

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

Stefan Somers

België Privaatrecht

### ***Inleiding.***

De vraag naar de overlap tussen fundamentele rechten 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 contacten kennen in zekere zin 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. Ik heb deze tekst – die vooralsnog een voorlopige versie is - ook als een beschouwende tekst opgevat. In mijn antwoorden op de vragen ga ik eerder in op de grote lijnen dan op de details. De tekst is daarom ook niet exhaustief. Het komt me over dat ik op die manier tekortschiet aan enkele auteurs, wiens teksten mijn ideeën gevormd, nu en jaren geleden toen ik me diepgaand op dit onderwerp richtte, en die ik in deze tekst nauwelijks vernoem. Ik denk bijvoorbeeld aan Velaers, Van Leuven, De Kezel, Van Emmerik, Mak, Emaus, Vrielinck, Van Gerven, Wright en vele anderen. Om de wisselwerking tussen fundamentele rechten en privaatrecht te kaderen denk ik echter dat belangrijk is om vooral te kijken naar het ruim perspectief, eerder dan vanuit 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 allicht 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 bestaan. 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 bedanken), maar ook daarmee blijft wellicht het grootste deel van de rechtspraak buiten beeld.

Tot slot wil ik benadrukken dat deze tekst een voorlopige versie is. Zowel op inhoudelijk als vormelijk vlak moet hij nog aangepast worden.

### ***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 gaan wanneer *fundamentele rechten* in België *horizontaal* kunnen doorwerken, moet eerst vastgesteld worden wat fundamentele rechten zijn, en wat wordt bedoeld met de zgn. 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 privaatrecht en aan de andere kant het publiekrecht. Verschillende generaties van juristen leerden het recht in hun opleiding ordenen aan de hand van deze zgn. *summa divisio* van het recht. Eenmaal ze zich 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 legden zich toe op meerdere rechtstakken behandelen, maar meestal ging het dan vooral om 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 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 kan vaak wreed en grillig zijn. 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 op verschillende manier 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 groot geheel van regels dat zich over alle aspecten van de samenleving uitspreidt als een web. Een web dat, hoewel het enkele grote clusters en structuren kent, in een democratische rechtstaat 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 wet op de oude wet en van de bijzondere op de algemene wet.

Dat er traditioneel een grote scheidingslijn tussen publiek- en privaatrecht loopt, komt door de bijzondere rol die de overheid in de moderne democratie inneemt. De overheid beschikt over het machtsmonopolie en het zwaardrecht. Zij kan de burger soeverein tot handelen en niet-handelen dwingen. Een burger mag dit niet. Voor hem geldt het verbod op eigenrichting. Hij kan een andere burger alleen tot iets dwingen als dit hem rechtens is toegestaan. Een burger kan wel enige druk op een andere burger uitoefenen,<sup>1</sup> maar zal zich, als hem geen medewerking wordt verleend, tot de overheid (of een met overheidsgezag beklede functionaris zoals een gerechtsdeurwaarder) moeten wenden omdat alleen de overheid dwang mag uitoefenen. Als een burger toch zelf dwang/geweld uitoefent, stelt hij zich zelf aan overheidssancties bloot.

---

<sup>1</sup> Hij kan morele, sociale of economische 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) innen.

Omdat de overheid ten aanzien van de burger over dwangmiddelen beschikt, wordt deze relatie verticaal genoemd. De relaties tussen burgers onderling wordt 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 niet correct. Ik beroep mij daarvoor op de theorie van het sociaal contract, die de politiek-filosofische grondslag biedt voor de democratische rechtstaat 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 overgedragen en die dus door die staat gerespecteerd moet worden. 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 contact, met name dat het eigenlijk 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 overheid en burger speelt, 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 unsecure."*<sup>2</sup>

De bescherming van fundamentele rechten in horizontale relaties is de reden waarom een sociaal contract wordt gesloten. Met het sluiten van een sociaal contract erkennen vrije mensen dat hun vrijheid door die van een ander wordt beperkt. Zij geven als het ware een deel van hun vrijheid op om bescherming te krijgen tegen arbitraire inbreuken op hun rechten door anderen. De rol van de

---

<sup>2</sup> J. Locke, *Two treatises of government*, Londen, Whitmore and Fenn, 1821, boek 2, hoofdstuk 9, 294-295.

overheid bestaat uit het voorkomen van dergelijke inbreuken. Het kan dan ook niet de bedoeling zijn dat die overheid zelf fundamentele rechten schendt.<sup>3</sup>

Als fundamentele rechten in essentie een horizontale dimensie hebben, rijst de vraag 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 verwijs in dit verband naar de *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* van 1789.<sup>4</sup> Nadat de *Déclaration* aangeeft dat iedereen over onvervreembare bij geboorte ontstane rechten beschikt, bepaalt artikel vier:

*"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."*

Het is de wetgever die moet bepalen waar de grenzen van ieders vrijheid ligt. Rechters werden door de Franse revolutionairen gewantwoord en kregen een beperkt takenpakket.<sup>5</sup> Zij werden beschouwd als *"la bouche 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 weinig juridische bescherming voor het individu. Burgers beschikten niet over een rechtsmiddel tegen ongrondwettige handelingen van de wetgevende macht. Op basis van artikel 150 GW konden rechters wel de toepassing weigeren van administratieve besluiten en verordeningen die niet overeenstemmen met de grondwettelijke rechten en vrijheden,<sup>6</sup> maar tot in 1920 verklaarde de gewone rechter zich systematisch onbevoegd om te oordelen over de toekenning van een schadevergoeding als de overheid in de hoedanigheid van publiekrechtelijke persoon optrad. Voor schade die voortkomt uit de miskennis van een burgerlijk recht door een administratieve overheid, kunnen private personen pas sinds het Flandria-arrest van het Hof van Cassatie een vergoeding op

