



Universiteit Utrecht

Institutions for Open Societies



MONTAIGNE
CENTRUM

ONDERZOEKSCENTRUM VOOR
RECHTSPLEGING EN CONFLICTOPLOSSING



Netherlands Institute
of Human Rights

Grondrechten onder spanning

Bescherming van fundamentele rechten in een complexe samenleving

Janneke Gerards

Oratie Universiteit Utrecht, 29 maart 2017

www.uu.nl/medewerkers/gerards

Inhoud

1.	Spanning en verschuivingen	1
2.	De grondrechtencaleidoscoop	4
3.	Ontwikkelingen	5
3.1	Autonome besluitvormingsvelden	5
3.2	Naar een verantwoordings- en participatiedemocratie	7
3.3	Pluraliteit van 'aanspraakmakers'	9
3.4	Uitbesteding van grondrechtenbescherming	12
4.	Spanningen, risico's en problemen	13
4.1	Rigiditeit van systemen van rechtsbescherming	13
4.2	Systeemfouten	15
4.3	Vertrouwen op de staat?	15
5.	Oplossingen?	15
5.1	Procedurele aanpassingen	16
5.2	Aan grondrechten verwante rechten	16
5.3	Uitbesteding	17
5.4	Systeemoplossingen	18
6.	Samenwerking en dankwoord	19

1. Spanning en verschuivingen

Grondrechten zijn belangrijk. Daar zijn we het allemaal wel over eens. Gevraagd naar wat ze de belangrijkste waarden voor hen persoonlijk vinden, noemen Europeanen al jaren als eerste vrede, en als tweede mensenrechten.¹ Bij de recente verkiezingen maakten vrijwel alle politieke partijen in hun programma's melding van het belang van de vrijheid van meningsuiting, de bescherming van onze persoonsgegevens, of het discriminatieverbod.² Grondrechten spelen ook een rol in allerlei actuele maatschappelijke discussies.³ Denk maar aan het debat over levensbeëindiging bij voltooid leven, waarbij veel mensen stilstaan bij het zelfbeschikkingsrecht en de menselijke waardigheid,⁴ of denk aan de levendige discussies over het verzamelen van persoonsgegevens door bedrijven en het afsluiten van mensen door de inlichtingen- en veiligheidsdiensten⁵.

We lijken het er dus over eens te zijn dat de bescherming van grondrechten een vaste waarde is. Tegelijkertijd zijn we het er minstens zozeer over eens dat grondrechten onder druk staan. Het afgelopen jaar zijn de bedreigingen akelig goed zichtbaar geworden, en dat niet alleen in Turkije, Rusland, Polen of Hongarije, maar ook in Nederland. Sommige politieke partijen vinden bijvoorbeeld dat grondrechten kunnen worden voorbehouden aan bepaalde groepen, namelijk aan die mensen die precies zijn zoals de meerderheid in de samenleving. Bij voorkeur zijn ze in ieder geval *geen* moslim of arbeidsmigrant en liefst ook *geen* vluchteling of crimineel.⁶ Ik hoef hopelijk niet uit te leggen dat dit riskant is. Als grondrechten alleen maar selectief worden beschermd, of als wordt aangenomen dat bepaalde groepen er meer aanspraak op mogen maken dan andere, dan gaat dat lijnrecht in tegen de fundamentele noties van universaliteit en gelijkheid die aan grondrechtenbescherming ten grondslag liggen.⁷ Bovendien beschermen grondrechten dan niet meer de groepen die er juist zoveel behoefte aan hebben: de minderheden, de outcasts, de groepen die toch al moeilijk kunnen meekomen.

¹ *European Citizenship*, Standard Eurobarometer 83, Spring 2015, p. 52; gevraagd om de drie belangrijkste waarden te noemen, noemt van de ondervraagden 45% vrede, 40% mensenrechten, en 35% respect voor het menselijk leven. Individuele vrijheid scoort 27%; gelijkheid 27%.

² De meeste verkiezingsprogramma's voor de Tweede Kamerverkiezingen van 2017 zijn te vinden op www.deverkiezingswijzer.nl. De afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie van de Universiteit Utrecht heeft een analyse gemaakt van enkele voor het staatsrecht relevante punten in de verschillende programma's; zie daarvoor www.uu.nl/organisatie/nieuws-en-agenda/verkiezingen-in-roerige-tijden (laatst geraadpleegd op 28 februari 2017).

³ Vgl. o.m. G. Frankenberg, 'Human rights and the belief in a just world', 12 *International Journal of Constitutional Law* 2014 (1), p. 35-60, op p. 43.

⁴ Deze discussie werd aangezwengeld door het rapport van de Adviescommissie Voltooid Leven, *Voltooid leven. Over hulp bij zelfdoding aan mensen die hun leven voltooid achten*, Den Haag 2016, *Kamerstukken II* 2016/17, 32647, nr. 51, bijlage, en de kabinetsreactie daarop, *Kamerstukken II* 2016/17, 32647, nr. 55. Mede in dit verband heeft D66-kamerlid Dijkstra een eigen initiatiefvoorstel ter consultatie aangeboden; zie <https://d66.nl/wet-voltooid-leven-pia-dijkstra/> (laatst geraadpleegd op 4 januari 2017).

⁵ Hierover hebben alle politieke partijen in de aanloop naar de verkiezingen van 15 maart 2017 hun zegje gedaan; zie voor een analyse en voor nadere bronverwijzingen J.H. Gerards, 'Staatsrecht in verkiezingstijd: gegevensbescherming en veiligheid', *Publiekrecht & Politiek*, maart 2017.

⁶ Zo stelde de PVV in zijn verkiezings-A4tje 2017-2021 dat alle moskeeën en islamitische scholen moeten worden verboden, net als de koran; daarmee wordt duidelijk dat aan moslims minder vrijheid van onderwijs en vrijheid van meningsuiting toekomt. Op dezelfde manier onthoudt het verkiezingsvoornemen van de PVV om geen asielzoekers en immigranten meer toe te laten uit islamitische landen, deze mensen belangrijke grondrechten. Ook de SGP stelde in zijn verkiezingsprogramma dat bepaalde vrijheden in mindere mate aan moslims toekomen in vergelijking met christenen, zoals de vrijheid om op te roepen tot geloofsbelijdenis; klokkenluiden mag wel, oproepen tot gebed vanaf een moskee niet (SGP, 'Stem voor het leven. Concept verkiezingsprogramma 2017-2021, p. 43), en gemeenten moeten terughoudend zijn bij het toelaten van het bouwen van moskeeën en minaretten 'vanwege de uitstraling op de publieke ruimte' (p. 43). Zie nader o.m. J.H. Gerards, 'Staatsrecht in verkiezingstijd: non-discriminatie', *Publiekrecht & Politiek*, 7 februari 2017.

⁷ Vgl. al art. 1 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens: 'Alle mensen worden vrij en gelijk in waardigheid en rechten geboren. Zij zijn begiftigd met verstand en geweten, en behoren zich jegens elkander in een geest van broederschap te gedragen.' En art. 2 daarvan: 'Een ieder heeft aanspraak op alle rechten en vrijheden, in deze Verklaring opgesomd, zonder enig onderscheid van welke aard ook ...'.

Voor deze groepen is er een risico dat over hun hoofden heen beslissingen worden genomen die nadelig voor hen uitpakken.⁸

Tegelijkertijd zijn het niet alleen deze zorgwekkende maatschappelijke en politieke ontwikkelingen die onze grondrechten onder druk zetten. Ik denk dat er daarnaast een subtieler soort spanningen zichtbaar is, die minstens zoveel uitdagingen en bedreigingen opleveren. Die spanningen hebben allemaal iets te maken met het in toenemende mate multivalente karakter van het recht. Ik zal uitleggen wat ik daarmee bedoel.⁹ Van oudsher denken we in het recht vanuit een sterk binaire logica, een soort digitaal denken eigenlijk, in eentjes en in nulletjes. Iets is rechtmatig of onrechtmatig, iemand is schuldig of niet, iets is een grondrecht of niet – tussenvarianten zijn er nauwelijks.¹⁰ Op dezelfde binaire manier hebben we lang gedacht in een heldere tegenstelling tussen de publieke en de private sfeer. De klassieke gedachte is dat de staat de boeman is, want bij de staat, daar rust de macht. Het is de staat die er via wetgeving, besluiten en rechterlijke uitspraken voor zorgt dat wij ons op een bepaalde manier gedragen, en die daarbij de individuele vrijheid en gelijkheid rechtstreeks kan aantasten. Juist daarom moeten wij, nietige individuen, tegen de oppermachtige staat worden beschermd. Tegenover die publieke sfeer staat in het binaire denkmodel de private sfeer, die een heel ander karakter heeft. In de private sfeer hebben we zelf alle vrijheid om te beslissen wat we wel en niet kunnen doen. We kunnen zelf beslissen of we werknemer willen worden of toch liever zzp-er, we kunnen zelf bepalen welk merk nieuwe stofzuiger we willen kopen, en we kunnen zelf bedenken of we wel of niet een vinkje zetten bij de nieuwste licentieovereenkomst voor software. Door die keuzevrijheid is er traditiegetrouw maar weinig reden om in de private sfeer sterke juridische bescherming te bieden; er is daar immers ook geen machtige boeman. Van oudsher ontbreekt dan ook een sterke grondrechtenbescherming in het privaatrecht.

Ik vertel natuurlijk niets nieuws als ik zeg dat dit binaire onderscheid tussen publiek en privaat allang niet meer te handhaven is.¹¹ U kent de verschuivingen. Steeds meer mensen maken zich bij-

⁸ Het gaat hier om de zogenaamde 'discrete and insular minorities' waarvan allang wordt aangenomen dat ze juist vanwege het risico van uitsluiting extra beschermd moeten worden; zie klassiek de uitspraak van het Amerikaanse Supreme Court hierover in *United States v. Carolene Products*, 304 U.S. 144, 152 (voetnoot 4) (1938) en de theoretische uitwerking die John Hart Ely hiervan heeft gegeven in *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press 1980; zelf schreef ik over de mogelijkheden van toepassing van deze notie in de Europese grondrechtencontext in mijn proefschrift (*Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag: Sdu 2002, o.m. p. 463 e.v.) en in 'Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine', 17 *European Law Journal* 2011 (1) pp. 80-120, p. 118.

⁹ Ik heb dit eerder al kort uiteengezet in J.H. Gerards, 'Fundamentele rechten – een aparte categorie', in: M. Groenhuisen, E. Hondius & A. Soeteman (red.), *Recht in geding*, Amsterdam: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 35-47, par. 5.

¹⁰ Zie H.P. Glenn, *Legal Traditions of the World*, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 368 e.v. Zie ook C. Sieburgh, *Tertium datur. De niet uitgesloten derde in het burgerlijk recht* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2004, p. 7 e.v.

¹¹ Daarover en meer specifiek over horizontale werking van grondrechten is de afgelopen jaren bijzonder veel gepubliceerd, zowel vanuit een meer staatsrechtelijk perspectief als vanuit een meer privaatrechtelijk perspectief. Het staatsrechtelijk perspectief komt onder meer aan bod in L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992; B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, Apeldoorn: Maklu 2010; R. Nehmelman & C.W. Noorlander, *Horizontale werking van grondrechten. Over een leerstuk in ontwikkeling*, Deventer: Kluwer 2013. Voor het privaatrechtelijk perspectief, zie o.m. J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003, Deventer: Kluwer 2003; S.D. Lindenbergh, 'Constitutionalisering van het contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 2004, 6602, p. 977-986; T. Barkhuysen & S.D. Lindenbergh, *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers 2006; O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party*, München: Sellier European Law Publishers 2007; C. Mak, *Fundamental rights in European contract law*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2008; A.-G. Castermans, *De burger in het burgerlijk recht of de eigenschappen van perensap*, oratie UL 2008, Amsterdam: Bju 2009, p. 12 e.v.; N. van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009; I. Giesen, J. Emaus & L. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom 2014. Een greep uit de literatuur over transnationale ondernemingen en mensenrechten: J. Paust, 'Human Rights Responsibilities of Private Corporations', 35 *Vanderbilt Journal of Transnational Law* (2002), p. 801-826; C. van Dam, *Onderneming en mensenrechten. Zorgvuldigheidsnormen voor ondernemingen ter voorkoming van betrokkenheid bij schending van mensenrechten*, oratie UU, Amsterdam: Bju 2008; S.R. Ratner, 'Corporations and Hu-

voorbeeld zorgen over het gebruik van hun persoonlijke gegevens door grote bedrijven; vooral sociale media als Facebook blijken we nauwelijks te vertrouwen.¹² Veel mensen beschouwen ontslag van alleen oudere werknemers bij een reorganisatie als een grondrechtenschending.¹³ En mensen aan wie wordt gevraagd om een voorbeeld te geven van een grondrechtenkwesitie, noemen moderne slavernij of iemand in elkaar slaan op straat.¹⁴ De staat is bij die kwesties niet betrokken, maar het is inderdaad wel duidelijk dat ook dit grondrechtenkwesities zijn. Ze raken immers allemaal aan de individuele waardigheid, de integriteit en de vrijheid.¹⁵ Voor de kwalificatie als grondrechtenvraagstuk maakt het vanuit dat perspectief inderdaad niet uit of het de overheid is die de grondrechten beperkt, of een internationaal opererend bedrijf, of een werkgever, of een mensensmokkelaar.

