

Overlap tussen grondrechten/fundamentele rechten en privaatrechtelijke normen.

Convergentie en afstemming

Stefan Somers*

1 Inleiding

De vraag naar de overlap tussen fundamentele rechten¹ en privaatrechtelijke normen is een interessante vraag waaraan ik enkele jaren van mijn professionele loopbaan besteedde toen ik een doctoraat schreef over de wisselwerking tussen mensenrechten en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht. Het is ook een ruim onderwerp. Alle takken van het privaatrecht komen met fundamentele rechten in contact. Al die ontmoetingen kennen een eigen dynamiek. De doorwerking van het gelijkheidsbeginsel op bijvoorbeeld het personen- en familierecht, doet andere vragen rijzen dan de doorwerking van het recht op privacy in het bewijsrecht. Omdat ik onmogelijk recht kan doen aan de ontwikkeling van mensenrechten in alle takken van het privaatrecht, zal ik mij in wat volgt voornamelijk toespitsen op die domeinen waarvan ik zelf het meeste kennis heb: het gemeen verbintenissenrecht met inbegrip van de buitencontractuele aansprakelijkheid.

Deze bijdrage is vooral opgevat als een beschouwende tekst. In mijn antwoorden op de vragen ga ik eerder in op de grote lijnen dan op de details. De inhoud is dan ook niet exhaustief. Het komt me over dat ik op die manier tekortdoe aan het werk van verschillende auteurs, wiens werk mijn ideeën mee vormden en die ik in deze tekst niet of weinig vernoem. Ik denk bijvoorbeeld aan Velaers, Van Leuven, De Kezel, Van Emmerik, Mak, Emaus, Vrielink, Van Gerven, Wright en vele anderen. Ik wil me hiervoor verontschuldigen. Om de wisselwerking tussen fundamentele rechten en privaatrecht binnen het bestek van een beperkte bijdrage te kaderen, denk ik echter dat belangrijker is om naar het ruimer perspectief te kijken, eerder dan uitgebreid in te gaan op de doctrine en op specifieke casussen. Ik heb me ook minder toegelegd op de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof en op de anti-discriminatiewetgeving. De rechtspraak van het Grondwettelijk Hof komt overvloedig aan bod in de Belgische bijdrage publiekrecht en de anti-discriminatiewetgeving is naar mijn mening een relatief afgebakend onderwerp waaraan al veel publicaties zijn gewijd.

Een nadeel voor de studie van het Belgisch recht is dat er geen algemene databank van rechtspraak bestaat. Omdat de meeste rechtspraak van de gewone hoven en rechtbanken niet wordt gepubliceerd, is het onmogelijk om er een precies beeld van te krijgen. Ik heb dit enigszins ondervangen door bij collega's naar relevante rechtspraak te vragen (en wil diegenen die op mijn vraag zijn ingegaan,

* Stefan Somers is rechter in de Ondernemingsrechtbank Antwerpen & Limburg. De bijdrage is geschreven in persoonlijke naam.

1. In deze bijdrage maak ik gebruik van de termen grondrechten, fundamentele rechten en mensenrechten, welke termen ik echter als synoniemen beschouw.

bedanken), maar ook daarmee blijft wellicht het grootste deel van de rechtspraak buiten beeld.

Vraag 1 (*vereisten voor doorwerking*):

1.1 In welke gevallen kan horizontale doorwerking van grondrechten/fundamentele rechten aan de orde komen? (Maak daarbij zo nodig onderscheid tussen nationale grondrechten, EVRM en het EU-Handvest). Is daarvoor nodig dat sprake is van een ongelijke verhouding tussen partijen (machtspositie) en/of de behartiging van publieke belangen? Welke criteria/grenzen zijn er?

Om na te gaan wanneer *fundamentele rechten* in België *horizontaal* kunnen doorwerken, moet eerst vastgesteld worden wat fundamentele rechten zijn, en wat wordt bedoeld met de zogenoemde horizontale doorwerking. Om dit te begrijpen is het belangrijk om eraan te herinneren dat de rechtscultuur in België tot voor kort uitging van een duidelijke demarcatie- of scheidingslijn doorheen het recht met aan de ene kant het privaat- en aan de andere kant het publiekrecht. Verschillende generaties van juristen leerden het recht in hun opleiding ordenen aan de hand van deze zogenoemde *summa divisio*. Toen ze zich eenmaal specialiseerden, legden ze zich toe op een rechtsgebied aan de ene of de andere kant van de scheidingslijn. Ze werden civilist, publicist, penalist of fiscalist. Alleen generalisten leggen zich toe op meerdere rechtstakken, maar meestal gaat het ook bij hen vooral om een aantal gebieden binnen het ruimere privaatrecht (commercieel, burgerlijk en familiaal) en het strafrecht. Dat het recht in vakgebieden wordt opgedeeld in functie van de studie ervan, en dat mensen zich in de praktijk op deelgebieden toeleggen, is logisch. Niemand kan zich in alle onderdelen van het recht bekwamen.

Door vanuit haar opdeling naar het recht te kijken, vergeten we soms wel dat het recht één groot geheel van regels vormt dat beoogt om mensen ordentelijk te doen samenleven. De natuur, waar wij als mensen deel van uitmaken, trekt zich niets van rechtvaardigheid en rechtszekerheid aan. Zij is vaak wreed en grillig. Het recht is, samen met de moraal, een instrument waarmee we het leven, en de voordelen die de samenleving meebrengt, op een voorspelbare en rechtvaardige manier proberen te sturen. Het recht gaat voort op morele principes over rechtvaardigheid en het goede leven, maar verschilt ervan omdat we maar van recht spreken als regels ook afdwingbaar worden gemaakt. Omdat het recht in de moderne democratische rechtsstaat in alle domeinen van het maatschappelijk leven doordringt, en de realiteit van het leven zich niet in duidelijk afgescheiden domeinen laat opdelen, komen alle rechtstakken weleens met elkaar in contact. De schotten die wij tussen vakgebieden plaatsen, maken het recht bevattelijk, wat om praktische en pedagogische redenen nuttig is, maar definiëren het niet. Het geldend recht is één geheel van regels dat zich als een web over alle dimensies van de samenleving uitspreidt. Het is een web dat wel enkele grote clusters en structuren kent, maar dat in een democratische rechtsstaat in essentie is opgebouwd aan de hand van enkele relatief eenvoudige basisprincipes, zoals de normenhiërarchie, het onderscheid tussen een burgerlijke en een strafvordering, het verschil tussen wilsaanvullend

en dwingend recht en interpretatieregels zoals de voorrang van de nieuwe op de oude en van de bijzondere op de algemene wet.

Dat er traditioneel een scheidingslijn tussen publiek- en privaatrecht loopt, komt door de bijzondere rol die de overheid in de moderne democratie inneemt. De overheid beschikt over het machtsmonopolie en het zwaardrecht. Zij kan de burger soeverein tot handelen en niet-handelen dwingen. Een burger mag dit niet. Voor hem geldt het verbod op eigenrichting. Hij kan een andere burger alleen tot iets dwingen als dit hem rechtens is toegestaan. Een burger kan wel enige druk op een andere burger uitoefenen,² maar zal zich, als hem geen medewerking wordt verleend, tot de overheid (of een met overheidsgezag beklede functionaris zoals een gerechtsdeurwaarder) moeten wenden omdat alleen de overheid dwang/geweld mag uitoefenen. Als een burger toch zelf dwang/geweld uitoefent, stelt hij zichzelf aan overheidssancties bloot.

Omdat de overheid ten aanzien van de burger over dwangmiddelen beschikt, wordt deze relatie verticaal genoemd. De relaties tussen burgers onderling worden horizontaal genoemd.

De vraag of er sprake kan zijn van horizontale doorwerking van fundamentele rechten, gaat uit van de veronderstelling dat fundamentele rechten alleen toepassing vinden in de verticale relatie tussen de overheid en de burger en niet in de horizontale relatie tussen burgers onderling. Volgens mij is deze stelling vanuit een rechtsfilosofisch oogpunt niet correct. Ik beroep mij daarvoor op de theorie van het sociaal contract, die de politiek-filosofische grondslag biedt voor de democratische rechtsstaat en de centrale rol van de grondwet als uiteindelijke autoriteit van alle recht. Volgens deze theorie berust het overheidsgezag op een sociaal contract dat individuele mensen sluiten en waarmee zij de overheid oprichten. Hobbes omschreef die overheid als de Leviathan, de almachtige Staat die haar gezag aan iedereen kon opleggen om zo veiligheid te garanderen. Locke voegde de notie van natuurrechten aan het sociaal contract toe door te beargumenteren dat mensen over onvervreembare rechten beschikken die zij niet aan de Staat overdragen en die dus door die Staat moet worden gerespecteerd. De idee dat fundamentele rechten alleen in verticale relaties spelen, komt voort uit deze idee over de begrenzing van de staatsmacht in het sociaal contract.

Volgens mij gaat deze idee voorbij aan een wezenlijk element van het sociaal contract, met name dat het uit twee contracten bestaat. Hobbes schreef in dit verband over een *pactum unionis*, waarin vrijgeboren mensen met elkaar een contract sluiten en aangeven dat ze elkaars vrijheid zullen respecteren, en een *pactum subjectionis*, waarin de ontstane gemeenschap zich aan een soeverein onderwerpt die toeziet op de wederzijdse erkenning van elkaars vrijheid door de leden van de gemeenschap. De idee dat fundamentele rechten in de verticale relatie tussen

2. Hij kan morele, sociale of economische dwang uitoefenen en kan dreigen met schadevergoedingen of met interesten, die bijvoorbeeld bij toepassing van de Wet van 2 augustus 2002 betreffende de bestrijding van de betalingsachterstand bij handelstransacties (BS 7 augustus 2002) een ontradend karakter kunnen hebben, maar hij kan zijn schulden niet zelf (met dwang of geweld) innen.

overheid en burger gelden, gaat als het ware voort op een voorwaarde die door de invloed van Locke wordt toegevoegd aan het tweede contract, met name dat de overheid aan wiens gezag een gemeenschap zich onderwerpt, de fundamentele rechten van de leden van die gemeenschap niet mag schenden. Zij gaat er echter aan voorbij dat die rechten al in het eerste contract zijn vervat. Vrije mensen, geboren met onvervreembare rechten, erkennen door het sluiten van het *pactum unionis* de begrenzing van hun eigen vrijheid ter wille van die van de andere leden van de gemeenschap.

