

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 eeuw¹ en de inwerkingtreding van het EU-Handvest van de Grondrechten in 2009.² Wel is een verschuiving zichtbaar in privaatrechtelijke thema's waarop fundamentele rechten van invloed kunnen zijn. Waar deze rechten eerder met name in familierechtelijke zaken³ of ten aanzien van non-discriminatie⁴ aan bod kwamen, heeft de toepassing en werking van fundamentele rechten zich in de afgelopen jaren uitgebreid naar zaken over klimaatverandering,⁵ milieuschade en due diligence,⁶ digitalisering⁷ en toegang tot basisvoorzieningen als drinkwater.⁸

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'.⁹

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.¹⁰ 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.¹¹ 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'.¹² 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.¹³

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.¹⁴ 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.¹⁵ Aan de bepalingen over non-discriminatie (art. 21 Hv),¹⁶ effectieve rechtsbescherming (art. 47 Hv)¹⁷ en compensatie van niet-opgenomen vakantiedagen (art. 31 lid 2 Hv)¹⁸ is reeds een dergelijke horizontale werking¹⁹ toegekend, terwijl het recht op informatie en raadpleging van werknemers binnen een onderneming (art. 27 Hv)²⁰ niet voldoende concreet is bevonden om een dergelijke werking te krijgen.²¹ 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.²²

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’.²³ 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.²⁴ 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).²⁵

Een voorbeeld kan worden gevonden in de uitspraak van de Rechtbank Den Haag in de klimaatzaak *Milieudefensie/Shell*.²⁶ 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.²⁷ Ongelijkheid tussen partijen kan bijvoorbeeld een grondslag bieden voor het beperken van de contractsvrijheid van de sterkere partij ter bescherming van de zwakkere wederpartij.²⁸

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.²⁹

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.³⁰ 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.³¹

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.³² De ‘horizontale’ verhouding tussen private partijen wordt hierbij gecontrasteerd met de ‘verticale’ verhouding tussen overheid en burger.³³ 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.³⁴ ‘Indirecte horizontale werking’, daarentegen, ziet in deze indeling op de doorwerking van fundamentele rechten via de interpretatie en toepassing van privaatrechtelijke bepalingen.³⁵

Over dit begrippenkader is veel geschreven, zowel vanuit een dogmatische als vanuit een kritisch-theoretische invalshoek.³⁶ 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.³⁷ 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.³⁸ Daarbij heeft zij de vraag opgeworpen of constitutionalisering wel nodig is om resultaten te bereiken die ook via privaatrechtelijke weg beschikbaar zijn.³⁹ 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.⁴⁰

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.⁴¹ Doorwerking van het non-discriminatiebeginsel in arbeidsrelaties kan bijvoorbeeld op vrij directe wijze aanleiding geven tot een verplichting een ongerechtvaardigd onderscheid ongedaan te maken.⁴² 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.⁴³ 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.⁴⁴

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.⁴⁵ 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.⁴⁶ Dit is tot op de dag van vandaag de heersende leer.⁴⁷ 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.⁴⁸

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.⁴⁹ 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.⁵⁰ 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.⁵¹

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,⁵² Episcopo⁵³ en Gentile⁵⁴ 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'⁵⁵) van artikel 47 Hv ziet Van Duin een belangrijke signalerende rol weggelegd voor deze bepaling.⁵⁶ 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.⁵⁷ Episcopo vergelijkt artikel 47 Hv met het in de rechtspraak van het HvJ EU ontwikkelde beginsel van effectiviteit van EU-recht.⁵⁸ 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.⁵⁹ Gentile, ten slotte, benadrukt dat artikel 47 Hv uitdrukking geeft aan de Europese ‘rule of law’.⁶⁰ 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 metafoor van twee huizen

Publiek- en privaatrecht kunnen worden verbeeld als twee huizen die een muur met elkaar delen, aldus de Britse auteur Collins.⁶¹ Op basis van deze metafoor 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.⁶² 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.⁶³ 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.⁶⁴ 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.⁶⁵

