

Privaatrecht en grondrechten in België: een publiekrechtelijke blik

Willem Verrijdt¹

1. Inleiding

Het Nationaal Congres, dat de Grondwet van 7 februari 1831 voorbereidde, vatte het briefgeheim in het huidige art. 29 Gw. op als een klassiek afweerrecht tegen de overheid: de overheid mocht geen misbruik maken van haar monopolie op de postbedeling om kennis te nemen van de inhoud van privécorrespondentie. Zoals met de meeste grondwetsbepalingen zette het Nationaal Congres zich hiermee af tegen de praktijk onder het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden, waar het gebruikelijk was dat de gerechtelijke autoriteiten om de haverklap bij de postdiensten binnenvielen om alle brieven te lezen.² Die specifieke ontstaansreden weerhield het Hof van Cassatie er niet van om al in 1913 horizontale werking toe te kennen aan het briefgeheim. Het oordeelde dat de briefwisseling tussen een echtgenoot en zijn minnares mocht worden aangevoerd tijdens de echtscheidingsprocedure, tenzij indien de bedrogen echtgenote die correspondentie met schending van het grondwettelijk gewaarborgde briefgeheim had bekommen.³

Het leerstuk van de doorwerking van de grondrechten in het privaatrecht is dus niet nieuw.⁴ Wel is het meer dan ooit actueel, omdat procespartijen regelmatig grondrechten inroepen in hun privaatrechtelijke geschillen, hetzij als onmiddellijk toepasselijke norm, hetzij als toetsingsnorm voor de toepasselijke privaatrechtelijke normen. De partij die het geldende recht niet aan zijn kant heeft, heeft er immers baat bij de geldigheid daarvan in vraag te stellen. De vraag of die doorwerking ook een invloed heeft op de convergentie van publiek- en privaatrecht, is evenwel niet eenvoudig, laat staan eenduidig te beantwoorden.

De indeling van dit preadvies sluit aan bij de vragen geformuleerd door het *Platform publiek- en privaatrecht in dialoog*. Bij wijze van inleiding is eerst enige verduidelijking nodig over de terminologie (1.1) en de bevoegde rechter (1.2). Daarna volgt een typologie van de uiteenlopende manieren waarop de grondrechten doorwerken in het privaatrecht (2.1-2.5). De concepten en technieken waarmee die doorwerking plaatsvindt, komen vervolgens aan bod, met aandacht voor de rol van het overheidsgezag (3.1) en de machtspositie (3.2), de voorkeur voor directe of indirecte horizontale werking (3.3), de evenredigheidstoets (3.4), het conflict van grondrechten (3.5) en de resulterende vragen naar de meerwaarde van grondrechten voor horizontale verhoudingen en van het privaatrecht voor de doorwerking van grondrechten (3.6). Enkele bijzondere vraagstukken zijn de invloed van de privatisering van overheidstaken (4.1-4.2), de vraag naar de overlevingskansen van het privaatrecht (5), en de relevantie van het begrip “openbare orde” (7). Een cruciale vaststelling is dat er toepassingsverschillen blijven bestaan naargelang de grondrechten in verticale of in horizontale verhoudingen worden toegepast, omdat er nu eenmaal fundamentele verschillen blijven bestaan tussen de overheid en de burger (6.1-6.2 en 8.1-8.2).

¹ Rechter in het Grondwettelijk Hof; wetenschappelijk medewerker aan de KU Leuven. De auteur schrijft in eigen naam.

² E. Huyttens, *Discussions du Congrès National de Belgique 1830-1831*, I, Société Typographique belge, 1844, p. 667.

³ Cass. 27 februari 1913, *Pas.* 1913, I, p. 123.

⁴ Bv. A. Drzemczewski, ‘La Convention européenne des droits de l’homme et les rapports entre particuliers’, *CDE* 1980, pp. 3-24; K. Rimanque (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen: Kluwer 1982, 461 p.; D. Spielmann, *L’effet potentiel de la Convention européenne des droits de l’homme entre personnes privées*, Brussel: Bruylant 1995, 160 p.

1.1. Terminologie

Eerst past enige terminologische verduidelijking. De Belgische rechtsleer hanteert de termen grondrechten, mensenrechten, fundamentele rechten en rechten van de mens doorgaans als synoniemen. Ik gebruik hierna alleen de term “grondrechten”. De doorwerking hiervan in “verticale relaties”, d.i. in de verhouding tussen de burger en de overheid, is evident: zij zijn immers net uitgedacht om de burger te beschermen tegen de overheid.⁵ Hun doorwerking in “horizontale relaties”, d.i. de verhouding tussen particulieren onderling, is controversiëler.

Dat begrip “horizontale verhouding” dekt veel meer dan de louter contractuele relatie: het gaat om alle gevallen waarin de ene particulier een juridisch afdwingbare aanspraak, gebaseerd op een subjectief recht, heeft op een andere. Het kan dus ook gaan om precontractuele of buitencontractuele vorderingen, arbeidsverhoudingen in de publieke of private sector, afstammingsbetwistingen, onderwijsrelaties, etc. Die andere partij in een horizontale verhouding kan in bepaalde gevallen een overheid zijn, namelijk wanneer die laatste zich niet vanuit haar openbaar gezag, maar zoals een private partij in het rechtsverkeer begeeft.

Het begrip “doorwerking” wordt door juristen om de haverklap gebruikt, maar omzeggens nooit gedefinieerd. De Valks Juridisch Woordenboek bevat dit lemma niet.⁶ In hetgeen volgt wordt “doorwerking” opgevat als een koepelbegrip dat alle mogelijke manieren omvat waarop de internationale en grondwettelijk gewaarborgde grondrechten van toepassing kunnen zijn op verticale of horizontale relaties.⁷ Die doorwerking kan onder meer slaan op de wettelijke concretisering van grondrechten (zie 2.1), de zogenaamde semi-verticale doorwerking (zie 2.2), het leerstuk van de positieve verplichtingen (zie 2.3), en de directe (zie 2.4.1) en indirecte (zie 2.4.2) horizontale werking.

De termen derdenwerking, horizontale werking en *Drittwirkung* zijn synoniemen,⁸ maar hun betekenis is niet steeds duidelijk. Sommige auteurs geven die begrippen dezelfde draagwijdte als het koepelbegrip “doorwerking in horizontale relaties”,⁹ maar het is aangewezen die termen goed te onderscheiden. Van horizontale werking *sensu stricto* is slechts sprake indien de rechter toepassing van grondrechten maakt in horizontale rechtsgedingen.¹⁰ In wat volgt, heb ik het steeds over de “horizontale werking” van grondrechten, omdat het begrip “derdenwerking” in een contractuele context tot verwarring kan leiden.¹¹

⁵ E. Dirix, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K. Rimanque (ed.), *l.c.*, pp. 37-40; S. Van Drooghenbroeck, “L’horizontalisation des droits de l’homme”, in H. Dumont, F. Ost en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *La responsabilité, face cachée des droits de l’homme*, Brussel: Bruylant, 2005, pp. 355-356; N. Van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen: Intersentia, 2009, pp. 17-18.

⁶ B. Tilleman, S. Lierman & V. Sagaert (eds.), *De Valks Juridisch Woordenboek*, Antwerpen: Intersentia, 2020, p. 140.

⁷ J.-S. Vanwijngaerden, “De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden”, *Jura Falconis* 2007-2008, pp. 222-223.

⁸ Zie bv. A. Alen & K. Muylle, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Mechelen: Kluwer 2012, p. 76.