In de natuurtoestand, zo schrijven Hobbes en Locke, zijn alle mensen soeverein, maar zij leefden in angst omdat zij de vrijheid van de ander vreesden:

*'If man in the state of nature be so free, as has been said; if he be absolute lord of his own person and possessions, equal to the greatest, and subject to no body, why will he part with his freedom? Why will he give up this empire, and subject himself to the dominion and controul of any other Power? To which it is obvious to answer, that though in the state of nature he hath such a right, yet the enjoyment of it is very uncertain, and constantly exposed to the invasion of others: for all being kings as much as he, every man his equal, and the greater part no strict observers of equity and justice, the enjoyment of the property he has in this state is very unsafe, very insecure.'*³

De bescherming van fundamentele rechten in horizontale relaties is de reden waarom een sociaal contract wordt gesloten. Met het sluiten van een sociaal contract erkennen vrije mensen dat hun vrijheid door die van een ander wordt beperkt. Zij geven als het ware een deel van hun vrijheid op om bescherming te krijgen tegen arbitraire inbreuken op hun rechten door anderen. De rol van de overheid bestaat uit het voorkomen van zulke inbreuken. Het kan dan ook niet de bedoeling zijn dat die overheid zelf fundamentele rechten schendt.⁴

De stelling dat fundamentele rechten in hun filosofische kiem een horizontale dimensie hebben, werpt de vraag op waarom traditioneel wordt aangenomen dat zij alleen toepassing vinden in verticale relaties. De reden hiervoor is niet te vinden in de aard van die rechten, maar in de respectievelijke rol van de wetgevende en de rechterlijke macht in moderne democratieën. Ik verwijz in dit verband naar de

3. J. Locke, *Two treatises of government*, Londen: Whitmore and Fenn 1821, p. 294-295.

4. De theorie van het sociaal contract gaat uit van de idee dat de mens in de natuurtoestand verwikkeld is in een strijd van allen tegen allen, die beschouwd kan worden als een theoretische dystopie. Dit uitgangspunt berust niet op een historische gebeurtenis. Toen de moderne Staat niet bestond, leefde de mens niet in een strijd van allen tegen allen. De mens heeft zijn leven altijd collectief vormgegeven in normatieve stelsels die in zekere zin het resultaat waren van bepaalde machtsuitoefening en die op haar beurt machtsstructuren creëerde. De mens is altijd al een creatief wezen geweest dat in staat is om zich een wenselijke samenleving in te beelden en dus om een samenleving in zekere zin vorm te geven. Net als andere – veelal religieuze – normatieve benaderingen van het menselijk samenleven, is de sociaal-contracttheorie een normatieve theorie. De theorie biedt een normatief kader dat is ontkoppeld van religie en binnen hetwelk we kunnen nadenken hoe we de uitoefening van macht – die inherent is aan het menselijk samenzijn en die voortkomt uit geweld, charisma of kennis – zo veel als mogelijk kunnen ordenen op principes van rechtvaardigheid.

Déclaration des droits de l'homme et du citoyen van 1789.⁵ Nadat de *Déclaration* aangeeft dat iedereen over onvervreemdbare bij geboorte ontstane rechten beschikt, bepaalt artikel 4:

'La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui: ainsi l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société, la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.'

Deze bepaling stelt onomwonden voorop dat de wetgever de grenzen tussen eenieders vrijheid moet bepalen. Rechters werden door de Franse revolutionairen gewantrouwd en kregen een beperkt takenpakket.⁶ Zij werden beschouwd als *'les bouches qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui ne peuvent en modérer ni la force ni la vigueur'*. De opstellers van de eerste (democratische) grondwetten gingen ervan uit dat fundamentele rechten beschermd zouden worden door de democratische constitutie van de wetgevende macht. Als machthebbers op periodieke basis moeten worden verkozen, kan men verwachten dat zij de fundamentele rechten van hun (potentiële) kiezers niet zullen schenden. De grondwettelijke neerslag van fundamentele rechten bood in het negentiende-eeuws België dan ook weinig juridische bescherming. Burgers beschikten niet over een rechtsmiddel tegen ongrondwettige handelingen van de wetgevende macht. Op basis van artikel 150 Gw konden rechters wel de toepassing weigeren van administratieve besluiten en verordeningen die niet overeenstemmen met de grondwettelijke rechten en vrijheden,⁷ maar tot in 1920 verklaarde de gewone rechter zich systematisch onbevoegd om te oordelen over de toekenning van een schadevergoeding als de overheid in de hoedanigheid van publiekrechtelijke persoon optrad. Voor schade die voortkomt uit de miskenning van een burgerlijk recht door een administratieve overheid, kunnen private personen pas sinds het *Flandria*-arrest van het Hof van Cassatie een vergoeding op basis van artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek verkrijgen.⁸ De Raad van State en het Grondwettelijk Hof werden pas in 1946⁹ en 1983¹⁰ opgericht. Gedurende een lange tijd werden fundamentele rechten in de verticale relatie tussen overheid en burger vooral door democratische processen beschermd.

In horizontale relaties werden fundamentele rechten beschermd door de wet, en de afdwinging daarvan voor en door de rechterlijke en de uitvoerende macht. Schendingen in horizontale relaties van fundamentele rechten zoals het recht op

5. Zie in gelijkaardige zin: M. Troper, 'Who Needs a Third Party Effect Doctrine? The Case of France', in: A. Sajo & R. Uitz (red.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht: Eleven 2005, p. 115-128.

6. A. Alen & K. Muylle, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen: Kluwer 2011, losbl. p. 18 (hierna: Alen & Muylle 2011).

7. Deze bevoegdheid valt te verklaren door het grote wantrouwen dat bij de Belgische onafhankelijkheid bestond tegenover de uitvoerende macht, zie hierover: Alen & Muylle 2011, p. 78.

8. Cass. 5 november 1920 (*Stad Brugge/Société La Flandria*), JT 2020, p. 782, m.nt. H. Frick, JLMB 2000, p. 23, m.nt. C. Panier, Pas. p. 193 (concl. A-G M. Leclercq).

9. Wet van 23 december 1946 houdende instelling van een Raad van State, BS 9 januari 1947, 190.

10. Wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, BS 8 juli 1983, 8911.

leven, het recht op eigendom en het recht op vrije meningsuiting konden niet bij een rechter worden aangevochten door een beroep te doen op de Grondwet of een internationaal mensenrechtenverdrag. Zij werden wel gehandhaafd door bijvoorbeeld de strafbaarstelling op diefstal en doodslag en door de foutaansprakelijkheid zoals vervat in artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek. Als we met de bril van een eenentwintigste-eeuwse jurist naar de horizontale werking van fundamentele rechten kijken, is het wellicht vreemd om het straf- en aansprakelijkheidsrecht te omschrijven als instrumenten die dienen om fundamentele rechten in horizontale relaties te beschermen. In een wereld waarin een rechter wetgeving niet aan hogere normen zoals grondrechten mag toetsen, is dit volgens mij een vanzelfsprekend uitgangspunt. Het strafrecht is bij uitstek een instrument om erover te waken dat burgers de grenzen van elkaars vrijheid niet overtreden. Het aansprakelijkheidsrecht, zo argumenteerde ik in mijn doctoraat, heeft een belangrijke aanvullende rol.¹¹

De invulling van fundamentele rechten als rechten die in verticale relaties in juridische procedures tegen de overheid – en dan vooral de wetgevende macht – kunnen worden afgedwongen, heeft in continentaal Europa maar echt postgevat nadat in de nasleep van de Tweede Wereldoorlog het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en verschillende grondwettelijke hoven werden opgericht. De ervaringen uit de jaren dertig en veertig van de vorige eeuw hebben getoond dat democratische processen vaak niet voldoen om fundamentele rechten van minderheden te beschermen. De juridische afdwingbaarheid van fundamentele rechten moest hiervoor een bijkomende waarborg bieden. Als juridisch afdwingbare rechten werden fundamentele rechten dan ook in een verticale relatie opgevat. Het is nooit de uitdrukkelijke bedoeling geweest, noch van de verdragspartijen bij het EVRM, noch van de Belgische Grondwetgever, om mensenrechten als zodanig in horizontale relaties juridisch afdwingbaar te maken. In horizontale relaties moeten mensenrechten worden gewaarborgd door de wet, en de afdwinging daarvan door respectievelijk de uitvoerende en de rechterlijke macht.

Hoewel fundamentele rechten als zodanig slechts in verticale en niet in horizontale relaties juridisch afdwingbaar zijn, komt de afdwingbaarheid in horizontale relaties onrechtstreeks binnen via de verticale afdwingbaarheid ervan. Omdat de Staat erop moet toezien dat burgers elkaars fundamentele rechten respecteren, kan zij aangesproken worden als zij in deze taak tekortschiet. De Staat kan met andere woorden voor een mensenrechtenschending aangesproken worden als zij nalaat om die rechten in horizontale relaties te beschermen. Vanuit de theorie van het sociaal contract is dit logisch omdat de overheid net voor deze taak in het leven

11. Ik haal in dit verband graag een citaat van Jan Ronse aan: 'De grote rechten die in de historische verklaringen van de rechten van de mens werden opgesomd, zijn slechts programma's en geen eigenlijke rechten, of, – zoals Hauriou het in scholastieke termen uitdrukte, – zij hebben van het recht slechts de stof maar niet de vorm, welke laatste alleen de uitoefening van het recht mogelijk maakt. Welnu, men mag zeggen dat die ontbrekende vorm ingeval van inbreuk kan verleend worden door de herstelsanctie van art. 1382 B.W., waardoor het recht, in de voortschrijdende sociale ontwikkeling, steeds ontdekte nieuwe waarden en levensgoederen kan blijven beschermen.' J. Ronse, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel: Larquier 1954, p. 103.

is geroepen. Als zij aan deze verplichtingen verzaakt, ondergraaft zij haar eigen bestaansrecht in het licht van het sociaal contract.

In een rechtsstaat wordt dit juridisch vertaald in de mogelijkheid om de overheid aansprakelijk te stellen voor haar nalatigheid om mensenrechten in horizontale relaties te beschermen. De redenering die hierachter schuilt, kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van de bescherming van het recht op leven. Als de overheid zich alleen zelf van inbreuken op dit recht onthoudt (haar negatieve verplichting), en burgers ongehinderd elkaar laat doden, kan men bezwaarlijk over een effectieve mensenrechtenbescherming spreken. Een overheid die oogluikend afrekeningen, bloedvetes en/of pogroms toelaat, is de naam overheid niet waardig. Zij geniet geen legitimiteit onder het sociaal contract. Een overheid die naam waardig ziet erop toe dat fundamentele rechten in horizontale relaties worden gerespecteerd.

Uit dit alles blijken mijns inziens drie zaken die relevant zijn om de gestelde vragen te beantwoorden:

Ten eerste denk ik dat de horizontale doorwerking van fundamentele rechten, in zoverre ze als juridisch afdwingbare rechten worden opgevat, in beginsel indirect moet gebeuren. Het EVRM en de Belgische Grondwet leggen geen mensenrechtenverplichtingen op aan privépersonen. De rechtszekerheid zou zich hier ook tegen verzetten. Niettemin kan de wetgever aan privépersonen wel mensenrechtelijke verplichtingen opleggen in welbepaalde situaties, zoals de Belgische wetgever bijvoorbeeld heeft gedaan in de wetgeving ter bestrijding van racisme en discriminatie.

