteld kan worden dat dit gevolg perfect bereikt kan worden door het mensenrecht als een invulling van de openbare orde te zien of door een beroep te doen op het verbod op rechtsmisbruik. Een minder duidelijk beeld komt naar voren uit rechtspraak waarin mensenrechten worden toegepast op tuchtrechtelijke beslissingen in bijvoorbeeld de sportwereld.<sup>38</sup> Wellicht zeggen deze voorbeelden meer over de redactie van vonnissen, waarin niet steeds wordt ingegaan op wat door partijen niet wordt betwist en/of vanzelfsprekend is, dan over de technieken van doorwerking.

In de Belgische context moet verder nog opgemerkt worden dat de burgerlijk rechter in beginsel niet bevoegd is om wetgeving aan de Grondwet te toetsen.<sup>39</sup> Als er zich in een burgerlijk geschil een vraag stelt naar de verzoenbaarheid van wetgeving met de Grondwet, dan kan hij die wet weliswaar buiten toepassing laten, maar moet hij eerst een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof stellen. Het moet in dit verband opgemerkt worden dat veel mensenrechten door zowel

36. Dit is bijvoorbeeld het geval in een vonnis van dezelfde kamer waarin het Hof oordeelt dat het moet nagaan of partijen – die zich op hun recht op vrije meningsuiting beroepen – de grenzen van de vrije meningsuiting hebben overschreden en zo een fout hebben begaan in de zin van art. 1382 oud BW – HvB Gent 9 december 2021, 2020/AR.952, onuitgegeven.

37. Bijvoorbeeld een huurprijsherzieningsbeding voor het houden van een huisdier Vredegerecht Willembroek 27 januari 2020, 19A595, onuitgegeven (weergave *Juristenkrant* 26 februari 2020, p. 3) en in verband met een verbod op het houden van een huisdier Vredegerecht Aalst 12 mei 2015, *T. Huur* 2016, p. 134. Merk ook op dat de rechtsleer in dit verband vaak eenvoudig stelt dat 'reglementen van mede-eigendom' als zodanig kunnen worden getoetst aan art. 8 EVRM, zonder diepgaand in te gaan op de vraag of, en zo ja, hoe mensenrechten verplichtingen opleggen aan verenigingen van mede-eigendom: bijv. R. Timmermans, 'Onrechtmatige bedingen', in: R. Timmermans (red.), *Handboek appartementsrecht*, Deel 1, p. 414 e.v.

38. Zie: R. D'Haese & C. Jenart, 'Zelfregulering en de bescherming van grondrechten: de casus van doping in de elitesport', *TBP* 2016, p. 279-299.

39. Cass. 3 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, p. 967 (concl. A-G Ganshof Van Der Meersch), *JT* 1974, p. 564, *Pas.* 1974, p. 910, *RCJB* 1975, p. 209, *RW* 1974/75, p. 77, m.nt. J. De Meyer; Cass. 25 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, p. 1196 (concl. A-G F. Dumon), *Pas.* 1974, p. 1114, *RW* 1974/75, p. 108.

de Grondwet als de internationale verdragen worden beschermd. Door zich te beroepen op de voorrang van het internationaal op het nationaal recht, oordeelde het Hof van Cassatie in het verleden dat het wetgeving zelf aan het EVRM kon toetsen en het niet nodig was om een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen. In zekere zin ontstond er een *'battle of the courts'*. Deze situatie leidde in 2009 tot de invoering van een nieuw artikel 26, § 4 in de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. Deze bepaling verplicht de rechter – op een aantal uitzonderingen na<sup>40</sup> – om, wanneer een partij voor een rechtscollege opwerpt dat een wetsbepaling een grondrecht schendt dat zowel door Titel II van de Grondwet als door een geheel of gedeeltelijk analoge verdragsbepaling wordt gewaarborgd, zelfs ambtshalve, een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Als het Grondwettelijk Hof bij zijn toetsing aan de desbetreffende grondwetsbepaling, in samenhang gelezen met de analoge verdragsbepaling, een schending vaststelt, moet de verwijzende rechter die bepaling buiten toepassing laten. Stelt het Grondwettelijk Hof geen schending vast, dan blijft de verwijzende rechter bevoegd om die bepaling aan het EVRM te toetsen.<sup>41</sup> De rechtvaardiging voor artikel 26, § 4 ligt in de specialisatie van het Grondwettelijk Hof, het ruime gezag van gewijsde van zijn arresten, het feit dat de overheid zich in de procedures voor het Grondwettelijk Hof steeds kan verweren en het feit dat belanghebbende derden steeds kunnen tussenkomen.