⁹ F. Delpérée, *Le droit constitutionnel de la Belgique*, Brussel: Bruylant, 2000, p. 280; W. Van Gerven en S. Lierman, *Algemeen deel. Veertig jaar later*, Mechelen: Kluwer, 2010, p. 387; J. Velaers, “De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet”, in UFSIA (ed.), *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen: Maklu, 2003, p. 289.

¹⁰ K. Rimanque & P. Peeters, “De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene problemstelling”, in K. Rimanque (ed.), *l.c.*, p. 11; J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, pp. 220-222.

¹¹ De derdenwerking van overeenkomsten slaat immers op de effecten van een tussen twee partijen gesloten overeenkomst, die in beginsel slechts rechten en verplichtingen voor die partijen in het leven roept, op de

Begripsverwarring is er vooral over de termen “directe” en “indirecte” horizontale werking. Sommige auteurs¹² gebruiken die adjectieven om een onderscheid te maken in functie van de verwerende partij. Van directe horizontale werking is dan sprake indien men de particulier die een grondrecht schendt, zelf in rechte kan aanspreken, terwijl de indirecte horizontale werking duidt op de situatie waarin men die particulier niet zelf voor de rechter kan dagen, maar zijn pijlen moet richten op de overheid die niet genoeg gedaan heeft om de grondrechtenschending door die particulier te voorkomen. Die invulling van het concept “indirecte horizontale werking” valt veelal samen met de positieve verplichtingen die het EVRM oplegt (zie 2.3).

Andere auteurs gebruiken het onderscheid tussen “directe” en “indirecte” horizontale werking om, in navolging van het Duitse onderscheid tussen *unmittelbare* en *mittelbare Drittwirkung*, aan te geven hoe indringend de rechter grondrechten mag toepassen in een geschil tussen private partijen.¹³ Directe horizontale werking betekent dan dat particulieren zich tegenover elkaar in rechte kunnen beroepen op grondrechten (zie 2.4.1), terwijl indirecte horizontale werking inhoudt dat de grondrechten slechts in private verhoudingen doorsijpelen bij de invulling van een regel of beginsel van privaatrecht (zie 2.4.2). Hierna hanteer ik de termen “directe” en “indirecte” horizontale werking in die tweede betekenis.

1.2. Bevoegde rechter

Krachtens art. 144, eerste lid Gw. behoren de geschillen over burgerlijke rechten bij uitsluiting tot de bevoegdheid van de justitiële rechter. Subjectieve rechten worden dus via de justitiële rechter afgedwongen, ook tegen de overheid.¹⁴ Rechtspraak die de grondrechten toepast in horizontale verhoudingen, zal dus vooral van de burgerlijke kamers van de rechtbanken van eerste aanleg en hoven van beroep komen, onder toezicht van het Hof van Cassatie. In arbeidsverhoudingen gaat het om de arbeidsrechtbanken en arbeidshoven, eveneens onder toezicht van het Hof van Cassatie.

De Raad van State, afdeling bestuursrechtspraak speelt in het verhaal van de doorwerking van grondrechten in private verhoudingen geen rol van betekenis. Hij mag slechts kennis nemen van annulatieberoepen tegen eenzijdige overheidshandelingen met een individuele of reglementaire draagwijdte¹⁵ en is dus - behoudens het leerstuk van de afsplitsbare akte - niet bevoegd om kennis te nemen van een annulatieberoep tegen een overeenkomst tussen een

rechtspositie van derden (N. Carette, *Derdenbeding*, Antwerpen: Intersentia, 2012, pp. 17-22). De derdenwerking of horizontale werking van grondrechten slaat daarentegen vooral op de rechten en verplichtingen van de contractpartijen - of ruimer: de partijen bij de horizontale verhouding - zelf.

¹² Bv. A. Alen & K. Muylle, *o.c.*, pp. 76-77 en 802-807; Y. Lejeune, *Droit constitutionnel belge. Fondements et institutions*, 4^e édition refondue, Brussel: Larcier, 2021, pp. 399-400; S. Smis, *Handboek mensenrechten*, Antwerpen: Intersentia, 2011; 231-232; S. Sottiaux, *Grondwettelijk recht*, Antwerpen: Intersentia, 2021, p. 307; J. Vande Lanotte e.a., *Belgisch Publiekrecht*, Brugge: die Keure, 2015, p. 271. Ook in *De Valks Juridisch Woordenboek 2020* komt het begrip “indirecte horizontale werking” alleen in deze betekenis voor (p. 217).

¹³ R. Jafferli, “The horizontal effect of human rights: A typology of the methods of reasoning applied by Belgian courts”, in B. Heiderhoff, S. Lohsse & R. Schulze (eds.), *EU-Grundrechte und Privatrecht*, Baden-Baden: Nomos, 2016, 150; P. Lemmens en N. Van Leuven, “Les destinataires des droits constitutionnels”, in M. Verdussen & N. Bonbled (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique*, I, Brussel: Bruylant, 2011, 141-143; S. Somers, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde*, Antwerpen: Intersentia, 2016, 50-51; S. Sottiaux, *o.c.*, 311-312; J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, 229-231.

¹⁴ Bv. Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193; Cass. 24 juni 2010, *RW* 2010-11, noot S. Lierman, p. 1227.

¹⁵ Art. 14, § 1, RvS-Wet; M. Pâques, *Contentieux administratif*, Brussel: Larcier, 2023, pp. 334-335 en 347-348.

particulier en een overheid,¹⁶ noch tegen een rechtshandeling waarbij de overheid een door haar gesloten overeenkomst interpreteert of beëindigt.¹⁷ Een derde die wordt benadeeld door de overeenkomst, kan rechtstreeks bij de justitiële rechter de nietigheid van de overeenkomst tussen een overheid en een particulier aanvoeren.¹⁸ Met toepassing van art. 159 Gw. mag de justitiële rechter ook de afsplitsbare akte, zoals de beslissing van de overheid om te contracteren, op incidentele wijze buiten toepassing verklaren, om daar vervolgens uit af te leiden dat de overeenkomst nietig is.¹⁹

Het Grondwettelijk Hof en de supranationale rechtscolleges spelen een grotere rol. Wetgeving die de verhouding tussen particulieren regelt, kan immers ook in strijd met de grondrechten zijn, en de sanctionering daarvan door het bevoegde rechtscollege kan op haar beurt doorwerken naar horizontale relaties. Dit is het geval wanneer het Grondwettelijk Hof wetgeving vernietigt of ongrondwettig verklaart (zie 2.2), maar ook wanneer de justitiële rechter, al dan niet in een prejudiciële dialoog met het Hof van Justitie, wetgeving die horizontale situaties beheerst in strijd met het Europees Unierecht verklaart (2.4). De rol van het EHRM situeert zich in het gekende leerstuk van de positieve verplichtingen (2.3).

Ook niet-rechterlijke overheidsinstellingen kunnen zich inlaten met grondrechten in private verhoudingen, al zijn zij niet bevoegd om privaatrechtelijke geschillen te beslechten. Discriminaties in horizontale relaties kunnen, afhankelijk van de materie en de aard van de schending, worden voorgelegd aan Unia, aan het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen (IGVM) en aan de Geschillenkamer van het Vlaams Mensenrechteninstituut (VMRI). Unia kan een bemiddelende rol opnemen of zich als partij bij een burgerlijke of strafrechtelijke procedure voegen; het IGVM heeft alleen die laatste rol. De recent opgerichte Geschillenkamer van het VMRI kan klachten behandelen, maar zijn adviezen zijn niet bindend. Privacyschendingen in horizontale verhoudingen kunnen worden voorgelegd aan de Gegevensbeschermingsautoriteit, die kan bemiddelen en klachten kan behandelen. Zij mag sancties opleggen aan de overtreder, maar kan geen schadevergoeding toekennen aan de klager.