Uit de vaststelling dat de horizontale bescherming van fundamentele rechten inherent in het sociaal contract ligt besloten, volgt *ten tweede* dat de horizontale bescherming van mensenrechten niet kan worden beperkt tot situaties waarin er ongelijke verhoudingen bestaan. Het is wellicht zo dat mensen of rechtspersonen die zich in een machtspositie bevinden verhoudingsgewijs vaker fundamentele rechten van anderen krenken omdat zij daar eenvoudigweg beter toe in staat zijn, maar dit kan geen axioma, laat staan een voorwaarde, zijn. In mijn doctoraat schreef ik dat David Goliath kon doden met één goedgerichte steen, wat illustreert dat de bescherming van het recht op leven zich verzet tegen een loutere horizontale toepassing ervan op machtige personen. Als een overheid principieel zou weigeren om een strafvervolgning in te stellen tegen 'gewone' mensen die 'machtige' mensen doden, dan komt zij haar positieve verplichtingen om mensenrechten in horizontale relaties te beschermen niet na. Hoewel dit voorbeeld zich in het strafrecht situeert, heeft het ook burgerrechtelijke gevolgen en geldt hetzelfde voor inbreuken op fundamentele rechten die in het nationaal recht een gevolg in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht hebben. Ik denk bijvoorbeeld aan

situaties van haatspraak op internetfora.¹² Het is ook niet vanzelfsprekend om na te gaan welke partij in een bepaalde relatie machtig is en welke niet. Macht heeft veel verschijningsvormen die vaak moeilijk te peilen zijn. Bovendien bestaat het gevaar op post-factum beoordelingen. Pas nadat David Goliath doodde werd het duidelijk dat strategisch inzicht en slingervaardigheid in hun relatie belangrijkere machtsfactoren waren dan brute kracht.

Vanuit een dogmatisch oogpunt is het ook belangrijk te benadrukken dat fundamentele rechten niet direct, maar indirect in horizontale relaties doorwerken. Zij hebben maar invloed op horizontale geschillen doordat een private partij zich er ten aanzien van de overheid, in haar hoedanigheid van arbiter of regulator in horizontale relaties, op kan beroepen. Door deze driehoeksverhouding is niet in de eerste plaats de verhouding tussen private actoren de relevante verhouding om een machtsrelatie te beoordelen, maar wel de verticale relatie tussen rechtsonderhorige en overheid.

Dat de horizontale doorwerking van fundamentele rechten zich niet beperkt tot situaties waarin er sprake is van ongelijke verhoudingen, staat er niet aan in de weg dat het vanuit grondwettelijk perspectief soms aangewezen en zelfs nodig kan zijn om in bepaalde ongelijke machtsverhoudingen in bijzondere beschermingsmechanismen te voorzien. Te denken valt aan regels inzake zwangerschapsverlof en/of positieve discriminatie met het doel op de gelijke toegang tot de huur- en arbeidsmarkt¹³ en het onderwijs,¹⁴ en maatregelen ter bescherming van kwetsbare personen in de kinder- en ouderenzorg. Omdat deze sectoren in grote mate worden gecontroleerd door private actoren, kan aangenomen worden dat er op de overheid positieve verplichtingen rusten om in deze sectoren aan private entiteiten bijzondere verplichtingen op te leggen. Als de rechter zich moet uitspreken over bepalingen in een contractueel aanvaard reglement van een privaat zorg- of ziekenhuis over het ontvangen van bezoek of het houden van huisdieren op een kamer, zal ook hij rekening moeten houden met de fundamentele rechten die de

12. Dat het voor de bescherming van mensenrechten niet altijd nodig is dat personen in machtige entiteiten aangesproken worden, blijkt bijvoorbeeld uit een arrest waarin het EHRM oordeelde dat de aansprakelijkheid van een internetforum in een concrete situatie waarin iemand zich valselijk uitgaaf voor iemand anders, geen afdoende bescherming voor diens rechten onder art. 8 EVRM bood. Het Hof eiste dat de Staat ervoor had moeten zorgen dat de eigenlijke auteur van de valse voorstelling geïdentificeerd en (strafrechtelijk) vervolgd kon worden (EHRM 2 december 2008, ECLI:CE:ECHR:2008:1202JUD000287202 (*K.U./Finland*)).
13. De EU-richtlijnen inzake non-discriminatie voorzien zo uitdrukkelijk in de mogelijkheid van positieve acties: art. 5 Richtlijn 2000/43/EG van de Raad van 29 juni 2000 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming; art. 7 Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep; art. 6 Richtlijn 2004/113/EG van de Raad van 13 december 2004 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bevestigt ook dat speciale bescherming noodzakelijk is voor bepaalde groepen, met name: mannen en vrouwen (art. 23), kinderen (art. 24), ouderen (art. 25) en personen met een handicap (art. 26).
14. Bijv. EHRM (Grote Kamer) 16 maart 2010, ECLI:CE:ECHR:2010:0316JUD001576603 (*Oršuš e.a./Kroatië*); EHRM 29 januari 2013, ECLI:CE:ECHR:2013:0129JUD001114611 (*Horváth & Kiss/Hongarije*); EHRM 23 februari 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0223JUD005150008 (*Çam/Turkije*).

bewoners uit artikel 8 EVRM putten. Dit verhindert echter niet dat ook het private zorg- of ziekenhuis zich op fundamentele rechten, zoals artikel 1, Eerste Protocol bij het EVRM, kan beroepen. Een ongelijke machtsrelatie sluit de mogelijkheid van de machtige partij om zich op mensenrechten te beroepen niet uit.¹⁵ Wanneer verschillende partijen zich op mensenrechten kunnen beroepen, moet de rechter net een afweging tussen rechten maken, zonder dat er een strikte hiërarchie geldt.¹⁶ Een benadering waarbij eerst wordt nagegaan of er tussen partijen een machtsonevenwicht bestaat om na te gaan welke partij zich wel en welke zich niet op mensenrechten kan beroepen, wordt niet aanvaard.

De vraag of een persoon publieke belangen behartigt, kan wel een rol spelen bij de toepassing van de mensenrechtentoets (zoal het geval is bij de afweging van het recht op vrije meningsuiting met het recht op een privéleven), maar kan mijns inziens geen voorwaarde uitmaken om in horizontale relaties aanspraak te maken op mensenrechtenbescherming. Ik zie dit ook niet terugkomen in de rechtspraak.

Ten derde denk ik niet dat bepaalde domeinen van het recht van de (indirecte) horizontale doorwerking van fundamentele rechten kunnen worden afgeschermd. In alle rechtsdomeinen die betrekking hebben op feitelijke situaties waarin een burger de fundamentele rechten van een andere burger kan krenken, kunnen deze rechten doorwerken. Omdat een arts die een medische fout begaat daarmee het recht op leven van een patiënt kan krenken, kunnen mensenrechten doorwerken in het gezondheidsrecht. Omdat het recht op privéleven geschonden kan worden door een nabuur, door een verhuurder of door (een gebruiker van) een sociaal mediaplatform, kunnen mensenrechten doorwerken in het zakenrecht, het huurrecht en het ICT-recht. In al de domeinen van het maatschappelijk leven waarin privépersonen elkaars fundamentele rechten kunnen schenden, moet de overheid (aan wie wij onze soevereiniteit hebben afgestaan en die daarom over de zwaarmacht beschikt) in beginsel kunnen ingrijpen om fundamentele rechten te beschermen, zij het door wetgeving uit te vaardigen, door administratieve handelingen te stellen of door recht te spreken.

Op het eerste gezicht lijkt het misschien niet erg waarschijnlijk dat mensenrechten veel invloed kunnen uitoefenen op bijvoorbeeld het contractenrecht. Het overgrote deel van de contracten die worden gesloten kaderen in burgerlijke of handelsrelaties en lijken weinig weerslag op de fundamentele rechten van partijen te kunnen hebben. Het contractenrecht is ook een eerder technische materie, die weinig refereert aan de beschermwaardige belangen die in fundamentele rechten liggen vervat. Toch kan het contractenrecht niet aan de invloed van mensenrechten ontsnappen. Hoewel men ervan uit kan gaan dat partijen die een contract sluiten (waarbij is vereist dat zij wilsbekwaam zijn en hun wilsuiting niet

15. Als een groot mediabedrijf dat een internetplatform beheert in het nationaal recht wordt veroordeeld tot betaling van een schadevergoeding aan private personen die slachtoffer worden van haatspraak op het forum, kan het bedrijf zich nadien tot het EHRM wenden en aanvoeren dat haar rechten onder art. 10 EVRM geschonden zijn, bijv. EHRM 16 juni 2015, ECLI:CE:ECHR:2015:0616 JUD006456909 (*Delfi AS/Estland*).

16. Bijv. EHRM 22 maart 2016, ECLI:CE:ECHR:2016:0322JUD007043412 (*Sousa Goucha/Polen*).

door wilsgebreken zoals dwaling, bedrog, geweld of misbruik van omstandigheden wordt aangetast)¹⁷ daarbij geen verbintenissen aangaan die een krenking van een fundamenteel recht uitmaken dat, indien de uitvoering van de overeenkomst via de rechter wordt afgedwongen, als een mensenrechtenschending kwalificeert, kan dit wel degelijk gebeuren.

Een aantal verbintenisrechtelijke regels die op het eerste gezicht geen uitstaan hebben met fundamentele rechten, geven daar wel uitdrukking aan. Neem bijvoorbeeld het principe volgens hetwelk overeenkomsten van onbepaalde duur te allen tijde opzegbaar zijn (maar waarbij het overeenkomstig de goede trouw en het verbod op rechtsmisbruik nodig kan zijn om een redelijke opzegtermijn in acht te nemen). Dit principe, dat is afgeleid van het verbod op eeuwigdurende overeenkomsten, bestaat in het Belgisch recht al veel langer dan dat fundamentele rechten juridisch afdwingbaar zijn, maar is ongetwijfeld gericht op de bescherming van een aspect van de wilsautonomie dat vandaag bescherming zou vinden in de rechten van de mens. Als de Belgische wetgever zou beslissen om dit verbod af te schaffen, en daarbij niet zou voorzien in afdoende burgerrechtelijke correctiemechanismen,¹⁸ dan zouden partijen de rechter en/of de wetgever kunnen dwingen om correctiemechanismen te voorzien om zo te voldoen aan de vereisten van artikel 4 en 8 EVRM en/of artikel 15 EU-Handvest.

Ik meen dan ook dat er geen formele begrenzingen aan de (indirecte) horizontale toepassing van mensenrechten zijn.

Vanuit het privaatrecht kan deze stelling als vergaand overkomen. Het gehele privaatrecht wordt zo immers in een bad van mensenrechten getrokken en dreigt zo zijn autonomie te verliezen. Er zijn ook auteurs die vrezen dat de invloed van mensenrechten op het privaatrecht veel nadelige gevolgen kan hebben op de contractvrijheid en de private autonomie van partijen.¹⁹ Deze kritieken gaan mijns inziens voorbij aan de relatieve autonomie van het privaatrecht en aan de meer algemene tendens van instrumentalisering van het recht, waarbij een formele zienswijze op de contractvrijheid steeds meer plaats maakt voor een materiële benadering.

Het privaatrecht heeft diepe wortels in het Romeins recht en bevat eeuwenoude principes die aan relatief weinig verandering onderhevig zijn geweest, waardoor de indruk kan ontstaan dat het privaatrecht alleen begrepen kan worden uit zijn interne eigenschappen die gelegen zijn in de band tussen (private) personen.

17. Over een mensenrechtenconforme benadering van de wilsgebreken naar Belgisch recht zie: N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 329-361 (hierna: Van Leuven 2009).

18. Naar Nederlands recht kan een overeenkomst van onbepaalde duur naar de bedoeling van partijen onopzegbaar zijn, maar daartegen kan de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid of de onvoorziene omstandighedenregeling worden ingebracht: HR 15 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:660.