---

<sup>3</sup> De theorie van het sociaal contract gaat uit van de idee dat de mens in de natuurtoestand verward is in een strijd van allen tegen allen, die beschouwd kan worden als een theoretische dystopie. Een samenleving zonder overheid krijgt geen gestalte vanuit individualiteit, maar vanuit de groepen die de mens als van nature vormt, op basis van bloedlijnen. Een wereld zonder overheid kenmerkt zich wellicht niet (in de eerste plaats) als een strijd tussen individuele personen, maar als een wereld van clans of stammen. Het ontstaan van de staat is vanuit een historisch oogpunt (net als het ontstaan van de grote religies) wellicht beter te begrijpen als een mechanisme om mensen op een grotere schaal te laten samenwerken dan mogelijk is op basis van bloed- of familieband. In zoverre de evolutie van de mens wordt gestuurd door competitie op groepsniveau, lokt de ontwikkeling van de ene staat de ontwikkeling van de andere uit. Hoewel de staat vanuit deze optiek ook begrepen kan worden als een middel om meer mogelijkheden en welvaart te ontwikkelen, blijft ook vanuit deze optiek de bescherming van mensenrechten overeind. Alleen is de staat zo geen middel meer ter beslechting van een strijd van allen tegen allen, maar ter beslechting van clanstrijden en vetes en tegen de zgn. *tyranny of the cousins* (welk begrip ik ontleen van Francis Fukuyama...).

<sup>4</sup> Zie in gelijkaardige zin: M. TROPER, "Who Needs a Third Party Effect Doctrine? The Case of France" in A. SAJO en R. UITZ (eds.), *The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism*, Utrecht, Eleven, 2005, 115-128.

<sup>5</sup> A. Alen en K. Muylle, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, Mechelen, 2011, losbl. 18.

<sup>6</sup> Deze bevoegdheid valt te verklaren door het grote wantrouwen dat bij de Belgische onafhankelijkheid bestond ten aanzien van de uitvoerende macht, zie hierover: A. Alen en K. Muylle, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer, Mechelen, 2011, losbl. 78..

basis van artikel 1382 van het oud Burgerlijk Wetboek verkrijgen.<sup>7</sup> De Raad van State en het Grondwettelijk Hof werden pas in 1946<sup>8</sup> en 1983<sup>9</sup> opgericht. Gedurende een lange tijd werden fundamentele rechten in de verticale relatie tussen overheid en burger vooral door democratische processen beschermd.

In horizontale relaties werden fundamentele rechten beschermd door de wet, en de afdwinging daarvan voor en door de rechterlijke en de uitvoerende macht. Schendingen in horizontale relaties van fundamentele rechten zoals het recht op 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 jurist die vanuit de 21<sup>e</sup> eeuw naar de horizontale werking van mensenrechten kijkt, is het misschien vreemd om naar het straf- en aansprakelijkheidsrecht te kijken als instrumenten ter bescherming van fundamentele rechten in horizontale relaties, maar in een wereld waarin een rechter wetgeving niet aan hogere normen zoals grondrechten mag toetsen, is dit een vanzelfsprekend uitgangspunt. Het strafrecht is bij uitstek een instrument om erover te waken dat burgers de grenzen van elkaars vrijheid niet overtreden. Het aansprakelijkheidsrecht, zo argumenteerde ik in mijn doctoraat, heeft een belangrijke aanvullende rol.<sup>10</sup>

De invulling van fundamentele rechten als rechten die in verticale relaties in juridische procedures tegen de overheid – en dan vooral de wetgevende macht – kunnen worden afgedwongen, heeft in continentaal Europa maar echt postgevat nadat in de nasleep van de tweede wereldoorlog het Europees Hof voor de Rechten van de Mens en verschillende grondwettelijke hoven werden opgericht. De ervaringen uit de jaren dertig en veertig hebben getoond dat democratische processen niet afdoende zijn om fundamentele rechten van minderheden te beschermen. De juridische afdwingbaarheid van fundamentele rechten moest 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 juridische 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 m.a.w.

---

<sup>7</sup> Cass. 5 november 1920, *Pas.* I, 193, concl. M. Leclercq.

<sup>8</sup> Wet van 23 december 1946 houdende instelling van een Raad van State, *BS* 9 januari 1947 190.

<sup>9</sup> Wet van 28 juni 1983 houdende de inrichting, de bevoegdheid en de werking van het Arbitragehof, *BS* 8 juli 1983, 8911.

<sup>10</sup> Ik haal in dit verband graag een citaat van Jan Ronse aan: "*De grote rechten die in de historische verklaringen van de rechten van de mens werden opgesomd, zijn slechts programma's en geen eigenlijke rechten, of, - zoals Hauriou het in scholastieke termen uitdrukte, - zij hebben van het recht slechts de stof maar niet de vorm, welke laatste alleen de uitoefening van het recht mogelijk maakt. Welnu, men mag zeggen dat die ontbrekende vorm ingeval van inbreuk kan verleend worden door de herstelsanctie van art. 1382 B.W., waardoor het recht, in de voortschrijdende sociale ontwikkeling, steeds ontdekte nieuwe waarden en levensgoederen kan blijven beschermen.*" J. RONSE, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad*, Brussel, Larcier, 1954, 103.

voor een mensenrechtenschending aangesproken worden als zij nalaat om mensenrechten 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 is geroepen. Als zij aan deze verplichtingen verzaakt, ondergraaft zij de bestaansreden van zichzelf 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 wordt best 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 beschermt fundamentele rechten in horizontale relaties.

Uit dit alles blijken m.i. drie dingen 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 heeft gedaan in de wetgeving ter bestrijding van racisme en discriminatie.