2. Doorwerking van grondrechten in private verhoudingen²⁰

2.1. Wetgevende concretisering van grondrechten

Een eerste frequent gehanteerde techniek van doorwerking van grondrechten in horizontale relaties is de wetgevende implementatie ervan. Deze vorm van doorwerking werkt *ex ante* en preventief, omdat zij de horizontale verhouding beheerst voordat de beweerde grondrechtenschending plaatsvindt en meestal zelfs voordat die verhouding ontstaat.²¹ Het grote belang hiervan hoeft niet te verwonderen, nu de opstellers van de vroegste grondrechtencatalogi de grondrechten niet opvatten als subjectieve rechten die door de rechter konden worden afgedwongen, maar als morele aspiraties die door de wetgever verder moesten

¹⁶ RvS 8 juni 1973, *sprl Hardy*, nr. 15.910; RvS 4 maart 2016, *Goedseels*, nr. 234.035; RvS 3 juli 2020, *SA I'll be Bag*, nr. 247.995.

¹⁷ RvS 30 november 2021, *Teresinski*, nr. 252.263; RvS 25 oktober 2022, *Scheveneels*, nr. 254.879.

¹⁸ Cass. 22 januari 2021, *RW 2021-2022*, 998-1005.

¹⁹ Brussel 18 november 2011, 2008/AR/3008, MCP 2012, p. 442.

²⁰ Zie voor eerdere typologieën R. Jafferoli, *o.c.*, 149-169; J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, 217-249.

²¹ J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, 224.

worden geconcretiseerd.²² Zelfs vandaag is er nog discussie over de vraag of de Grondwet en het EVRM wel verplichtingen aan particulieren opleggen. Daarnaast staat het in de eerste plaats aan de wetgever om de positieve verplichtingen (zie 2.3) die de grondrechten hem opleggen, ten uitvoer te leggen.²³

Een belangrijk voordeel van de wetgevende implementatie van grondrechten is haar hogere graad van detail in vergelijking met de veel vager geformuleerde verdrags- en grondwetsbepalingen. Wetgeving hanteert doorgaans een gedetailleerder begrippenkader, creëert door haar duidelijke formulering subjectieve rechten, en bevat vaak een specifiek sanctieapparaat. Maar die detailgraad is meteen ook haar grote zwakte: als gevolg van maatschappelijke en technologische ontwikkelingen kunnen haar toepassingsgebied en inhoudelijke waarborgen al snel achterhaald zijn, zodat zij niet langer alle situaties viseert die zij zou moeten viseren.²⁴ In België is de toetsing van dat onaangepaste toepassingsgebied aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof hiervoor de geëigende remedie (zie 2.2).

Ook wanneer zij niet door de feiten achterhaald wordt, moet wetgeving die de grondrechten beoogt te implementeren, die grondrechten uiteraard zelf eerbiedigen. Zo vernietigde het Grondwettelijk Hof het te beperkte toepassingsgebied van de eerste antidiscriminatiewet omdat zij niet van toepassing was op de discriminatiegronden “taal” en “politieke overtuiging”.²⁵ Eenzelfde verruimende vernietiging trof de tweede antidiscriminatiewet, omdat zij niet de “syndicale overtuiging” als beschermd criterium omvatte.²⁶ Wanneer de wetgever optreedt om een evenwicht tussen botsende grondrechten te bewerkstelligen, komt hem in de toetsing van die wetgeving aan de grondrechten uiteraard een ruime appreciatiemarge toe,²⁷ maar deze is niet onbegrensd: de krakerswet,²⁸ die een evenwicht wou bewerkstelligen tussen het recht van de eigenaar op ongestoord genot van zijn eigendom en het recht op huisvesting van de kraker, schond zo het recht op toegang tot een onafhankelijke rechter, omdat het bevel tot ontruiming in bepaalde gevallen kon worden gegeven door de procureur des Konings.²⁹

2.1.1. Wetgevende implementatie van grondrechten in het Belgische recht

²² S. Somers, *o.c.*, 44-45, die toevoegt dat burgerlijk recht in zekere zin als een vorm van toegepast grondwettelijk recht kan worden beschouwd (in die zin ook M. Kumm, “Who is afraid of the Total Constitution? Constitutional rights as principles and the constitutionalization of private law”, *German Law Journal* 2006, 359).

²³ J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 293.

²⁴ J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, 227-229.

²⁵ GwH nr. 157/2004, 6 oktober 2004, inzake de wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding.

²⁶ GwH nr. 64/2009, 2 april 2009, inzake artikel 3 van de wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie.

²⁷ Bv. EHRM (besl.) 16 mei 2024, *Mikyas t. België*.

²⁸ Wet van 18 oktober 2017 betreffende het onrechtmatig binnendringen in, bezetten van of verblijven in andermans goed.

²⁹ GwH nr. 39/2020, 12 maart 2020. Buiten die partiële vernietiging overleefde de krakerswet de grondwettigheidstoets wel.

Verschillende grondwetsbepalingen schrijven voor dat de wetgever het daarin vermelde grondrecht “waarborgt”.³⁰ Andere grondwetsbepalingen laten alleen beperkingen bij formele wet of in welomschreven gevallen toe.³¹

Het typevoorbeeld is de wet van 24 mei 1921 “tot waarborging der vrijheid van vereeniging”. Die wet is specifiek en gedetailleerder dan de door art. 27 Gw. gewaarborgde vrijheid van vereniging, o.a. omdat ze ook uitdrukkelijk de negatieve vrijheid van vereniging, m.a.w. het recht om zich niet tegen zijn zin te moeten verenigen, waarborgt. Eenieder die zich schuldig maakt aan “feitelijkheden, gewelddaden of bedreigingen” die de positieve of negatieve vrijheid van vereniging van een andere particulier in het gedrang brengen, riskeert de bij die wet bepaalde strafsancties.³² Wel verplicht deze wet degene die vrijwillig tot een vereniging toetreedt, om zich aan haar intern reglement te onderwerpen.

Een belangrijk voorbeeld van recentere datum zijn de reeds vermelde antidiscriminatie wetten. Als omzetting van Europese richtlijnen³³ en uitvoering van de artikelen 10 en 11 Gw. verbieden de tweede reeks antidiscriminatie wetten, van 10 mei 2007, zowel directe als indirecte discriminatie, en dit zowel in verhouding met de overheid als tussen particulieren, o.a. inzake het aanbod van goederen en diensten, het lidmaatschap van verenigingen, de arbeidsbetrekkingen, en de deelname aan economische, sociale, culturele en politieke activiteiten toegankelijk voor het publiek.³⁴ Die wetten sommen de beschermde of verdachte discriminatiegronden op, regelen de bewijslast en bevatten strafsancties en burgerlijke sancties.

Strafwetgeving is vaker een geëigend instrument om de inbreuk op grondrechten in horizontale relaties te ontraden: het gemeen strafrecht heeft zelfs voor een groot stuk betrekking op de bescherming van grondrechten. De strafbaarstelling van moord en doodslag beoogt het in art. 2 EVRM gewaarborgde recht op leven³⁵ te beschermen. De strafbaarstelling van diefstal beschermt het in art. 16 Gw. en art. 1 EP EVRM gewaarborgde eigendomsrecht. Art. 314bis

³⁰ Art. 11bis (gelijkheid tussen vrouwen en mannen), art. 13 (toegang tot de bij wet bevoegd gemaakte rechter), art. 22, tweede lid (de federale en deelstatelijke wetskrachtige normen waarborgen het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven), art. 22bis (*idem* voor het belang van het kind), art. 22ter (*idem* voor de rechten van personen met een handicap), art. 23 (*idem* voor de sociale, economische en culturele rechten), art. 24 (de gemeenschappen waarborgen de passieve onderwijsvrijheid van de ouders), art. 26 (de wet regelt het recht om vreedzaam en ongewapend te vergaderen).