Dat onze grondrechten ook in de private sfeer moeten worden beschermd, is daarmee langzaam aan algemeen aanvaard geraakt.¹⁶ De laatste decennia is ook hard gewerkt om die bescherming juridisch vorm te geven. Interessant genoeg gaat dat grotendeels via de klassieke kanalen en mechanismen van het publiekrecht, waarbij de staat een hoofdrol speelt. Zo is er wetgeving aangenomen die verplichtingen tot bescherming van grondrechten oplegt aan private spelers, zoals werkgevers en bedrijven. Voorbeelden zijn de klassieke wetgeving over gelijke beloning van mannen en vrouwen,¹⁷ of de wetgeving over bescherming van persoonsgegevens¹⁸. Er zijn ook steeds effectievere pogingen om multinationals te dwingen om zich rekenschap te geven van de duurzaamheid van het winnen van grondstoffen of de arbeidsomstandigheden in fabrieken in Azië.¹⁹ Ook daarbij is het in veel gevallen de overheid die ervoor moet zorgen dat die normen worden afgedwongen. Dat gebeurt vooral door bedrijven voor een nationale of internationale rechter aansprakelijk te stellen voor hun handelen of nalaten.²⁰ Interessant genoeg betekent dit dat de staat tegenwoordig een hoofdrol speelt als het gaat om het beschermen van grondrechten in de private sfeer. Daar schuilt iets paradoxaals in. Traditiegetrouw beschouwen we de staat als potentiële boosdoener, als machtig samenstel van actoren waartegen burgers moeten worden beschermd. Maar tegelijkertijd kunnen we niet meer zonder diezelfde staat om diezelfde grondrechten te beschermen. Het nogal strakke onderscheid tussen de publieke en de private sfeer is daardoor allengs dunner geworden. Bovendien laten de maatschappelijke en juridische ontwikkelingen een verschuiving zien van bescherming *tegen* de staat naar be-

man Rights: A Theory of Legal Responsibility', 111 *Yale Law Journal* 2001, p. 443-545; J. Ruggie, 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework', Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises', Human Rights Council, 17th session, 21 March 2011, A/HRC/17/31; L.F.H. Enneking, *Foreign direct liability and beyond*, Den Haag: Eleven International Publishing, 2012.

¹² Zie 'Data Protection', Special Eurobarometer 431, June 2015; daaruit blijkt dat een grote meerderheid van mensen wel vertrouwen heeft in de omgang met hun persoonlijke gegevens door de nationale autoriteiten, terwijl dit vertrouwen zakt naar ongeveer 50% als het gaat om online winkels en naar 16-39% voor bedrijven die sociale media runnen (p. 64-65).

¹³ Motivaction, *Mensenrechten in Nederland – Publiekmeting 2015*, Utrecht: College voor de Rechten van de Mens 2015, via www.mensenrechten.nl, p. 23.

¹⁴ Motivaction 2015, reeds aangehaald (n. 13), p. 20.

¹⁵ Vgl. S. Greer, "Being "realistic" about human rights", 60 *Northern Ireland Legal Quarterly* 2009 (2), p. 147-161 op p. 150; zie klassiek ook R. Dworkin, *Justice for Hedgehogs*, Cambridge/London: Belknap/Harvard University Press 2011, p. 338.

¹⁶ Zie de hierboven in n. 11 genoemde bronnen.

¹⁷ De regelgeving daarover is al vrij oud; zie bijv. art. 119 van het oude EEG-Verdrag (tegenwoordig art. 147 VWEU) en, voor Nederland, de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen, *Stb.* 1980,86.

¹⁸ Zie uiteraard de Wet bescherming persoonsgegevens, *Stb.* 2001, 337 en de klassieke persoonsbeschermingsrichtlijn van de EU (Rl. 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *PbEG* 1995 L 281/31); zie recenter de Algemene verordening gegevensbescherming (Vo. 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG, *PbEU* 2016 L 119/1).

¹⁹ Zie vooral de 'Ruggie principles' en vele van de overige in n. 11 al genoemde bronnen.

²⁰ Zie uitgebreid bijvoorbeeld Enneking 2012, reeds aangehaald (n. 11) en de verschillende bijdragen in Giesen, Emaus & Enneking 2014, reeds aangehaald (n. 11).

scherming *door* de staat.²¹ Anders gezegd: ook waar het gaat om grondrechtenbescherming werkt onze klassieke, binaire logica niet meer zo goed. Langzaamaan zijn we toe aan een andere, meer multivalente logica; aan een logica dus die meer recht doet aan het bestaan van grijze gebieden en tussenvarianten, die flexibel en hybride is, en die goed passend is te maken voor alle nieuwe situaties die zich voordoen.²²

2. De grondrechtencaleidoscoop

Het goede nieuws is dat grondrechten bij uitstek goed passen in zo'n multivalente logica, juist vanwege het bijzondere karakter ervan.²³ Ik heb het grondrechtenconcept eerder wel eens vergeleken met een prisma,²⁴ maar het heeft ook wel iets van een caleidoscoop: telkens wanneer je eraan draait vallen de kleuren in een ander patroon, maar dat patroon blijft voortdurend logisch en mooi om naar te kijken. Het caleidoscopische karakter van grondrechten helpt om het concept soepel te kunnen inpassen in onze snel veranderende, steeds complexer wordende samenleving. We zijn ook al druk doende om het concept zo te draaien dat het een nieuw en bruikbaar beeld geeft. Maar toch geloof ik dat er op dit punt nog veel werk te doen valt, niet in het minst omdat we nog niet scherp hebben hoe de nieuwe werkelijkheid eruit ziet. In de loop van de tijd is het steeds moeilijker geworden om te weten wie nu precies aanspraak kan maken op grondrechten, wie verantwoordelijk is voor het beschermen van die grondrechten, en hoe we die aanspraken en verantwoordelijkheid juridisch kunnen vormgeven. Ik denk dat het belangrijk is om daar duidelijkheid over te krijgen. Alleen als we de realiteit goed begrijpen en kunnen duiden, kunnen we immers zien welke spanningen zich voordoen en kunnen we zoeken naar oplossingen.

Ik wil daarom graag beginnen met vier ontwikkelingen te bespreken die we nogal eens over het hoofd lijken te zien in de huidige, sterk op populisme en illiberale democratie gerichte grondrechten-discussies.²⁵ Ik zal het hebben over de ontwikkeling (1) in de richting van autonome besluitvormingsvelden, (2) die naar een verantwoordings- en participatiedemocratie, (3) die naar de pluraliteit van de entiteiten die grondrechten kunnen claimen, en (4) die van uitbesteding van verantwoordelijkheid (paragraaf 3). Volgens mij zijn dit cruciale ontwikkelingen die een aantal concrete problemen oproepen; ook die zal ik schetsen (paragraaf 4). Ten slotte wil ik een paar aanwijzingen geven voor het draaien aan de grondrechtencaleidoscoop om ervoor te zorgen dat het ontstane beeld goed correspondeert met de realiteit (paragraaf 5).

²¹ Vgl. Frankenberg, reeds aangehaald (n. 3), p. 52. Ook verder zijn er talrijke verschuivingen, die vaak worden aangeduid als in termen van toenemend pluralisme en fragmentatie; zie voor fraaie uiteenzettingen daarover (en over de manier van omgaan hiermee) o.m. M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World* (vert. N. Norberg), Oxford/Portland: Hart 2009 en G. Teubner, *Constitutional Fragments. Societal Constitutionalism and Globalization*, Oxford: Oxford University Press 2012.

²² Zie o.m. E.A. Adams & T. Spaak, 'Fuzzifying the Natural Law – Legal Positivist Debate', 43 *Buffalo Law Review* 1995, p. 85-119, m.n. p. 97-98; E.S. Adams & D.A. Farber, 'Beyond the Formalism Debate: Expert Reasoning, Fuzzy Logic and Complex Statutes', 52 *Vanderbilt Law Review* 1999, p. 1241-1340, m.n. p. 1290-1291; B. Blair Cook, 'Fuzzy Logic and Judicial Decision Making', 85 *Judicature* 2001 (2), p. 70-99. Vgl. ook Teubner 2012, reeds aangehaald (n. 21), p. 3; zie verder Brown, die uitlegt hoe de hybridisering van de publieke en private sector nieuwe eisen stelt (W. Brown, "'We are all democrats now...'", in: W.B. McCuaig e.a. (red.), *Democracy in What State?*, New York: Columbia University Press 2011, p. 2-3).

²³ Zie over het bijzondere karakter van grondrechten onder meer Frankenberg, reeds aangehaald (n. 3), p. 44 en 51.

²⁴ J.H. Gerards, *Het prisma van de grondrechten*, Oratie RU 2011.

²⁵ Uiteraard zijn er nog meer ontwikkelingen te benoemen, variërend van die in de richting van toenemend populisme tot digitalisering; ik maak hier een selectie van enkele ontwikkelingen waarvan de consequenties voor grondrechtenbescherming niet altijd even scherp worden gezien.

3. Ontwikkelingen

3.1 Autonome besluitvormingsvelden

De eerste ontwikkeling is die in de richting van het ontstaan van autonome besluitvormingsvelden. Dat lijkt een nogal vaag en ruim begrip, maar het gaat me dan ook om een grote groep van gevallen. In feite gaat het om al die situaties waarin mensen en bedrijven het heft in eigen hand nemen en buiten de gebruikelijke statelijke en economische kanalen om bepaalde zaken gaan regelen.²⁶

Goede voorbeelden zijn te zien in wat wel de 'doe-democratie' wordt genoemd,²⁷ of wat in het Engels wordt aangeduid als het collectieve beheer van 'commons'²⁸. Het gaat dan om gevallen waarin mensen samen afspraken maken over de behartiging van een collectief belang.²⁹ Zo kunnen de bewoners van een appartementencomplex besluiten de gemeenschappelijke binnentuin om te vormen tot een moestuin, die ze samen gaan onderhouden. Of ze kunnen besluiten een paar auto's te kopen die iedereen mag gebruiken. Of, in een wat verdergaand voorbeeld, ze kunnen besluiten om samen een zorgcoöperatie op te richten als alternatief voor de thuiszorg.³⁰ Ook op economisch terrein kennen we dit soort initiatieven; dan zijn ze bekend als de 'deeleconomie' of de 'on-demand economy'.³¹ U kunt dan denken aan initiatieven zoals crowdfunding voor een nieuwe start-up,³² maar ook aan de taxidiensten van Uber of het tijdelijk verhuren van je huis via AirBNB. Van oorsprong zijn dat platforms die alleen maar faciliteren dat iedereen vrijelijk bepaalde diensten kan aanbieden of gebruiken, zonder dat er een sterk ordeningsmechanisme bestaat.

Al deze voorbeelden hebben gemeenschappelijk dat het gaat om het regelen van vraagstukken en diensten op een collectief niveau, zonder dat de staat er rechtstreeks mee te maken heeft. Het zal de overheid in principe weinig kunnen schelen als je als bewonersgroep besluit een auto te gaan delen, zolang je de wegenbelasting maar betaalt en zelf een oplossing vindt als iemand tegen een paaltje is gereden. Het is om die reden dat ik zou willen spreken van autonome besluitvormingsvelden – het gaat om velden waarop mensen zelfstandig, zonder inmenging door de overheid, beslissingen nemen over het behartigen van hun gezamenlijke belangen en het beheren van collectieve goederen.³³

²⁶ In zekere zin is dit een variatie op de steeds diffuser wordende scheidslijn tussen publiek en privaat; zie voor een bespreking in het licht van dat 'frame' bijv. J. Emaus, L. Enneking & I. Giesen, 'Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid bij privatisering van publieke taken: een aanzet tot debat', in: I. Giesen, J. Emaus & L. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom 2014, p. 17-34, p. 17.

²⁷ *De Doe-Democratie. Kabinetsnota ter stimulering van een vitale samenleving*, Den Haag, Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties 2013; zie ook E. Tonkens e.a., *Montessoridemocratie. Spanningen tussen burgerparticipatie en de lokale politiek*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2015, p. 12.

²⁸ Historisch gezien gaat het hierbij vooral om het beheren van bijvoorbeeld gemeenschappelijke stukken grond voor begrazing of gemeenschappelijk beheerde visgronden; zie nader bijv. het invloedrijke boek van E. Ostrom, *Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge: Cambridge University Press 1990 en zie voor de begripsbepaling onder meer P.S. Warde, T. de Moor & L. Shaw-Taylor, 'Comparing the historical commons of north west Europe. An introduction', in: M. de Moor, P.S. Warde & L. Shaw-Taylor (red.), *The management of common land in north west Europe, c. 1500-1850*, Turnhout: Brepols 2002, p. 15-32. In meer modern tijden wordt de term 'commons' vaak ruimer gebruikt om beheer van andersoortige collectieve goederen aan te duiden, zoals open ruimten of culturele voorzieningen binnen moderne steden; zie bijv. S.R. Foster & Ch. Iaione, 'City as a Commons', *34 Yale Law & Policy Review* 2016 (2) p. 281-349. Er zijn daarnaast nog andere vormen van collectief beheer, die kunnen worden samengevat onder de bredere term 'instituten voor collectieve actie' (zie daarvoor nader www.collective-action.info (laatst bezocht op 4 januari 2017)). Ook verder is er de nodige conceptuele controverse (zie bijv. het hiervoor genoemde artikel van Foster en Iaione, m.n. p. 291 e.v.), maar omdat de verschillende begrippen hier verder niet centraal staan, zal ik daarop niet nader ingaan. In plaats daarvan spreek ik van autonome besluitvormingsvelden.

²⁹ Zie voor diverse voorbeelden in Nederland: *De Doe-Democratie*, reeds aangehaald (n. 27); zie voor Europese voorbeelden www.labgov.it (laatst bezocht op 4 januari 2017).

³⁰ Zie over dit voorbeeld nader Tonkens e.a., reeds aangehaald (n. 27), p. 19.

³¹ Zie voor deze terminologie o.m. F. Natour, 'Respecting Human Rights in the On-Demand Economy: Closing the New Governance Gap', *1 Business and Human Rights Journal* 2016 (1), p. 315-320.

³² Zie voor een nadere definitie van 'crowdfunding' bijv. E. Mollick, 'The dynamics of crowdfunding: An exploratory study', *29 Journal of Business Venturing* 2014, p. 1-16, op p. 2.

³³ In *De Doe-Democratie* (reeds aangehaald (n. 27), p. 12) wordt gesproken van collectieve besluitvorming door zelfsturing in gemeenschappen en coproductie in netwerken; op p. 13 is een aantal kernelementen genoemd van de 'doe-democratie'.