**Ten tweede** denk ik niet dat bepaalde domeinen van het recht afgeschermd kunnen worden van de (indirecte) horizontale doorwerking van fundamentele rechten. In alle rechtsdomeinen die betrekking hebben op feitelijke situaties waarin de ene 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 op bijvoorbeeld het contractenrecht. Het overgrote deel van de contracten die worden gesloten kaderen in handelsrelaties en kunnen weinig weerslag hebben op de fundamentele rechten van partijen. Het contractenrecht is ook een eerder technische materie, die weinig refereert naar de beschermenswaardige belangen die in mensenrechten liggen vervat. Toch kan het contractenrecht niet aan de invloed van mensenrechten ontsnappen. Hoewel men ervanuit kan gaan dat partijen die een contract sluiten (waarbij vereist is dat zij wilsbekwaam waren en hun wilsuiting niet werd aangetast door wilsgebreken zoals dwaling, bedrog, geweld of misbruik van omstandigheden)<sup>11</sup> daarbij geen verbintenissen aangaan die een krenking van een fundamenteel recht uitmaken dat,

---

<sup>11</sup> 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, 200, 329-361.

indien de uitvoering van de overeenkomst via de rechter wordt afgedwongen, als een mensenrechtenschending kwalificeert, kan dit wel 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 ten allen tijden 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 dit verbod zou afschaffen, en er zouden geen afdoende burgerrechtelijke correctiemechanismen worden voorzien,<sup>12</sup> dan zouden partijen de rechter en/of de wetgever kunnen dwingen om correctiemechanismen te voorzien om te voldoen aan de vereisten van artikelen 4 en 8 EVRM en/of art. 15 EU-Charter.

Uit de vaststelling dat de horizontale bescherming van fundamentele rechten inherent in het sociaal contract ligt besloten, volgt **ten derde** dat de horizontale bescherming van mensenrechten niet kan worden beperkt tot situaties waarin er ongelijke verhoudingen bestaan. Het is waarschijnlijk dat mensen of rechtspersonen die zich in een machtspositie bevinden in verhouding vaker fundamentele rechten van anderen krenken omdat zij daar eenvoudigweg beter toe in staat zijn, maar dit kan niet als een axioma, laat staan als een voorwaarde, worden vooropgesteld. In mijn proefschrift 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 strafvervolgung in te stellen tegen “gewone” mensen die “machtige” mensen doden, dan komt zij haar positieve verplichtingen om mensenrechten in horizontale relaties te beschermen niet na. Hoewel dit voorbeeld zich in het strafrecht situeert, heeft het ook burgerrechtelijke gevolgen en geldt hetzelfde voor inbreuken op fundamentele rechten die in het nationaal recht een gevolg in het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht hebben. Ik denk bijvoorbeeld aan situaties van haatspraak op internetfora.<sup>13</sup> Het is ook problematisch om na te gaan welke partij in een bepaalde relatie machtig is en welke niet. Macht heeft veel verschijningsvormen waarvan vele moeilijk te peilen zijn. Bovendien zou het leiden tot post-factum redeneringen. Pas nadat Goliath door David werd gedood werd het duidelijk dat strategisch inzicht en slingervaardigheid in hun relatie belangrijkere machtsfactoren waren dan brute kracht.

---

<sup>12</sup> 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 – Hoge Raad 15 april 2016, nr. 14/05715

<sup>13</sup> Dat mensenrechtenbescherming niet altijd vergt dat personen in machtige entiteiten aangesproken worden, blijkt bijvoorbeeld uit een arrest van het EHRM waarin het oordeelde dat de aansprakelijkheid van een internetforum in een concrete situatie waarin iemand zich valselijk uitgaf voor iemand anders, geen afdoende bescherming voor diens rechten onder artikel 8 EVRM uitmaakte. Het Hof eiste dat de staat ervoor had moeten zorgen dat de eigenlijke auteur van de valse voorstelling geïdentificeerd en (strafrechtelijk) vervolgd kon worden: *“Although freedom of expression and confidentiality of communications are primary considerations and users of telecommunications and Internet services must have a guarantee that their own privacy and freedom of expression will be respected, such guarantee cannot be absolute and must yield on occasion to other legitimate imperatives, such as the prevention of disorder or crime or the protection of the rights and freedoms of others. Without prejudice to the question whether the conduct of the person who placed the offending advertisement on the Internet can attract the protection of Articles 8 and 10, having regard to its reprehensible nature, it is nonetheless the task of the legislator to provide the framework for reconciling the various claims which compete for protection in this context. Such framework was not, however, in place at the material time, with the result that Finland’s positive obligation with respect to the applicant could not be discharged. This deficiency was later addressed. However, the mechanisms introduced by the Exercise of Freedom of Expression in Mass Media Act (see paragraph 21 above) came too late for the applicant.”* (EHRM, 2 december 2008, K.U. t. Finland).

Vanuit een dogmatisch oogpunt dient er in dit verband op gewezen te worden dat mensenrechten naar mijn mening slechts op een indirecte wijze in horizontale relaties doorwerken. Zij worden in horizontale geschillen maar toegepast doordat een private partij zich er ten aanzien van de overheid, in haar hoedanigheid van arbiter of regulator in horizontale relaties, op beroept. Door deze driehoeksverhouding is niet in de eerste plaats de verhouding tussen private actoren de relevante verhouding om een machtsrelatie te vinden, 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 *aangewezen* kan zijn om te voorzien in bijzondere mechanismen in bepaalde ongelijke machtsverhoudingen. Het feit dat positieve maatregelen soms nodig zijn om bepaalde groepen gelijke rechten te geven, zoals regels inzake zwangerschapsverlof en/of positieve discriminatie nodig kunnen zijn om vrouwen gelijke toegang te verlenen tot de arbeidsmarkt<sup>14</sup>, rechtvaardigt echter niet dat een andere private partij zich *ab initio* niet op haar fundamentele rechten zou kunnen beroepen. In burgerlijke zaken over persaansprakelijkheid worden de buitencontractuele begrippen veelal door mensenrechten ingekleurd doordat de ene partij zich op artikel 8 EVRM en de andere op artikel 10 EVRM beroept. Een ongelijke machtsrelatie sluit de mogelijkheid van de machtige partij om zich op mensenrechten te beroepen niet uit.<sup>15</sup> Wanneer verschillende partijen zich op mensenrechten kunnen beroepen, moet de rechter net een afweging tussen rechten maken, zonder dat er een strikte hiërarchie geldt.<sup>16</sup> Een benadering waarbij eerst wordt nagegaan of er tussen partijen een machtsonevenwicht bestaat, alvorens partijen zich op mensenrechten kunnen beroepen, kan dan ook niet worden aanvaard.