³¹ Art. 12, tweede lid (vervolgning slechts in de gevallen bij wet bepaald), art. 14 (*nulla poena sine lege*), art. 15 (huiszoeking slechts in de gevallen bij wet bepaald), art. 16 (onteigening slechts in de gevallen bij wet bepaald), art. 21, tweede lid (het burgerlijk huwelijk moet het kerkelijk huwelijk voorafgaan, tenzij indien de wet anders bepaalt), art. 22, eerste lid (alleen de wet mag het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven beperken), art. 30 (alleen de wet kan de taalvrijheid beperken, en dit slechts voor handelingen van openbaar gezag en gerechtszaken), art. 32 (de wet, het decreet of de ordonnantie mogen het recht op openbaarheid van bestuursdocumenten beperken).

³² Het gaat om een “gevangenisstraf van acht dagen tot één maand en geldboete van 50 tot 500 frank of met slechts één dezer straffen”.

³³ Richtlijnen 2000/43/EG, 2000/78/EG en 2004/113/EG.

³⁴ Wet van 25 februari 2003 ter bestrijding van discriminatie en tot wijziging van de wet van 15 februari 1993 tot oprichting van een Centrum voor gelijkheid van kansen en voor racismebestrijding; wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van bepaalde vormen van discriminatie; wet van 10 mei 2007 ter bestrijding van discriminatie tussen vrouwen en mannen; wet van 10 mei 2007 tot wijziging van de wet van 30 juli 1981 tot bestraffing van bepaalde door racisme of xenofobie ingegeven daden; zie ook het Vlaamse Antidiscriminatie-decreet van 10 juli 2008; S. Jansen, “De invloed van het Europese antidiscriminatierecht op privaatrechtelijke verhoudingen”, in I. Samoy, V. Sagaert en E. Terryn (eds.), *Invloed van het Europese recht op het Belgische privaatrecht*, Antwerpen: Intersentia, 2012, pp. 145-206; S. De Rey, I. Samoy en P. Foubert, “Afdwinging van de antidiscriminatie wetgeving in private rechtsverhoudingen: heeft het privaatrecht iets te bieden?”, *RW* 2021-2022, pp. 1210-1234.

³⁵ De Grondwet waarborgt geen recht op leven, maar het Grondwettelijk Hof oordeelde in zijn arrest nr. 91/2007 van 9 juni 2007 dat dit recht impliciet ten grondslag ligt aan de grondrechten die de Grondwet wel expliciteert.

Sw. bestraft het kennis nemen, opnemen en afluisteren van privécommunicatie en privételecommunicatie zonder toestemming van alle deelnemers aan het gesprek.

Inzake eigendom waarborgt art. 3.50 nieuw BW het recht van de eigenaar om rechtstreeks het voorwerp van een goed te gebruiken, hiervan het genot te hebben en erover te beschikken. Hij heeft de volheid van bevoegdheden, behoudens de beperkingen die door wetten, verordeningen of de rechten van derden worden opgelegd. Art. 3.101 nieuw BW biedt bescherming tegen burenhinder en art. 3.102 nieuw BW maakt in dat verband een preventieve vordering mogelijk om de realisatie van ernstige en manifeste risico's inzake veiligheid, gezondheid of vervuiling ten aanzien van een naburig onroerend goed te voorkomen.

Dirix en Jafferalli vermelden in verbintenisrechtelijke context ook het beginsel van de pondspondsgewijze uitbetaling aan schuldenaars, vervat in artikel 3.36 nieuw BW. In geval van samenloop tussen schuldeisers moet de opbrengst van de te gelde gemaakte goederen onder die schuldeisers wordt verdeeld naar evenredigheid van hun vordering, tenzij er tussen de schuldeisers wettige redenen van voorrang bestaan. Deze auteurs zien in die regel een toepassing van het grondwettelijk gewaarborgde gelijkheidsbeginsel.³⁶

2.1.2. Wetgevende implementatie van grondrechten in het Europees Unierecht

Ook het afgeleid Europees Unierecht bevat tal van normen die beogen grondrechten te waarborgen in horizontale relaties.³⁷ Het meest zichtbare voorbeeld voor de dagelijkse rechtspraktijk is ongetwijfeld de AVG,³⁸ die rechtstreeks toepasselijk is in de lidstaten³⁹ en ook door de Belgische rechters regelmatig wordt toegepast. Daarnaast zijn de reeds vermelde antidiscriminatie wetten de omzetting van richtlijnen.⁴⁰ Recent werd de Richtlijn Passende Zorgvuldigheid bekendgemaakt. Die richtlijn verplicht grote bedrijven om in hun eigen activiteiten en in die van hun dochterondernemingen en toeleveringsketens negatieve effecten op de grondrechten en negatieve milieu- en klimaateffecten te vermijden.⁴¹

2.2. Grondwetstoetsing van privaatrechtelijke wetgeving

Alle privaatrechtelijke wetgeving, ongeacht of ze beoogt grondrechten te concretiseren, moet in een rechtsstaat de grondrechten eerbiedigen. In België is het toezicht daarop toevertrouwd aan het Grondwettelijk Hof voor wat de grondwettelijk gewaarborgde grondrechten betreft (art.

³⁶ E. Dirix (1982), *o.c.*, p. 39; R. Jafferalli, *o.c.*, p. 165.

³⁷ T. Mast en C. Ollig, "The lazy legislature incorporating and horizontalizing the Charter of Fundamental Rights through secondary Union law", *EuConst* 2023, pp. 462-486.

³⁸ Verordening (EU) 2016/679 van het Europees Parlement en de Raad van 27 april 2016 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens en tot intrekking van Richtlijn 95/46/EG. Zie HvJ 7 december 2023, C-634/21, *OQ t. Land Hessen in tegenwoordigheid van Schufa Holding AG*, over een door private ondernemingen gemaakte geautomatiseerde kredietwaardigheidsbeoordeling.

³⁹ Zie niettemin de wet van 30 juli 2018 betreffende de bescherming van natuurlijke personen met betrekking tot de verwerking van persoonsgegevens werd gepubliceerd op 5 september 2018, die bepaalde principes van de richtlijn nader detailleert.

⁴⁰ Zie HvJ 28 november 2023, zaak C-148/22, *OP t. Gemeente Ans*, punt 39, over de interpretatie van richtlijn 2000/78 in de context van een verbod op zichtbare religieuze tekens, ingesteld door een overheidswerkgever.

⁴¹ Richtlijn (EU) 2024/1760 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2024 inzake passende zorgvuldigheid in het bedrijfsleven op het gebied van duurzaamheid en tot wijziging van Richtlijn (EU) 2019/1937 en Verordening (EU) 2023/2859.