Hoewel ik dit begrijp, meen ik dat hier toch een kanttekening bij geplaatst moet worden. Ik gaf eerder aan dat mensenrechten invloed kunnen uitoefenen op het gehele privaatrecht. Dit heeft als gevolg dat het Grondwettelijk Hof bevraagd kan worden over de verzoenbaarheid van elke privaatrechtelijke regel met de grondrechten. De vraag rijst dan ook of het Grondwettelijk Hof – en niet het Hof van Cassatie – wel steeds de meest gespecialiseerde rechter is. Door haar ruime toepassingsgebied kleuren mensenrechten niet alleen de rechtstakken waarop zij invloed hebben, maar worden zij er ook door gekleurd. Hoewel de mensenrechtentoets steeds dezelfde basisstructuur volgt, varieert zij in haar uitwerking naargelang zij invloed heeft op bijvoorbeeld het arbeidsrecht, het strafrecht en/of het verbintenissenrecht, zodat men zich kan afvragen of de rechters die in die respectieve rechtstakken gespecialiseerd zijn, ter zake niet de meest gespecialiseerde rechters zijn. Hoe dan ook, lijkt een argument op basis van specialisatie mij in dit kader weinig relevant. Het biedt hoogstens een argument om na te denken over het personeelsbeleid van het Grondwettelijk Hof. De regeling valt logisch te verantwoorden vanuit de constitutionele rol die aan het Grondwettelijk Hof is toebedeeld. Een meer pertinente vraag die de invloed van het Grondwettelijk Hof

40. Art. 26, § 2 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof van 6 januari 1989 (BS 7 januari 1989). Het gaat vooral om de zgn. *'acte claire'*, de situatie waarin het antwoord op de vraag niet onontbeerlijk is om het geschil te beslechten, procedures van spoedeisendheid en of inzake maatregelen met een voorlopig karakter.

41. J. Spreutels, 'Droits fondamentaux en concours et concours des questions préjudicielles: la Cour constitutionnelle et la jurisprudence Melki et Chartry de la Cour de justice de l'Union européenne', in: A. Alen, V. Joosten, R. Leysen & W. Verrijdt, *Liber amicorum Marc Bossuyt*, Antwerpen: Intersentia 2013, p. 681-693; J. Velaers, 'Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten', *TBP* 2010, p. 387-410.

op het privaatrecht opwerpt, is of het ruime gerechtelijke landschap in België niet moet worden hertekend.

Een andere bedenking is of de rechtspraak op basis van het Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, op basis waarvan alle ongelijke gevolgen die uit de toepassing van privaatrechtelijke regels voortkomen aan het gelijkheidsbeginsel kunnen worden getoetst, zelfs al gaat het Grondwettelijk Hof terughoudend met haar bevoegdheid om, geen te verstrekkende gevolgen heeft. In een uiteenzetting bij een verslag namens de commissie voor Justitie van de Senaat gaf een voormalig Minister van Justitie te kennen dat het toenmalige Arbitragehof met zijn rechtspraak over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op de privaatrechtelijke verjaring de doos van Pandora had geopend.<sup>42</sup> Telkens wanneer het Grondwettelijk Hof vaststelt dat de toepassing van een privaatrechtelijke regel in een bepaald geval of de niet-toepassing ervan in een ander geval, een schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt, lijkt de vraag van de verzoenbaarheid van een andere ongelijkheid met het gelijkheidsbeginsel aan de horizon op te duiken. Op die manier verschoof bijvoorbeeld het toepassingsgebied van de bijzondere aansprakelijkheidsregels aangaande schade die voortkomt uit ongevallen veroorzaakt door motorrijtuigen op de openbare weg al diverse keren. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, kunnen hier vragen bij worden gesteld. Daar staat tegenover dat deze rechtspraak een kwaliteitstoets aan het recht toevoegt die de wetgever aanspoort om het toepassingsgebied van nieuwe privaatrechtelijke regels af te stemmen op de doelstellingen die hij nastreeft. Zonder een bepaalde maatschappelijke visie te benaarslijgen, versterkt de rechtspraak op basis van het gelijkheidsbeginsel op die manier de intrinsieke rechtvaardigheid van het recht. Bij de toets aan het Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel moet gekeken worden naar de (legitieme) doelstellingen die de wetgever met bepaalde regels nastreeft. De wetgever wordt zo aangespoord om die doelstellingen te expliciteren, wat de kwaliteit van het recht alleen maar ten goede kan komen en wat ook de mogelijkheid versterkt om de wet meer naar de geest, in plaats van naar de letter te lezen. Dit komt een efficiënt streven naar rechtvaardigheid in de rechtspraak ten goede op een manier zodat de rechter niet kan worden verweten dat hij te veel uitgaat van zijn eigen maatschappijbeeld.

Verder moet nog gewezen worden op artikel 25 Gw dat voorziet in getrapte aansprakelijkheid voor drukpersmisdrijven met als doel om private censuur te vermijden. Omdat deze bepaling ook in burgerlijke zaken toepassing vindt,<sup>43</sup> heeft dit onder meer tot gevolg dat de aansprakelijkheidsbeperking voor werknemers die is vervat in artikel 18 W.A.O. niet van toepassing is voor journalisten die via een arbeidscontract zijn tewerkgesteld.<sup>44</sup> Het toenmalige Arbitragehof oordeelde

42. Verslag namens de commissie voor Justitie uitgebracht door de heer Desmedt bij het Wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *Parl.St. Senaat* 1997/98, 1-883/3.

43. Cass. 31 mei 1996, A.R.C.95.0377.F, *AM* 1996, p. 363, m.nt. F. Jongen, *Arr.Cass.* 1996, p. 525, *Bull.* 559 (concl. A-G J. Leclercq), *CDPK* 1997, p. 412, m.nt. A. Schaus, *JT* 1996, p. 597, *R. Cass.* 1996, p. 389, m.nt. D. Voorhoof, *RCJB* 1998, p. 357, m.nt. M. Hanotiau, *RW* 1996/97, p. 565 (*Criël/Lousberg*).