Ik denk ook dat het, althans in theorie, in bepaalde omstandigheden niet alleen *aangewezen*, maar ook noodzakelijk kan zijn om positieve maatregelen te nemen om de fundamentele rechten van kwetsbare personen te beschermen. In de rechtspraak van het EHRM wordt bijvoorbeeld verwezen naar de positieve verplichting om gelijke toegang tot het onderwijs te verwezenlijken.<sup>17</sup> Omdat bepaalde sectoren van het maatschappelijk leven zoals de huursector, de arbeidsmarkt, de kinderopvang en de ouderlingenzorg, 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 die betrekking hebben op de ontvangst van bezoek of het houden van huisdieren, zal hij vooral rekening moeten houden met de fundamentele rechten die de bewoners uit artikel 8 EVRM putten. Uit de vaststelling dat de rechten van kwetsbare personen worden beschermd in bepaalde horizontale relaties, volgt echter niet dat alleen zij zich in die relatie op mensenrechten kunnen beroepen. Het feit dat huurders het slachtoffer kunnen worden van discriminatie op de huurmarkt, kan wel rechtvaardigen waarom de overheid bepaalde verplichtingen aan verhuurders oplegt, maar rechtvaardigt m.i. niet dat

---

<sup>14</sup> De EU-richtlijnen inzake non-discriminatie voorzien zo uitdrukkelijk in de mogelijkheid van positieve acties: Richtlijn inzake gelijke behandeling ongeacht ras of etnische afstamming, artikel 5; richtlijn voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, artikel 7; richtlijn gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten, artikel 6; en ook met een licht verschillende formulering: richtlijn gendergelijkheid (herschikking), artikel 3. Het EU-Handvest van de grondrechten bevestigt ook dat speciale bescherming noodzakelijk is voor bepaalde groepen, met name: mannen en vrouwen (artikel 23), kinderen (artikel 24), ouderen (artikel 25) en personen met een handicap (artikel 26).

<sup>15</sup> 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 artikel 10 EVRM geschonden zijn, bijvoorbeeld: EHRM 16 juni 2015, Delfi t. Estland, nr. 64569/09.

<sup>16</sup> Bijvoorbeeld: EHRM 22 maart 2016, Sousa Goucha t. Polen, nr. 70434.

<sup>17</sup> Bijvoorbeeld: EHRM, Oršuš en anderen tegen Kroatië [Grote kamer], nr. 15766/03, 16 maart 2010; EHRM, Horváth en Kiss tegen Hongarije, nr. 11146/11, 29 januari 2013; EHRM, Çam tegen Turkije, nr. 51500/08, 23 februari 2016



verhuurders zich ten aanzien van huurders niet op fundamentele rechten, zoals het eigendomsrecht, kunnen beroepen.

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 m.i. geen voorwaarde uitmaken om in horizontale relaties aanspraak te maken op mensenrechtenbescherming. Ik zie dit ook niet terugkomen in de rechtspraak.

Ik meen dan ook dat er geen formele begrenzings 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 haar autonomie te verliezen. Er zijn ook auteurs die vrezen dat de invloed van mensenrechten op het privaatrecht veel nadelige gevolge kan hebben op de contractvrijheid en de private autonomie van partijen.<sup>18</sup> Deze kritieken gaan m.i. 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 haar interne eigenschappen, die gelegen zijn in de band tussen (private) personen. Als we spreken over privaatrecht in een moderne democratische rechtstaat, spreken we echter over een min of meer 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. Als we kijken naar het gemeen verbintenissenrecht, dat traditioneel een belangrijke rol toebedeelt aan de contractvrijheid en de partijautonomie, dan zien we dat het maatschappelijk veld waarop haar regels betrekking hebben als sinds de opkomst van de welvaartstaat beperkt worden door regels van dwingend recht en openbare orde die de werden ingevoerd met de opkomst van het arbeidsovereenkomstenrecht, de marktpraktijken, het bijzonder huurrecht, het milieurecht, de productnormeringen enz.

De zgn. instrumentalisering van het privaatrecht, waarmee wordt bedoeld dat het privaatrecht meer en meer wordt aangewend voor andere doelstellingen dan louter correctieve rechtvaardigheid en/of de bestending van de contractvrijheid,<sup>19</sup> is geen nieuw verschijnsel en ontwikkelt zich los van de horizontale werking van mensenrechten. Zij moet gekaderd worden in de opkomst van de welvaartstaat en de idee dat de wet er niet alleen voor moet zorgen dat burgers gelijk zijn voor de wet

---

<sup>18</sup> 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 & Comparative Law*, 2006, (195) 207 en R. Kay, 'The European Convention on Human Rights and the Control of Private Law', *European Human Rights Law Review* 2005, (466) 479.

<sup>19</sup> Zie bijvoorbeeld: M. Grimaldi, 'Les grandes lignes de l'évolution du Code civil en France depuis 1804', (2004) JT, no. 6137, p. 449

(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 a.h.v. 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 mensenrechten om in het privaatrecht aftekent, blijkt volgens mij uit de rechtspraak over niet-concurrentiebedingen. De rechtspraak neemt aan dat een niet-concurrentiebeding geldig is 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 te dienen.<sup>20</sup> De reden hierachter is dat een schuldenaar ten gevolge van een niet-concurrentiebeding niet beroofd mag worden van zijn mogelijkheid om een beroepsactiviteit uit te oefenen en in zijn levensonderhoud te voorzien. De vrijheid van de schuldenaar om nieuwe contracten te sluiten mag met andere woorden niet te veel worden ingeperkt 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.