142 Gw.) en aan de justitiële en administratieve rechter voor wat verdragsrechtelijk gewaarborgde grondrechten betreft.⁴²

Partijen bij een overeenkomst die rechtstreeks en ongunstig worden geraakt door nieuwe wetgeving die van onmiddellijke toepassing is,⁴³ en ruimer alle particulieren die de nadelige impact van nieuwe wetgeving op een horizontale verhouding ervaren, beschikken over het rechtens vereiste belang om binnen de zes maanden na haar bekendmaking in het *Belgisch Staatsblad* de vernietiging ervan te vorderen bij het Grondwettelijk Hof. De grondwettigheid van oudere wetgeving die van toepassing is op een horizontale rechtsverhouding, kan tijdens een rechtsgeding incidenteel worden betwist door één van de gedingvoerende partijen, en in dat geval is de bevoegde justitiële rechter meestal verplicht om er een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof over te stellen. De rechter mag de vernietigde resp. ongrondwettig verklaarde wetsbepaling niet meer toepassen op het horizontale geschil dat hij moet beslechten, en zal dan vaak toepassing moeten maken van hetzij gemeenrechtelijke wetgeving, hetzij ongeschreven beginselen van privaatrecht. Jafferalli noemt dit de “semi-verticale doorwerking” van grondrechten in horizontale relaties.⁴⁴

Wanneer het Grondwettelijk Hof wetgeving aan de grondwettelijk gewaarborgde grondrechten toetst, houdt het steeds rekening met analoge grondrechten in internationale verdragen en past het dus de relevante Straatsburgse en Luxemburgse rechtspraak toe.⁴⁵ Partijen beschikken overigens niet over een forumkeuze: de rechter moet eerst een prejudiciële vraag stellen aan het Grondwettelijk Hof over de inachtneming van het grondwettelijk gewaarborgde grondrecht, en mag pas na het antwoord op die vraag desgevallend zelf de in het geding zijnde wetsbepaling aan de analoge verdragsbepalingen toetsen.⁴⁶

Het leeuwendeel van die zaken heeft betrekking op afstammingsregels (zie 2.3), maar ook in de andere takken van het privaatrecht oefent het Hof een aanzienlijke invloed op de toepasselijke regelgeving uit. De precieze invloed op horizontale relaties hangt evenwel af van de techniek van ongrondwettigverklaring die het Hof toepast. Wanneer het Hof een wetsbepaling simpelweg vernietigt, moet elke rechter in een concreet geschil vervolgens handelen alsof die wetsbepaling nooit bestaan heeft. Maar als het Hof de rechtsgevolgen van de vernietigde norm handhaaft in afwachting van nieuwe wetgeving,⁴⁷ boekt de verzoekende partij een pyrrhusoverwinning, want een dergelijk arrest zal, ondanks de vastgestelde ongrondwettigheid, hangende geschillen niet beïnvloeden.

Wanneer het Hof op prejudiciële vraag tot ongrondwettigheid besluit, bindt dit de verwijzende rechter en alle rechters die uitspraak moeten doen in gelijkaardige rechtszaken.⁴⁸ Indien het Hof daarentegen een wetgevende lacune vaststelt, is het gevolg daarvan voor horizontale

⁴² Cass. 27 mei 1971 (*Franco-Suisse Le Ski*).

⁴³ Dat is in principe niet het geval. Nieuwe wetgeving heeft in de regel eerbiedigende werking ten aanzien van lopende overeenkomsten. Zij heeft slechts onmiddellijke werking indien de nieuwe wetsbepalingen als regels van dwingend recht of van openbare orde moeten worden beschouwd (T. Vancoppennolle, *Intertemporeel recht*, Antwerpen: Intersentia, 2019, 58-75). Uiteraard kunnen ook partijen bij een horizontale verhouding die zich benadeeld voelen doordat de nieuwe wetgeving niet ingrijpt in die lopende toestand, eveneens een beroep tot vernietiging bij het Grondwettelijk Hof instellen tegen die te beperkte *ratione temporis* toepassing.

⁴⁴ R. Jafferalli, *o.c.*, pp. 159-163.

⁴⁵ G. Rosoux, *Contentieux constitutionnel*, Brussel: Larcier, 2021, pp. 147-181.

⁴⁶ Art. 26, § 4 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof; T. Souverijns, “Bijzondere wetgever verduidelijkt de regeling van artikel 26, § 4 van de bijzondere wet op het Grondwettelijk Hof inzake samenloop van grondrechten”, *RW* 2013-2014, pp. 1523-1531.

⁴⁷ Art. 8, derde lid, van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

⁴⁸ Art. 26, § 2, tweede lid, 2°, en art. 28 van de bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof.

verhoudingen onzeker. Indien het Hof die lacune als “zelfherstellend” kwalificeert, mag de verwijzende rechter het toepassingsgebied van de in het geding zijnde wetsbepaling uitbreiden naar een categorie van personen die daar nog niet onder viel; niet de wet, maar het arrest van het Hof is dan de grondslag voor de toepassing van wetgeving op private verhoudingen die daarvoorheen niet onder vielen.⁴⁹ Gaat het om een niet-zelfherstellende lacune, dan mag alleen de wetgever die invullen. En als die daar te lang over doet, kan de rechter - die zich niet mag bezondigen aan rechtsweigering of aan overschrijding van de redelijke termijn - niet anders dan het bodemgeschil te beslechten alsof de ongrondwettige lacune niet was vastgesteld, en dus met toepassing van een kaduke wetgeving.⁵⁰

In de recente zaak over de preferentiële toewijzing van de gezinswoning zorgde het Hof zelf voor rechtsherstel. Krachtens artikel 2.3.14 nieuw BW mag in geval van echtscheiding elk van de gewezen partners, naar aanleiding van de rechterlijke verdeling in helften van het gedeelde vermogen, de preferentiële toewijzing in zijn kavel vorderen van de gezinswoning die zich in de huwelijksgemeenschap bevindt of die in onverdeelde eigendom van beide gewezen partners is. De rechter doet uitspraak met inachtneming van alle in het geding zijnde belangen. Het Grondwettelijk Hof stelde een wetgevende lacune vast doordat geen enkele wetsbepaling in een vergelijkbaar vorderingsrecht voorziet bij het einde van een wettelijke samenwoning. Het gaat om een extrinsieke lacune, die niet in de in het geding zijnde bepaling zelf zit maar in het ontbreken van een vergelijkbare bepaling in de wetgeving op de wettelijke samenwoning. Toch verklaart het Hof haar zelfherstellend: in afwachting van wetgevend optreden komt het, aldus het Hof, aan de verwijzende rechter toe om artikel 2.3.14 nieuw BW bij analogie toe te passen op de vereffening-verdeling van een wettelijke samenwoning.⁵¹

Een omvattende studie over de invloed van het Grondwettelijk Hof op het privaatrecht ontbreekt, en dus is er op dit vlak nog niet veel theorievorming. Hierbij een viertal bescheiden aanzetten. Ten eerste zou het Hof steeds voldoende rekening moeten houden met de logica van het privaatrecht (zie ook 3.4 en 6). Het zou steeds in het achterhoofd moeten houden dat het geen uitspraak doet over wetgeving die de burger belet om iets af te dwingen van de overheid, maar over wetgeving die horizontale verhoudingen regelt. In dergelijke gevallen kan de andere partij zich vaak beroepen op de legitieme verwachtingen die zij put uit een overeenkomst of uit de in het geding zijnde wetsbepaling.⁵²

Ten tweede zou het Hof steeds moeten nagaan of de aanvullende toepasselijkheid van de privaatrechtelijke beginselen de vermeende schending neutraliseert (zie 5). Die privaatrechtelijke beginselen hebben als voordeel dat de burgerlijke rechter hen *in concreto* kan toepassen in het voorliggende geschil, terwijl het Grondwettelijk Hof zich steeds in een abstract objectief contentieux uitsprekt over een vraag naar de grondwettigheid van wetgeving. Het Hof is op dat vlak de mist in gegaan in het recente arrest over de verjaringstermijn van rechtsvorderingen in het vennootschapsrecht. Het verklaarde de verjaringstermijn van vijf jaar voor vorderingen tegen vennoten vanaf de ontbinding van de vennootschap of de datum van hun uittreding ongrondwettig “in zoverre [art. 191, § 1, eerste streepje WVV] niet in een

⁴⁹ R. Jafferli, *o.c.*, p. 163.