19. In deze zin over het EVRM: O. Cherednychenko, 'Towards the Control of Private Acts by the European Court of Human Rights', *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 2006, p. 207 en R. Kay, 'The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law', *European Human Rights Law Review* 2005, p. 479.

Als we spreken over privaatrecht in een moderne democratische rechtsstaat, spreken we echter over een vaag afgelijnd geheel van regels die betrekking hebben op de relaties tussen private personen onderling, die niet zijn voorzien van een strafbaarstelling, en die vooral zijn neergelegd in wetteksten die als zodanig een onderdeel uitmaken van de gehele rechtsordening, en in de normenhiërarchie ondergeschikt zijn aan de rechten van de mens. Vanwege haar positie in de normenhiërarchie, kan van een absolute autonomie van het privaatrecht geen sprake zijn. Ook toen mensenrechten niet juridisch afdwingbaar waren, ontwikkelde het privaatrecht zich niet autonoom. De geldigheid van contracten en de invulling van bijvoorbeeld het buitencontractueel foutbegrip werden ook toen al meebepaald door normen uit andere rechtstakken. Het maatschappelijke dat door de regels van het gemeen verbintenissenrecht, dat traditioneel een belangrijke rol toebe-deelt aan de contractvrijheid en de partijautonomie, wordt bepaald, werd sinds de opkomst van de welvaartsstaat aan het einde van de negentiende eeuw meer en meer ingeperkt door regels van dwingend recht en van openbare orde (waarbij eventueel in een strafsancie werd voorzien) inzake arbeidsovereenkomsten, marktpraktijken, bijzonder huurrecht, milieurecht, productnormering enz.

De zogenoemde instrumentalisering van het privaatrecht, waarmee wordt bedoeld dat het privaatrecht meer en meer wordt aangewend voor andere doelstellingen dan louter correctieve rechtvaardigheid en/of de bestendiging van de contractvrijheid,²⁰ is een evolutie die zich ook los van de horizontale werking van fundamentele rechten voordoet. Zij moet gekaderd worden in de opkomst van de welvaartsstaat en de idee dat de wet er niet alleen voor moet zorgen dat burgers gelijk zijn voor de wet (formele gelijkheid), maar dat zij ook gelijk zijn door de wet (materiële gelijkheid). De evolutie van een gelijkheid voor, naar een gelijkheid door de wet, gaat hand in hand met een verschuiving van een formele opvatting van contractvrijheid naar een materiële. Partijen moeten niet alleen formeel, voor de wet, vrij zijn om aan de hand van contracten hun rechtspositie te bepalen, maar moeten er ook werkelijk toe in staat zijn. Het is deze algemene zienswijze op wat maatschappelijk wenselijk is, die volgens mij de belangrijkste katalysator is voor de beperktere rol van de contractvrijheid en partijautonomie binnen het recht, en daarmee voor de autonomie van het privaatrecht. Dat deze evolutie zich ook buiten de invloed van fundamentele rechten om in het privaatrecht aftekent, blijkt bijvoorbeeld uit de rechtspraak over de geldigheid van niet-concurrentiebedingen. Volgens deze rechtspraak is een niet-concurrentiebeding maar geldig als het geen onevenredige inbreuk vormt op de ondernemings- en contractvrijheid en als het een proportioneel middel uitmaakt om een rechtmatig belang van de schuldeiser

20. Zie bijv. M. Grimaldi, 'Les grandes lignes de l'évolution du Code civil en France depuis 1804', *JT* 2004, p. 449.

te dienen.²¹ De achterliggende reden is dat een niet-concurrentiebeding een partij niet mag beroven van haar mogelijkheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen en in levensonderhoud te voorzien. De vrijheid om nieuwe contracten te sluiten mag met andere woorden niet worden uitgehold door een niet-concurrentiebeding in een oud contract. Een andere rechtsfiguur die in deze ontwikkeling past, is de figuur van het rechtsmisbruik, die net als mensenrechten de juridische mogelijkheid biedt om in uitzonderlijke omstandigheden aan de hand van een belangenafweging een correctietoets op de rechtszekerheid ten behoeve van rechtvaardigheid uit te oefenen.²²

Je zou kunnen zeggen dat de vraag of mensenrechten invloed hebben op de partijautonomie, de contractvrijheid en de autonomie van het privaatrecht, moeilijk te beantwoorden is omdat we moeilijk kunnen nagaan of het mensenrechtenrecht en het privaatrecht niet onderhevig zijn aan eenzelfde evolutie van een meer formele, naar een meer materiële interpretatie van de rol van het recht in het maatschappelijk leven. De noties van fundamentele rechten, contractvrijheid en partijautonomie zijn in wezen op hetzelfde uitgangspunt gebaseerd: dat de mens vrij wordt geboren met onvervreembare rechten en zelf het best geplaatst is om zijn rechtspositie ten aanzien van anderen te bepalen. Als auteurs vrezen dat mensenrechten de contractvrijheid en/of de partijautonomie van partijen te veel zullen inperken, vrezen zij in werkelijkheid dat het mensenrechtenrecht vertrekt vanuit een ander maatschappelijk uitgangspunt dan het privaatrecht en/of dat de doorwerking van mensenrechten ertoe zal leiden dat de rechter zijn opvattingen over wat een goede samenleving is aan contractpartijen gaat opleggen zodat de balans tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid te veel in het voordeel van die laatste zou doorslaan. Deze bezorgdheden verdienen onze aandacht. Ik denk ook dat er aandacht moet zijn voor de proceseconomie. De horizontale werking van mensenrechten geeft partijen in privaatrechtelijke geschillen instrumenten om extra voorzieningen in te stellen (zoals het stellen van een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof)²³ en om extra middelen op te werpen (ter invulling van een

21. M. Nounckele, Z. Trusgnach & F. Lambinet, 'Les clauses de non-concurrence en droit commun', in: C.-E. Clesse & S. Gilson (red.), *La concurrence loyale et déloyale du travailleur*, Limal: Anthemis 2013, p. 108-119; M. Vansteenbeeck, 'Concurrentieclausules', in: *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen: Intersentia 2013, p. 907-917. Om dit te beoordelen zal de rechter nagaan of een niet-concurrentiebeding een redelijke beperking heeft naar tijd, ruimte en getroffen activiteit: Cass. 23 januari 2015 (AR C.13.0579.N), *DAOR* 2015, afl. 115, p. 18, m.nt. D. Mertens; *JT* 2015, p. 734; *RW* 2015/16, p. 1187, m.nt. F. Peeraer; *TBBR* 2016, p. 187, m.nt. F. Peeraer; *TBH* 2016, p. 367, m.nt. A. Snyers; Cass. 25 juni 2015 (AR C.14.0008.F), *Arr.Cass.* 2015, p. 1757; *JT* 2015, p. 6620 (concl. A-G T. Werquin), m.nt. S. Lagasse; *JTT* 2015, p. 483, m.nt. M. Wantiez; *NJW* 2015, p. 914, m.nt. C. Lebon; *TBBR* 2016, p. 187, m.nt. F. Peeraer; *TBH* 2016, p. 382, m.nt. T. Tanghe.
22. Door dit soort algemene rechtsbeginselen zal een burgerlijk rechter er vaak voor kunnen zorgen dat de uitspraak correspondeert met grondwettelijke vereisten, zonder dat hij zich er rechtstreeks op dient te beroepen.
23. In de rechtsleer werd bijvoorbeeld ook de vraag gesteld of art. 35, §1 EVRM vereist dat partijen die benadeeld werden door de miskenning van het EVRM in een nationaalrechtelijke rechtsprocedure eerst nog een aansprakelijkheidsvordering tegen de Staat moesten instellen wegens de schending van het EVRM, en in dit verband alle rechtsmiddelen uitputten, alvorens zij zich tot het EHRM kunnen wenden (zie hierover: M. Leloup, 'Overdaad schaadt. Is de aansprakelijkheidsvordering voor fouten begaan door de hoogste rechtscolleges een uit te putten rechtsmiddel voor het EHRM?', *TBP* 2018, p. 288-302).

privaatrechtelijke norm of met het oog op de buitentoepassingverklaring ervan). We moeten erover waken dat de doorwerking van mensenrechten in een concreet geschil ten dienste staat van de rechtvaardigheid, en niet van de partij met de langste adem.

1.2 Volgens de rechtsleer wordt aan de toepasselijkheid van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in Nederland wel het vereiste gesteld dat sprake is van een overheidslichaam of bestuursorgaan in de zin van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Ligt dit anders/genuanceerder als het gaat om grondrechten/fundamentele rechten en zo ja, welke is hiervan de achtergrond/kan hiervan de achtergrond zijn?

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn een bijzondere categorie van door de rechtspraak ontwikkelde beginselen waaraan administratieve overheden zich moeten houden als zij zich aan een taak van openbare dienst kwijten.²⁴ Het gaat onder meer om het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, de hoorplicht, het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsverplichting. Deze beginselen zijn ontwikkeld binnen het administratief recht en leggen gedragslijnen op aan de overheid wanneer zij met de burger in contact treedt. Zo schrijft het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel voor dat de rechtsonderhorige erop mag vertrouwen dat een overheid het door haar gewekte gerechtvaardigde vertrouwen inlost. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur nemen in het administratief recht een rol in die gelijkaardig is aan de algemene zorgvuldigheidsnorm in de buitencontractuele aansprakelijkheid en de aanvullende werking van de goede trouw in het contractenrecht. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur leggen (aan de overheid) verplichtingen op die verder reiken dan alleen haar wettelijke verplichtingen (in zoverre zij uiteraard niet zelf gecodificeerd worden). Ze zijn echter alleen op de overheid (en niet op burgers) van toepassing en ze zijn meer concreet ingevuld dan de algemene zorgvuldigheidsnorm.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en mensenrechten verschillen van elkaar doordat zij zich tegenover een andere bestemming richten en doordat zij een andere plaats in de normenhiërarchie innemen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur leggen gedragsnormen op aan administratieve overheden.²⁵ Mensenrechten dienen niet alleen nageleefd te worden door de uitvoerende macht, maar ook door de wetgevende en de rechterlijke macht. Het verschil in bestemming volgt logisch uit de normenhiërarchie, waar mensenrechten een plaats innemen boven de wet (de democratische wetgever dient de basisprincipes van het sociaal contract te respecteren), terwijl de algemene beginselen van behoorlijk

24. Cass. 29 november 2004 (AR S.03.0057.F), *JTT* 2005, p. 104; *RW* 2006/07, p. 173. Zie hierover: P. Popelier, 'Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen', in: I. Opdebeeck & M. Van Damme (red.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge: die Keure 2006, p. 3; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme & J. Vande Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen: Wolters Kluwer 2021, p. 46.

25. Ik ga niet verder in op de vraag in hoeverre deze gelden ten aanzien van andere publieke rechtspersonen. Zie hierover o.m.: S. De Somer, 'Principes eigen aan collegiale organen in het bestuursrecht', in: S. De Somer (red.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge: die Keure 2020, p. 425.

bestuur zich hiërarchisch onder de wet bevinden, zodat zij er niet tegenin mogen gaan.