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 niet zien in welke mate mensenrechten 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 het best geplaatst is om zijn rechtspositie ten aanzien van anderen te bepalen. Als mensen vrezen dat mensenrechten de contractvrijheid en/of de partijautonomie van partijen te veel zullen inperken, vrezen zij in feite dat het mensenrechtenrecht vertrekt vanuit een ander maatschappelijk uitgangspunt dan het privaatrecht en/of vrezen zij dat de doorwerking ertoe zal leiden dat de rechter zijn opvattingen over wat een goede samenleving is aan contractpartijen gaat opleggen en dat de balans tussen rechtszekerheid en rechtvaardigheid te veel naar die laatste zou doorslagen. Deze bezorgdheden verdienen onze aandacht. Ik denk ook dat er aandacht aan de proceseconomie moet worden verleend. 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) en om extra middelen op te werpen (ter invulling van een privaatrechtelijke norm of met het oog op de buiten toepassing verklaring ervan). Men dient erover te waken dat de wijze waarop mensenrechten in een concreet geschil doorwerken uiteindelijk ten dienste staan van de rechtvaardigheid, en niet van de partij met de langste adem.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> M. Nounckele, Z. Trusgnach en F. Lambinet, "Les clauses de non-concurrence en droit commun" in *La concurrence loyale et déloyale du travailleur*, Limal, Anthemis, 2013, (103) 108-119; M. Vansteenbeeck, "Concurrentieclausules" in *Gemeenrechtelijke clausules*, I, Antwerpen, Intersentia, 2013, (871) 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; Cass. 25 juni 2015, AR C.14.0008.F.

<sup>21</sup> In de rechtsleer werd bijvoorbeeld de vraag gesteld of artikel 35, §1 EVRM vereist dat partijen die benadeeld werden door de miskening 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

**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/genueanceerder als het gaat om grondrechten/fundamentele rechten en zo ja, welke is hiervan de achtergrond/kan hiervan de achtergrond zijn?**

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur zijn een bijzondere categorie van door de rechtspraak ontwikkelde beginselen waaraan administratieve overheden zich moeten houden als zij zich aan een taak van openbare dienst kwijten.<sup>22</sup> Het gaat o.m. om het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel, de hoorplicht, het evenredigheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel, het gelijkheidsbeginsel en de materiële motiveringsverplichting. Deze beginselen zijn ontwikkeld binnen het administratief recht en leggen gedragslijnen op aan de overheid wanneer zij met de burger in contact treedt. Zo schrijft het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel voor dat de rechtsonderhorige erop mag vertrouwen dat een overheid het door haar gewekte gerechtvaardigde vertrouwen inlost. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur nemen in het administratief recht een rol in die gelijkaardig is aan de algemene zorgvuldigheidsnorm in de buitencontractuele aansprakelijkheid en de aanvullende werking van de goede trouw in het contractenrecht. De algemene beginselen van behoorlijk bestuur leggen (aan de overheid) verplichtingen op die verder reiken dan alleen haar wettelijke verplichtingen (in zoverre zij uiteraard niet zelf gecodificeerd worden). Ze zijn echter alleen op de overheid (en niet op burgers) van toepassing en ze zijn meer concreet ingevuld dan de algemene zorgvuldigheidsnorm.

Algemene beginselen van behoorlijk bestuur en mensenrechten verschillen van elkaar doordat zij zich tegenover een andere bestemming richten en doordat zij een andere plaats in de normenhiërarchie innemen. Algemene beginselen van behoorlijk bestuur leggen gedragsnormen op aan administratieve overheden.<sup>23</sup> Mensenrechten dienen niet alleen nageleefd te worden door de uitvoerende macht, maar ook door de wetgevende en de rechterlijke macht. Het verschil in bestemming volgt logisch uit de normenhiërarchie, waar mensenrechten een plaats innemen boven de wet (de democratische wetgever dient de basisprincipes van het sociaal contract te respecteren), terwijl de algemene beginselen van behoorlijk 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

---

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, nr. 5, 288-302.

<sup>22</sup> Cass. 29 november 2004, RW 2006-07, 173, noot. Zie hierover: P. Popelier, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. Opdebeeck en M. Van Damme (eds.), *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die Keure, 2006, 3; A. Mast, J. Dujardin, M. Van Damme en J. Vanden Lanotte, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2021.

<sup>23</sup> Ik ga niet verder in op de vraag in hoeverre deze gelden ten aanzien van andere publieke rechtspersonen. Zie hierover o.m.: S. De Somers, "Principes eigen aan collegiale organen in het bestuursrecht" in S. de Somers (ed.), *Bestuursorganisatierecht*, Brugge, die Keure, 2020, 425.

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 entiteiten beknopt. Daar waar een private rechtspersoon of een publieke rechtspersoon die geen taak van openbare dienst uitoefent niet onderworpen is aan de beginselen van behoorlijk bestuur (maar wel aan de buitencontractuele foutaansprakelijkheid en de contractuele goede trouw), kunnen haar handelingen wel aanleiding geven tot een mensenrechtelijke veroordeling van de staat.

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

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

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

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

In de literatuur wordt een onderscheid gemaakt tussen de directe en de indirecte doorwerking van mensenrechten in horizontale relaties. Op basis van de directe werking zouden partijen zich in privaatrechtelijke geschillen tegenover elkaar rechtstreeks op mensenrechten kunnen beroepen. Bij een indirecte werking wordt de toepassing van mensenrechten in het privaatrecht alleen aanvaard voor het invullen van open normen (zoals bijvoorbeeld de openbare orde, de goede trouw of de zorgvuldigheidsnorm) door rechters of door het uitwerken van positieve verplichtingen van de wetgever om wetten te maken die de mensenrechten in horizontale relaties beschermen.<sup>24</sup>

De directe en indirecte horizontale werking hebben beiden hun voor- en nadelen. Dirix schreef: "*De eerste theorie doet immers te kort aan het privaatrecht, de tweede aan de mensenrechten.*"<sup>25</sup> De voordelen voor de directe- ten aanzien van de indirecte werking zouden vooral op het vlak

---

<sup>24</sup> Voor een uitgebreide bespreking zie: N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Leuven, Intersentia, 2009, 39-65.