⁵⁰ Dat dit aanleiding kan geven tot een schending van artikel 6 EVRM, blijkt uit EHRM (besl.), 23 augustus 2016, *P.F. t. België*.

⁵¹ GwH nr. 62/2024, 20 juni 2024.

⁵² Die legitieme verwachtingen bestaan bijvoorbeeld in hoofde van de schuldeiser bij bedongen zekerheidsrechten. Een later arrest van het Grondwettelijk Hof zou de zekerheidsfunctie daarvan niet te lichtzinnig mogen ondermijnen (E. Dirix, “Nettingovereenkomsten: niet voor broekjes”, *NjW* 2008, p. 926, een kritiek op GwH nr. 167/2008, 27 november 2008, waarin het Hof oordeelde dat de sinds 2004 wettelijk geregelde nettingovereenkomst alleen maar mocht worden gesloten tussen handelaars, maar niet met particulieren).

uitzondering voorziet in geval van het opzettelijk verbergen van verrichtingen door een of meerdere vennoten”.⁵³ Het Hof had die verjaringstermijn nochtans even goed grondwettig kunnen verklaren onder verwijzing naar de artikelen 1.10 en 1.11 nieuw BW, die het verbod op rechtsmisbruik en het beginsel *fraus omnia corrumpit* wettelijk verankeren en die ook van toepassing zijn op degene die zich op verjaring beroept.⁵⁴

Daarmee samenhangend is er ten derde het gevaar dat het Hof een wetsbepaling die op een onbepaald aantal onderling sterk verschillende situaties van toepassing is, ongrondwettig verklaart, terwijl zich slechts in bepaalde specifieke situaties een probleem voordoet. Soms - veelal in prejudiciële procedures - vermijdt het een dergelijk probleem door zijn onderzoek te beperken tot “die situatie”, m.a.w. tot feiten zoals die in het bodemgeschil.⁵⁵ Dat is een delicate oefening, want het Hof blijft ook dan uitsluitend bevoegd voor abstract objectief contentieux. Bij beroepen tot vernietiging past het hier soms een mouw aan door de bestreden bepaling op zich grondwettig te verklaren, maar daarbij in herinnering te brengen dat de justitiële rechter nog *in concreto* moet nagaan of de toepassing ervan geen te verre gaande gevolgen heeft. Zo valideerde het Hof een wetsbepaling die bepaalt dat het reorganisatieplan dat bij de gerechtelijke reorganisatie van een onderneming moet worden goedgekeurd door de meerderheid van de schuldeisers, ook de andere schuldeisers bindt, zelfs indien dit plan de tegenstemmers benadeelt. Wel legde het Hof als grondwetsconforme interpretatie op dat de ondernemingsrechtbank, die de homologatie van dit plan moet weigeren indien het strijdig is met de openbare orde, daarbij moet nagaan of die verschillen in behandeling tussen categorieën van schuldeisers redelijkerwijze verantwoord zijn in het licht van het gelijkheidsbeginsel.⁵⁶

Ten vierde kan het Hof bij zijn beoordeling rekening houden met het dwingende of aanvullende karakter van de in het geding zijnde wetsbepaling: indien zij slechts van aanvullend recht is, kunnen partijen steeds overeenkomen ervan af te wijken, en het feit dat zij dat hebben nagelaten, leidt niet *ipso facto* tot ongrondwettigheid.⁵⁷

2.3. Positieve verplichtingen

Ook de rechtspraak van het EHRM kent een techniek om grondrechten te doen doorwerken in horizontale relaties, namelijk die van de positieve verplichtingen. Het Hof leest in de meeste bepalingen van het EVRM niet alleen een negatieve onthoudingsplicht van de overheid, maar ook een verplichting rustend op diezelfde overheid om te vermijden dat particulieren elkaars grondrechten schenden. Het EVRM bevat geen geschreven grondslag voor die positieve verplichtingen en het concept is ook nog niet helder gedefinieerd.⁵⁸ Wel is duidelijk dat op de

⁵³ GwH nr. 17/2024, 1 februari 2024.

⁵⁴ Zie voor een voorbeeld waarin het Hof wel tot niet-schending besloot omdat de benadeelde partij *in concreto* het verbod van rechtsmisbruik kan inroepen GwH nr. 81/2021, 3 juni 2021 (inzake de rechtstreekse vordering van de onderaannemer op de bouwheer, bedoeld in art. 1798 oud BW). In andere zaken verklaart het Hof wetgeving evenredig en dus grondwettig omdat de rechter steeds rekening kan houden met overmacht (zie 5).

⁵⁵ Bv. GwH nr. 104/2020, 9 juli 2020; GwH nr. 55/2022, 21 april 2022; GwH nr. 74/2024, 27 juni 2024.

⁵⁶ GwH nr. 8/2012, 18 januari 2012; zie een kritische commentaar van I. Verougstraete en A. Van Hoe, “De rechtsbescherming van schuldeisers bij een gerechtelijke organisatie door een collectief akkoord”, *RDC* 2012, pp. 448-449; een instemmende commentaar kwam van M.-F. Rigaux, “Le controle du plan de réorganisation d’une entreprise en difficulté: la Cour constitutionnelle précise les pouvoirs du juge”, *JT* 2012, pp. 130-131.

⁵⁷ Bv. GwH nr. 97/2016, 16 juni 2016.

⁵⁸ C. Loven, *Fundamental Rights Violations by Private Actors and the Procedure before the European Court of Human Rights. A Study of Verticalised Cases*, Antwerpen: Intersentia, 2022, p. 79.

overheid in dit verband slechts een middelenverbintenis rust,⁵⁹ al houdt die soms wel de verplichting voor de wetgever in om met strafsancities te werken.⁶⁰

Hoewel de positieve en de negatieve verplichtingen die het EVRM de lidstaten oplegt, qua toetsingscriteria niet wezenlijk verschillen (zie evenwel 6.2), houdt het EHRM wel rekening met de realiteit van de horizontale verhouding in de appreciatiemarge die het aan de lidstaten toekent: bij het regelen van private aangelegenheden komt het in eerste instantie aan de nationale wetgever toe om een billijk evenwicht te bewerkstelligen tussen alle concurrerende belangen. Het EHRM zal het bereikte evenwicht slechts terughoudend onderzoeken; de laatste tijd kijkt het daarbij niet zozeer naar de inhoud van het bereikte evenwicht, maar veeleer naar de procedurele context waarin het tot stand is gekomen (zie 8.2).⁶¹

In dit kader past het tegen België gewezen arrest-*Marckx*, één van de belangrijkste arresten in de geschiedenis van het Hof en tevens de zaak waarin het Hof het concept “positieve verplichtingen” ontwikkelde. Het EHRM verklaarde de behandeling van het “onwettige” (d.i. buiten het huwelijk geboren) kind op het vlak van erkenning, afstamming en erfrecht in strijd met artikel 8 EVRM. Niet alleen de Belgische wetgeving, maar ook die van verschillende andere Europese landen moest naar aanleiding van dat arrest worden aangepast,⁶² hetgeen in België gebeurde bij wet van 31 maart 1987. In navolging van dat arrest ontspon zich een discussie tussen de hoogste Belgische rechtscolleges over de rechtsgevolgen van een arrest waarin het EHRM oordeelt dat een positieve verplichting geschonden is. Volgens het Hof van Cassatie heeft artikel 8 EVRM slechts rechtstreekse werking voor wat betreft de schending van een onthoudingsverplichting, maar niet voor wat betreft de schending van een positieve verplichting, aangezien die onvoldoende nauwkeurig en volledig is om rechten en verplichtingen uit af te leiden. Buitenhuwelijkse kinderen moesten dus de wet van 1987 afwachten om aanspraak te maken op dezelfde rechten als huwelijkse kinderen, en de rechter mocht hen in afwachting daarvan geen gelijke rechten toekennen.⁶³ Het Grondwettelijk Hof verwierp die visie en oordeelde dat voor alle nalatenschappen opengevallen na het arrest-*Marckx* de huwelijkse en de buitenhuwelijkse kinderen gelijk moesten worden behandeld. Dat gold dus ook voor nalatenschappen opengevallen vóór de inwerkingtreding van de wet van 31 maart 1987.⁶⁴ Het EHRM heeft zich bij die laatste visie aangesloten.⁶⁵