44. Arbitragehof 22 maart 2006, 47/2006, *AA* 2006, p. 546, *AM* 2006, p. 290, m.nt. K. Lemmens, *JT* 2006, p. 458, m.nt. E. Montero, *JLMB* 2006, p. 1403, m.nt. P. Defourny, *JTT* 2006, p. 332, *CDPK* 2006, m.nt. F. Vandevenne & A. Verdoodt, *RW* 2006/07, p. 1348, m.nt. E. Brewaeyts, *TBBR* 2006, p. 610, m.nt. A. Vandeburie.

dat het bij de invoering van artikel 18 W.A.O. niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest om de Grondwet te schenden.<sup>45</sup> Artikel 25 Gw maakt het zo ten allen tijde mogelijk om een auteur op basis van artikel 1382 BW aan te spreken. De Grondwet werkt hier strikt genomen niet als een vorderingsrecht in horizontale relaties door, maar bepaalt wel de contouren die het privaatsrecht moet aannemen.

### **Vraag 3** (*meerwaarde?*):

In hoeverre voegt de toepassing van grondrechten iets toe aan privaatrechtelijke normen als ‘redelijkheid en billijkheid’ en ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’? Leidt deze tot andere oplossingen?

In mijn doctoraat heb ik geschreven dat de algemene zorgvuldigheidsnorm en de mensenrechtelijke belangenafweging, ondanks hun verschillend uitgangspunt, gelijklopende toetsingscriteria zijn. Ik nam als voorbeeld een auto-ongeval veroorzaakt door een bestuurder van een voertuig dat – op een plaats waar dit reglementair mogelijk was – een voertuig voorbijsteekt en daarbij een voertuig uit de tegengestelde richting aanrijdt. Als nagegaan moet worden of de bestuurder een fout beging door een inhaalmanoeuvre te maken, moet rekening gehouden worden met de inschatting van de afstand van de wagen uit de tegengestelde ligging en de wagen voor hem. Als de wagen uit de tegengestelde richting vlakbij is, zal aangenomen worden dat de normale en zorgvuldige persoon geen inhaalmanoeuvre start, net zoals het geval is bij een beperkte zichtbaarheid. Een element dat de beoordeling mee kan beïnvloeden, is de vraag waar de bestuurder naartoe rijdt. Als de bestuurder een passagier vervoert die dringend naar het ziekenhuis moet, dan zal de rechter meer begrip voor hem tonen dan wanneer hij met zijn gezin onderweg was naar een ijssalon. Als de rechter nagaat of een redelijk en zorgvuldig persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst een inhaalmanoeuvre zou maken, dan zal de rechter er rekening mee houden dat de bestuurder ook een afweging maakt. Een afweging tussen het snel bereiken van een eindbestemming en het risico dat het uitvoeren van een inhaalmanoeuvre inhoudt. Deze afweging kan altijd uitgedrukt worden in belangen. Een normaal vooruitziend en zorgvuldig persoon denkt immers na over de nadelen die zijn handelingen ten aanzien van derden kunnen veroorzaken, en neemt zo nodig voorzorgsmaatregelen. Hij moet echter niet elk risico vermijden, maar dient slechts de redelijke maatregelen te nemen. Doordat de mogelijke nadelen en de te nemen redelijke maatregelen in een foutbeoordeling zijn betrokken, kan elke foutbeoordeling volgens mij teruggebracht worden op een afweging tussen de belangen van de schadeverwekker en die van de (potentiële) benadeelde. Omdat daarbij niet alleen de nagestreefde doelen maar ook organisatorische of praktische overwegingen mee in de weegschaal worden genomen (wat het EHRM doet), kan men de algemene zorgvuldigheidsnorm en de proportionaliteitstoets volgens mij moeilijk van elkaar onderscheiden.

45. Dit gaat voort op de zgn. *Waleffe*-doctrine: Cass. 10 april 1950, *Arr.Verbr.* 1950, p. 517.

Deze beschouwing doet mij niet zonder meer besluiten dat mensenrechten geen invloed hebben op de toepassing van open normen in het privaatrecht. Mensenrechten onderscheiden zich van veel privaatrechtelijke open normen doordat ze informatie verschaffen over de belangen waaraan ze bescherming bieden en dus over de redenen voor de begrenzing van de vrijheid door middel van de toepassing van de open bepaling. In mijn doctoraat schreef ik dat mensenrechten op die manier een extra houvast kunnen bieden aan het aansprakelijkheidsrecht omdat ze als inhoudelijke criteria kleur aan de algemene zorgvuldigheidsnorm kunnen geven. In hoeverre dit tot andere uitkomsten kan leiden, is moeilijk te zeggen. Elke zaak is uniek en de uitkomst van een zaak hangt ook af van aangevoerde argumenten, zodat procedures waarin mensenrechten werden aangehaald niet een-op-een vergeleken kunnen worden met procedures waarin dit niet gebeurde. De mensenrechtentoets, met haar inhoudelijke handvaten, kan een bepaald licht op een zaak werpen dat anders misschien niet aan bod zou zijn gekomen.<sup>46</sup> In de meeste gevallen denk ik echter dat een rechter, voor zover de rechtsregels het toelaten, bij de toetsing van een open norm doorgaans tot eenzelfde beoordeling zal komen, ongeacht het gebruikte begrippenarsenaal.