<sup>25</sup> E. Dirix, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. Rimanque (ed.), *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (35) 49.

van effectiviteit en op proceseconomische vlak liggen.<sup>26</sup> Als nadeel van de directe ten aanzien van de indirecte werking wordt dan weer gewezen op het aantasten van de rechtszekerheid, het negeren van de ervaring van het privaatrecht<sup>27</sup> en het indruisen tegen het juridisch positivisme.<sup>28</sup>

Het onderscheid tussen de directe- en de indirecte horizontale werking mag echter niet overdreven worden. De vraag of een stelsel directe of indirecte werking toestaat, is in de praktijk soms moeilijk te bepalen. Ik neem het EU-Handvest als voorbeeld. Het EHV oordeelde dat partijen zich in private geschillen in bepaalde omstandigheden op het EU-Handvest<sup>29</sup> kunnen beroepen om nationale bepalingen buiten toepassing te laten.<sup>30</sup> Met die mogelijkheid moet volgens het Hof wel voorzichtig omgegaan worden. Als de rechter een strijdigheid tussen een nationale wet en het EU-handvest vaststelt moet hij eerst proberen om de nationale regel zo veel mogelijk in overeenstemming met de bepalingen van het EU-Handvest uit te leggen.<sup>31</sup> Alleen als blijkt dat dit niet mogelijk is, kan hij de nationale wet in bepaalde gevallen buiten toepassing laten en zich rechtstreeks op bepalingen van het EU-Handvest beroepen. Daarvoor is wel vereist dat de bepaling van het EU-Handvest "*op zich volstaat om aan particulieren een subjectief recht te verlenen waarop als zodanig een beroep kan worden gedaan*"<sup>32</sup> Dit houdt in dat de bepaling geen uitvoeringsmaatregelen nodig heeft op EU- of nationaal niveau. Dit is bijvoorbeeld het geval voor artikel 21, lid 1, van het EU-Handvest voor wat betreft non-discriminatie op grond van leeftijd, maar niet voor artikel 27 van het 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 van het 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 aldus een behoorlijk verregaande directe horizontale werking, maar in zoverre het nog steunt op een vorm van overheidsaansprakelijkheid, is haar horizontale werking slechts indirect.

In België is het vaste rechtspraak dat de burgerlijke rechter bevoegd is om wetgeving buiten toepassing te laten als deze strijdig is met een internationaal verdrag dat directe werking heeft in de Belgische rechtsorde.<sup>33</sup> Omdat het EVRM rechtstreekse werking heeft, kan een partij zich erop beroepen. Dit geeft de rechter de mogelijkheid om, naar analogie met het EH-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

---

<sup>26</sup> In deze zin: W. Rauws en W. Schyvens, "De bescherming van werknemersgrondrechten binnen de individuele arbeidsverhouding" in K. Rimanque (ed.), *De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (147) 182.

<sup>27</sup> J. SMITS, "Constitutionalisering van het vermogensrecht" in X. (ed.), *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*, Deventer, Kluwer, 2003, (1) 57.

<sup>28</sup> In deze zin: K. RIMANQUE en P. PEETERS, "De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling", in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, (1) 17.

<sup>29</sup> of bijvoorbeeld richtlijn nr. 2000/78/EG tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep: EHV 19 januari 2010, C-555/07 *Kücükdeveci*.

<sup>30</sup> EHV 15 januari 2014, C-176/12 *Association de médiation sociale*.

<sup>31</sup> EHV 16 september 2010, C-149/10, *Chatzi*.

<sup>32</sup> EHV 15 januari 2014, C-176/12 *Association de médiation sociale*.

<sup>33</sup> Cass. 27 mei 1971, NV Fromagerie Franco-Suisse Le Ski, Arr.Cass. 1971, 959.

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 futaansprakelijkheid, de contractuele aansprakelijkheid of het rechtsmisbruik, maar niet op basis van het mensenrecht. 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. Er is ook rechtspraak waaruit blijkt dat

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 in wiens nadeel een wet buiten toepassing wordt verklaard ook mogelijk moet zijn om zich tegen hun contractuele of buitencontractuele aansprakelijkheid te verweren 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 OBW, 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 futaansprakelijkheid zodanig ingevuld aan de hand van de artikelen 8 en 10 van het EVRM,<sup>34</sup> dat er m.i. nog nauwelijks een verschil bestaat tussen een directe en indirecte rechtstreekse doorwerking van mensenrechten. In dezelfde zin lijkt er ook rechtspraak te zijn waarin een contractueel beding strijdig wordt bevonden met een mensenrecht,<sup>35</sup> waarbij gesteld kan worden dat dit gevolg perfect bereikt kan worden door het mensenrecht als een invulling van de openbare orde te zien of het rechtsmisbruik. Een minder duidelijk beeld komt naar voren uit rechtspraak waarin mensenrechten worden toegepast op tuchtrechtelijke beslissingen in bijvoorbeeld de sportwereld.<sup>36</sup>

---

<sup>34</sup> 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 artikel 1382 OBW – Gent 9 december 2021, 2020/AR.952.

<sup>35</sup> Bijvoorbeeld een huurprijsherzieningsbedingen voor het houden van een huisdier Vred. Willebroek 27 januari 2020, 19A595, *onuitgegeven* (weergave juristenkrant 26 februari 2020, p3 en i.v.m. een verbod op het houden van een huisdier vred. Aalst 12 mei 2015, *T. Huur* 2016, 134. Merk ook op dat de rechtsleer in dit verband vaak eenvoudig stelt dat “reglementen van mede-eigendom” als zodanig kunnen worden getoetst aan artikel 8 EVRM, zonder diepgaand in te gaan op de vraag of en hoe mensenrechten verplichtingen opleggen aan verenigingen van mede-eigendom: bijv. R. Timmermans, “Onrechtmatige bedingen”, R. Timmermans, *Handboek appartementsrecht*, Deel1, XV.N, (408), 414 e.v.

<sup>36</sup> Zie: R. D’Haese, “C. Jenart, “Zelfregulering en de bescherming van grondrechten: de *casus* van doping in de elitesport”, *TBP* 2016, 279-299.