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*.⁶⁶ 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.⁶⁷ 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.⁶⁸ 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.⁶⁹ 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.⁷⁰ Hier komt bij dat regelmatig beide partijen in een privaatrechtelijk geschil een beroep kunnen doen op fundamentele rechten.⁷¹ 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.⁷² 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.⁷³

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.⁷⁴ Dergelijke kledingvoorschriften vormen in het bijzonder voor moslimvrouwen die een hoofddoek dragen een belemmering voor deelname aan de arbeidsmarkt.⁷⁵ 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 schaars⁷⁶ en sluiten aan bij de systematiek van de toepasselijke EU-wetgeving, Richtlijn 2000/78/EG over gelijke behandeling in arbeid en beroep.⁷⁷ 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.⁷⁸ 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.⁷⁹ 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.⁸⁰ 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).⁸¹ 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.⁸² Deze uitspraak heeft tot veel discussie geleid.⁸³ 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,⁸⁴ 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.⁸⁵ 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.⁸⁶ Rechter hebben een belangrijke rol in het verfijnen van de afwegingskaders.⁸⁷

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.⁸⁸ 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,⁸⁹ zijn inmiddels zaken aanhangig tegen bedrijven met het doel CO₂-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.⁹⁰ 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.⁹¹ 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 CO₂-emissies.⁹² 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.⁹³ 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 Klimasenioreninnen 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.⁹⁴ 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.⁹⁵ 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.⁹⁶ 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.⁹⁷ Daarnaast is het recht op toegang tot water erkend als mensenrecht, dat ook in de Nederlandse rechtspraak een ingang heeft gevonden.⁹⁸ 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.⁹⁹ 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.¹⁰⁰ 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.¹⁰¹ 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.¹⁰² 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.¹⁰³ 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 2001.¹⁰⁴ 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.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ 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.¹⁰⁷ De beperkte reikwijdte van de richtlijn brengt echter mee dat daarnaast naar verwachting ruimte blijft bestaan voor op artikel 6:162 BW gebaseerde rechtszaken.¹⁰⁸ 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.¹⁰⁹ 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.¹¹⁰ 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).¹¹¹ 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^{ste} 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.¹¹² 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.¹¹³ 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’.¹¹⁴ 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.¹¹⁵ 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.¹¹⁶ 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.¹¹⁷ Vanuit dit laatste aspect kan worden betoogd dat in ieder geval geen sprake is van een lineair proces.¹¹⁸ 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.¹¹⁹ 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 2008.¹²⁰ 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.¹²¹ 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).¹²² 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.¹²³ 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.¹²⁴ 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.¹²⁵

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.¹²⁶ 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'.¹²⁷ 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.¹²⁸ Dit is geheel in lijn met de doelstelling van artikel 47 Hv om effectieve rechtsbescherming door de rechter te garanderen, zo stelt Lange.¹²⁹ 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.¹³⁰

Een civielrechtelijke tegenhanger van de evenredigheidstoets in het bestuursrecht zou kunnen worden gevonden in verplichtingen tot ambtshalve toetsing aan Europees consumentenrecht.¹³¹ 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.¹³² 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.¹³³ 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).¹³⁴ 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.¹³⁵

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.¹³⁶ 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.¹³⁷ 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.¹³⁸ 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.¹³⁹

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.¹⁴⁰ 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.¹⁴¹ 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.¹⁴² Dit zou met name kunnen worden verdedigd voor rechten die lichamelijke en geestelijke integriteit betreffen.¹⁴³ 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.¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵ 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'.¹⁴⁶ Het (ambtshalve) toetsen aan artikel 3 IVRK brengt in die visie overigens niet zonder meer mee dat een huisuitzetting zal worden tegengehouden.¹⁴⁷ 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/ (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:¹⁴⁸ 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.¹⁴⁹

Interne rechtsvergelijking betreft de studie van verschillen en overeenkomsten tussen rechtsgebieden binnen eenzelfde rechtssysteem.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ 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.¹⁵² 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.¹⁵³ 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).