Deze autonome besluitvormingsvelden zijn steeds belangrijker aan het worden, en ze zijn bijzonder waardevol. Ze staan dichtbij mensen en ze leiden tot een grote betrokkenheid en een stevig draagvlak voor beslissingen. Daardoor zijn ze vaak heel effectief.³⁴ Dingen regelen zonder dat de overheid en de oude economie zich ermee bemoeien, dat heeft iets van je tong uitsteken naar de grote jongens, en dat geeft een gevoel van vrijheid.³⁵ Bovendien zit er de nodige solidariteit en gelijkheid verborgen in het collectief en coöperatief zorgen voor maatschappelijke goederen.³⁶ Vanuit een grondrechtenperspectief zou je dus kunnen zeggen dat de ontwikkeling van autonome besluitvormingsvelden vooral heel mooi is.

Het probleem is alleen dat we inmiddels weten dat er in de deeleconomie en de doe-democratie spanning kan ontstaan als het gaat om de bescherming van grondrechten.³⁷ We weten bijvoorbeeld dat Uber de socialezekerheidsrechten van de deelnemende chauffeurs bepaald niet goed regelt.³⁸ Dat hoeft volgens Uber ook niet, want iedere chauffeur is zelfstandig en kan dus zelf beslissen of hij wel of niet meedoet. Hoe hij zijn arbeidsongeschiktheidsuitkering of zijn pensioen regelt, moet hij zelf maar weten.³⁹ In grondrechtentermen betekent dit dat 'on-demand'-spelers zichzelf niet verantwoordelijk achten voor het beschermen van sociale grondrechten. Maar intussen is wel gebleken dat steeds meer chauffeurs afhankelijk zijn geworden van Uber voor hun bestaanszekerheid, en dat Uber zich heeft ontwikkeld tot een machtige speler waarvan je in termen van grondrechtenbescherming best iets zou mogen verwachten.⁴⁰ Op dezelfde manier weten we dat AirBNB heel wat grondrechtenproblemen oplevert, nog los van de problemen van afnemende sociale cohesie en overlast in bepaalde stadswijken. Zo blijkt uit recent onderzoek dat het verhuurmechanisme van AirBNB leidt tot behoorlijk wat discriminatie en stigmatisering.⁴¹ Zo zal het verhuren of huren van appartementen waarschijnlijk moeilijker of duurder zijn voor mensen met een typisch islamitische naam.⁴²

³⁴ Zie bijv. T. de Moor, 'De herontdekking van het collectief', *Sampol* 2013 (4), p. 29-38, p. 36 en Foster & Iaione, reeds aangehaald (n. 28), p. 325.

³⁵ Vgl. Foster & Iaione, reeds aangehaald (n. 28), p. 284.

³⁶ Zie voor voorbeelden van voordelen voor grondrechtenbescherming van de deeleconomie Natour, reeds aangehaald (n. 31), p. 318. Tegelijkertijd is vaak gewezen op de risico's van het door individuen laten beheren van collectieve goederen, namelijk wanneer zij hun rechten en bevoegdheden voor eigen gewin inzetten en 'free rider'-gedrag gaan vertonen; zie Ostrom, reeds aangehaald (n. 28), p. 2 e.v., die echter ook betoogt dat het per situatie verschilt of deze problemen zich zullen voordoen, zodat een collectieve benadering soms wel en soms niet effectief zal zijn (p. 14).

³⁷ Zie voor de deeleconomie uitgebreid Natour, reeds aangehaald (n. 31); zie waar het gaat om toegang tot ogenschijnlijk zo 'democratische' internet ook Teubner, reeds aangehaald (n. 21), p. 136 e.v. Het Rathenau-instituut heeft meer specifiek de samenhang tussen deze thematiek en de toegenomen digitalisering in beeld gebracht; zie L. Kool, J. Timmer, L. Royakkers & R. van Est, *Opwaarderen – Borgen van publieke waarden in de digitale samenleving*, Den Haag: Rathenau Instituut 2017. In *De Doe-Democratie* (2013) erkende de toenmalige Minister voor Binnenlandse Zaken overigens al dat er risico's zijn voor representativiteit en gelijkheid (reeds aangehaald (n. 27), p. 20 e.v.). Nog sterker worden de spanningen wanneer een stad of wijk als proeftuin voor experimenten wordt gebruikt, zoals wanneer ze tot 'Living Lab' worden uitgeroepen; zie daarover M. Lanzing & B. van der Sloot, 'Living Labs. De stad als laboratorium en de burger als proefkonijn', *NJB* 2017 (6), p. 374-382.

³⁸ Zie voor enkele andere ethische en grondrechtelijke problemen B. Rogers, 'The Social Costs of Uber', 82 *University of Chicago Law Review Dialogue* (2015) pp. 85-102; hij wijst er bijvoorbeeld op dat Uberchauffeurs in de VS regelmatig chauffeurs met een donkere huidskleur weigeren en dat de klantenwaarderingen van gekleurde chauffeurs vaak zodanig laag zijn dat zij, gegeven het 'ratingsysteem', niet meer in aanmerking komen voor ritten (p. 95).

³⁹ Zie de stellingen van Uber in de Britse zaak die hierover speelt: *Y. Aslam, J. Farrar and Others v. Uber B.V., Uber London Ltd and Uber Britannia Ltd*, Employment Tribunal London Central, 28 oktober 2016, nrs. 2202551/2015 e.a.

⁴⁰ Zie nader Natour, reeds aangehaald (n. 31), p. 317.

⁴¹ B. Edelman & M. Luca, 'Digital Discrimination: The Case of Airbnb.com', Harvard Business School Working Paper 14-054 (2014); B. Edelman, M. Luca & D. Svirsky, 'Racial Discrimination in the Sharing Economy: Evidence from a Field Experiment', Harvard Business School Working Paper 16-069 (2016), <https://ssrn.com/abstract=2701902>. Zie verder Natour, reeds aangehaald (n. 31), p. 317; R. Rathelot & M. Laounéan, *Let's Stay Together? Combating discrimination on Airbnb*, Global Perspective Series: Paper 9 (www.smf.co.uk/wp-content/uploads/2016/12/Social-Market-Foundation-SMF-CAGE-Combating-discrimination-on-Airbnb-FINAL.pdf) (laatst geraadpleegd op 3 januari 2017).

⁴² Incidenten en aanwijzingen van discriminatie zijn er in ieder geval wel; zie bijv. www.volkskrant.nl/economie/eerste-verbanning-wegens-airbnb-discriminatie-in-amsterdam~a4386952/ en www.rtlnieuws.nl/nederland/proef-op-de-som-zo-discrimineert-nederland (laatst geraadpleegd op 3 januari 2017). Wel had in het geval van weigering van Israëliëse toeristen door een verhuurster de zelfregulering door AirBNB het gewenste effect van bescherming tegen discriminatie. Ook is er een beleid aangenomen tegen discriminatie:

Pragmatisch beschouwd kun je je misschien afvragen of dit nu echt een probleem is. De vrije markt floreert immers, en als je je niet wilt onderwerpen aan Uber of AirBNB, kun je altijd nog een gewone taxi nemen, of een gewone hotelkamer. Maar toch: via de autonome besluitvormingsvelden worden steeds meer maatschappelijke goederen aangeboden en het gaat steeds vaker om goederen die belangrijk zijn voor onze samenleving. Bovendien lijkt het mij vanuit meer principieel oogpunt onwenselijk dat deze gebieden immuun zouden zijn voor de werking van grondrechten. Ieders gelijkheid, menselijke waardigheid, vrijheid en autonomie moeten immers worden gerespecteerd, ongeacht de manier waarop gedrag wordt gereguleerd en ongeacht de verantwoordelijkheidsverdeling. Als iemands toegang tot zorg dreigt te worden afgesneden omdat hij zijn bijdrage aan het wijkfonds niet betaalt, of als iemand geen gebruik mag maken van de moestuin als gevolg van uitsluitingsgedrag door de appartementsbewoners, dan is dat nog steeds problematisch, ook al gaat het hier om zelfgeorganiseerde velden. De doe-democratie en de deeleconomie hebben dus donkere kanten, waarvan we ons bewust moeten zijn.⁴³ Ongetwijfeld kunnen we oplossingen bedenken om het grondrechtenconcept in deze materie in te passen.⁴⁴ Maar voor ik toekom aan oplossingsrichtingen, zijn er nog meer ontwikkelingen die ik wil laten zien.

3.2 Naar een verantwoordings- en participatiedemocratie

De tweede ontwikkeling is wel wat verwant aan de eerste, maar speelt zich meer binnen het staatsrechtelijk kader af. Ook hier zien we dat het systeem steeds meer diffuus van aard wordt, in die zin dat er een verschuiving plaatsvindt van heldere besluitvorming binnen het klassieke vertegenwoordigende systeem naar een grote diversiteit van modaliteiten voor inspraak, besluitvorming en verantwoording.⁴⁵ Ik denk dat daarbij twee grote ontwikkelingsrichtingen te zien zijn. In de eerste plaats is dat een ontwikkeling in de richting van een verantwoordingsdemocratie, en in de tweede plaats is er een ontwikkeling naar steeds meer burgerparticipatie.

De ontwikkeling naar een verantwoordingsdemocratie zou ik versimpeld willen beschrijven als die naar een afrekencultuur.⁴⁶ We zien steeds vaker dat bijvoorbeeld referenda worden gebruikt om een rem te zetten op besluiten die – vaak na uitvoerige deliberatie – tot stand zijn gekomen via het vertegenwoordigende systeem.⁴⁷ Het voordeel daarvan is dat iedereen zijn stem kan laten horen, en dat politici en bestuurders tot de orde kunnen worden geroepen als zij een besluit hebben genomen

www.airbnb.nl/help/article/1405/airbnb-s-nondiscrimination-policy--our-commitment-to-inclusion-and-respect (laatst geraadpleegd op 3 januari 2017); er zijn echter twijfels over de vraag of dit effectief zal zijn; zie Rathelot & Laounéan, reeds aangehaald (n. 41), p. 5.

⁴³ Zoals de Minister van BZK toegeeft in *De Doe-Democratie* (reeds aangehaald, p. 26): 'Hier is nog een lange weg te gaan.' Ook elders is gewezen op deze schaduwzijden; zie bijv. Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Vertrouwen in burgers*, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012, p. 63 en 118; Raad voor het Openbaar Bestuur, *Loslaten in vertrouwen. Naar een nieuwe verhouding tussen overheid, markt én samenleving*, Den Haag, december 2012, p. 69; Raad voor Maatschappelijke Ontwikkeling, *Terugtrekken is vooruitzien. Maatschappelijke veerkracht in het publieke domein*, Den Haag, juni 2013, p. 54-55; Natour, reeds aangehaald (n. 31), p. 319. Voor de deeleconomie geldt dat inmiddels wel wordt nagedacht over allerlei juridische aspecten, maar dat het denken over de grondrechtencomponent daarbij wat is achtergebleven; vgl. het recente overzichtje van juridische kwesties van Caufmann en Smits, waar grondrechten niet eens in worden genoemd (C. Caufmann & J. Smits, 'The Sharing Economy and the Law. Food for European Lawyers', 23 *Maastricht Journal on European and Comparative Law* 2016 (6) p. 903-907).

⁴⁴ Vgl. Teubner, reeds aangehaald (n. 21), p. 146 e.v.

⁴⁵ Deze beweging is al geruime tijd zichtbaar, en allerlei niet-representatieve vormen van democratische controle bestaan al heel lang; de laatste jaren is die verschuiving echter sterk versneld, zoals fraai is geanalyseerd door Rosanvallon; hij spreekt van 'a society of distrust' (P. Rosanvallon, *Counter-Democracy. Politics in an Age of Distrust* (vert. A. Goldhammer), Cambridge, Cambridge University Press 2008, p. 9).

⁴⁶ Zie over de opkomst van de notie van 'accountability' in het bijzonder M. Bovens, 'Analysing and Assessing Public Accountability: A Conceptual Framework', 13 *European Law Review* 2007, p. 447-468 en Rosanvallon, reeds aangehaald (n. 45), p. 228-229; zie over dit onderwerp recenter o.m. H.R.B.M. Kummeling, 'Het ongemak van de representatieve democratie met de burger', *Tijdschrift voor Constitutioneel Recht* 2016 (2), p. 221-241; M. Adams, 'Multiple politica en tegendemocratie. Politieke representatie en algemeen belang na 100 jaar algemeen kiesrecht (2017-2019)', *Nederlands Juristenblad* 2016 (34), p. 1753-2437.

⁴⁷ Ook de opkomst van het instellen van rechterlijke procedures tegen de staat is hiervan een voorbeeld; zie nader Rosanvallon, reeds aangehaald (n. 45), p. 16.

waarmee mensen het niet eens zijn. Met het democratisch gehalte zit het dan wel goed, tenminste zolang je uitgaat van een ‘dunne’ opvatting van democratie, die alleen maar inhoudt dat besluiten bij meerderheid moeten worden genomen.⁴⁸ Maar als het gaat om grondrechtenbescherming is deze verschuiving in de richting van afrekenen en directe democratie lang niet altijd gunstig. Vaak pakt deze vorm van besluitvorming vooral positief uit voor mensen die behoren tot de blanke, niet-islamitische en relatief welvarende meerderheid. Minderheden en minderheidsopvattingen zijn veel minder gebaat bij deze vorm van besluitvorming. Denk bijvoorbeeld maar aan de Zwitserse voorstem voor een minarettenverbod⁴⁹ en het tegengaan van ‘massa-immigratie’⁵⁰ of denk aan de afwijzende referenda over abortusrechten⁵¹ of rechten voor koppels van gelijk geslacht⁵². Het verschuiven van de focus van deliberatie en inhoudelijk overleg voorafgaand aan besluitvorming, naar afrekenen achteraf, heeft dus een schaduwzijde.⁵³

In dat opzicht is het beter gesteld met allerlei vormen van burgerparticipatie die gericht zijn op inhoudelijk meedenken en meebesluiten.⁵⁴ Daar wordt op het moment stevig mee geëxperimenteerd, met initiatieven als Code Oranje, burgerkamers, burgertoppen of de G1000.⁵⁵ Wat ook daar opvalt, is een groot geloof in de ‘wisdom of the crowd’, en een robuust vertrouwen dat het betrekken van zoveel mogelijk mensen bij besluitvorming automatisch een voor iedereen gunstige uitkomst oplevert.⁵⁶ We moeten echter niet onderschatten dat er ook bij dit soort participatieve processen risico’s bestaan voor de grondrechten, en dan vooral voor die van minderheden.⁵⁷ Juist daarom zijn op het niveau van de staat allerlei rechtsstatelijke waarborgen ingebouwd, variërend van georganiseerde teugels en tegenwichten tot mogelijkheden van ‘overruling’ en rechterlijke toetsing achteraf. Als het gaat om nieuwe systemen van burgerparticipatie, staat het denken over dat soort controlemechanismen nog in de kinderschoenen.⁵⁸ Naarmate de participatiedemocratie verder wordt doorgevoerd,

⁴⁸ Zo’n ‘dunne’ democratieconceptie wordt door vrijwel niemand geaccepteerd. Zie voor een handzaam overzicht van democratie-opvattingen o.m. E.R. Engelen & M. Sie Dhian Ho, ‘Democratische vernieuwing. Luxe of noodzaak?’, in: *De staat van de democratie. Democratie voorbij de staat*, WRR Verkenning 4 (2004), p. 17-38.