In de Belgische context moet verder nog opgemerkt worden dat de burgerlijk rechter in beginsel niet bevoegd is om wetgeving aan de Grondwet te toetsen.<sup>37</sup> Als er zich in een burgerlijk geschil een vraag stelt naar de verzoenbaarheid van wetgeving met de Grondwet, dan kan hij die wet weliswaar buiten toepassing laten, maar moet hij – op een aantal uitzonderingen na<sup>38</sup> – eerst een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof stellen. Het moet in dit verband opgemerkt worden dat veel mensenrechten door zowel 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 om, wanneer een partij voor een rechtscollège 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, behalve als de Grondwettelijke bepaling klaarblijkelijk niet is geschonden (*acte clair*) of als uit een arrest van het Grondwettelijk Hof, het EJV of het EHRM blijkt dat de bepaling van Titel II van de Grondwet respectievelijk internationaal recht is geschonden (*acte éclairé*). Als het Grondwettelijk Hof bij zijn toetsing aan de desbetreffende grondwetsbepaling, in samenhang gelezen met de analoge verdragsbepaling, een schending vaststelt, moet de verwijzende rechter die bepaling buiten toepassing laten. Stelt het Grondwettelijk Hof geen schending vast, dan blijft de verwijzende rechter bevoegd om die bepaling aan het EVRM te toetsen.<sup>39</sup> De rechtvaardiging voor artikel 26, §4 ligt in de specialisatie van het Grondwettelijk Hof, het ruime gezag van gewijsde van haar 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 bevestigd 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 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 naar gelang zij invloed heeft op bijvoorbeeld het arbeidsrecht, het strafrecht en/of het verbintenissenrecht, zodat men zich kan afvragen of niet 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.

---

<sup>37</sup> Cass. 3 mei 1974, RW 1974-75, 77; Cass. 25 juni 1974, RW 1974-75, 108.

<sup>38</sup> Artikel 26, §2 Van de Bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof. 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.

<sup>39</sup> 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 en W. Verrijdt, *Liber amicorum Marc Bossuyt*, Antwerpen, Intersentia, 2013, 681-693; J. Velaers, “Artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof: naar een nieuw evenwicht tussen de rechtscollèges bij samenloop van grondrechten”, *TBP* 2010, 387-410.

Een meer pertinente vraag die de invloed van het Grondwettelijk Hof op het privaatrecht opwerpt, is of het ruime gerechtelijke landschap in België niet ingrijpend 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 haar rechtspraak over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel op de privaatrechtelijke verjaring de doos van Pandora had geopend.<sup>40</sup> Telkens wanneer het Grondwettelijk Hof vaststelt dat de toepassing van een privaatrechtelijke regel in een bepaald geval, en 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 benaarstigen, versterkt de rechtspraak op basis van het gelijkheidsbeginsel op die manier de intrinsieke rechtmatigheid 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 van de Belgische Grondwet dat voorziet in getrapte aansprakelijkheid voor drukpersmisdrijven met als doel om private censuur te vermijden. Omdat deze bepaling ook in burgerlijke zaken toepassing vindt,<sup>41</sup> heeft dit onder meer tot gevolg dat de aansprakelijkheidsbeperking voor werknemers die is vervat in artikel 18 W.A.O. niet van toepassing is voor journalisten die via een arbeidscontract zijn tewerkgesteld.<sup>42</sup> Het toenmalige Arbitragehof oordeelde dat het bij de invoering van artikel 18 W.A.O. niet de bedoeling van de wetgever kan zijn geweest om de grondwet te schenden.<sup>43</sup> Artikel 25 van de Grondwet maakt het zo te 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 privaat vorderingsrecht moet aannemen.

---

<sup>40</sup> 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.

<sup>41</sup> Cass. 31 mei 1996, *JT* 597.

<sup>42</sup> Arbitragehof 22 maart 2006, nr. 47/2006.

<sup>43</sup> Dit gaat voort op de zgn. *Waleffe*-doctrine: Cass. 10 april 1950, *Arr.Verbr.* 1950, 517.



***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 die – 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 geplaagd zou worden door 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 voorzorgmaatregelen. 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), dan kan men de algemene zorgvuldigheidsnorm en de proportionaliteitstoets volgens mij moeilijk van elkaar onderscheiden.

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 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.<sup>44</sup> 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, valt moeilijk in te schatten. Elke zaak is uniek en de uitkomst van een zaak hangt ook af van aangevoerde argumenten, zodat procedures waarin mensenrechten werden aangehaald niet één op één vergeleken kunnen worden met procedures waarin dit niet gebeurde. De mensenrechtentoets, met haar inhoudelijke handvaten, kan een bepaald licht op een zaak werpen die anders misschien niet aan bod zou zijn gekomen.<sup>45</sup> In de meeste gevallen denk ik echter dat een rechter, in zoverre de

---

<sup>44</sup> Zie randnummer **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.**

<sup>45</sup> 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 artikel 8 EVRM (zie bijvoorbeeld over een beschikking van de voorzitter van de eerste rechtbank van eerste aanleg te Brussel: S. Declercq en W. Vandenbussche "People of Tomorrow

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

Om na te gaan of een overheid strenger wordt bejegend als een private persoon wanneer zij privaatrechtelijke handelingen stelt, is het nodig om te kijken naar diensten die de overheid verleent en die ook door private personen geleverd worden en waarin mogelijk mensenrechtenschendingen voorkomen. Dit is bijvoorbeeld het geval in de ziekte- en de ouderenzorg.<sup>46</sup> De vraag of reglementen van ziekenhuizen en woonzorgcentra en de maatregelen die zij nemen, bijvoorbeeld in het kader van de COVID-pandemie, verzoenbaar zijn met artikel 8 EVRM, is al het onderwerp geweest van rechtsleer.<sup>47</sup> Er is in dit verband rechtspraak over bijvoorbeeld het houden van huisdieren in een zorginstelling, doch daarin wordt naar mijn weten geen onderscheid gemaakt tussen private en publiekrechtelijke instellingen. Een andere context waarin de overheid vaak privaatrechtelijke handelingen stelt, is in het arbeidsrecht. Er is rechtspraak terug te vinden waarin handelingen van werkgevers om hun werknemers te monitoren, zoals camera's en *track- en trace-systemen*, worden

---

ontzeg je niet zomaar de toegang", *juristenkrant* 2017, nr? 355, p 12; B. Devolder, "Terbeschikkingstelling van kamers en woningen via een internetplatform: verboden bestemmingswijziging en onderhuur?", *TBBR* 2016, nr? 7, (378) 381 e.v.) of in geschillen die raken aan het recht om informatie omtrent de afstamming te weten (bijv. 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).