De belangrijkste reden waarom mensenrechten in bepaalde gebieden van het privaatrecht volgens mij toch een aanzienlijke invloed zullen hebben op de uitkomsten van geschillen waarin de interpretatie van open norm voor de beoordeling doorslaggevend is, ligt in het gezag dat uitgaat van de rechtspraak van mensenrechtenhoven. Het valt mij op dat er in rechtspraak waarin mensenrechten indirect doorwerken veelvuldig wordt verwezen naar rechtspraak van mensenrechtenhoven. Er worden uitgebreide analyses gemaakt van de principes die in die rechtspraak werden ontwikkeld alvorens ze op het voorliggend geschil worden toegepast. In zekere zin ontstaat hier een vorm van precedentenrechtspraak. Waar dit leidt tot uitgebreide analyses, kan de vraag gesteld worden of vonnissen zo niet te veel worden geschreven met het oog op de hogere rechter, eerder dan de rechtszoekende, voor wie een analyse van rechtspraak van mensenrechtenhoven misschien minder leesbaar is dan een beoordeling aan de hand van bijvoorbeeld de algemene zorgvuldigheidsnorm.

#### **Vraag 4** (*privaatrechtelijk overheidshandelen*):

**4.1** De grondrechten zijn ook op het privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing. Welke gevolgen kan dit hebben voor het geldende privaatrecht in het concrete geval?

46. Dit is zeker het geval in geschillen inzake persoonsaansprakelijkheid, geschillen inzake de weigering tot toegang van een bepaalde ruimte of een evenement en de verzoenbaarheid met art. 8 EVRM (zie bijvoorbeeld over een beschikking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel: S. Declercq & W. Vandenbussche, 'People of Tomorrow ontzeg je niet zomaar de toegang', *Juristenkrant* 2017, afl. 355, p. 12; B. Devolder, 'Terbeschikkingstelling van kamers en woningen via een internetplatform: verboden bestemmingswijziging en onderhuur?', *TBBR* 2016, p. 381 e.v.) of in geschillen die raken aan het recht om informatie omtrent de afstamming te weten (bijv. HvB Gent 21 januari 2021, 2009/FA/664, onuitgegeven, waarin de rechtbank een moeder aansprakelijk stelde die aan haar partner had verzwegen dat hij mogelijk niet de biologische vader van zijn kind was).

**4.2** Maakt het voor de toepassing van grondrechten op privaatrechtelijk overheidshandelen verschil dat het om een overheid gaat? Anders gevraagd: is de overheid, als het gaat om privaatrechtelijk overheidshandelen in een bepaalde rol, bijvoorbeeld die van werkgever, in verband met grond- en/of mensenrechten eventueel anders te behandelen dan een private partij in diezelfde rol?

Om na te gaan of een overheid strenger wordt bejegend als een private persoon wanneer zij privaatrechtelijke handelingen stelt, is het nodig om te kijken naar diensten die de overheid verleent en die ook door private personen geleverd worden en waarin mogelijk mensenrechtenschendingen voorkomen. Dit is bijvoorbeeld het geval in de ziekte- en de ouderenzorg.<sup>47</sup> De vraag of reglementen van ziekenhuizen en woonzorgcentra en de maatregelen die zij nemen, bijvoorbeeld in het kader van de COVID-pandemie, verzoenbaar zijn met artikel 8 EVRM, is al het onderwerp geweest van rechtsleer.<sup>48</sup> Er is in dit verband rechtspraak over bijvoorbeeld het houden van huisdieren in een zorginstelling, doch daarin wordt naar mijn weten geen onderscheid gemaakt tussen private en publiekrechtelijke instellingen. Een andere context waarin de overheid vaak privaatrechtelijke handelingen stelt, is in het arbeidsrecht. Er is rechtspraak terug te vinden waarin handelingen van werkgevers om hun werknemers te monitoren, zoals camera's en *track- en trace-systemen*, worden getoetst aan artikel 8 EVRM en rechtspraak inzake discriminatierecht over onder meer ontslag naar aanleiding van een gezondheidstoestand.

In de rechtspraak wordt wel een duidelijk onderscheid gemaakt tussen private en publieke entiteiten als het gaat over de uitoefening van het opzegrecht van een verhuurder en/of de uithuiszetting. In die rechtspraak worden sociale verhuurders strenger bejegend dan private verhuurders. Zo legde een vrederechter aan de overheid een verplichting op om een geschikt terrein te voorzien voor woonwagengedwongen en niet aan de eigenaar van de door die bewoners bezette grond.<sup>49</sup> Een andere vrederechter oordeelde in een zaak waarin een uithuiszetting door een private verhuurder werd aangevochten dat de verhuurders niet de rol van het OCMW moesten overnemen en toelaten dat de huurders huurachterstallen opbouwden. Dat een sociale woonmaatschappij vanuit een mensenrechtelijk oogpunt strenger wordt bejegend bij een opzegging en/of uithuiszetting is logisch te begrijpen als we ervan uitgaan dat mensenrechten slechts indirect in private relaties doorwerken en geen rechtstreekse verplichtingen aan private personen opleggen. Het