⁴⁹ In het referendum over de minaretten van november 2009 stemde 57,5% voor een verbod (www.sudd.ch/event.php?lang=en&id=ch082009, laatst geraadpleegd op 4 januari 2017).

⁵⁰ Het ging hier om een volksinitiatief dat in februari 2014 werd aangenomen, zij het met een heel kleine meerderheid van 50,3%; zie bijv. www.bbc.com/news/world-europe-26108597 (laatst geraadpleegd op 4 januari 2017).

⁵¹ In Ierland is de mogelijkheid van abortus in drie referenda verworpen (in 1983, 1992 en 2002); momenteel is er een petitie aanhangig voor een nieuw referendum hierover. Uit een opiniepeiling uit 2016 bleek dat slechts 19% voorstander zou zijn van een ruimer toestaan van abortus (www.irishtimes.com/news/social-affairs/irish-times-poll-majority-want-repeal-of-eighth-amendment-1.2819814 (laatst bezocht op 4 januari 2017)).

⁵² Zo werd in 2015 in Slovenië het voorstel om het huwelijk ook voor mensen van gelijk geslacht open te stellen verworpen (www.politico.eu/article/slovenia-says-no-to-gay-marriage-lgbt-lgbti-rights/ (laatst geraadpleegd op 4 januari 2017)); overigens pakt een referendum soms ook anders uit: in Ierland stemde men juist voor het homohuwelijk (www.bbc.com/news/world-europe-32858501 (laatst geraadpleegd op 4 januari 2017)).

⁵³ Zie ook Rosanvallon, reeds aangehaald (n. 45), p. 258.

⁵⁴ Vgl. Tonkens e.a., reeds aangehaald (n. 27), p. 11; L.F.M. Verhey & D.R.P. de Kok, ‘Wetgeving, democratie en de burger’, 31 *RegelMaat* 2016 (5) pp. 340-344.

⁵⁵ Zie bijv. Tonkens e.a., reeds aangehaald (n. 27), p. 48 e.a.; G. Boogaard & A. Michels (red.), *G1000. Ervaringen met burgertoppen*, Amsterdam: Boom Bestuurskunde 2016; G. Boogaard & J. Cohen, ‘Citizen at the gates? Over de inpassing van identiteitsdemocratie in het institutioneel publiekrecht’, *Nederlands Juristenblad* 2016 (20), p. 995-1414; Kummeling, reeds aangehaald (n. 46); Verhey & De Kok, reeds aangehaald, n. 54. Zie voor Code Oranje: www.civocracy.org/codeoranje (laatst bezocht 20 december 2016).

⁵⁶ Vgl. Boogaard & Cohen, reeds aangehaald (n. 55).

⁵⁷ Zie nader A.M. Bokhorst, ‘Meer zeggenschap van burgers en organisaties over regulering’, 31 *RegelMaat* 2016 (5) pp. 345-357, p. 345. Daarnaast zijn er zekere risico’s vanuit het perspectief van legitimiteit in meer algemene zin; zie nader Tonkens e.a., reeds aangehaald (n. 27).

⁵⁸ Zo geven Boogaard en Cohen aan dat sommige varianten van burgerparticipatie, zoals de G1000, eerder een ‘beschafte vorm van het Griekse schervengericht’ zijn en dat vaak wordt gekomen tot ‘de oplossing die het breedst gedeeld wordt (‘wisdom of the crowd’), niet (per se) de oplossing met de beste argumenten’ (reeds aangehaald (n. 55)); Verhey en De Kok wijzen erop dat bij sterke burgerparticipatie vragen op kunnen komen over de bewaking van ‘de rechtmatigheid en evenwichtigheid van de belangenafweging, de juiste instrumentkeuze, de handhaafbaarheid en uitvoerbaarheid van die wetgeving, kortom de kwaliteit ervan’ (reeds aangehaald (n. 54), p. 342). Bokhorst heeft daarnaast gewezen op het vaak nogal selectieve karakter van bepaalde vormen van inspraak (zoals internetconsulta-

en ze bovendien steeds meer autonoom gaan opereren, zijn er dus toch wel wat risico's.⁵⁹ Ook hier denk ik dat we toe zijn aan het beter doordenken van de rol die grondrechten kunnen en moeten spelen.

3.3 Pluraliteit van 'aanspraakmakers'

Een derde opmerkelijke ontwikkeling is dat grondrechten door steeds meer entiteiten kunnen worden geclaimd. Dat is nieuw, in de zin dat de morele basisgedachte van het geven van extra bescherming van grondrechten is dat deze rechten essentieel zijn voor *mensen*. Alleen zij kunnen immers aanspraak maken op intrinsiek grondrechtelijke waarden als die van menselijke waardigheid, leven en integriteit.⁶⁰ Rechtspersonen, zoals ondernemingen en bedrijven, kunnen niet zoveel met dat soort waarden. Alleen bij uitzondering is dat anders. Het is allang erkend, bijvoorbeeld, dat een kerkgenootschap zich kan beroepen op de godsdienstvrijheid, dat een politieke partij aanspraak kan maken op de verenigingsvrijheid, of dat een uitgever een beroep kan doen op de vrijheid van meningsuiting. Maar in die gevallen komt het kerkgenootschap toch vooral op voor de belangen van de geloofsgemeenschap, de politieke partij voor de belangen van haar leden, en de uitgever voor het vrije woord van de auteurs.⁶¹ In feite claimen de rechtspersonen dan een soort afgeleide rechten, en dat is dan toch iets anders dan dat ze *zelf* grondrechten invoeren.⁶²

Ook hier zijn de panelen in de loop van de tijd aan het verschuiven geslagen. In zekere zin lijkt dat te komen doordat we hebben erkend dat niet alleen waardigheid en integriteit de grondrechtenbescherming drijven, maar ook waarden als maatschappelijke participatie, eigendom en rechtsbescherming belangrijke kernwaarden zijn.⁶³ Dat zijn waarden die niet alleen van belang zijn voor individuen, maar ook voor rechtspersonen.⁶⁴ Al vrij lang wordt dan ook aangenomen dat bedrijven of organisaties aanspraak kunnen maken op grondrechten.⁶⁵ De klassieke grondwaarden zijn daarbij in toenemende mate aangevuld met meer economisch getinte beginselen. De laatste jaren lijkt vooral de Europese Unie daar de drijvende kracht achter te zijn.⁶⁶ In het EU-recht is algemeen geaccepteerd dat

tie), waardoor vooral machtige spelers (zoals lobbyorganisaties of goed georganiseerde ngo's) invloed kunnen uitoefenen op het besluitvormingsproces (reeds aangehaald (n. 57), p. 349-350).

⁵⁹ Zie ook E.T. Walker, M. McQuarrie & C.W. Lee, 'Rising Participation and Declining Democracy', in: C.W. Lee, M. McQuarrie & E.T. Walker (red.), *Democratizing Inequalities: Dilemmas of the New Public Participation*, New York/Londen: New York University Press 2015, p. 14.

⁶⁰ Zie bijv. A. Gewirth, 'The 'Basis and Content of Human Rights'', 13 *Georgia Law Review* 1979, p. 1143-1170; J.D. Ohlin, 'Is the Concept of the Person Necessary for Human Rights?', 105 *Columbia Law Review* 2005, p. 209-249; J.W. Nickel, *Making Sense of Human Rights*, 2de druk, Malden: Blackwell 2007, hoofdstuk 3 en 4; C.R. Beitz, *The Idea of Human Rights*, Oxford: OUP 2009, p. 49 e.v.; Greer, reeds aangehaald (n. 15), p. 150

⁶¹ Vgl. M. Bovens, 'Hebben rechtspersonen morele plichten en fundamentele rechten?', 47 *Ars Aequi* 1998 (7/8), p. 651-659, op p. 656.

⁶² Idem; zie ook A.J.P. Schild, *De invloed van het EVRM op het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 18-19.

⁶³ Ohlin spreekt op dit punt van extrinsieke waarden, dit in tegenstelling tot de intrinsieke waarden die aan klassieke mensenrechtenbescherming ten grondslag liggen (reeds aangehaald (n. 60), p. 227). Zie voor die intrinsieke waarde o.m. Nickel, reeds aangehaald (n. 60), p. 108 e.v.

⁶⁴ Naarmate een groter aantal rationales voor grondrechtenbescherming wordt geaccepteerd, wordt het ook logischer om aanspraken van ondernemingen op die grondrechten te honoreren; zie hierover bijv. Bovens, reeds aangehaald (n. 61), p. 656; C. Bulten, 'De invloed van fundamentele rechten op het rechtspersonenrecht', in: J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 315-347, op p. 317-318; M. Emberland, *The Human Rights of Companies: Exploring the Structure of ECHR Protection*, Oxford: Oxford University Press 2006.

⁶⁵ Vgl. Bovens, reeds aangehaald (n. 61), p. 655.

⁶⁶ Het EHRM heeft al langer grondrechtenclaims van ondernemingen gehonoreerd, zoals beroepen op reputatierechten, en het heeft zelfs compensatie toegekend voor immateriële schade geleden door een rechtspersoon (EHRM (GK) 6 april 2000, 35382/97 (*Comingersoll t. Portugal*), «EHRM» 2000/47 m.nt. Van der Velde, par. 36); zie voor een overzicht van de EHRM-rechtspraak o.m. E. Fura-Sandström, 'Business and Human Rights – Who Cares?', in: L. Caflish e.a. (red.), *Human Rights – Strasbourg Views / Droits de l'Homme – Regards de Strasbourg. Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Kehl: N.P. Engel Verlag 2007, p. 159-176 en P. Oliver, 'The protection of privacy in the economic sphere before the European Court of Justice', 46 *Common Market Law Review* 2009, p. 1443-1483. Het HvJ lijkt zich echter altijd sterker dan het EHRM te hebben gericht op de economische kant van deze grondrechten; de overzichten van Fura-Sandström en Oliver goed bekijkend, gaat het bij het EHRM in een groot aantal gevallen vooral om afgeleide rechten, behalve

bedrijven grondrechten claimen als subjectieve rechten, ook al is er daarbij geen duidelijke link met menselijke waardigheid, zelfbeschikking of democratische participatie.⁶⁷ Zo erkent het Handvest voor de Grondrechten van de Europese Unie het recht om een onderneming te drijven als een zelfstandig grondrecht.⁶⁸ Deze bepaling wordt inmiddels met grote regelmaat ingeroepen door ondernemingen, waardoor het Hof van Justitie het artikel heeft kunnen uitbouwen tot een bepaling die vrijwel ieder ondernemingsbelang afdekt.⁶⁹ Een van de gevolgen daarvan is dat steeds meer puur economische geschillen als grondrechtengeschillen worden gekwalificeerd.⁷⁰ Ondernemingen met primair op winstmaximalisatie gerichte doelstellingen kunnen daardoor net zo goed als individuen aanspraak maken op de unieke bescherming die van grondrechten uitgaat. Dat ligt niet altijd voor de hand, en het past ook niet altijd even goed bij de oorspronkelijke reden om grondrechten zo zwaar te beschermen.⁷¹ Op zijn minst doet zich in veel van deze zaken de vraag voor of het concept van de grondrechten niet wat al te ver is uitgerekt.⁷²

Misschien nog opmerkelijker is een aanverwante trend, namelijk dat steeds vaker ook met de staat verbonden entiteiten zich kunnen beroepen op grondrechten. Volgens de klassieke grondrechtendoctrine kan dat niet.⁷³ Juist omdat de staat de boeman is, hebben grondrechten van oudsher tot

waar het gaat om procedurele grondrechten en het recht op eigendom (dat volgens art. 1 EP EVRM expliciet ook aan rechtspersonen toekomt). Het discriminatieverbod daarentegen lijkt het EHRM in reikwijdte toe te willen spitsen op gevallen waarin onderscheid is gemaakt op aan de persoon verbonden kenmerken (zie bijv. EHRM (GK) 16 maart 2010, 42184/05 (*Carson e.a. t. het Verenigd Koninkrijk*), par. 70). Dat zal het moeilijker maken voor rechtspersonen om er een beroep op te kunnen doen, al is deze rechtspraak nog niet uitgekristalliseerd (zie nader J.H. Gerards, 'The discrimination grounds of Article 14 ECHR', 13 *Human Rights Law Review* 2013 (1), p. 99-124).