<sup>46</sup> Waarbij opgemerkt dient te worden dat de Raad van state oordeelde dat het bezoekenreglement van een niet-commercieel ziekenhuis geen uitdrukking is van een bevoegdheid om als administratieve overheid eenzijdige rechtshandelingen te stellen, maar wel voortvloeit uit de prerogatieven van het eigendomsrecht: RvS 2008, *TBO* 2009, 165. Het dient bijgevolg aangenomen te worden dat de reglementen aangaande bijvoorbeeld bezoek en algemene huishoudelijke regels van een zorginstelling op contractuele leest zijn gestoeld, ongeacht de zorginstelling een publiek- dan wel een private entiteit uitmaakt.

<sup>47</sup> N. Broeckx, "Bezoek- en huisdierclausules" in F. DEWALLENS (ed.), *Medische dienstencontracten*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 413-436; C. Cuypers, "Het statuut van het ziekenhuis naar Belgisch recht. Een openbare plaats toegankelijk voor derden?", *T.Gez.* 22/23, 330-349. T. Opgenhaffen, *Vrijheidsbeperking in de zorg*, Antwerpen, Intersentia, 2020, 460 e.v.

getoetst aan artikel 8 EVRM en rechtspraak inzake discriminatierecht over o.m. ontslag naar aanleiding van een gezondheidstoestand.

Waar in de rechtspraak wel een duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen private en publieke entiteiten, betreft de uitoefening van het opzegrecht en de uithuiszetting. In die rechtspraak worden sociale verhuurders strenger bejegend als private verhuurders. In dit verband kan verwezen worden naar een vonnis waarin aan de overheid een verplichting werd opgelegd om een geschikt terrein te voorzien voor woonwagenbewoners en niet aan de eigenaar van de door die bewoners bezette grond<sup>48</sup> en oordeelt een vrederechter te Elsene in een zaak waarin een uithuiszetting door een private verhuurder werd aangevochten dat de verhuurders niet de rol van het OCMW moest overnemen en toelaten dat de huurders huurachterstallen opbouwden. Dat een sociale woonmaatschappij vanuit een mensenrechtelijk oogpunt strenger wordt bejegend bij een opzeg en/of uithuiszetting is m.i. logisch te begrijpen als we ervan uitgaan dat mensenrechten slechts indirect in private relaties doorwerken en geen rechtstreekse verplichtingen aan private personen opleggen. Het EHRM heeft deze zienswijze ook uitdrukkelijk bevestigd.<sup>49</sup> Het GwH 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 van de Grondwet, 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 zgn. 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 in het algemeen 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?): 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? Maakt de rechtsverhouding waarom het gaat (publiek- of privaatrechtelijk) daarbij verschil? Zijn er verschillen tussen Nederland en België?***

---

<sup>48</sup> Vred. Verviers 30 juni 2000, *Echos log.* 2000, afl. 4, 119, noot L. Tholomé.

<sup>49</sup> EHRM 6 november 2018, nr. 76.202/16, F.J.M. t. 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* 2020/4, 219-230.

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 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 nietig moet verklaren wegens strijdigheid met de openbare orde.<sup>50</sup> Het komt inderdaad over dat de openbare orde aan de hand van de mensenrechtentoets kan worden ingevuld, omdat de mensenrechten uitdrukking geven aan de essentiële belangen van de gemeenschap en/of de grondslagen waarop de economische of morele orde van de maatschappij rust.<sup>51</sup>

Als mensenrechten de openbare orde raken, zou de rechter een eventuele mensenrechtenschending ook ambtshalve moeten opwerpen. In de praktijk zien we dat rechters mensenrechten vaak ambtshalve toepassen bij de behandeling van eenzijdige verzoekschriften. In dergelijke procedures wordt niet alleen getoetst aan de vereisten van artikel 6 EVRM, welk element mee wordt betrokken in de beoordeling of het volstrekt noodzakelijk is om een maatregel te bekomen op basis van een eenzijdig verzoekschrift en niet op basis van een vordering op tegenspraak, maar ook aan de vereisten van artikel 8 (wanneer via eenzijdig verzoekschrift machtiging wordt gevraagd om een woning of bedrijf van iemand anders te betreden en/of om digitale data uit te lezen) en artikel 10 EVRM (wanneer bij eenzijdig verzoekschrift aan de rechter wordt gevraagd om een spreek- of publicatieverbod op te leggen). Dat de rechter in dergelijke gevallen ambtshalve de mensenrechtelijke proportionaliteitstoets toepast, volgt m.i. 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 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 eenzijdig 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 cassatierechtspraak waarin middelen op basis van het EVRM die voor het eerst voor het Hof worden opgeworpen, onontvankelijk worden verklaard omdat zij pas voor het eerst in graad van Cassatie worden opgeworpen.<sup>52</sup> Die rechtspraak toont aan dat een mensenrechtenschending de openbare orde niet *ipso facto* raakt. Aangezien het Hof van Cassatie - zoals eerder aangegeven, aanvaardt dat de openbare orde wordt ingevuld door mensenrechten, zal een partij die zich voor het eerst in graad van Cassatie op mensenrechten beroept zich m.i. op de openbare orde moeten beroepen en de mensenrechten moeten gebruiken ter invulling

---

<sup>50</sup> Door bijvoorbeeld N. Van Leuven en Ganshf Van Der meersch.

<sup>51</sup> Wat geïllustreerd wordt in een principiële arrest van het Hof van Cassatie waarin het de praktijken inzake voetbaltransfers toetste aan o.m. artikel 4 EVRM: Cass. 29 september 2008, *Pas.* 2008, 2076, *JT* 2008, 8330 en *JTT* 2008, 464, noot M. Wantiez.

<sup>52</sup> Bijvoorbeeld: Cass. 11 februari 2005, *Arr. Cass.* 2005, 358, *Pas.* 2005, 352.

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.

***Vraag 9 (wensenlijst): Welke wensen zijn in verband met het onderwerp van deze meeting te formuleren uit oogpunt van de missie van het Platform: een optimale wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht en het voorkomen van onnodige verschillen tussen die twee werelden?***

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 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 op 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.