

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.¹)

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).² 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,³ 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,⁴ 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.⁵ 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,⁶ dan mag het niet verbazen dat deze bijdrage op onderdelen wat abstract blijft.⁷

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.⁸

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.

lijk het onderscheid tussen indirecte en directe werking, sterker wordt aangezet dan de moderne werking van grondrechten kan rechtvaardigen. Ook meer directe vormen van doorwerking kunnen (afgezien van toepassing van specifieke legaliteitsisen) 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.⁹

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.¹⁰ 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.¹¹

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 rechten¹² 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.¹³

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.¹⁴ 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.¹⁵ 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,¹⁶ 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.¹⁷ ‘Zowel de opzet als de formulering van de grondrechten waren volgens de commissie bedoeld voor de verhouding tussen overheid en burger.’¹⁸ 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.¹⁹

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.²⁰ 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*.²¹ 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,²² is het in elk geval niet mogelijk bij het Straatsburgse Hof een klacht in te dienen tegen een private partij.²³ 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.²⁴

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.²⁵ Het – relatief jonge²⁶ – 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.²⁷

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.²⁸ Maar anders dan grondrechten, die nu juist de burger tot uitgangspunt nemen,²⁹ 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.³⁰ 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 overlappen³¹ met hetgeen grondrechten verlangen (waarover hierna meer³²), 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.³³ 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.

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.³⁴

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'.³⁵ 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,³⁶ evenals pogingen deze in een juridisch bindend kader vast te leggen.³⁷

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).³⁸

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 grondwetwijzigingen 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.³⁹ 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.⁴⁰ 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.⁴¹ 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’),⁴² 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 opslokken⁴³ – 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?⁴⁴

‘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.⁴⁵ 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.⁴⁶ 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.⁴⁷

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.⁴⁸ 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”’.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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.’⁵¹

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 proliferatie⁵² 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,⁵³ 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.⁵⁴ 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’.⁵⁵ 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*.⁵⁶ 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),⁵⁷ 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’.⁵⁸ ‘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.’⁵⁹

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 zelf⁶⁰ – 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 maken⁶¹ 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,⁶² staat in de weg aan een overkoepelend idee van de rol die grondrechten spelen in onze moderne rechtsstaat.⁶³ En daarbij gaat het ook over de rol van positieve verplichtingen en sociale grondrechten, die in ons grondwettelijke bestel maar nauwelijks voet vat.⁶⁴ 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.⁶⁵ 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.⁶⁶ 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 burger⁶⁷) een grote rol spelen waar het de doorwerking van grondrechten betreft. Wat wel opvalt is dat spraakmakende zaken als *Milieudefensie/Shell*⁶⁸ 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 Staat⁶⁹). 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.⁷⁰ 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).⁷¹ 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 doelvereisten⁷² en een enkel procedurevoorschrift,⁷³ 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.⁷⁴

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.

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 evenredigheids- en kernrechtbescherming, p. 55, te raadplegen via zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-86969.pdf (officielebekendmakingen.nl).

grondslag voor de beperking vormen).⁷⁵ 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.⁷⁶ Het Handvest, als opgemerkt, stelt eisen van redelijkheid en van het beschermen van het wezen van grondrechten.⁷⁷ Ook in bijvoorbeeld de Duitse Grondwet staan ‘Verhältnismäßigkeit’ en de ‘Wesensgehaltsgarantie’ centraal.⁷⁸ 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.⁷⁹ Dit verschil sluit aan bij de overgang van een ‘cultuur van autoriteit’ naar een ‘cultuur van rechtvaardiging’.⁸⁰ 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.⁸¹

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

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.⁹¹ 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.⁹² 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.⁹³

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.⁹⁴

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*.⁹⁵ 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,⁹⁶ 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.⁹⁷ 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 Grondwet⁹⁸ 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/.

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).⁹⁹ 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.¹⁰⁰

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, 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.

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'¹⁰¹) 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.