⁶⁷ Het HvJ is wel bekritiseerd vanwege zijn overwegend marktgerichte benadering en het gebrek aan daadwerkelijke aandacht voor grondrechten, vooral waar het gaat om belangenafwegingen tussen economische belangen en grondrechten; zie bijv. J. Heliskoski, 'Fundamental Rights versus Economic Freedoms in the European Union: Which Paradigm?', in: J. Klabbers & J. Petman (red.), *Nordic Cosmopolitanism: Essays in International Law for Martti Koskenniemi*, Leiden: Martinus Nijhoff/Brill 2003, p. 417-443; J. Morijn, 'Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution', 12 *European Law Journal* 2006 (1), p. 15-40; F.M.J. den Hondijker, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU*, Nijmegen, WLP 2012; S. Weatherill, 'From Economic Rights to Fundamental Rights', in: S. de Vries e.a. (red.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford: Hart 2013, p. 11-36, op p. 26. Zie voor een kort overzicht van de kritieken ook S. Greer, J.H. Gerards & R. Slowe, *Human rights in the Council of Europe and the European Union*, Cambridge: Cambridge University Press (te verschijnen), hoofdstuk 5.

⁶⁸ Artikel 16 HvJ; zie nader o.m. M. Everson and R. Correia Gonçalves, 'Article 16. Freedom to conduct a business', in: S. Peers e.a. (red.), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Oxford, Hart, 2014.

⁶⁹ Zie voor een beknopt overzicht van de toepassingspraktijk Greer, Gerards & Slowe, reeds aangehaald (n. 67), hoofdstuk 5; daaruit blijkt ook dat dit nog niet betekent dat het HvJ ook vaak aanneemt dat deze bepaling is geschonden. Zie voor een recent voorbeeld HvJ EU 4 mei 2016, zaak C-477/14, ECLI:EU:C:2016:324 (*Pillbox 38*), «EHCRC» 2016/181 m.nt. Krommendijk.

⁷⁰ Dit komt mede doordat het HvJ heeft aangenomen dat overal waar het Handvest spreekt van 'personen' die aanspraak kunnen maken op grondrechten, ook rechtspersonen zijn bedoeld; zie HvJ EU 22 december 2010, zaak C-279/09, ECLI:EU:C:2010:811 (*DEB*), AB 2011, 222, «JHG» 2013/3 m.nt. De Waele, punt 38 en zie nader Greer, Gerards & Slowe, *supra* n. 67, hoofdstuk 5. Zie kritisch over deze ontwikkeling Greer, reeds aangehaald (n. 15), p. 151 en Gerards, annotatie in «EHCRC» 2016/66.

⁷¹ Overigens is de rechtspraak op dit punt niet consistent; in de zaak *WebMindLicenses* oordeelde het Hof bijvoorbeeld dat rechtspersonen geen beroep kunnen doen op de bescherming van persoonsgegevens, zonder daarvoor een inhoudelijke onderbouwing te geven (HvJ 17 december 2015, zaak C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832, AB 2016, 393 m.nt. Barkhuysen, Van Emmerik en Vervorst).

⁷² Ik heb de risico's daarvan al eerder uiteengezet; zie Gerards, reeds aangehaald, n. 9. Ook Bovens heeft gepleit voor een prudente omgang met de toekenning van grondrechten aan rechtspersonen, en heeft daarbij gewezen op het risico van het 'tovenaarsleerlingeffect': 'Het gevaar is dat de bezems, de rechtspersonen, hun meesters volledig overvleugelen wanneer ze op voet van formele gelijkheid in de maatschappelijke en juridische arena's mogen participeren' (reeds aangehaald (n. 61), p. 658). Zie verder o.m. G. Beck, 'The Idea of Human Rights Between Value Pluralism and Conceptual Vagueness', 25 *Penn State International Law Review* 2007, p. 615-657, op p. 616 en M.B. Dembour, *Who Believes in Human Rights? Reflections on the European Convention*, Cambridge: Cambridge University Press 2006, p. 5.

⁷³ Zie voor Nederland in ieder geval HR 6 februari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5531 (*Aral*), AB 1987, 272, m.nt. van den Burg, NJ 1988, 926; ABRvS 29 april 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD0782, AB 2008, 260; ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4166, «JV» 2010/301, «JB» 2010/213, r.o. 2.8.1; ABRvS 29 juli 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BR4025, «JB» 2011/196, AB 2011, 281 m.nt. Backes.

doel om mensen *tegen* de staat te beschermen. Het zou erg onlogisch zijn als de staat aanspraak zou mogen maken op dezelfde grondrechten die hij geacht wordt te respecteren; dat zou zich in de praktijk zelfs tegen de bescherming van de burger kunnen keren.⁷⁴ De trend in de richting van het inroepen van grondrechten door overheidsorganen is daarom nogal tegennatuurlijk. Toch is hij er wel degelijk. Ik kan dat met behulp van twee voorbeelden laten zien.

Het eerste voorbeeld kreeg ik laatst te horen van een advocaat, die vertelde over een zaak tegen de gemeente Rotterdam, die een archief met alle gemeentestukken op internet wilde zetten.⁷⁵ De stichting Pictoright had ontdekt dat daarmee afbeeldingen op internet zouden komen te staan waarop zij het intellectuele eigendomsrecht kon claimen. Wat opviel is dat Rotterdam in de procedure een beroep deed op het grondrecht op toegang tot informatie.⁷⁶ Misschien zult u nu zeggen dat zo gek nog niet is, omdat het niet zozeer haar eigen grondrechten zijn die de gemeente hier inroept, maar die van haar onderdanen. De gemeente representeert die belangen alleen. Maar toch: zo presenteerde de gemeente het niet, en het gerechtshof dat onlangs oordeelde over de kwestie, ging er zelfs 'veronderstellenderwijs' vanuit dat 'het Stadsarchief als overheidsorgaan zich kan beroepen op grondrechten zoals de uitingsvrijheid'.⁷⁷ Het lijkt er daardoor op dat aanvaard begint te raken dat overheden *zelf* grondrechten kunnen claimen.

Nog duidelijker zichtbaar is deze ontwikkeling in een tweede voorbeeld, dat afkomstig is uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie. In verschillende uitspraken heeft dit Hof inmiddels aangenomen dat ondernemingen die rechtstreeks onder verantwoordelijkheid van de staat vallen, een beroep kunnen doen op rechten zoals die op een eerlijk proces.⁷⁸ Het andere Europese Hof, namelijk dat voor de Rechten van de Mens, heeft dat nooit geaccepteerd. Dat heeft juist geprobeerd te voorkomen dat staatsorganen een beroep zouden doen op de grondrechten.⁷⁹ Daarbij heeft het bovendien een aantal criteria geformuleerd om te bepalen wanneer een bedrijf of organisatie dan als gelieerd aan de staat moet worden aangemerkt.⁸⁰ Het Hof van Justitie heeft aangegeven dat soort criteria eigenlijk niet zo relevant te vinden: *iedereen* moet immers een beroep kunnen doen

⁷⁴ Bijv. Verhey in zijn noot in het *NJCM-Bulletin* bij HR 22 januari 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0833 (*Rost van Tonningen*), *AB* 1993, 198 m.nt. van der Burg, *NJ* 1994, 743 m.nt. Brunner, *NJCM-Bull.* 1993, p. 410, par. 3.6.3, p. 415 en W. Hins, 'Uitingsvrijheid voor de Staat?', *Mediaforum* 1993 (4), p. 37. Zie verder bijv. C.A.J.M. Kortmann, 'Vrijheid van meningsuiting voor de regering?', *NJB* 1999 (33), p. 333.

⁷⁵ Tussenvonnis Rb. Amsterdam 23 juli 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6959; eindvonnis Rb. Amsterdam 10 juni 2015, ECLI:NL:RBAMS:6959, AMI 2015/7 m.nt. Van Eechoud.

⁷⁶ Zie r.o. 2.1 van het eindvonnis van de rechtbank Amsterdam, reeds aangehaald (n. 75).

⁷⁷ Hof Amsterdam 21 februari 2017, zaaknr. 200.177.853/01, www.ie-forum.nl/artikelen/geen-dwangsom-voor-meer-dan-verwaarloosbare-schaal-plegen-van-auteursrechtinbreuken-door-stadsarchie (laatst bezocht op 28 februari 2017), r.o. 3.4.1.

⁷⁸ Zie vooral HvJ EU 18 februari 2016, C-176/13 P, ECLI:EU:C:2016:96 (*Bank Mellat*), «EHRC» 2016/66 m.nt. Gerards; zie eerder Gerecht 29 januari 2013, T-496/10, ECLI:EU:T:2013:39 (*Bank Mellat*) en Gerecht 6 september 2013, T-35/10 en T-7/11, ECLI:EU:T:2013:397 (*Bank Melli Iran*), «EHRC» 2013/250 m.nt. Gerards.

⁷⁹ Zie bijv. EHRM 7 juni 2001 (ontv.), nr. 52559/99, ECLI:CE:ECHR:2001:0607DEC005255999 (*Danderyds Kommun t. Zweden*); EHRM 23 september 2003 (ontv.), nr. 53984/00, ECLI:CE:ECHR:2003:0923DEC005398400 (*Radio France e.a. t. Frankrijk*), par. 26; EHRM 12 mei 2015 (ontv.), nr. 29003/07, ECLI:CE:ECHR:2015:0512DEC002900307 (*Ljubljanska Banka D.D. t. Kroatië*), «EHRC» 2015/164 m.nt. Gerards, *AB* 2016 m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik. Het EHRM wordt daarbij overigens wel geholpen door art. 34 EVRM, dat uitdrukkelijk alleen non-gouvernementele organisaties en (groepen van) personen het recht geeft om een klacht bij het EHRM aanhangig te maken.

⁸⁰ Zie bijv. EHRM 13 december 2007, nr. 40998/98, ECLI:CE:ECHR:2007:1213JUD004099898 (*Islamic Republic of Iran Shipping Lines t. Turkije*), «EHRC» 2008/24, par. 81 en EHRM 15 november 2011, nr. 28502/08, ECLI:CE:ECHR:2011:1115DEC002850208 (*Transpetrol t. Slowakije*), «EHRC» 2012/92 m.nt. Mijhad, par. 61. Zie nader hierover H. De Vylder en Y. Haeck, 'Artikel 34. Individuele verzoekschriften', in: J.H. Gerards e.a., *Sdu Commentaar EVRM – Deel 2: procedurebepalingen*, Den Haag: Sdu 2014, p. 132-133.

op grondrechten, dus ook aan de staat verbonden rechtspersonen.⁸¹ Daarbij lijkt het er voor dit Hof niet toe te doen of zo'n rechtspersoon als overheidsorgaan handelt.⁸²

Dit zijn belangrijke ontwikkelingen, omdat ze leiden tot een potentieel grote uitbreiding van situaties waarin een beroep kan worden gedaan op grondrechten. Bovendien betekent het dat grondrechten kunnen worden ingeroepen in situaties waarvoor ze volgens de klassieke doctrine niet zijn bedoeld. Opnieuw blijkt de werkelijkheid dus steeds complexer te worden.

3.4 *Uitbesteding van grondrechtenbescherming*

En dan is er tot slot nog een vierde ontwikkelingslijn, die aansluit op de vorige. De toenemende pluraliteit in aanspraakmakers gaat namelijk gepaard met een groeiende pluraliteit in de verantwoordelijkheid voor grondrechtenbescherming.⁸³ Steeds vaker wordt die verantwoordelijkheid niet meer zozeer alleen bij de staat gelegd, maar komt die ook of zelfs vooral te rusten bij private spelers.⁸⁴ Opnieuw is de rechter een belangrijke motor achter deze ontwikkeling. Zo legde het Hof van Justitie van de Europese Unie aan internetbedrijf Google de verplichting op om ieders privacy actief te beschermen.⁸⁵ Het was vrij precies in de eisen die het daarbij stelde: Google moest een procedure ontwikkelen die het mogelijk maakte om over individuele verzoeken te oordelen en te besluiten om bepaalde zoekresultaten niet langer weer te geven.⁸⁶ Een ander voorbeeld is de recente uitspraak over het welbekende webforum GeenStijl.⁸⁷ Daarin legde het Hof van Justitie professionele webforumbeheerders een verplichting op om voor iedere hyperlink na te gaan of er misschien intellectuele-eigendomsrechten worden aangetast op de site waarnaar die link verwijst.⁸⁸ Maar voorbeelden zijn ook buiten het Unierecht te zien. Te denken is aan de zaak over de intocht van Sinterklaas in Amsterdam in 2012. Daarbij was geclaimd dat die had moeten worden verboden, of dat tenminste bepaalde eisen hadden moeten worden gesteld, om discriminatie door het optreden van zwarte Pieten te voorkomen. De Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State besloot dat de burgemeester bij het geven van een evenementenvergunning niet bevoegd was om dat soort discriminatieoverweging-

⁸¹ Zie bijv. HvJ EU 18 februari 2016, C-176/13 P, ECLI:EU:C:2016:96 (*Bank Mellat*), «EHRC» 2016/66 m.nt. Gerards, punt 49; het Gerecht accepteert dit zelfs zonder er een woord aan vuil te maken: Gerecht 25 januari 2017, zaak T-255/15 (*Almaz-Antey*), ECLI:EU:T:2017:25.

⁸² Naar zowel het EVRM-recht als het Nederlandse bestuursrecht (vgl. art. 1:1 Awb) is dat echter een belangrijk verschil; zie daarover mijn annotatie bij *Bank Melli Iran* in «EHRC» 2013/250.

⁸³ Teubner beschrijft dit probleem van aansprakelijkheidstoedeling als een klassieke 'Whodunnit?'-vraag (reeds aangehaald (n. 21)), p. 147.

⁸⁴ Vgl. Emaus, Giesen & Enneking, reeds aangehaald (n. 26), p. 26 e.v. en Kool e.a., reeds aangehaald (n. 37), p. 73. Zij wijzen erop dat bijvoorbeeld Facebook en Apple regelmatig worden ingeschakeld om de staat te 'helpen'. Naast de genoemde voorbeelden kan worden gewezen op de proliferatie van private toezichhouders die belast zijn met toezicht op naleving van transnationale private normen, zoals die over handhaving van grondrechten; zie daarover bijv. M.W. Scheltema, 'Transnationale private normen in het bestuursrecht', in: *Hybride bestuursrecht*, VAR Preadviezen 2016, Amsterdam: Boomjuridisch 2016, p. 87-183, p. 141 e.v.