47. Waarbij opgemerkt dient te worden dat de Raad van State oordeelde dat het bezoekreglement van een niet-commercieel woon- en zorgcentrum geen uitdrukking is van een bevoegdheid om als administratieve overheid eenzijdige rechtshandelingen te stellen, maar wel voortvloeit uit de prerogatieven van het eigendomsrecht: RvS 19 februari 2008, 179.864, *TBO* 2009, p. 165 (*NV Houben/VZW Zusterhof woon- en zorgcentrum & NV Heijmans Bouw*). Het dient bijgevolg aangenomen te worden dat de reglementen aangaande bijvoorbeeld bezoek en algemene huishoudelijke regels van een zorginstelling op contractuele leest zijn gesteld, ongeacht of de zorginstelling een publieke- dan wel een private entiteit uitmaakt.

48. N. Broeckx, 'Bezoek- en huisdierclausules', in: F. Dewallens (red.), *Medische dienstencontracten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 413-436; C. Cuypers, 'Het statuut van het ziekenhuis naar Belgisch recht. Een openbare plaats toegankelijk voor derden?', *T.Gez.* 2023, p. 330-349; T. Opgenhaffen, *Vrijheidsbeperking in de zorg*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 460 e.v.

49. Vrederegerecht Verviers 30 juni 2000, *Echos log.* 2000, p. 119, m.nt. L. Tholomé.

EHRM heeft deze zienswijze ook uitdrukkelijk bevestigd.<sup>50</sup> Het Grondwettelijk Hof oordeelde in deze zin ook al dat private verhuurders niet de opdracht hebben om aan eenieder het recht op behoorlijke huisvesting, zoals verankerd in artikel 23 Gw, te verzekeren.

Deze rechtspraak doet vermoeden dat de horizontale werking van mensenrechten doorgaans niet zover gaat dat er positieve verplichtingen aan private personen worden opgelegd, althans niet in het kader van de zogenoemde sociale grondrechten. Private personen moeten, anders dan publieke rechtspersonen, niet het algemeen belang behartigen. Hen kan (indirect) een mensenrechtenschending verweten worden wanneer zij in een bijzondere relatie met een andere private persoon treden, maar dienen mensenrechten niet ten aanzien van iedereen te behartigen.

**Vraag 5** (*specifieke concepten publiek- en privaatrecht*):

Waar komen bij de afstemming van grondrecht en privaatrecht klassieke concepten van publiek- en privaatrecht, zoals partijautonomie, legaliteitsbeginsel en wetmatigheidsbeginsel, in het gedrang?

Ik heb op deze vraag geen meer vergaande opmerkingen dan wat al in de antwoorden op eerdere vragen aan bod kwam.

**Vraag 6** (*kleurschakering*):

**6.1** Is er verschil in toepassing van grondrechten in een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke context, als het de uitleg ervan betreft?

**6.2** Is er verschil in toepassing van grondrechten in een publiekrechtelijke en een privaatrechtelijke context, als het de toetsingsintensiteit ervan betreft?

Ik heb op deze vraag geen meer vergaande opmerkingen dan wat al in de antwoorden op eerdere vragen (vraag 4) aan bod kwam.

**Vraag 7** (*van openbare orde?*):

**7.1** Zijn grondrechten/fundamentele rechten van openbare orde en dient de rechter deze zo nodig ambtshalve toe te passen en wat houdt die ambtshalve toepassing in voorkomend geval precies in?

**7.2** Maakt de rechtsverhouding waarom het gaat (publiek- of privaatrechtelijk) daarbij verschil?

**7.3** Zijn er verschillen tussen Nederland en België?

De vraag of mensenrechten van openbare orde zijn, behoeft een genuanceerd antwoord. Waar het duidelijk is dat bepaalde aspecten van mensenrechten de openbare orde kunnen invullen, is het belangrijk te beklemtonen dat beperkingen van

50. EHRM 6 november 2018 (*F.J.M./Verenigd Koninkrijk*), zie hierover: T. Vandromme, 'De rechterlijke toets bij een vordering tot uithuiszetting van huurders: een nieuwe wind vanuit Straatsburg of toch niet?', *TBBR* 2020, p. 219-230.

mensenrechten niet als zodanig strijdig zijn met de openbare orde. Partijen kunnen hun mensenrechten dan ook contractueel beperken. In de rechtsleer werd in het verleden geargumenteed dat een disproportionele inperking van een mensenrecht de openbare orde wel raakt, zodat de rechter een contract (deels) nietig moet verklaren wegens strijdigheid met de openbare orde.<sup>51</sup> Het komt inderdaad over dat de openbare orde aan de hand van de mensenrechtentoets kan worden ingevuld, omdat de mensenrechten uitdrukking geven aan de essentiële belangen van de gemeenschap en/of de grondslagen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust.<sup>52</sup>