Ik gaf eerder al aan dat het EVRM, het EU-Handvest en de Belgische Grondwet geen mensenrechtenverplichtingen aan privépersonen opleggen. In de hypothese dat een publiekrechtelijke rechtspersoon een mensenrecht schendt, rijst de vraag of een burger zich ten aanzien van deze entiteit op respectievelijk het EVRM, het EU-Handvest of de Belgische Grondwet kan beroepen, en of het niet is vereist dat de entiteit – naar analogie met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur – een taak van openbare dienst uitoefent. Vanuit een administratiefrechtelijk oogpunt is het logisch om ook van deze premisse uit te gaan als er aan mensenrechten wordt getoetst. In zoverre een vordering bij een nationale rechter wordt ingesteld tegen een specifieke rechtspersoon, is het relevant om na te gaan of deze rechtspersoon al dan niet deel uitmaakt van een overheid omdat mensenrechten dan – naar nationaal recht – rechtstreeks getoetst kunnen worden. In andere gevallen zal nagegaan moeten worden of de aansprakelijkheid van de Staat voor een mensenrechtenschending – desgevallend vanwege een fout van de rechter die een mensenrechtenschending bij het uitvoeren van zijn rechtsprekende taak dient te vermijden – in het gedrang komt omdat zij nalaat om in private relaties op te treden, bijvoorbeeld door wetgeving uit te vaardigen en af te dwingen die mensenrechtenschendingen door private personen bestrijdt. Daar waar een private rechtspersoon of een publieke rechtspersoon die geen taak van openbare dienst uitoefent niet onderworpen is aan de beginselen van behoorlijk bestuur (maar wel aan de buitencontractuele foutaansprakelijkheid en de contractuele goede trouw), kunnen haar handelingen wel aanleiding geven tot een mensenrechtelijke veroordeling van de Staat.

1.3 Als de regelgever (EU en/of nationaal) besluit de toepassing van de horizontale werking van grondrechten/fundamentele rechten op te nemen in regelgeving (codificatie), zijn er over die inpassing in privaatrechtelijke verhoudingen dan nog opmerkingen te maken?

Eerder gaf ik al aan dat veel bijzondere privaatrechtelijke regelgeving is gericht op de bescherming van mensenrechten in horizontale relaties. De meest ruime regelgeving waarin een horizontale dimensie aan mensenrechten wordt verleend, is te vinden in de anti-discriminatiewetgeving (die ook voorziet in strafbaarstellingen). Deze wetten dienen beschouwd te worden als normale wetgeving die als zodanig het voorwerp kunnen uitmaken van een toets aan fundamentele rechten.

Vraag 2 (*techniek van doorwerking*):

2.1 Welke zijn de technische verschillen tussen directe en indirecte horizontale werking (reflexwerking)?

2.2 Welke zijn van elk van beide technieken de voor- respectievelijk nadelen/bezwaren?

2.3 Is in de mate van toepassing van doorwerking respectievelijk de te kiezen techniek een ontwikkeling te ontwaren?

In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen de directe en de indirecte doorwerking van mensenrechten in horizontale relaties. Op basis van de directe werking zouden partijen zich in privaatrechtelijke geschillen tegenover elkaar rechtstreeks op mensenrechten kunnen beroepen. Bij een indirecte werking wordt de toepassing van mensenrechten in het privaatrecht alleen aanvaard voor het invullen van open normen (zoals bijvoorbeeld de openbare orde, de goede trouw of de zorgvuldigheidsnorm) door rechters of door het uitwerken van positieve verplichtingen van de wetgever om wetten te maken die de mensenrechten in horizontale relaties beschermen.²⁶

De directe en indirecte horizontale werking hebben beiden hun voor- en nadelen. Dirix schreef: *‘De eerste theorie doet immers te kort aan het privaatrecht, de tweede aan de mensenrechten.’*²⁷ De voordelen voor de directe ten opzichte van de indirecte werking zouden vooral te vinden zijn in effectiviteit en proceseconomie.²⁸ Als nadeel van de directe ten aanzien van de indirecte werking wordt dan weer gewezen op het aantasten van de rechtszekerheid, het negeren van de ervaring van het privaatrecht²⁹ en het indruisen tegen het juridisch positivisme.³⁰

Het onderscheid tussen de directe en de indirecte horizontale werking mag echter niet overdreven worden. De vraag of een stelsel directe of indirecte werking toestaat, is in de praktijk soms moeilijk te bepalen. Ik neem het EU-Handvest als voorbeeld. Het HvJ EU oordeelde dat partijen zich in private geschillen in bepaalde omstandigheden op het EU-Handvest³¹ kunnen beroepen om nationale bepalingen buiten toepassing te laten.³² Met die mogelijkheid moet volgens het Hof wel voorzichtig omgegaan worden. Als de rechter een strijdigheid tussen een nationale wet en het EU-Handvest vaststelt, moet hij eerst proberen om de nationale regel zo veel mogelijk in overeenstemming met de bepalingen van het EU-Handvest uit te leggen.³³ Alleen als blijkt dat dit niet mogelijk is, kan hij de nationale wet in bepaalde gevallen buiten toepassing laten en zich rechtstreeks op bepalingen van het EU-Handvest beroepen. Daarvoor is wel vereist dat de bepaling van het EU-Handvest *‘op zich volstaat om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan’*.³⁴ Dit houdt in dat de bepaling geen uitvoeringsmaatregelen nodig heeft op EU- of nationaal niveau. Dit is bijvoorbeeld het

26. Voor een uitgebreide bespreking zie: Van Leuven 2009, p. 39-65.

27. E. Dirix, ‘Grondrechten en overeenkomsten’, in: K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 49.

28. In deze zin: W. Rauws & W. Schyvens, ‘De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding’, in: K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 182.

29. J. Smits, ‘Constitutionalisering van het vermogensrecht’, in: *Preadviezen (Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking)*, Deventer: Kluwer 2003, p. 57.

30. In deze zin: K. Rimanque & P. Peeters, ‘De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling’, in: K. Rimanque (red.), *De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen*, Antwerpen: Kluwer 1982, p. 17.

31. In sommige gevallen kunnen zij zich bijvoorbeeld ook beroepen op Richtlijn 2000/78/EG van de Raad van 27 november 2000 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep: HvJ EU 19 januari 2010, C-555/07 (*Kücükdeveci*).

32. HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (*Association de médiation sociale*).

33. HvJ EU 16 september 2010, C-149/10 (*Chatzi*).

34. HvJ EU 15 januari 2014, C-176/12 (*Association de médiation sociale*).

geval voor artikel 21 lid 1 EU-Handvest voor wat betreft non-discriminatie op grond van leeftijd, maar niet voor artikel 27 EU-Handvest over het recht op informatie en raadpleging van werknemers binnen een onderneming. In de gevallen waarin een nationale wet niet overeenkomstig het EU-verdrag kan worden uitgelegd, en een private partij zich er in een privaatrechtelijk geschil ook niet op kan beroepen, zal zij zich alleen tegen de overheid kunnen wenden door een vordering inzake overheidsaansprakelijkheid (wegens schending van het Unierecht) in te stellen. De nationale procedure zal dan moeten voldoen aan het in artikel 47 EU-Handvest opgenomen recht op doeltreffende rechtsbescherming, evenals aan de door het Hof van Justitie ontwikkelde beginselen van gelijkwaardigheid en doeltreffendheid. Het EU-Handvest verkrijgt zo op het eerste gezicht directe horizontale werking, maar in zoverre het nog steunt op een vorm van overheidsaansprakelijkheid, is haar horizontale werking eigenlijk indirect.

In België is het vaste rechtspraak dat de burgerlijke rechter bevoegd is om wetgeving buiten toepassing te laten als die strijdig is met een internationaal verdrag dat directe werking heeft in de Belgische rechtsorde.³⁵ Omdat het EVRM rechtstreekse werking heeft, kan een partij zich erop beroepen. Dit geeft de rechter de mogelijkheid om, naar analogie met het EU-Handvest, nationaal recht buiten toepassing te laten als de toepassing ervan strijdig zou zijn met de bepalingen van het EVRM. Hoewel de rechten van het EVRM aan private personen een subjectief recht verlenen waarop zij als zodanig een beroep kunnen doen, kunnen zij zich in privaatrechtelijke geschillen onder elkaar naar mijn mening niet rechtstreeks op het EVRM beroepen bij het stellen van een vordering, omdat het EVRM geen verplichtingen aan private personen oplegt. Hetzelfde geldt voor de Grondwet. De gewone rechter kan een wet wel buiten toepassing laten als ze strijdig is met de Grondwet, maar hij kan aan een particulier op basis van de Grondwet geen verplichtingen opleggen. De vordering zal dan waarschijnlijk wel gesteld kunnen worden op basis van een residuaire bepaling in het privaatrecht, zoals de buitencontractuele foutaansprakelijkheid, de contractuele aansprakelijkheid of het rechtsmisbruik, maar niet op basis van het mensenrecht zelf. Mensenrechten voorzien immers niet in de remedies die het privaatrecht wel voorziet, zoals het schadeherstel of de ontbinding van een overeenkomst. In een situatie waarin een verweermiddel strijdig wordt bevonden met de fundamentele rechten, zal het gevolg zijn dat het verweer faalt en de vordering in beginsel doorgang kan vinden.

Dat wetgeving in geschillen tussen private personen buiten toepassing wordt gelaten, is enigszins opmerkelijk. Een partij die zich aan wettelijke voorschriften houdt en/of die rechtshandelingen stelt waarbij zij uitgaat van een bepaald geldend wetgevend kader, kan door de ongrondwettigheid van die voorschriften plots privaatrechtelijk gesanctioneerd worden. De vraag kan gesteld worden of het niet logischer is om te voorzien dat wetgeving in geschillen tussen private partijen niet buiten toepassing verklaard kan worden (behalve wanneer het gaat om procesrechtelijke regels), en te voorzien in een vordering tegen de overheid. Hoewel ik hier geen voorbeelden van vind in de rechtspraak, denk ik dat het voor een partij

35. Cass. 27 mei 1971, *Arr.Cass.* 1971, p. 959, *JT* 1971, p. 460, *RW* 1971/72, p. 424 (*Belgische Staat/NV Fromagerie Franco-Suisse Le Ski*).

in wiens nadeel een wet buiten toepassing wordt verklaard ook mogelijk moet zijn om zich tegen zijn contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid te verweeren door een beroep te doen op figuren als dwaling, overmacht en/of het bevel van de overheid. De te gebruiken methode zal bepalen welke partij in de eerste plaats de schade draagt en zich dient te richten tegen de overheid.

In een uitzonderlijk vonnis lijkt een burgerlijk rechter het EVRM als rechtsgrond te aanvaarden voor een vordering tussen private personen. Het betrof een zaak waarin het recht op privacy moest worden afgewogen tegen het recht op vrije meningsuiting. Hoewel de rechter daarin niet verwees naar artikel 1382 oud BW, is het aannemelijk dat hij tot dezelfde uitspraak zou zijn gekomen als dit wel het geval was. In de rechtspraak waarin het recht op vrije meningsuiting van de ene partij in conflict komt met het recht op privacy van de andere partij, worden het fout- en schadebegrip in het kader van de buitencontractuele foutaansprakelijkheid zodanig ingevuld aan de hand van artikel 8 en 10 EVRM,³⁶ dat er mijns inziens nog nauwelijks een verschil bestaat tussen een directe en indirecte rechtstreekse doorwerking van mensenrechten. In dezelfde zin lijkt er ook rechtspraak te zijn waarin een contractueel beding strijdig wordt bevonden met een mensenrecht,³⁷ waarbij gesteld kan worden dat dit gevolg perfect bereikt kan worden door het mensenrecht als een invulling van de openbare orde te zien of door een beroep te doen op het verbod op rechtsmisbruik. Een minder duidelijk beeld komt naar voren uit rechtspraak waarin mensenrechten worden toegepast op tuchtrechtelijke beslissingen in bijvoorbeeld de sportwereld.³⁸ Wellicht zeggen deze voorbeelden meer over de redactie van vonnissen, waarin niet steeds wordt ingegaan op wat door partijen niet wordt betwist en/of vanzelfsprekend is, dan over de technieken van doorwerking.