⁸⁵ HvJ EU 13 mei 2014, zaak C-131/12, ECLI:EU:C:2014:317 (*Google Spain*), «EHRC» 2014/186 m.nt. Van Hoboken, *NJ* 2014, 385 m.nt. Mok, *Computerrecht* 2014, 115 m.nt. Van Eecke & Cornette.

⁸⁶ Idem, m.n. punt 94: 'Indien ... na een verzoek van de betrokkene ... wordt vastgesteld dat in de resultatenlijst die wordt weergegeven nadat op de naam van de betrokkene is gezocht, koppelingen zijn opgenomen naar rechtmatig door derden gepubliceerde webpagina's die correcte informatie over de betrokkene bevatten, en ... deze informatie, gelet op het geheel van de omstandigheden van het onderhavige geval, ontoereikend, niet of niet meer ter zake dienend of bovenmatig is ten aanzien van het doel van de betrokken verwerking door de exploitant van de zoekmachine, moeten deze informatie en koppelingen van de resultatenlijst worden gewist.' Zie over de impact van deze verplichting nader E. Frantziou, 'Further Developments in the Right to be Forgotten: The European Court of Justice's Judgment in Case C-131/12, *Google Spain, SL, Google Inc v Agencia Espanola de Proteccion de Datos*, 14 *Human Rights Law Review* 2014, p. 761-777.

⁸⁷ HvJ EU 8 september 2016, zaak C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 (*GS Media*), «EHRC» 2016/222 m.nt. Krommendijk.

⁸⁸ Idem, punt 51: '... [W]anneer het plaatsen van hyperlinks geschiedt met een winst oogmerk, van de hyperlink-plaatsers worden verwacht dat deze de nodige verificaties verricht om zich ervan te vergewissen dat het betrokken werk op de site waarnaar die links leiden niet illegaal is gepubliceerd, zodat moet worden vermoed dat die plaatsing is geschied met volledige kennis van de beschermde aard van dat werk en van het eventuele ontbreken van toestemming van de auteursrechthebbende voor de publicatie op internet.' Zie nader over deze uitspraak, met verwijzingen, de inzichtelijke noot van Krommendijk in «EHRC» 2016/222.

gen mee te wegen.⁸⁹ De Afdeling voegde daaraan toe dat dit vanuit het perspectief van grondrechtenbescherming ook niet zo erg was. Het organiserende comité, in feite een privaatrechtelijke stichting, kon immers ook via de civiele rechter aansprakelijk worden gesteld.⁹⁰ Via die route kon het discriminatieverbod alsnog worden beschermd.

In al deze zaken is in feite sprake van een soort uitbesteden van staatszaken, waarbij een private speler vergaand verantwoordelijk wordt gemaakt voor het dienen van publieke belangen, namelijk het actief beschermen van grondrechten. Dat heeft soms vergaande consequenties. In de Sinterklaasintochtzaak is bijvoorbeeld interessant dat de Afdeling er kennelijk vanuit gaat dat private actoren *wel* rekening moeten houden met grondrechtelijke belangen en daar voor de rechter op kunnen worden aangesproken, terwijl een bestuursorgaan die belangen juist *niet* in zijn overwegingen mag betrekken.⁹¹ Dat is bijna het tegenovergestelde van wat we vanuit de klassieke doctrine gewend zijn te denken. Bovendien is het een duidelijk doorbreken van de binaire logica die aan de huidige grondrechtenbescherming ten grondslag ligt.

4. Spanningen, risico's en problemen

De vier ontwikkelingslijnen die ik heb geschetst laten zien dat de context waarbinnen grondrechten een rol spelen de laatste jaren steeds complexer is geworden.⁹² Fundamentele rechten kunnen door steeds meer actoren in steeds meer situaties worden aangetast, ze kunnen door steeds meer actoren worden ingeroepen, en ze moeten door steeds meer actoren worden beschermd. Daarbij lijkt het erop dat het recht een beetje achter de feiten aanhobbelt. Het recht laat de behoefte om met een binaire logica te werken niet zomaar los, het houdt van strakke structuren en heldere lijnen. Met de fragmentatie van de grondrechtenbescherming weten we in het recht eigenlijk niet zo goed raad.

Eén mogelijke reactie is die van relativering en pragmatisme. We kunnen best stellen dat het allemaal wel meevalt met de gevolgen van onze steeds complexere samenleving. Meestal is er wel een uitweg, bijvoorbeeld via de route van positieve verplichtingen en verticalisering, of via civiele aansprakelijkheidsstelling.⁹³ Toch geloof ik dat deze reactie iets te gemakkelijk is. Ik denk dat de ontwikkelingen die ik heb beschreven de grondrechten onder spanning zetten, en dat de oplossing meer vergt dan het gewoonweg anders toepassen van bestaande concepten. Ik breng een drietal spanningen, risico's en problemen in kaart.

4.1 Rigiditeit van systemen van rechtsbescherming

Een eerste probleem tekent zich af op het Europese niveau. Binnen Nederland kunnen veel grondrechtenkwesies nog vrij simpel worden opgelost door flexibel te zijn in de omgang met overheidsaansprakelijkheid en civielrechtelijke procedures, of door hybride vormen van recht te erkennen.⁹⁴

⁸⁹ ABRvS 12 november 2014, ECLI:NL:RVS:2014:4117 (*Sinterklaasintocht*), «JB» 2014/245 m.nt. Schutgens, *AB* 2015, 55 m.nt. Brouwer & Schilder. Zie over deze kwestie ook D. Sanderink, 'De doorwerking van positieve verplichtingen in vergunningstelsels', 41 *NTM/NJCM-Bulletin* 2016 (2), p. 197-203.

⁹⁰ R.o. 6.4.

⁹¹ Zie over dit paradoxale gevolg ook I. Giesen, 'Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren', in: I. Giesen, J. Emaus & L. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom 2014, p. 81-114, op p. 99; zie wel ook de relativering van J. Kortmann op dit punt ('Korte reactie op "Aansprakelijkheid voor inadequate publieke beveiliging door private actoren"', in: I. Giesen, J. Emaus & L. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom 2014, p. 115-122, p. 118-120).

⁹² Vgl. ook A. Brenninkmeijer, 'Over democratie in deze complexe tijd', Celelezing 2016.

⁹³ Deze weg wordt gekozen in vrijwel alle bijdragen aan het aan de verschuiving van verantwoordelijkheden gewijde bundel die is geredigeerd door Giesen, Emaus en Enneking, reeds aangehaald (n. 11).

⁹⁴ Zie de verschillende bijdragen in Giesen, Emaus & Enneking 2014, reeds aangehaald (n. 11); zie voor het bestuursrecht ook de preadviezen van Scheltema en Neerhof in *Hybride bestuursrecht*, VAR Preadviezen 2016, Amsterdam: Boomjuridisch 2016.

Die flexibiliteit is veel minder aanwezig in de Europese systemen van rechtsbescherming.⁹⁵ Een concreet probleem is bijvoorbeeld dat het Europees Hof voor de Rechten van de Mens geen klachten over inbreuken op grondrechten kan ontvangen die zijn gericht tegen rechtspersonen of tegen individuen.⁹⁶ De gangbare oplossing voor dit probleem is dat ieder horizontaal geschil over grondrechten wordt 'geverticaliseerd'.⁹⁷ Dat betekent dat een constructie wordt gekozen om uiteindelijk de staat verantwoordelijk te houden voor het niet goed naleven van grondrechten door individuen of bedrijven, bijvoorbeeld door de staat aan te spreken op het ontbreken van goede wetgeving of op een verkeerde belangenafweging door de nationale rechter.⁹⁸

Die benadering is begrijpelijk vanuit de geschiedenis en inrichting van het EVRM-systeem, maar past niet goed in de ontwikkelingen die ik hiervoor heb geschetst. Zo leidt dit tot grote verantwoordelijkheden voor de staat, terwijl veel van de ontwikkelingen die ik schetste juist van die verantwoordelijkheid weg proberen te komen.⁹⁹ Bovendien doet deze benadering vaak geen recht aan wat er in een concrete zaak daadwerkelijk aan de orde is.¹⁰⁰ Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een medewerker van een antidiscriminatiebureau is ontslagen nadat de werkgever heeft ontdekt dat hij racistische cartoons op Facebook heeft gezet.¹⁰¹ De werknemer procedeert daarover: hij vindt dat zijn werkgever inbreuk op zijn privacy heeft gemaakt door naar zijn Facebookpagina te kijken. De nationale rechter besluit, gehoord de beide partijen, in het voordeel van de werkgever. Daarom wil de werknemer bekijken of hij zijn gelijk kan halen bij het Europese mensenrechtenhof. Omdat hij daar niet kan procederen tegen zijn werkgever, richt hij zijn klacht tegen de staat en zegt hij dat de nationale rechter onvoldoende heeft gedaan om zijn belangen te beschermen. Dat kan, maar wat er dan gebeurt, is dat de werkgever in feite volledig uit de procedure wegvalt.¹⁰² Zijn belangen moeten in plaats daarvan door de staat worden behartigd, en bovendien moeten ze worden vertaald naar het soort publieke belangen waarvan je kunt verwachten dat de staat ze beschermt – in dit geval bijvoorbeeld het algemene recht op privacybescherming. Het geschil verschiet daardoor van kleur: het wordt een geschil waarbij het Hof vooral moet onderzoeken of de staat kan worden verweten dat de rechter geen andere uitspraak heeft gedaan, en waarbij de werkgever op geen enkele manier meer kan verantwoorden waarom hij de Facebookpagina van de werknemer heeft bekeken.¹⁰³ Andersom geldt dat, als het Europees Hof een schending vindt, het de staat is die – op hoog abstractieniveau – een oplossing moet vinden.¹⁰⁴ De werkgever blijft daardoor buiten schot. Dat betekent dat de zaak op Europees niveau een andere dimensie krijgt en dat minder goed recht wordt aan de onderliggende belangen en verantwoordelijkheidsverdeling zoals die in de complexe nationale rechtsorde bestaan.

⁹⁵ Zie o.m. L. Roorda, C. Ryngaert & B. Straten, 'Private beveiliging in de strijd tegen de piraterij: een onderzoek naar de aansprakelijkheid van private beveiligers en van de Staat', in: I. Giesen, J. Emaus & L. Enneking, (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom 2014, p. 165-187, p. 171. Meer algemeen kan worden aangenomen dat het telkens vertalen van iedere grondrechtenkwestie naar een juridisch conflict problematisch is; vgl. Frankenberg, reeds aangehaald (n. 3), p. 52-54.

⁹⁶ Zie art. 34 EVRM, waarin staat vermeld dat klachten alleen tegen de staat kunnen worden ingediend.

⁹⁷ Zie nader J.H. Gerards, *EVRM. Algemene beginselen*, Den Haag: Sdu 2011, p. 263 e.v.

⁹⁸ Idem.

⁹⁹ Zie nader Teubner, reeds aangehaald (n. 21), p. 12.

¹⁰⁰ Zie kritisch over de benadering van het EHRM vanuit dit perspectief bijv. R.S. Kay, 'The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law', *European Human Rights Law Review* 2005, p. 466-479; O. Cherednychenko, 'Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights?', 13 *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006 (2), p. 195-218.

¹⁰¹ Zie voor een soortgelijk geval EHRM 12 januari 2016, nr. 61496/08 (*Bărbulescu t. Roemenië*), «EHC» 2016/91 m.nt. Ter Haar, «JAR»2016/43 m.nt. Jakomowicz.

¹⁰² Op zichzelf kan dit door de op nationaal niveau betrokken civiele partij verlost te geven om te interveniëren en daarbij zijn mening te geven, maar dit gebeurt vooralsnog maar zelden; zie hierna, paragraaf 5.1.

¹⁰³ Vgl. Teubner, die beredeneert dat de verschuiving van grondrechtenkwesties van een privaatrechtelijke verhouding naar een publiekrechtelijke verhouding en weer terug steeds complexe vertaalslagen vergt, zonder dat de grondrechten in staat zijn richting te geven aan dit proces; Teubner, reeds aangehaald (n. 21), p. 132 e.v.

¹⁰⁴ Hierbij bestaat discretie; de tenuitvoerlegging kan bestaan in het betalen van een schadevergoeding door de staat of, bijvoorbeeld, in de mogelijkheid tot heropening van de procedure; zie art. 41 en 46 EVRM.

4.2 *Systeemfouten*

Minstens zo belangrijk is een tweede probleem, en dat is dat veel van de klassieke ‘oplossingen’ voor grondrechtenproblemen uitgaan van het voeren van individuele procedures voor een rechter. Dat geldt zeker voor het aansprakelijk stellen van ondernemingen die grondrechten schenden, of voor het invoeren van positieve verplichtingen tot grondrechtenbescherming bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Individuele procedures hebben echter zo hun nadelen. Ze zijn vaak nogal belastend en kostbaar voor de mensen waar het om gaat, en ze zijn bovendien reactief: pas als er een groot probleem is gerezen dat zich voldoende juridisch laat kwalificeren, kan iemand naar de rechter stappen.¹⁰⁵ Waar het gaat om de autonome besluitvormingsvelden, of waar het gaat om de ontwikkelingen in onze democratie, is het maar de vraag of dat de meest wenselijke en zinvolle optie is. Het lijkt me belangrijker dat grondrechtenbedreigingen al in een vroegtijdig stadium worden gesignaleerd en afgewend, en dat niet wordt afgewacht tot er juridische geschillen ontstaan.