Als mensenrechten de openbare orde raken, zou de rechter een eventuele mensenrechtenschending ook ambtshalve moeten opwerpen. In de praktijk zien we dat rechters mensenrechten vaak ambtshalve toepassen bij de behandeling van eenzijdige verzoekschriften. In dergelijke procedures wordt niet alleen getoetst aan de vereisten van artikel 6 EVRM, welk element mee wordt betrokken in de beoordeling of het volstrekt noodzakelijk is om een maatregel te bekomen op basis van een eenzijdig verzoekschrift en niet op basis van een vordering op tegenspraak, maar ook aan de vereisten van artikel 8 (wanneer via eenzijdig verzoekschrift machtiging wordt gevraagd om een woning of bedrijf van iemand anders te betreden en/of om digitale data uit te lezen) en artikel 10 EVRM (wanneer bij eenzijdig verzoekschrift aan de rechter wordt gevraagd om een spreek- of publicatieverbod op te leggen). Dat de rechter in dergelijke gevallen ambtshalve de mensenrechtelijke proportionaliteitstoets toepast, volgt mijns inziens uit het niet-tegensprekelijk karakter van de procedure. De rechter dient daarbij na te gaan of er een schijn van recht bestaat en of de gevorderde eenzijdige maatregel proportioneel is aan de gevolgen voor de partij die er het voorwerp van uitmaakt. Omdat de partij die het voorwerp uitmaakt van de maatregel geen tegenspraak kan voeren, is het zonder meer aan de rechter om diens belangen ambtshalve te onderzoeken, ongeacht of deze beschermenswaardig zijn op basis van een regel van openbare orde of niet.

Gelet op de ruime mogelijkheid die het Hof van Cassatie aan de feitenrechter verleent om ambtshalve rechtsmiddelen op te werpen (ongeacht of de regel de openbare orde raakt of niet), kan er geen twijfel over bestaan dat de rechter ambtshalve (vermeende) mensenrechtenschendingen kan opwerpen. Het komt mij echter over dat de rechtspraak, los van de beoordeling van vorderingen op basis van eenzijdige verzoekschriften, terughoudend is om mensenrechten ambtshalve op te werpen (een ambtshalve toepassing van mensenrechten in een tegensprekelijke procedure zal in beginsel strijdig zijn met het recht op verdediging).

Als een bepaling de openbare orde raakt, kan een partij ze opwerpen in elke stand van het geding, en zelfs voor het eerst voor het Hof van Cassatie. In België is er casatierechtspraak waarin middelen op basis van het EVRM die voor het eerst voor

51. Door bijvoorbeeld N. Van Leuven en Ganshof Van Der Meersch.

52. Wat geïllustreerd wordt in een principesarrest van het Hof van Cassatie waarin het de praktijken inzake voetbaltransfers toetste aan o.m. art. 4 EVRM: Cass. 29 september 2008, AR C.06.0443.F, *Arr. Cass.* 2008, p. 2087 (concl. A-G J. Genicot), *JT* 2008, p. 8330 en *JTT* 2008, p. 464, m.nt. M. Wantiez, *Pas.* 2008, p. 2076 (concl. A-G J. Genicot).

het Hof worden opgeworpen, onontvankelijk worden verklaard omdat zij pas voor het eerst in graad van Cassatie worden opgeworpen.<sup>53</sup> Die rechtspraak toont aan dat een mensenrechtenschending de openbare orde niet *ipso facto* raakt. Aangezien het Hof van Cassatie, zoals eerder aangegeven, aanvaardt dat de openbare orde wordt ingevuld door mensenrechten, zal een partij die zich voor het eerst in graad van Cassatie op mensenrechten beroept zich mijns inziens op de openbare orde moeten beroepen en de mensenrechten moeten gebruiken ter invulling van deze open norm. Om aan te tonen dat de inperking van een mensenrecht de openbare orde raakt, zal de partij dan moeten aantonen dat er sprake is van een mensenrechtenschending en/of dat de kern van een mensenrecht wordt geraakt, zodat er ook volgens de rechtspraak van het EHRM geen afstand van gedaan kan worden.

**Vraag 8** (*convergentie tussen rechtsstelsels*):

In hoeverre dragen de grondrechten/fundamentele beginselen bij aan de convergentie tussen:

\* publiek- en privaatrecht

\* het recht van Nederland en België?

Zijn van een en/of ander concrete voorbeelden te noemen?

Door de indirecte horizontale doorwerking van mensenrechten worden er publiekrechtelijke principes in privaatrechtelijke geschillen toegepast. Dit leidt ongetwijfeld tot enige convergentie. Ik denk echter dat we de omvang hiervan niet mogen overschatten. Het komt me over dat privaatrechtelijke open normen, die vandaag op een ruim type zaken op een gelijkaardige manier worden toegepast, afhankelijk van de situatie meer en meer zullen worden ingevuld aan de hand van bepaalde mensenrechten. De vervaging tussen publiek- en privaatrecht zal zo volgens mij vooral leiden tot een meer diffuse ontwikkeling van het recht, minstens zal het diffuse karakter ervan meer verduidelijkt worden. Ik wil er ook op wijzen dat er relatief weinig rechtspraak is te vinden waarin partijen in een privaatrechtelijk geschil zich op mensenrechten beroepen. Als dit het geval is, gaan rechters er vaak maar heel kort op in, op een manier zodat gedacht kan worden dat partijen hun mensenrechtelijk middel zelf nauwelijks hebben onderbouwd en/of het om dilatoire redenen opwierpen. In privaatrechtelijke geschillen worden mensenrechten volgens mij vooral aangehaald als er zich nieuwe maatschappelijke fenomenen voordoen ten gevolge van de verspreiding van nieuwe technologieën of wetenschappelijke inzichten en waarvoor er nog geen bijzondere wetgeving of afgetekende privaatrechtelijke rechtspraak bestaat (zoals het geval is in de klimaatzaak of in het geval van nieuwe medische toepassingen).