In de Belgische context moet verder nog opgemerkt worden dat de burgerlijk rechter in beginsel niet bevoegd is om wetgeving aan de Grondwet te toetsen.³⁹ Als er zich in een burgerlijk geschil een vraag stelt naar de verzoenbaarheid van wetgeving met de Grondwet, dan kan hij die wet weliswaar buiten toepassing laten, maar moet hij eerst een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof stellen. Het moet in dit verband opgemerkt worden dat veel mensenrechten door zowel

36. Dit is bijvoorbeeld het geval in een vonnis van dezelfde kamer waarin het Hof oordeelt dat het moet nagaan of partijen – die zich op hun recht op vrije meningsuiting beroepen – de grenzen van de vrije meningsuiting hebben overschreden en zo een fout hebben begaan in de zin van art. 1382 oud BW – HvB Gent 9 december 2021, 2020/AR.952, onuitgegeven.

37. Bijvoorbeeld een huurprijsherzieningsbeding voor het houden van een huisdier Vredegerecht Willembroek 27 januari 2020, 19A595, onuitgegeven (weergave *Juristenkrant* 26 februari 2020, p. 3) en in verband met een verbod op het houden van een huisdier Vredegerecht Aalst 12 mei 2015, *T. Huur* 2016, p. 134. Merk ook op dat de rechtsleer in dit verband vaak eenvoudig stelt dat 'reglementen van mede-eigendom' als zodanig kunnen worden getoetst aan art. 8 EVRM, zonder diepgaand in te gaan op de vraag of, en zo ja, hoe mensenrechten verplichtingen opleggen aan verenigingen van mede-eigendom: bijv. R. Timmermans, 'Onrechtmatige bedingen', in: R. Timmermans (red.), *Handboek appartementsrecht*, Deel 1, p. 414 e.v.

38. Zie: R. D'Haese & C. Jenart, 'Zelfregulering en de bescherming van grondrechten: de casus van doping in de elitesport', *TBP* 2016, p. 279-299.

39. Cass. 3 mei 1974, *Arr.Cass.* 1974, p. 967 (concl. A-G Ganshof Van Der Meersch), *JT* 1974, p. 564, *Pas.* 1974, p. 910, *RCJB* 1975, p. 209, *RW* 1974/75, p. 77, m.nt. J. De Meyer; Cass. 25 juni 1974, *Arr.Cass.* 1974, p. 1196 (concl. A-G F. Dumon), *Pas.* 1974, p. 1114, *RW* 1974/75, p. 108.

de Grondwet als de internationale verdragen worden beschermd. Door zich te beroepen op de voorrang van het internationaal op het nationaal recht, oordeelde het Hof van Cassatie in het verleden dat het wetgeving zelf aan het EVRM kon toetsen en het niet nodig was om een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen. In zekere zin ontstond er een *'battle of the courts'*. Deze situatie leidde in 2009 tot de invoering van een nieuw artikel 26, § 4 in de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. Deze bepaling verplicht de rechter – op een aantal uitzonderingen na⁴⁰ – om, wanneer een partij voor een rechtscollege opwerpt dat een wetsbepaling een grondrecht schendt dat zowel door Titel II van de Grondwet als door een geheel of gedeeltelijk analoge verdragsbepaling wordt gewaarborgd, zelfs ambtshalve, een prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof. Als het Grondwettelijk Hof bij zijn toetsing aan de desbetreffende grondwetsbepaling, in samenhang gelezen met de analoge verdragsbepaling, een schending vaststelt, moet de verwijzende rechter die bepaling buiten toepassing laten. Stelt het Grondwettelijk Hof geen schending vast, dan blijft de verwijzende rechter bevoegd om die bepaling aan het EVRM te toetsen.⁴¹ De rechtvaardiging voor artikel 26, § 4 ligt in de specialisatie van het Grondwettelijk Hof, het ruime gezag van gewijsde van zijn arresten, het feit dat de overheid zich in de procedures voor het Grondwettelijk Hof steeds kan verweren en het feit dat belanghebbende derden steeds kunnen tussenkomen.

Hoewel ik dit begrijp, meen ik dat hier toch een kanttekening bij geplaatst moet worden. Ik gaf eerder aan dat mensenrechten invloed kunnen uitoefenen op het gehele privaatrecht. Dit heeft als gevolg dat het Grondwettelijk Hof bevraagd kan worden over de verzoenbaarheid van elke privaatrechtelijke regel met de grondrechten. De vraag rijst dan ook of het Grondwettelijk Hof – en niet het Hof van Cassatie – wel steeds de meest gespecialiseerde rechter is. Door haar ruime toepassingsgebied kleuren mensenrechten niet alleen de rechtstakken waarop zij invloed hebben, maar worden zij er ook door gekleurd. Hoewel de mensenrechtentoets steeds dezelfde basisstructuur volgt, varieert zij in haar uitwerking naargelang zij invloed heeft op bijvoorbeeld het arbeidsrecht, het strafrecht en/of het verbintenissenrecht, zodat men zich kan afvragen of de rechters die in die respectieve rechtstakken gespecialiseerd zijn, ter zake niet de meest gespecialiseerde rechters zijn. Hoe dan ook, lijkt een argument op basis van specialisatie mij in dit kader weinig relevant. Het biedt hoogstens een argument om na te denken over het personeelsbeleid van het Grondwettelijk Hof. De regeling valt logisch te verantwoorden vanuit de constitutionele rol die aan het Grondwettelijk Hof is toebedeeld. Een meer pertinente vraag die de invloed van het Grondwettelijk Hof

40. Art. 26, § 2 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof van 6 januari 1989 (BS 7 januari 1989). Het gaat vooral om de zgn. *'acte claire'*, de situatie waarin het antwoord op de vraag niet onontbeerlijk is om het geschil te beslechten, procedures van spoedeisendheid en of inzake maatregelen met een voorlopig karakter.

41. J. Spreutels, 'Droits fondamentaux en concours et concours des questions préjudicielles: la Cour constitutionnelle et la jurisprudence Melki et Chartry de la Cour de justice de l'Union européenne', in: A. Alen, V. Joosten, R. Leysen & W. Verrijdt, *Liber amicorum Marc Bossuyt*, Antwerpen: Intersentia 2013, p. 681-693; J. Velaers, 'Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscolleges bij samenloop van grondrechten', *TBP* 2010, p. 387-410.

op het privaatrecht opwerpt, is of het ruime gerechtelijke landschap in België niet moet worden hertekend.

Een andere bedenking is of de rechtspraak op basis van het Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel, op basis waarvan alle ongelijke gevolgen die uit de toepassing van privaatrechtelijke regels voortkomen aan het gelijkheidsbeginsel kunnen worden getoetst, zelfs al gaat het Grondwettelijk Hof terughoudend met haar bevoegdheid om, geen te verstrekkende gevolgen heeft. In een uiteenzetting bij een verslag namens de commissie voor Justitie van de Senaat gaf een voormalig Minister van Justitie te kennen dat het toenmalige Arbitragehof met zijn rechtspraak over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op de privaatrechtelijke verjaring de doos van Pandora had geopend.⁴² Telkens wanneer het Grondwettelijk Hof vaststelt dat de toepassing van een privaatrechtelijke regel in een bepaald geval of de niet-toepassing ervan in een ander geval, een schending van het gelijkheidsbeginsel inhoudt, lijkt de vraag van de verzoenbaarheid van een andere ongelijkheid met het gelijkheidsbeginsel aan de horizon op te duiken. Op die manier verschoof bijvoorbeeld het toepassingsgebied van de bijzondere aansprakelijkheidsregels aangaande schade die voortkomt uit ongevallen veroorzaakt door motorrijtuigen op de openbare weg al diverse keren. Vanuit het oogpunt van de rechtszekerheid, kunnen hier vragen bij worden gesteld. Daar staat tegenover dat deze rechtspraak een kwaliteitstoets aan het recht toevoegt die de wetgever aanspoort om het toepassingsgebied van nieuwe privaatrechtelijke regels af te stemmen op de doelstellingen die hij nastreeft. Zonder een bepaalde maatschappelijke visie te benaastigen, versterkt de rechtspraak op basis van het gelijkheidsbeginsel op die manier de intrinsieke rechtvaardigheid van het recht. Bij de toets aan het Grondwettelijk gelijkheidsbeginsel moet gekeken worden naar de (legitieme) doelstellingen die de wetgever met bepaalde regels nastreeft. De wetgever wordt zo aangespoord om die doelstellingen te expliciteren, wat de kwaliteit van het recht alleen maar ten goede kan komen en wat ook de mogelijkheid versterkt om de wet meer naar de geest, in plaats van naar de letter te lezen. Dit komt een efficiënt streven naar rechtvaardigheid in de rechtspraak ten goede op een manier zodat de rechter niet kan worden verweten dat hij te veel uitgaat van zijn eigen maatschappijbeeld.

Verder moet nog gewezen worden op artikel 25 Gw dat voorziet in getrapte aansprakelijkheid voor drukpersmisdrijven met als doel om private censuur te vermijden. Omdat deze bepaling ook in burgerlijke zaken toepassing vindt,⁴³ heeft dit onder meer tot gevolg dat de aansprakelijkheidsbeperking voor werknemers die is vervat in artikel 18 W.A.O. niet van toepassing is voor journalisten die via een arbeidscontract zijn tewerkgesteld.⁴⁴ Het toenmalige Arbitragehof oordeelde

42. Verslag namens de commissie voor Justitie uitgebracht door de heer Desmedt bij het Wetsontwerp tot wijziging van sommige bepalingen betreffende de verjaring, *Parl.St. Senaat* 1997/98, 1-883/3.

43. Cass. 31 mei 1996, AR.C.95.0377.F, *AM* 1996, p. 363, m.nt. F. Jongen, *Arr.Cass.* 1996, p. 525, *Bull.* 559 (concl. A-G J. Leclercq), *CDPK* 1997, p. 412, m.nt. A. Schaus, *JT* 1996, p. 597, *R. Cass.* 1996, p. 389, m.nt. D. Voorhoof, *RCJB* 1998, p. 357, m.nt. M. Hanotiau, *RW* 1996/97, p. 565 (*Criël/Lousberg*).

44. Arbitragehof 22 maart 2006, 47/2006, *AA* 2006, p. 546, *AM* 2006, p. 290, m.nt. K. Lemmens, *JT* 2006, p. 458, m.nt. E. Montero, *JLMB* 2006, p. 1403, m.nt. P. Defourny, *JTT* 2006, p. 332, *CDPK* 2006, m.nt. F. Vandevenne & A. Verdoodt, *RW* 2006/07, p. 1348, m.nt. E. Brewaeyts, *TBBR* 2006, p. 610, m.nt. A. Vandeburie.

dat het bij de invoering van artikel 18 W.A.O. niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest om de Grondwet te schenden.⁴⁵ Artikel 25 Gw maakt het zo ten allen tijde mogelijk om een auteur op basis van artikel 1382 BW aan te spreken. De Grondwet werkt hier strikt genomen niet als een vorderingsrecht in horizontale relaties door, maar bepaalt wel de contouren die het privaatsrecht moet aannemen.