4.3 *Vertrouwen op de staat?*

In samenhang met het probleem van verrechterlijking is er een derde risico, namelijk dat veel ontwikkelingen laten zien dat we snel geneigd zijn om de staat in te schakelen als oplosser van alle problemen. Hoewel het vertrouwen in de politiek de afgelopen jaren sterk teruggelopen, lijkt het wel alsof het vertrouwen in de staat als oplosser van alle problemen steeds verder is toegenomen. Met graagte verzoeken we de staat om juridische erkenning van zelfregulerende maatregelen, of verwachten we dat de staat regelgeving maakt om grondrechtenschendingen in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen te voorkomen. Tegelijkertijd moeten we ons ervan bewust blijven dat het diezelfde staat is waartegen grondrechtenbepalingen ons in de klassieke opvatting beschermen, en dat de staat nog steeds een stevige machtspositie heeft.¹⁰⁶ Er is altijd een kans dat de staat die machtspositie gebruikt op een manier waarop de grondrechten worden aangetast.¹⁰⁷ De voorbeelden in staten als Polen en Hongarije laten dat wel zien.¹⁰⁸ Dat betekent dat we onze kaarten niet te veel moeten zetten op de staat als oplosser van alle problemen. Eerder moeten we kiezen voor toekomstbestendige inrichtingen, die ook bescherming bieden als er partijen aan de macht komen die de grondrechten minder hoog in het vaandel dragen.

5. **Oplossingen?**

Er zijn nog wel meer problemen en zorgen te noemen die samenhangen met de ontwikkelingen die ik heb geschetst. De genoemde voorbeelden laten echter al zien dat de binaire logica die aan onze juridische doctrines ten grondslag ligt, echt niet meer bruikbaar is. Om een goed antwoord te bieden op

¹⁰⁵ Een nog complexer probleem is het gegeven dat twee partijen (bijvoorbeeld een onderneming of een overheid) zich beide kunnen beroepen op grondrechtelijke belangen, zodat er een belangenafweging moet plaatsvinden. Wanneer zich dat stelselmatig herhaalt voor de rechter, kan dit leiden tot een soort ‘race to the minimum’, waarbij de overheid zich er vrij gemakkelijk op kan beroepen dat minimumbescherming van grondrechten voldoende is. Daar heeft een rechter weinig tegenin te brengen, zodat deze situatie uiteindelijk kan leiden tot een relatief laag niveau van grondrechtenbescherming. Zie voor deze analyse A.T. Guzman & K. Linos, ‘Human Rights Backsliding’, 102 *California Law Review* (2014) p. 603-654. Sceptisch over de ‘klassieke’ juridische vorm van mensenrechtenbescherming is ook S. Hopgood, *The Endtimes of Human Rights*, Ithaca: Cornell University Press 2013.

¹⁰⁶ Vgl. Scheltema, reeds aangehaald (n. 84), p. 141, waar hij uitlegt dat wanneer een privaatrechtelijk systeem niet goed blijkt te functioneren, de standaardreactie is dat er meer en beter publiekrechtelijk toezicht moet komen en nog strengere publiekrechtelijke regelgeving. Zie ook Bokhorst, reeds aangehaald (n. 57), p. 351-352.

¹⁰⁷ Bovendien heeft overheidsregulering haar beperkingen; Faure wijst er bijvoorbeeld op dat het bedrijfsleven soms beter is geïnformeerd; overheidsregulering vaak problemen heeft met effectieve handhaving; overheidsregulering vaak statisch en niet dynamisch is; en overheidsregulering door lobbygroepen wordt gedomineerd en daardoor niet altijd in het algemeen belang is (M. Faure, ‘Smart mixes van beleidsinstrumenten bij nieuwe technologieën: een reactie’, in: I. Giesen, J. Emaus & L. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom 2014, p. 265-281, op p. 268).

¹⁰⁸ Daarnaast heeft Bokhorst gewezen op het hiermee gepaard gaande risico van steeds verder voortschrijdende technocratisering; dit leidt tot nieuwe legitimiteitsproblemen (reeds aangehaald (n. 57), p. 354).

de genoemde spanningen, risico's en problemen zal het recht zich moeten kenmerken door een grote mate van flexibiliteit, hybriditeit en functionaliteit. Ik zei al dat grondrechten zich vanwege hun caleidoscopische karakter op zichzelf heel goed lenen voor inpassing in deze nieuwe context. Wel blijft de vraag dan nog hoe we ervoor kunnen zorgen dat dat lukt, dus hoe we grondrechten blijvend kunnen beschermen op een manier die effectief is en die recht doet aan de redenen waarom deze rechten zo'n bijzondere status hebben gekregen.¹⁰⁹ Het onderzoek naar de vraag hoe dat precies moet, heb ik zelf nog verre van afgerond. Ik kan dus ook geen pasklare oplossingen aanreiken. Toch zou ik het laatste deel van deze rede willen besteden aan het doen van een aantal aanzetten daartoe.

5.1 Procedurele aanpassingen

Ik wil beginnen met de procedurele problemen die ik benoemde op het Europese niveau. De meest rechtstreekse oplossing daarvoor is om individuele klagers voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens de mogelijkheid te bieden om hun klachten ook tegen civiele partijen te richten, in plaats van alleen tegen staten.¹¹⁰ Zo eenvoudig als die oplossing lijkt, zo moeilijk zal die in de praktijk te realiseren zijn. Daarbij denk ik nog niet eens zozeer aan het risico van toename van de toch al grote zakenlast bij het Hof. Ik denk dat het daarmee ook wel mee zal vallen, omdat zich waarschijnlijk vooral een verschuiving zal voordoen – klachten die nu tegen de staat zijn gericht worden dan gericht tegen civiele partijen. Lastiger lijken mij de internationaalrechtelijke vraagstukken die met deze oplossing samenhangen, zoals die van internationale rechtssubjectiviteit en van binding van individuen door een internationale rechter.¹¹¹ Toch lijkt deze oplossingsrichting me het onderzoeken waard.

Zolang we nog niet zover zijn, kunnen we wel naar een iets eenvoudiger tussenoplossing kijken. Ik denk bijvoorbeeld dat het mogelijk is om in procedures voor het Europees Hof vaker de civiele partij te betrekken die voor de hoogste nationale rechter als verwerende partij optrad.¹¹² Als interveniënt kan deze partij dan zijn kant van het verhaal belichten, wat kan leiden tot een meer evenwichtige besluitvorming die niet alleen recht doet aan publieke belangen. Bovendien zou het Hof in die gevallen duidelijker kunnen aangeven waar eventueel de civiele partij tekort is geschoten, zodat de staat daar bij de tenuitvoerlegging van de uitspraak gemakkelijker gevolgen aan kan verbinden. Dit procedurele probleem lijkt me dus wel goed oplosbaar.

5.2 Aan grondrechten verwante rechten

Lastiger vind ik de situatie die is ontstaan doordat rechtspersonen en zelfs overheden grondrechten als subjectieve rechten kunnen inroepen. Dat strookt volgens mij lang niet altijd met de redenen om grondrechten een speciale status te geven, die nauw samenhangen met het respect voor grondwaar-

¹⁰⁹ Vgl. Frankenberg, reeds aangehaald (n. 3), p. 52, waar hij zelfs pleit voor een dejuridisering van het grondrechten-discours; ook Chwaszcza heeft betoogd dat het wenselijk is om grondrechten niet als harde juridische normen te zien, maar eerder als flexibele standaarden die in verschillende contexten en op verschillende manieren kunnen worden ingepast (Ch. Chwaszcza, 'The Concept of Rights in Contemporary Human Rights Discourse', 23 *Ratio Juris* 2010 (3), p. 333-364, op p. 351 en 353).

¹¹⁰ Zie ook I. Kanalan, 'Horizontal Effect of Human Rights in the Era of Transnational Constellations: On the Accountability of Private Actors for Human Rights Violations', 7 *European Yearbook of International Economic Law* 2016, p. 423-460, p. 426 en 444.

¹¹¹ Kanalan (reeds aangehaald (n. 110), p. 448 e.v.) betoogt overigens dat deze problemen wel oplosbaar zijn.

¹¹² Dit is op verzoek van een derde partij al mogelijk; zie art. 36 EVRM en Regel 44 lid 3 van het Procesreglement van het EHRM. Het Hof heeft dit ook al een aantal keren toegestaan; zie voor een aantal voorbeelden Y. Haeck & R. van de Steene, 'Artikel 36. Tussenkomen door derden', in: J.H. Gerards e.a. (red.), *Sdu Commentaar EVRM. Deel 2 – procedurebepalingen*, Den Haag: Sdu 2014, p. 224 en W.A. Schabas, *The European Convention on Human Rights. A Commentary*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 793; zie voor een vrij recent voorbeeld EHRM 19 februari 2015, nr. 53495/09, ECLI:CE:ECHR:2015:0219JUD005349509 (*Bohlen t. Duitsland*), «EHRC» 2015/100 m.nt. Smet. Een andere mogelijkheid is door Hallo de Wolf naar voren gebracht, die betoogt dat het mogelijk zou zijn om private actoren tot publieke autoriteiten te rekenen zodra zij een publieke taak uitoefenen, waardoor de staat op hun handelen kan worden aangesproken (A. Hallo de Wolf, "'Private Security Companies' (PSCs) aan boord! Reactie op de bijdrage van Roorda, Ryngaert en Straten', in: I. Giesen, J. Emaus & L. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom 2014, p. 189-200, p. 193). In voorbeelden zoals de hier genoemde levert dat echter geen extra rechtsbescherming op.

den als individuele vrijheid, menselijke waardigheid, democratische participatie en gelijkwaardigheid.¹¹³ Het soort economische overwegingen dat ten grondslag ligt aan de huidige toepassing van grondrechten op rechtspersonen, kan de bijzondere status van grondrechtenbescherming zeker niet altijd rechtvaardigen.

Maar die geest is uit de fles, en het lijkt me onmogelijk die weer terug te duwen. Toch denk ik dat hier een oplossing kan worden gevonden, juist door af te stappen van het strikt binaire onderscheid tussen grondrechten en niet-grondrechten, en te denken in termen van een meer multivalente logica, die ook allerlei min of meer vage tussenvormen erkent.¹¹⁴ Redenerend vanuit dat gezichtspunt kun je bijvoorbeeld een nieuwe categorie construeren van ‘aan grondrechten verwante rechten’.¹¹⁵ Er ontstaat dan een triadische schaal, waarbij aan deze rechten net iets meer bescherming kan worden toegekend dan aan ‘gewone’ individuele belangen, maar iets minder dan aan de echte grondrechten.¹¹⁶ Een aanverwante mogelijkheid is dat in zaken over rechtspersonen of overheden niet de in verdragen en grondwet vastgelegde grondrechtenbepalingen worden toegepast, maar de daaraan ten grondslag liggende algemene beginselen.¹¹⁷ Het Hof van Justitie lijkt dat soms al te doen waar het gaat om het inroepen van grondrechten door overheidsondernemingen,¹¹⁸ en ook in de rechtspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak zijn hiervan al voorbeelden zichtbaar.¹¹⁹ Het voordeel daarvan is dat een bij het andere karakter van de rechtsverhouding passende benadering kan worden gekozen, die minder met de grondrechtenretoriek werkt en die eerder vertrekt vanuit de typische rationales die verband houden met aanspraken van rechtspersonen of overheden.¹²⁰ Bovendien kunnen de beginselen dan worden ingepast in goed bruikbare privaatrechtelijke noties van onrechtmatigheid of maatschappelijke zorgvuldigheid, of bestuursrechtelijke noties als die van redelijkheid en het verbod van willekeur.¹²¹ De eigenlijke grondrechten blijven dan gereserveerd voor het domein waar ze bij passen, dus het domein van bescherming van de vrijheid, gelijkheid en waardigheid van individuen.

5.3 Uitbesteding

Een parallelle ontwikkeling waarop ik heb gewezen, is de ontwikkeling dat private ondernemingen en organisaties steeds vaker juridisch verantwoordelijk worden gehouden voor grondrechtenbescherming. Hier denk ik dat we de ontwikkeling niet zozeer moeten zien als een probleem, maar juist

¹¹³ Zie hierboven, paragraaf 4.3.

¹¹⁴ Zie eerder Gerards, reeds aangehaald (n. 9), p. 42.

¹¹⁵ Ook dit heb ik eerder betoogd; Gerards, reeds aangehaald (n. 9), p. 43 e.v., met nadere bronverwijzingen. De term is een vertaling van de in Duitsland gangbare begrippen ‘grundrechtsgleiche Rechte’ of ‘grundrechtsähnliche Rechte’; zie daarover o.m. C. Drews, *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 GG*, Baden-Baden: Nomos 2005, p. 48.

¹¹⁶ Idem.

¹¹⁷ Anderen hebben wel gewezen op de mogelijkheid grondrechtelijke standaarden en beginselen als een soort transcendente noties naar analogie toe te passen; zie bijv. Teubner, reeds aangehaald (n. 21), p. 124 e.v.; Chwaszcza, reeds aangehaald (n. 109); J. Emaus, ‘De sterke partij in het aansprakelijkheidsrecht. Een verkennende studie naar machtige private partijen en hun verantwoordelijkheid ten aanzien van anderen’, in: I. Giesen, J. Emaus & L. Enneking (red.), *Verantwoordelijkheid, aansprakelijkheid en privatisering van publieke taken*, Den Haag: Boom 2014, p. 36-72, op p. 63.

¹¹⁸ Zie mijn analyse van de uitspraak van het HvJ EU in *Bank Mellat* in «EHC» 2016/66. Overigens past het Gerecht de bepalingen van het EU-Grondrechtenhandvest soms wel rechtstreeks toe op overheidsbedrijven, zonder na te gaan of zij handelen als staat of als private rechtspersoon; zie bijv. Gerecht 25 januari 2017, zaak T-255/15 (*Almaz-Antey*), ECLI:EU:T:2017:25.

¹¹⁹ ABRvS 12 mei 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BM4166, «JV» 2010/301, «JB» 2010/213, par. 2.8.1.

¹²⁰ Vgl. ook Bovens, reeds aangehaald (n. 61).