**Vraag 9** (*wensenlijst*):

Welke wensen zijn in verband met het onderwerp van deze meeting te formuleren uit oogpunt van de missie van het Platform: een optimale wisselwerking tussen

53. Bijv. Cass. 11 februari 2005, AR C.04.0161.N, Arr. Cass. 2005, p. 358, Pas. 2005, p. 358, Pas. 2005, p. 352, RABG 2005, p. 1384, m.nt. S. Boullart.

publiek- en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden?

Omdat ik eerder al aangaf dat er volgens mij strikt genomen geen sprake is van twee verschillende werelden, is het moeilijk om een duidelijke wensenlijst voorop te stellen. Ik heb in de loop van deze bijdrage enkele bedenkingen geformuleerd, onder meer met betrekking tot de proceseconomie, de invloed van de horizontale doorwerking op de rechtszekerheid (het feit dat partijen moeten kunnen vertrouwen op de inhoud van het recht) en de diffuse ontwikkeling van het recht. Een bijzonder punt van aandacht moet uitgaan naar de juridisch-technische aspecten van de doorwerking. Ik denk dan aan de gevolgen van de nietigheid van privaatrechtelijke wetgeving en de vaststelling dat mensenrechten geen rechtstreekse verplichtingen aan private personen opleggen, alsook aan de vraag in welke mate overheden, wanneer zij privaatrechtelijke handelingen stellen, vanuit een mensenrechtelijk oogpunt, minstens procedureel (omdat zij nu eenmaal adressant zijn van mensenrechtelijke bepalingen), anders behandeld worden dan pure private entiteiten.

Tot slot denk ik dat nagedacht moet worden over de definitie van mensenrechten. De vaststelling dat alle domeinen van het recht beïnvloed kunnen worden door mensenrechten, mag er niet toe leiden dat alle recht mensenrechtenrecht wordt. Hoewel mensenrechten op de voorgrond treden als we nadenken over de rol van het privaatrecht in de samenleving, moeten zij in de rechtspraktijk veeleer op de achtergrond blijven. Het mensenrechtenrecht is in wezen een correctiemechanisme ten behoeve van rechtvaardigheid in het recht, dat maar zeer uitzonderlijk gebruikt moet worden. Het dient als een ventiel voor het recht. We moeten ons dan ook de vraag stellen of dit kenmerk van mensenrechten niet beter in de definitie en het toepassingsgebied ervan moet worden ingebouwd. Moet er geen drempel zijn om van een inbreuk op mensenrechten te spreken? Als niet alle recht mensenrecht is, kan ook niet elke aantasting van een subjectief recht een inbreuk op een mensenrecht uitmaken. Een mensenrecht is een recht dat je in staat stelt om op een menswaardige manier deel te nemen aan de democratische samenleving. Als deze mogelijkheid niet in het gedrang komt, kan je misschien niet over een inbreuk op een mensenrecht spreken en is het misschien niet nodig om iets aan mensenrechten te toetsen. De grens van wat een mensenrecht is, zal altijd vaag zijn en moeilijk te bepalen, maar de erkenning dat die grens er is, kan misschien volstaan.

# Overlap tussen fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen. Convergentie en afstemming

## Verslaglegging<sup>1</sup> 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<sup>e</sup> 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 Bestuursrechtsscholleges (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](http://recht-in-dialoog.eu). Inmiddels heeft ook de Canon van publiek- en privaatrecht in dialoog<sup>2</sup> 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<sup>e</sup> 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 laatste dankt Steven de sponsors, die het Platform in staat stellen zijn activiteiten verder te ontplooien 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 linkerkant staat Chantal Mak (Nederland, privaatrecht). Aan zijn rechterkant 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 linkerkant 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 beoordeelen, 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 automatisme. 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 Dirix<sup>3</sup> 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 Velaers<sup>4</sup>, 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 discipulorum-que 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 Smits<sup>5</sup> en Cherednychenko<sup>6</sup> 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* (preadvies 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 richtlijnen<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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 CO<sub>2</sub>-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*<sup>9</sup> en *Gemeente Ans*<sup>10</sup>). 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.

### Dialoog

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 privaatrecht 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*-

arrest<sup>11</sup> 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.

### Dialog

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.

## Dialoog

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,<sup>12</sup> 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 zaak<sup>13</sup> 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. Geargumenteed 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.<sup>14</sup> 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 privaat 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.<sup>15</sup>

## 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,<sup>16</sup> 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*.<sup>17</sup> 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,<sup>18</sup> 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-baij/](https://ssr.nl/2024/elke-rechter-is-een-beetje-kinderrechter-ssr-meestervertellers-met-mariska-baij/).

### **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.

### **Dialoog**

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 verwachttingsmanagement 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 Hoogerechtshof 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 Hoogerechtshof 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.<sup>19</sup> 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.