Vraag 3 (*meerwaarde?*):

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

In mijn doctoraat heb ik geschreven dat de algemene zorgvuldigheidsnorm en de mensenrechtelijke belangenafweging, ondanks hun verschillend uitgangspunt, gelijklopende toetsingscriteria zijn. Ik nam als voorbeeld een auto-ongeval veroorzaakt door een bestuurder van een voertuig dat – op een plaats waar dit reglementair mogelijk was – een voertuig voorbijsteekt en daarbij een voertuig uit de tegengestelde richting aanrijdt. Als nagegaan moet worden of de bestuurder een fout beging door een inhaalmanoeuvre te maken, moet rekening gehouden worden met de inschatting van de afstand van de wagen uit de tegengestelde ligging en de wagen voor hem. Als de wagen uit de tegengestelde richting vlakbij is, zal aangenomen worden dat de normale en zorgvuldige persoon geen inhaalmanoeuvre start, net zoals het geval is bij een beperkte zichtbaarheid. Een element dat de beoordeling mee kan beïnvloeden, is de vraag waar de bestuurder naartoe rijdt. Als de bestuurder een passagier vervoert die dringend naar het ziekenhuis moet, dan zal de rechter meer begrip voor hem tonen dan wanneer hij met zijn gezin onderweg was naar een ijssalon. Als de rechter nagaat of een redelijk en zorgvuldig persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst een inhaalmanoeuvre zou maken, dan zal de rechter er rekening mee houden dat de bestuurder ook een afweging maakt. Een afweging tussen het snel bereiken van een eindbestemming en het risico dat het uitvoeren van een inhaalmanoeuvre inhoudt. Deze afweging kan altijd uitgedrukt worden in belangen. Een normaal vooruitziend en zorgvuldig persoon denkt immers na over de nadelen die zijn handelingen ten aanzien van derden kunnen veroorzaken, en neemt zo nodig voorzorgsmaatregelen. Hij moet echter niet elk risico vermijden, maar dient slechts de redelijke maatregelen te nemen. Doordat de mogelijke nadelen en de te nemen redelijke maatregelen in een foutbeoordeling zijn betrokken, kan elke foutbeoordeling volgens mij teruggebracht worden op een afweging tussen de belangen van de schadeverwekker en die van de (potentiële) benadeelde. Omdat daarbij niet alleen de nagestreefde doelen maar ook organisatorische of praktische overwegingen mee in de weegschaal worden genomen (wat het EHRM doet), kan men de algemene zorgvuldigheidsnorm en de proportionaliteitstoets volgens mij moeilijk van elkaar onderscheiden.

45. Dit gaat voort op de zgn. *Waleffe*-doctrine: Cass. 10 april 1950, *Arr.Verbr.* 1950, p. 517.

Deze beschouwing doet mij niet zonder meer besluiten dat mensenrechten geen invloed hebben op de toepassing van open normen in het privaatrecht. Mensenrechten onderscheiden zich van veel privaatrechtelijke open normen doordat ze informatie verschaffen over de belangen waaraan ze bescherming bieden en dus over de redenen voor de begrenzing van de vrijheid door middel van de toepassing van de open bepaling. In mijn doctoraat schreef ik dat mensenrechten op die manier een extra houvast kunnen bieden aan het aansprakelijkheidsrecht omdat ze als inhoudelijke criteria kleur aan de algemene zorgvuldigheidsnorm kunnen geven. In hoeverre dit tot andere uitkomsten kan leiden, is moeilijk te zeggen. Elke zaak is uniek en de uitkomst van een zaak hangt ook af van aangevoerde argumenten, zodat procedures waarin mensenrechten werden aangehaald niet een-op-een vergeleken kunnen worden met procedures waarin dit niet gebeurde. De mensenrechtentoets, met haar inhoudelijke handvaten, kan een bepaald licht op een zaak werpen dat anders misschien niet aan bod zou zijn gekomen.⁴⁶ In de meeste gevallen denk ik echter dat een rechter, voor zover de rechtsregels het toelaten, bij de toetsing van een open norm doorgaans tot eenzelfde beoordeling zal komen, ongeacht het gebruikte begrippenarsenaal.

De belangrijkste reden waarom mensenrechten in bepaalde gebieden van het privaatrecht volgens mij toch een aanzienlijke invloed zullen hebben op de uitkomsten van geschillen waarin de interpretatie van open norm voor de beoordeling doorslaggevend is, ligt in het gezag dat uitgaat van de rechtspraak van mensenrechtenhoven. Het valt mij op dat er in rechtspraak waarin mensenrechten indirect doorwerken veelvuldig wordt verwezen naar rechtspraak van mensenrechtenhoven. Er worden uitgebreide analyses gemaakt van de principes die in die rechtspraak werden ontwikkeld alvorens ze op het voorliggend geschil worden toegepast. In zekere zin ontstaat hier een vorm van precedentenrechtspraak. Waar dit leidt tot uitgebreide analyses, kan de vraag gesteld worden of vonnissen zo niet te veel worden geschreven met het oog op de hogere rechter, eerder dan de rechtszoekende, voor wie een analyse van rechtspraak van mensenrechtenhoven misschien minder leesbaar is dan een beoordeling aan de hand van bijvoorbeeld de algemene zorgvuldigheidsnorm.

Vraag 4 (*privaatrechtelijk overheidshandelen*):

4.1 De grondrechten zijn ook op het privaatrechtelijk overheidshandelen van toepassing. Welke gevolgen kan dit hebben voor het geldende privaatrecht in het concrete geval?

46. Dit is zeker het geval in geschillen inzake persoonsaansprakelijkheid, geschillen inzake de weigering tot toegang van een bepaalde ruimte of een evenement en de verzoenbaarheid met art. 8 EVRM (zie bijvoorbeeld over een beschikking van de voorzitter van de rechtbank van eerste aanleg te Brussel: S. Declercq & W. Vandenbussche, 'People of Tomorrow ontzeg je niet zomaar de toegang', *Juristenkrant* 2017, afl. 355, p. 12; B. Devolder, 'Terbeschikkingstelling van kamers en woningen via een internetplatform: verboden bestemmingswijziging en onderhuur?', *TBBR* 2016, p. 381 e.v.) of in geschillen die raken aan het recht om informatie omtrent de afstamming te weten (bijv. HvB Gent 21 januari 2021, 2009/FA/664, onuitgegeven, waarin de rechtbank een moeder aansprakelijk stelde die aan haar partner had verzwegen dat hij mogelijk niet de biologische vader van zijn kind was).

4.2 Maakt het voor de toepassing van grondrechten op privaatrechtelijk overheidshandelen verschil dat het om een overheid gaat? Anders gevraagd: is de overheid, als het gaat om privaatrechtelijk overheidshandelen in een bepaalde rol, bijvoorbeeld die van werkgever, in verband met grond- en/of mensenrechten eventueel anders te behandelen dan een private partij in diezelfde rol?

Om na te gaan of een overheid strenger wordt bejegend als een private persoon wanneer zij privaatrechtelijke handelingen stelt, is het nodig om te kijken naar diensten die de overheid verleent en die ook door private personen geleverd worden en waarin mogelijk mensenrechtenschendingen voorkomen. Dit is bijvoorbeeld het geval in de ziekte- en de ouderenzorg.⁴⁷ De vraag of reglementen van ziekenhuizen en woonzorgcentra en de maatregelen die zij nemen, bijvoorbeeld in het kader van de COVID-pandemie, verzoenbaar zijn met artikel 8 EVRM, is al het onderwerp geweest van rechtsleer.⁴⁸ Er is in dit verband rechtspraak over bijvoorbeeld het houden van huisdieren in een zorginstelling, doch daarin wordt naar mijn weten geen onderscheid gemaakt tussen private en publiekrechtelijke instellingen. Een andere context waarin de overheid vaak privaatrechtelijke handelingen stelt, is in het arbeidsrecht. Er is rechtspraak terug te vinden waarin handelingen van werkgevers om hun werknemers te monitoren, zoals camera's en *track- en trace-systemen*, worden getoetst aan artikel 8 EVRM en rechtspraak inzake discriminatierecht over onder meer ontslag naar aanleiding van een gezondheidstoestand.

In de rechtspraak wordt wel een duidelijk onderscheid gemaakt tussen private en publieke entiteiten als het gaat over de uitoefening van het opzegrecht van een verhuurder en/of de uithuiszetting. In die rechtspraak worden sociale verhuurders strenger bejegend dan private verhuurders. Zo legde een vrederechter aan de overheid een verplichting op om een geschikt terrein te voorzien voor woonwagengedwongen en niet aan de eigenaar van de door die bewoners bezette grond.⁴⁹ Een andere vrederechter oordeelde in een zaak waarin een uithuiszetting door een private verhuurder werd aangevochten dat de verhuurders niet de rol van het OCMW moesten overnemen en toelaten dat de huurders huurachterstallen opbouwden. Dat een sociale woonmaatschappij vanuit een mensenrechtelijk oogpunt strenger wordt bejegend bij een opzegging en/of uithuiszetting is logisch te begrijpen als we ervan uitgaan dat mensenrechten slechts indirect in private relaties doorwerken en geen rechtstreekse verplichtingen aan private personen opleggen. Het

47. Waarbij opgemerkt dient te worden dat de Raad van State oordeelde dat het bezoekreglement van een niet-commercieel woon- en zorgcentrum geen uitdrukking is van een bevoegdheid om als administratieve overheid eenzijdige rechtshandelingen te stellen, maar wel voortvloeit uit de prerogatieven van het eigendomsrecht: RvS 19 februari 2008, 179.864, *TBO* 2009, p. 165 (*NV Houben/VZW Zusterhof woon- en zorgcentrum & NV Heijmans Bouw*). Het dient bijgevolg aangenomen te worden dat de reglementen aangaande bijvoorbeeld bezoek en algemene huishoudelijke regels van een zorginstelling op contractuele leest zijn gesteld, ongeacht of de zorginstelling een publieke- dan wel een private entiteit uitmaakt.

48. N. Broeckx, 'Bezoek- en huisdierclausules', in: F. Dewallens (red.), *Medische dienstencontracten*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 413-436; C. Cuypers, 'Het statuut van het ziekenhuis naar Belgisch recht. Een openbare plaats toegankelijk voor derden?', *T.Gez.* 2023, p. 330-349; T. Opgenhaffen, *Vrijheidsbeperking in de zorg*, Antwerpen: Intersentia 2020, p. 460 e.v.

49. Vrederegerecht Verviers 30 juni 2000, *Echos log.* 2000, p. 119, m.nt. L. Tholomé.

EHRM heeft deze zienswijze ook uitdrukkelijk bevestigd.⁵⁰ Het Grondwettelijk Hof oordeelde in deze zin ook al dat private verhuurders niet de opdracht hebben om aan eenieder het recht op behoorlijke huisvesting, zoals verankerd in artikel 23 Gw, te verzekeren.