¹²¹ De benadering lijkt daarmee sterk op de gedachte achter indirecte horizontale werking van grondrechten, waarbij in verhoudingen tussen personen onderling niet wordt gekozen voor rechtstreekse toepassing van de eigenlijke grondrechtenbepalingen, maar voor het inlezen van de daaraan ten grondslag liggende beginselen in typische noties van privaatrecht. Daarover is veel geschreven; zie voor een korte uitleg met bronvermeldingen J.H. Gerards, ‘De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht – inleiding’, in: J.H. Gerards & C. Sieburgh (red.), *De invloed van fundamentele rechten op het materiële recht*, Deventer: Kluwer 2013, p. 1-44, op p. 42.

als de oplossing.¹²² De binaire logica wordt hier namelijk al behoorlijk sterk vervangen door iets dat meer flexibel is. Enerzijds worden bijvoorbeeld publiekrechtelijke elementen ingebouwd in het privaatrecht, terwijl anderzijds privaatrechtelijke elementen worden ingepast in het publiekrecht. De zaak over Google die ik noemde, is daarvan een voorbeeld.¹²³ Google kreeg daarbij de tamelijk publiekrechtelijke plicht opgelegd om een regeling te ontwikkelen om recht te kunnen doen aan de privacyrechten, maar mensen die hiermee niet tevreden zijn kunnen alsnog een civiele procedure aanspannen voor de nationale rechter. Een soortgelijk voorbeeld is te zien in een Zwitserse kwestie over de daar geprivatiseerde posterijen, die hadden geweigerd om een mailing te verzorgen van een dierenbeschermingsorganisatie.¹²⁴ De rechter legde aan de posterijen de verplichting op om die mailing toch te versturen. De posterijen waren als niet-staatsorgaan op zichzelf niet verplicht om de grondrechten te respecteren, maar zo'n verplichting was volgens de rechter de enige manier om recht te kunnen doen aan het publieke belang van de vrijheid van meningsuiting.¹²⁵ In dit soort situaties is de staat dus wel betrokken, maar private spelers doen in belangrijke mate mee.¹²⁶ Zo'n samenwerkingsverband doet al meer recht aan de diffuse en veelzijdige werkelijkheid waarin grondrechtenvraagstukken zich voordoen.¹²⁷

5.4 *Systeemoplossingen*

Toch zal het u intussen zijn opgevallen dat de oplossingsrichtingen allemaal nog steeds uitgaan van individuele en juridische procedures voor de rechter. Dat correspondeert natuurlijk niet goed met een ander probleem dat ik constateerde, namelijk dat procedures kostbaar en vervelend zijn, en bovendien te reactief. Bovendien gaf ik aan dat we in de moderne context ook weer niet te veel vertrouwen moeten stellen in de staat. Het zal dus nodig zijn om structurele en systematische oplossingen te verzinnen om grondrechten effectief te beschermen, waarbij de taak van de staat minder groot is.¹²⁸ Ik denk dat we daarbij lessen kunnen leren uit de redenen waarom we een rechtsstaat nu eigenlijk zo belangrijk vinden. Het gaat daarbij om het beschermen van rechtszekerheid, transparantie, deliberatie, verantwoording, gelijkheid, etcetera. Als bescherming van publieke belangen wordt uitbesteed aan private spelers, of aan semipublieke instellingen, of aan autonome besluitvormingsvelden, moeten we voorzien in slimme mechanismen die recht kunnen doen aan die waarden.¹²⁹ Daarbij kan worden gekozen voor een wisselwerking tussen publieke en private regulering die hybride en flexibel van aard is.¹³⁰ Voor coöperaties en allerlei organisaties die met publieke goederen bezig zijn

¹²² Zie ook M. Amstutz, A. Abegg & V. Karavas, 'Civil Society Constitutionalism: the Power of Contract Law', 14 *Indiana Journal of Global Legal Studies* 2007 (2), p. 235-258; Frantziou, reeds aangehaald (n. 86), p. 771.

¹²³ Zie hierboven, paragraaf 4.4.

¹²⁴ Deze kwestie wordt uitgebreid besproken door Amstutz, Abegg & Karavas, reeds aangehaald (n. 122), p. 237 e.v.

¹²⁵ *Post t. Verein gegen Tierfabriken*, Bundesgericht [BGR] 7 mei 2002, *Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts* (BGE) 129 III 35. In een follow-upzaak pakte het oordeel overigens anders uit, hetgeen uiteindelijk leidde tot een voor de vereniging niet succesvolle procedure voor het EHRM; zie EHRM 20 september 2011 (ontv.), nr. 48703/08, ECLI:CE:ECHR:2011:0920DEC004870308 (*Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland*). Dat laat wel zien dat niet alle rechters nog even gemakkelijk uit de voeten kunnen met de uitbestedingsaanpak: het EHRM achtte het niet onredelijk dat de Zwitserse rechters in de follow-upzaak geen verplichting tot bescherming van grondrechten wilden opleggen aan de geprivatiseerde posterijen.

¹²⁶ Zie ook Scheltema, reeds aangehaald (n. 84), p. 151-152 en p. 166, waar hij wijst op de verantwoordelijkheden van private toezichhouders, maar ook op de rol van de rechter om hen op hun verantwoordelijkheden in het licht van legitimiteit te wijzen.

¹²⁷ Wel zal in dit soort samenwerkingsverbanden zorgvuldig moeten worden gelet op legitimiteitseisen als die van transparantie en openbaarheid (vgl. Scheltema, reeds aangehaald (n. 84), p. 151-152). Bovendien moet worden bekeken of een onderneming voldoende in staat is om de grondrechten daadwerkelijk effectief te beschermen. Bij de aan Google opgelegde verplichting om verzoeken over privacy af te handelen zijn daarover wel vragen gesteld, gelet op de grote volumes daarvan en de potentieel gebrekkige objectiviteit van de belangenafwegingen die bij de behandeling moeten worden gemaakt; zie Frantziou, reeds aangehaald (n. 86), p. 770-771.

¹²⁸ Zie ook Kool e.a., reeds aangehaald (n. 36), p. 11.

¹²⁹ En die dus niet alleen een 'verticalisering' inhouden; vgl. Kanalan, reeds aangehaald (n. 110), p. 438 e.v.

¹³⁰ Vgl. ook al de suggestie van de Minister van BZK in *De Doe-Democratie* voor een 'trap van overheidsparticipatie' bij de autonome besluitvormingsgebieden: 'loslaten, faciliteren, stimuleren, regisseren, reguleren' (reeds aangehaald (n.

kan bijvoorbeeld worden gedacht aan kaderstellende regelgeving of convenanten of aan het ontwerpen van publiek-collectieve partnerschappen.¹³¹ Daarmee kun je vangnetten creëren voor het geval mensen buitenspel worden gezet of het slachtoffer worden van grondrechtenschendingen.¹³² Op een soortgelijke manier kan bij experimenten voor burgerparticipatie rekening worden gehouden met de noodzaak van rechtsstatelijke waarborgen. Daarbij moet ervoor worden gezorgd dat bij de besluitvorming echte deliberatie en pluralisme, inclusiviteit en nuance kunnen worden gegarandeerd, en dat ‘checks and balances’ worden ingebouwd die respect voor minderheden en aandacht voor grondrechten garanderen.¹³³ Wezenlijk is ook het afleggen van rekenschap over de genomen beslissingen. Dat hoeft niet plaats te vinden via de staat, maar kan ook via maatschappelijke wegen vorm krijgen, bijvoorbeeld door middel van de media. De mogelijkheden hiervoor zijn legio, maar er moet bij het vormgeven van experimenten wel goed bij worden stilgestaan.

6. Samenwerking en dankwoord

Voor nu wil ik het laten bij deze eerste gedachten. Belangrijk lijkt me vooral dat we bescherming van grondrechten zien als zwaarwegende factor in alle nieuwe vormen van besluitvorming, en bij alle eisen die onze complexe samenleving stelt. Het lijkt me een belangrijke opdracht voor de komende jaren om erover na te denken hoe we dat kunnen bewerkstelligen, en dat komt dan nog naast de noodzaak te om een antwoord te vinden op de uitdagingen waarmee ik mijn verhaal begon: die van populisme, van nationalisme, en van tekortkomingen in het functioneren van onze democratische rechtsstaat. Dat is een stevige opdracht, daarvan ben ik me bewust, maar het grote voordeel is dat ik die zeker niet alleen hoef aan te gaan. De samenwerking met juristen op allerlei verschillende terreinen van het recht lijkt me essentieel om te zien welke flexibele en hybride oplossingen denkbaar zijn. Datzelfde geldt voor samenwerking met allerlei andere disciplines, van de bestuurswetenschappen tot de ethiek, en van de geschiedenis tot de sociologie. Zonder de inzichten uit al die verschillende disciplines bij elkaar te brengen, komen we er volgens mij niet.

Ik ben er dan ook buitengewoon blij om dat mijn huidige leeropdracht zoveel ruimte biedt voor samenwerking. De leerstoel fundamentele rechten is ingepast in het strategisch programma Instituten voor open samenlevingen, en dat programma beoogt bij uitstek om wetenschappers uit allerlei disciplines samen te brengen om op zoek te gaan naar antwoorden op de uitdagingen van deze moderne tijd. Ik ben dan ook veel dank verschuldigd aan het College van Bestuur voor mijn benoeming als ‘dedicated chair’ binnen dit strategisch programma, en voor het daarbij in mij gestelde vertrouwen.

Ook de faculteit Recht, Economie, Bestuur en Organisatie ben ik grote dank verschuldigd voor deze benoeming. Mijn eerste jaar in Utrecht, dat nu bijna is afgerond, heeft me laten zien dat interdisciplinariteit en samenwerking hier niet alleen waarden zijn die met de mond worden beleden. Er is

27), p. 27). Tonkens e.a. spreken van deelname van de overheid aan de activiteiten van de burger of ‘helpen zonder eigenaar te worden’ (reeds aangehaald (n. 27), p. 38). Het Rathenau Instituut pleit voor een ‘digitaliseringsakkoord’ tussen maatschappelijke partners, bedrijven en overheid; zie Kool e.a., reeds aangehaald (n. 36), p. 14. Daarin zouden ook afspraken gemaakt moeten worden over allerlei vormen van zelfregulering en gedragscodes.

¹³¹ Zie voor een voorbeeld van een kaderstellende regeling die het collectieve beheer van ‘commons’ in de Italiaanse stad Bologna mogelijk maakt www.comune.bologna.it/media/files/bolognaregulation.pdf (laatst bezocht op 4 januari 2017); deze regeling laat ruimte voor differentiatie naar gelang het specifieke soort ‘commons’ dat burgers willen beheren. Het voorstel om te komen tot publiek-collectieve samenwerking is gedaan door De Moor, reeds aangehaald (n. 34), p. 36. Bij de vormgeving van dit soort regelgeving moet uiteraard rekening worden gehouden met de specifieke dynamiek en dilemma’s die zich voordoen bij het reguleren van collectieve instituties, zoals al is betoogd door Ostrom (reeds aangehaald (n. 28), p. 16 e.v. en p. 182 e.v.).

¹³² In de Bologna-regeling (zie hiervoor, n. 131) worden grondrechten weliswaar niet genoemd, maar staat respect centraal voor duidelijk grondrechtengerelateerde waarden als die van openbaarheid, transparantie, fairness, inclusiviteit, differentiatie en proportionaliteit; zie art. 1 van de regeling.

¹³³ Vgl. Tonkens e.a., reeds aangehaald (n. 27), p. 102, 108.

echt ruimte om samen na te denken over het soort problemen en vragen waarover ik het heb gehad, en over nog heel veel andere kwesties bovendien. Die samenwerking vindt plaats binnen allerlei verbanden, waarbij ik zelf het meest betrokken ben bij het Montaigne Centrum, het Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten, en de afdeling Staatsrecht, Bestuursrecht en Rechtstheorie. Binnen al die clubs heb ik een heerlijke plek gevonden en ik geniet dagelijks van het enthousiasme en de goede ideeën, van alle mooie initiatieven, en van de enorme collegialiteit. Ik ben dan ook oprecht blij dat ik in het Utrechtse neer ben kunnen strijken; en de fijne omgeving maakt dat ik elke dag weer fluitend de Oudegracht afloop, me verheugend op weer een nieuwe dag.

Wat ik ook bijzonder leuk vind, is dat ik me sinds 1 januari programmaleider mag noemen van de Legal Research Master. Dat is een prachtig programma, waarbij alle betrokkenen een passie uitstralen voor datgene wat me zelf zo dierbaar is, namelijk onderzoek doen. Het is geweldig om in deze functie onderzoek, onderwijs en coördinatie te kunnen combineren, en dat te kunnen doen met zo'n geweldig leuk gezelschap mensen. Dat zijn in de eerste plaats natuurlijk de studenten, die allemaal even knap, bevlogen en gemotiveerd zijn, maar dat zijn ook de mensen waarmee ik mag samenwerken: Anna, die me in het begin onder haar vleugels heeft genomen, Elif, Ton, Rob, vanaf volgende week Ivo, en natuurlijk Matthias. Met zijn allen gaan we ons best doen om de Legal Research Master ook in de komende tijd tot een heel groot succes te maken.

Maar heel veel dank ben ik ten slotte vooral ook verschuldigd aan mijn dierbare vrienden en familie. Jullie zitten nu al voor de derde keer te luisteren naar een ingewikkeld verhaal, en dat stel ik echt heel erg op prijs. En bovendien, om het maar eens met een dierbare slogan van een spitzensmerk uit te drukken, een aantal van jullie weet maar al te goed 'how much goes into making something effortless'. Ik ben jullie enorm dankbaar voor alle steun en begrip, en voor het feit dat jullie er altijd zijn.

Dat geldt nog in het bijzonder voor mijn drie absolute lievelingsmensen. Jos, Giny, jullie betekenen zoveel voor mij dat ik niet eens ga proberen om dat in woorden uit te drukken. En Mark, dit jaar zijn alweer vijftien jaar samen, en dat vind ik vreselijk gezellig. We delen niet alleen een tamelijk idioote werklust, maar ook een grote liefde voor eilanden, vogels, muziek, en de kleine dingen. Dat is genoeg om heel gelukkig van te worden, en dat ben ik dus ook. Ik heb gezegd.