Als gevolg van die rechtspraak is een ware vergrondrechtelijking van het afstammingsrecht op gang gekomen.⁶⁶ In de twee decennia na de wet van 31 maart 1987 velde het Grondwettelijk

⁵⁹ A. Alen & K. Muylle, *o.c.*, pp. 802-807; L. Lavrysen, *Human Rights in a Positive State. Rethinking the Relationship between Positive and Negative Obligations under the European Convention on Human Rights*, Cambridge: CUP, 2016, pp. 45-130; C. Loven, *o.c.*, pp. 79-91; S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, pp. 372-373; J. Velaers, “De proliferatie van de zgn. Klassieke ‘liberale’ grondrechten in de XXste en de XXste eeuw”, in B. Peeters en J. Velaers (eds.), *De Grondwet in groothoekperspectief: liber amicorum discipulorumque Karel Rimanque*, Antwerpen: Intersentia, 2007, pp. 111-128.

⁶⁰ EHRM 26 maart 1985, *X en Y t. Nederland*; EHRM (GK) 25 juni 2019, *Nicolae Virgiliu Tănase t. Roemenië* S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, pp. 358-359 en 373-375.

⁶¹ EHRM 2 juni 2009, *Codarcea t. Roemenië*; EHRM (GK) 5 september 2017, *Barbulescu t. Roemenië*; EHRM 17 oktober 2019, *López Ribalda e.a. t. Spanje*; EHRM 18 mei 2021, *Valdís Fjölnisdóttir e.a. t. IJsland*; EHRM 20 juni 2024, *Boronyák t. Hongarije*.

⁶² M.A. Glendon, “Introduction: Family Law in a Time of Turbulence”, in: *International Encyclopedia of Comparative Law, IV, Persons and Family*, Tübingen, Mohr Siebeck & Dordrecht, Martinus Nijhoff, 2003, p. 6.

⁶³ Cass. 3 oktober 1983, *Arr.Cass.* 1983-84, p. 110; Cass. 6 maart 1986, *RW* 1986-87, p. 236.

⁶⁴ GwH nr. 18/91, 4 juli 1991; GwH nr. 83/93, 1 december 1993.

⁶⁵ EHRM 29 november 1991, *Vermeire t. België*.

⁶⁶ A. Dutta, “The Status of Biological Fathers: an example for the impact of the European Convention on Human Rights on National Family Law”, in M. Fornasier en M.G. Stanzione (eds.), *The European Convention of Human*

Hof 30 arresten inzake afstamming, waarin het 14 maal tot schending van het gelijkheidsbeginsel of van het recht op eerbiediging van het privé- en gezinsleven besloot. De wet van 1 juli 2006 bracht de afstammingswetgeving opnieuw in overeenstemming met deze rechtspraak.⁶⁷ Maar sindsdien heeft het Hof opnieuw in tientallen arresten aspecten van dat vernieuwde afstammingsrecht ongrondwettig verklaard, vaak op grond van het sinds 2007 in art. 22bis Gw. opgenomen beginsel dat het belang van het kind altijd de eerste overweging moet zijn bij elke beslissing die het kind aangaat. Dit ontlokte bij Senaevé de verzuchting dat het niet langer mogelijk is om inzake afstamming nog zinvol wetgevend werk te verrichten. Hij verwijt het Grondwettelijk Hof “blinde volgzaamheid” van de Straatsburgse rechtspraak, die zelf ook in toenemende mate het voorwerp van kritiek is. Daarnaast verwatert het begrip “grondrecht” indien elk stuk wetgeving dat niet langer aangepast is aan de maatschappelijke evoluties of dat in bepaalde gevallen ongewenste effecten heeft, als een grondrechtenschending wordt bestempeld.⁶⁸ Een nieuwe hervorming van het afstammingsrecht staat op stapel in het kader van de stapsgewijze invoering van een nieuw Burgerlijk Wetboek.

Op het vlak van de rechtsbescherming is het problematisch dat de Straatsburgse toepassing van positieve verplichtingen veelal geen impact meer heeft op de horizontale relatie die aan de oorsprong van die zaak lag. Het privaatrechtelijke geschil is, gelet op de ontvankelijkheidsvereiste van de uitputting van interne rechtsmiddelen (art. 35.1 EVRM), definitief beslecht. Een heropening van definitief beslechte interne procedures na een veroordelend Straatsburgs arrest is in België slechts mogelijk voor strafzaken (art. 442bis Sv.), niet voor burgerlijke zaken. En het EHRM veroordeelt alleen lidstaten, maar niet de particulier die in de horizontale verhouding het grondrecht heeft geschonden. Het enige waarop de verzoeker in Straatsburg aanspraak kan maken, is een billijke genoegdoening vanwege de lidstaat op grond van artikel 41 EVRM, hetgeen niet noodzakelijk neerkomt op een integrale schadeloosstelling. Het Straatsburgse arrest dat de schending van een positieve verplichting vaststelt, kan vervolgens wel doorwerken in latere, gelijkaardige zaken, indien de justitiële rechter het als precedent gebruikt wanneer hij de directe of indirecte horizontale werking van grondrechten toepast.

De rechtsbescherming is daarentegen meer gebaat bij toepassing van positieve verplichtingen in prejudiciële procedures voor het Hof van Justitie of het Grondwettelijk Hof. Het Hof van Justitie hanteert alvast een gelijkaardige logica van positieve verplichtingen: in het arrest *Schmidberger* oordeelde het bijvoorbeeld dat de aansprakelijkheid van de overheid in het geding komt indien het vrij verkeer van goederen wordt geschonden door wegblokkades als gevolg van protestacties.⁶⁹ Ook het Grondwettelijk Hof hanteert het begrip “positieve verplichtingen”. Art. 22 Gw. is daarvoor een uitgelezen bepaling, want bij de invoering ervan in 1994 vermeldde de parlementaire voorbereiding dat het de bedoeling was het privé- en gezinsleven te beschermen tegen inbreuken door zowel openbare overheden als particulieren.⁷⁰ Het Hof verwees naar die parlementaire voorbereiding in zijn arrest over het nachtlawaai in de buurt van de luchthaven Luik-Bierset. Om de economische activiteit die luchthavens genereren, te verzoenen met de gezondheid van de omwonenden, kende de Waalse decreetgever

Rights and its Impact on National Private Law. A Comparative perspective, Antwerpen: Intersentia, 2023, pp. 87-98; P. Senaevé, “Dertig jaar toetsing aan het gelijkheidsbeginsel door het Grondwettelijk Hof in familiezaken”, in: N. Dandoy e.a. (eds.), *Individu, famille, Etat: Réflexions sur le sens du droit de la personne, de la famille et de son patrimoine. Hommage au professeur Jean-Louis Renchon*, Brussel: Larcier, 2022, 1154-1176.

⁶⁷ Wet van 1 juli 2006 tot wijziging van de bepalingen van het Burgerlijk Wetboek met betrekking tot het vaststellen van de afstamming en de gevolgen ervan.

⁶⁸ P. Senaevé, “Kan er inzake afstamming nog zinvol wetgevend werk verricht worden?”, *T.Fam.* 2011, 170-171.