# Platform publiek- en privaatrecht in dialoog

## Gastenlijst expertmeeting van 27 september 2024\*

### Nederland

- Mr. Hans Aerts, senior raadsheer College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)
- Mr. dr. Michiel van Emmerik, universitair hoofddocent – Vaksectie Staatsrecht RUN
- Mr. Sjoerd van den Ende, rechter rechtbank Den Haag – team bestuursrecht
- Mr. Joost van der Helm, senior raadsheer in het gerechtshof Den Haag
- Prof. mr. Gerdy Jurgens, staatsraad Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
- Prof. mr. Ingrid Leijten, hoogleraar constitutioneel recht universiteit Tilburg
- Mr. Anneke Loof, senior beleidsadviseur ministerie van Buitenlandse Zaken
- Prof. mr. Chantal Mak, hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder fundamentele rechten en privaatrecht UvA
- Mr. Bowine Meijer, staatsraad Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State
- Prof. mr. Frank van Ommeren, hoogleraar staats- en bestuursrecht VU en raadsheer-plaatsvervanger in het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb)
- Prof. mr. Jaap Polak, staatsraad Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State tevens raadsheer in buitengewone dienst bij de Hoge Raad
- Prof. mr. Martijn Scheltema, advocaat Pels Rijcken en hoogleraar civiel recht EUR
- Mr. Gerbrant Snijders, advocaat-generaal bij de Hoge Raad tevens advocaat-generaal voor het bestuursrecht
- Mr. Karlijn Teuben, raadsheer Hoge Raad der Nederlanden
- Prof. mr. Rob Widdershoven, hoogleraar Europees bestuursrecht aan de UU en advocaat-generaal voor het bestuursrecht

### België

- Mevr. Carole Billiet, advocaat
- Prof. Tim Corthaut, professor VUB (wetgevingstechniek) en staatsraad Raad van State
- Mevr. Marie Cuvelier, doctoraatstudent KU Leuven
- Mevr. Nathalie De Clercq, bestuursrechter Raad voor vergunningsbetwistingen
- Prof. dr. Marc Kruithof, hoogleraar UGent
- Mevr. Sarah Lambrecht, geschillenkamer VMRI

---

\* De in de lijst vermelde functies zijn die op het moment van de expertmeeting.

- 
- Prof. dr. Mathieu Leloup, docent UGent
  - Prof. dr. Koen Lemmens, hoogleraar Europees en internationaal mensenrechtenrecht KU Leuven
  - Prof. dr. Steven Lierman, hoogleraar KU Leuven
  - Prof. dr. Sabien Lust, hoogleraar UGent en advocate
  - Prof. dr. Evelynne Maes, gastprofessor ULiège en Université Saint-Louis en advocate Aurion
  - Mevr. Hilde Melotte, voorzitter Hoge Raad voor de Justitie
  - Prof. dr. Toon Moonen, docent UGent en staatsraad Raad van State
  - Prof. dr. Frederik Peeraer, docent UGent
  - Mevr. Lieselotte Schellekens, advocaat Stibbe
  - Prof. dr. Sarah Schoenmaekers, hoogleraar bouwrecht UHasselt, hoogleraar Europees recht Universiteit Maastricht en Open Universiteit
  - Dr. Stefan Somers, rechter Ondernemingsrechtbank
  - Dhr. Eddy Storms, voorheen Eerste voorzitter Dienst voor Bestuursrechtscollege; wetenschappelijk medewerker KU Leuven
  - Dhr. Filip Van Acker, Eerste voorzitter Dienst voor Bestuursrechtscollege
  - Prof. dr. Jachin Van Doninck, docent VUB en advocaat
  - Dhr. Gerd Van Den Eede, adjunct-secretaris-generaal van de gewestelijke overheidsdienst Brussel (Brussel Synergie)
  - Dr. Nathalie Van Leuven, directeur Avansa Mid- en Zuidwest
  - Dr. Frederic Vanneste, staatsraad Raad van State en docent mensenrechten
  - Prof. dr. Steven Verbeyst, docent VUB
  - Dhr. Johan Verbist, advocaat Omega Law
  - Dhr. Willem Verrijdt, rechter Grondwettelijk Hof en vrijwillig medewerker KU Leuven
  - Dhr. Brecht Vroonen, advocaat Aurion
  - Prof. dr. Kurt Willems, professor onderwijsrecht en administratief recht KU Leuven

### **Verslaglegging**

- Mr. Jan van der Schoor, docent privaatrecht aan de UU
- Mevr. Cato Deprez, doctoraatsonderzoeker Leuven Centre for Public Law KU Leuven

Deze bundel is mede mogelijk gemaakt door de financiële steun van de volgende sponsors van het Platform:

**A&O SHEARMAN**

**AURION** 

**DE BRAUW  
BLACKSTONE  
WESTBROEK**

 **GSJ** advocaten

**holla**  
legal & tax

**Kennedy Van der Laan**  
De heldere lijn

**LOYENS  LOEFF** **PELS RIJCKEN**

**Stibbe**

 **VERBIST & VANLERBERGHE  
OMEGA LAW**

Het Platform is de sponsors zeer dankbaar voor hun bijdragen.