Deze rechtspraak doet vermoeden dat de horizontale werking van mensenrechten doorgaans niet zover gaat dat er positieve verplichtingen aan private personen worden opgelegd, althans niet in het kader van de zogenoemde sociale grondrechten. Private personen moeten, anders dan publieke rechtspersonen, niet het algemeen belang behartigen. Hen kan (indirect) een mensenrechtenschending verweten worden wanneer zij in een bijzondere relatie met een andere private persoon treden, maar dienen mensenrechten niet ten aanzien van iedereen te behartigen.

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

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

Ik heb op deze vraag geen meer vergaande opmerkingen dan wat al in de antwoorden op eerdere vragen aan bod kwam.

Vraag 6 (*kleurschakering*):

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

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

Ik heb op deze vraag geen meer vergaande opmerkingen dan wat al in de antwoorden op eerdere vragen (vraag 4) aan bod kwam.

Vraag 7 (*van openbare orde?*):

7.1 Zijn grondrechten/fundamentele rechten van openbare orde en dient de rechter deze zo nodig ambtshalve toe te passen en wat houdt die ambtshalve toepassing in voorkomend geval precies in?

7.2 Maakt de rechtsverhouding waarom het gaat (publiek- of privaatrechtelijk) daarbij verschil?

7.3 Zijn er verschillen tussen Nederland en België?

De vraag of mensenrechten van openbare orde zijn, behoeft een genuanceerd antwoord. Waar het duidelijk is dat bepaalde aspecten van mensenrechten de openbare orde kunnen invullen, is het belangrijk te beklemtonen dat beperkingen van

50. EHRM 6 november 2018 (*F.J.M./Verenigd Koninkrijk*), zie hierover: T. Vandromme, 'De rechterlijke toets bij een vordering tot uithuiszetting van huurders: een nieuwe wind vanuit Straatsburg of toch niet?', *TBBR* 2020, p. 219-230.

mensenrechten niet als zodanig strijdig zijn met de openbare orde. Partijen kunnen hun mensenrechten dan ook contractueel beperken. In de rechtsleer werd in het verleden geargumenteed dat een disproportionele inperking van een mensenrecht de openbare orde wel raakt, zodat de rechter een contract (deels) nietig moet verklaren wegens strijdigheid met de openbare orde.⁵¹ Het komt inderdaad over dat de openbare orde aan de hand van de mensenrechtentoets kan worden ingevuld, omdat de mensenrechten uitdrukking geven aan de essentiële belangen van de gemeenschap en/of de grondslagen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust.⁵²

Als mensenrechten de openbare orde raken, zou de rechter een eventuele mensenrechtenschending ook ambtshalve moeten opwerpen. In de praktijk zien we dat rechters mensenrechten vaak ambtshalve toepassen bij de behandeling van eenzijdige verzoekschriften. In dergelijke procedures wordt niet alleen getoetst aan de vereisten van artikel 6 EVRM, welk element mee wordt betrokken in de beoordeling of het volstrekt noodzakelijk is om een maatregel te bekomen op basis van een eenzijdig verzoekschrift en niet op basis van een vordering op tegenspraak, maar ook aan de vereisten van artikel 8 (wanneer via eenzijdig verzoekschrift machtiging wordt gevraagd om een woning of bedrijf van iemand anders te betreden en/of om digitale data uit te lezen) en artikel 10 EVRM (wanneer bij eenzijdig verzoekschrift aan de rechter wordt gevraagd om een spreek- of publicatieverbod op te leggen). Dat de rechter in dergelijke gevallen ambtshalve de mensenrechtelijke proportionaliteitstoets toepast, volgt mijns inziens uit het niet-tegensprekelijk karakter van de procedure. De rechter dient daarbij na te gaan of er een schijn van recht bestaat en of de gevorderde eenzijdige maatregel proportioneel is aan de gevolgen voor de partij die er het voorwerp van uitmaakt. Omdat de partij die het voorwerp uitmaakt van de maatregel geen tegenspraak kan voeren, is het zonder meer aan de rechter om diens belangen ambtshalve te onderzoeken, ongeacht of deze beschermenswaardig zijn op basis van een regel van openbare orde of niet.

Gelet op de ruime mogelijkheid die het Hof van Cassatie aan de feitenrechter verleent om ambtshalve rechtsmiddelen op te werpen (ongeacht of de regel de openbare orde raakt of niet), kan er geen twijfel over bestaan dat de rechter ambtshalve (vermeende) mensenrechtenschendingen kan opwerpen. Het komt mij echter over dat de rechtspraak, los van de beoordeling van vorderingen op basis van eenzijdige verzoekschriften, terughoudend is om mensenrechten ambtshalve op te werpen (een ambtshalve toepassing van mensenrechten in een tegensprekelijke procedure zal in beginsel strijdig zijn met het recht op verdediging).

Als een bepaling de openbare orde raakt, kan een partij ze opwerpen in elke stand van het geding, en zelfs voor het eerst voor het Hof van Cassatie. In België is er casatierechtspraak waarin middelen op basis van het EVRM die voor het eerst voor

51. Door bijvoorbeeld N. Van Leuven en Ganshof Van Der Meersch.

52. Wat geïllustreerd wordt in een principiële arrest van het Hof van Cassatie waarin het de praktijken inzake voetbaltransfers toetste aan o.m. art. 4 EVRM: Cass. 29 september 2008, AR C.06.0443.F, *Arr. Cass.* 2008, p. 2087 (concl. A-G J. Genicot), *JT* 2008, p. 8330 en *JTT* 2008, p. 464, m.nt. M. Wantiez, *Pas.* 2008, p. 2076 (concl. A-G J. Genicot).

het Hof worden opgeworpen, onontvankelijk worden verklaard omdat zij pas voor het eerst in graad van Cassatie worden opgeworpen.⁵³ Die rechtspraak toont aan dat een mensenrechtenschending de openbare orde niet *ipso facto* raakt. Aangezien het Hof van Cassatie, zoals eerder aangegeven, aanvaardt dat de openbare orde wordt ingevuld door mensenrechten, zal een partij die zich voor het eerst in graad van Cassatie op mensenrechten beroept zich mijns inziens op de openbare orde moeten beroepen en de mensenrechten moeten gebruiken ter invulling van deze open norm. Om aan te tonen dat de inperking van een mensenrecht de openbare orde raakt, zal de partij dan moeten aantonen dat er sprake is van een mensenrechtenschending en/of dat de kern van een mensenrecht wordt geraakt, zodat er ook volgens de rechtspraak van het EHRM geen afstand van gedaan kan worden.

Vraag 8 (*convergentie tussen rechtsstelsels*):

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

* publiek- en privaatrecht

* het recht van Nederland en België?

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

Door de indirecte horizontale doorwerking van mensenrechten worden er publiekrechtelijke principes in privaatrechtelijke geschillen toegepast. Dit leidt ongetwijfeld tot enige convergentie. Ik denk echter dat we de omvang hiervan niet mogen overschatten. Het komt me over dat privaatrechtelijke open normen, die vandaag op een ruim type zaken op een gelijkaardige manier worden toegepast, afhankelijk van de situatie meer en meer zullen worden ingevuld aan de hand van bepaalde mensenrechten. De vervaging tussen publiek- en privaatrecht zal zo volgens mij vooral leiden tot een meer diffuse ontwikkeling van het recht, minstens zal het diffuse karakter ervan meer verduidelijkt worden. Ik wil er ook op wijzen dat er relatief weinig rechtspraak is te vinden waarin partijen in een privaatrechtelijk geschil zich op mensenrechten beroepen. Als dit het geval is, gaan rechters er vaak maar heel kort op in, op een manier zodat gedacht kan worden dat partijen hun mensenrechtelijk middel zelf nauwelijks hebben onderbouwd en/of het om dilatoire redenen opwierpen. In privaatrechtelijke geschillen worden mensenrechten volgens mij vooral aangehaald als er zich nieuwe maatschappelijke fenomenen voordoen ten gevolge van de verspreiding van nieuwe technologieën of wetenschappelijke inzichten en waarvoor er nog geen bijzondere wetgeving of afgetekende privaatrechtelijke rechtspraak bestaat (zoals het geval is in de klimaatzaak of in het geval van nieuwe medische toepassingen).

Vraag 9 (*wensenlijst*):

Welke wensen zijn in verband met het onderwerp van deze meeting te formuleren uit oogpunt van de missie van het Platform: een optimale wisselwerking tussen

53. Bijv. Cass. 11 februari 2005, AR C.04.0161.N, Arr. Cass. 2005, p. 358, Pas. 2005, p. 358, Pas. 2005, p. 352, RABG 2005, p. 1384, m.nt. S. Boullart.

publiek- en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden?

Omdat ik eerder al aangaf dat er volgens mij strikt genomen geen sprake is van twee verschillende werelden, is het moeilijk om een duidelijke wensenlijst voorop te stellen. Ik heb in de loop van deze bijdrage enkele bedenkingen geformuleerd, onder meer met betrekking tot de proceseconomie, de invloed van de horizontale doorwerking op de rechtszekerheid (het feit dat partijen moeten kunnen vertrouwen op de inhoud van het recht) en de diffuse ontwikkeling van het recht. Een bijzonder punt van aandacht moet uitgaan naar de juridisch-technische aspecten van de doorwerking. Ik denk dan aan de gevolgen van de nietigheid van privaatrechtelijke wetgeving en de vaststelling dat mensenrechten geen rechtstreekse verplichtingen aan private personen opleggen, alsook aan de vraag in welke mate overheden, wanneer zij privaatrechtelijke handelingen stellen, vanuit een mensenrechtelijk oogpunt, minstens procedureel (omdat zij nu eenmaal adressant zijn van mensenrechtelijke bepalingen), anders behandeld worden dan pure private entiteiten.

Tot slot denk ik dat nagedacht moet worden over de definitie van mensenrechten. De vaststelling dat alle domeinen van het recht beïnvloed kunnen worden door mensenrechten, mag er niet toe leiden dat alle recht mensenrechtenrecht wordt. Hoewel mensenrechten op de voorgrond treden als we nadenken over de rol van het privaatrecht in de samenleving, moeten zij in de rechtspraktijk veeleer op de achtergrond blijven. Het mensenrechtenrecht is in wezen een correctiemechanisme ten behoeve van rechtvaardigheid in het recht, dat maar zeer uitzonderlijk gebruikt moet worden. Het dient als een ventiel voor het recht. We moeten ons dan ook de vraag stellen of dit kenmerk van mensenrechten niet beter in de definitie en het toepassingsgebied ervan moet worden ingebouwd. Moet er geen drempel zijn om van een inbreuk op mensenrechten te spreken? Als niet alle recht mensenrecht is, kan ook niet elke aantasting van een subjectief recht een inbreuk op een mensenrecht uitmaken. Een mensenrecht is een recht dat je in staat stelt om op een menswaardige manier deel te nemen aan de democratische samenleving. Als deze mogelijkheid niet in het gedrang komt, kan je misschien niet over een inbreuk op een mensenrecht spreken en is het misschien niet nodig om iets aan mensenrechten te toetsen. De grens van wat een mensenrecht is, zal altijd vaag zijn en moeilijk te bepalen, maar de erkenning dat die grens er is, kan misschien volstaan.