⁶⁹ HvJ 12 juni 2003, *Eugen Schmidberger*, C-112/00.

⁷⁰ *Parl. St.*, Senaat, 1991-1992, nr. 100-4/2°, p. 3.

isolatiepremies toe aan bepaalde omwonenden, maar niet aan andere. Aangezien uit wetenschappelijke studies bleek dat ook die andere omwonenden aan een te hoog geluidsniveau werden blootgesteld, had de decreetgever op discriminerende wijze afbreuk gedaan aan de op hem rustende positieve verplichting om een billijk evenwicht te vinden tussen de belangen van de luchthavenuitbaters en het recht op eerbiediging van het privéleven van de omwonenden.⁷¹ Dergelijke prejudiciële procedures zijn wel rechtstreeks bepalend voor de uitkomst van het geschil waarin ze zijn gerezen, want zij dwingen de verwijzende rechter om concrete rechtsbescherming te bieden.

2.4. Horizontale werking van grondrechten voor de justitiële rechter

De focus op de wetgever en de hoogste rechtscolleges mag niet verhelen dat de natuurlijke rechter van de horizontale verhouding nog steeds de burgerlijke rechter is, en dat ook hij een primordiale rol te spelen heeft in de doorwerking van de grondrechten in die verhouding. De horizontale werking van grondrechten houdt in dat de burgerlijke rechter die een horizontaal geschil moet beslechten, daarbij de grondwettelijk en verdragsrechtelijk gewaarborgde grondrechten toepast wars van de voorafgaande wetgevende concretisering ervan en zonder wetgeving of de afwezigheid daarvan te toetsen aan de grondrechten. Deze techniek van doorwerking opereert *ex post* en defensief: hij grijpt in nadat de rechtsverhouding is ontstaan en al uitwerking (of een onterecht gebrek aan uitwerking) heeft gehad.⁷²

Het Hof van Cassatie past soms de directe en soms de indirecte horizontale werking toe, zonder daar veel theorievorming aan vast te knopen. In een arrest uit 2010 besloot het zelfs tot afwezigheid van horizontale werking: het oordeelde dat het gelijkheidsbeginsel in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet zich uitsluitend richt tot de overheid in haar openbare-gezagsfunctie, en dus geen verplichtingen inhoudt voor de burgers onderling, zelfs niet indien één van de gedingvoerende partijen een overheid is in haar private werkgeversrelatie tot haar werknemers.⁷³ Dat arrest blijft vooralsnog een uitzondering.

2.4.1. Directe horizontale werking

Directe horizontale werking is vanuit het privaatrecht bekeken de meest ingrijpende techniek van doorwerking van grondrechten. Deze opvatting vertrekt van de idee dat de grondrechten de ganse rechtsorde structureren en beheersen. Zij functioneren als algemene rechtsbeginselen die tegelijk publiekrechtelijk en privaatrechtelijk zijn en dus in alle materies en geschillen toepasselijk zijn.⁷⁴ Volgens die leer mag de rechter in een privaatrechtelijk geschil onmiddellijk toepassing maken van een grondrecht en daarbij zelfs de vigerende wetgeving of de duidelijke bepalingen van de overeenkomst terzijde schuiven.⁷⁵

In de Belgische rechtspraak zijn hiervan verschillende voorbeelden te vinden,⁷⁶ waarover Dirix reeds in 1982 opmerkte dat de rechters dit concept hanteren “met een zekere vanzelfsprekendheid, zonder zich al te veel zorgen te maken over de theoretische

⁷¹ GwH nr. 51/2003, 30 april 2003.

⁷² J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, 223.

⁷³ Cass. 29 maart 2010, S.08.0147.N. Zie in dezelfde zin Arbh. Gent 12 oktober 2020, 2019/AG/55; Arbeidshof Brussel 7 februari 2023, 2021/AB/43. *Contra*: GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009.

⁷⁴ E. Dirix, *o.c.*, pp. 41-42; K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 16, die verwijzen naar W. Leisner, *Grundrechte und Privatrecht*, München: Beck, 1960; H.-C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld: Scherpe, 1961.

⁷⁵ S. Somers, *o.c.*, p. 50-51.

⁷⁶ Zie o.a. E. Dirix, *o.c.*, pp. 46-48; R. Jafferli, *o.c.*, pp. 163-165; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, pp. 188-196; J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, pp. 231-232.

gefundeerdheid” ervan.⁷⁷ Zo oordeelde het Hof van Cassatie dat een werkgever zijn werknemers niet mag dwingen om zich bij een limitatief aantal door hem aanvaarde vakverenigingen aan te sluiten. De vrijheid van vereniging in art. 27 Gw. kan weliswaar worden beperkt, maar het Hof van Beroep had nagelaten een evenredigheidstoets uit te voeren tussen de door de overeenkomst beschermde belangen van de werkgever en de door de vrijheid van vereniging beschermde belangen van de werknemer.⁷⁸ In een ander arrest toetste het Hof van Cassatie het gedrag van een private werkgever die zijn kassiersters continu met camera’s monitorde rechtstreeks aan art. 22 Gw. en art. 8 EVRM.⁷⁹ Het Hof van Beroep te Antwerpen verbood, op grond van de vrijheid van vereniging, een vakbond om een lid uit te sluiten om de loutere reden dat het een partijkaart van het Vlaams Belang had gekocht. De statuten van de vakbond boden daar weliswaar een grondslag voor, maar waren zelf in strijd met dit grondrecht.⁸⁰ In een andere zaak legde een vrederechter, op grond van het in art. 23 Gw. verankerde recht op menselijke waardigheid, op dat het einde van de winterperiode moest worden afgewacht om een oudere persoon uit een huurwoning te zetten wegens niet-betaling van de huurprijs.⁸¹

Ook het Hof van Justitie aanvaardt al lang de directe horizontale werking van het discriminatieverbod. In een arrest van 1976 betreffende België kende het al directe horizontale werking toe aan het thans in art. 157 VWEU vervatte recht op gelijke beloning van mannen en vrouwen.⁸² Het horizontale verbod op leeftijdsdiscriminatie is intussen eveneens aanvaard.⁸³ En een private bank mag niet op raciaal discriminerende manier aan haar sollicitanten vragen om hun taalkennis te bewijzen.⁸⁴

Minder duidelijk is of de directe horizontale werking betrekking heeft op alle grondrechten uit het Handvest.⁸⁵ In een arrest uit 2023 lijkt het Hof van Justitie als voorwaarde te stellen dat het betrokken grondrecht dwingend en onvoorwaardelijk geformuleerd is en geen verdere concretisering nodig heeft in bepalingen van Unierecht of van nationaal recht.⁸⁶ Het is nochtans niet evident om op te lijsten welke grondrechten al dan niet aan dat criterium voldoen.

Wel is het zo dat het Hof van Justitie het vrij verkeer van personen, goederen, diensten en kapitalen op gelijk niveau zet als de klassieke grondrechten: het vrij verkeer van vestiging van een reder moet dus worden afgewogen tegen het recht op collectieve actie van de vakbonden

⁷⁷ E. Dirix, *o.c.*, p. 46.

⁷⁸ Cass. 27 april 1981, *Pas.* 1981, I, p. 964.

⁷⁹ Cass. 27 februari 2001, P.99.076.N.

⁸⁰ Antwerpen 8 januari 2008, *Juristenkrant* 2008, nr. 180, 4-5, met toepassing van EHRM 27 februari 2007, *Associated Society of Locomotive Engineers & Fireman t. Verenigd Koninkrijk*.

⁸¹ Vred. Elsene 6 maart 1995, *RGDC* 1996, 296.

⁸² HvJ 8 april 1976, *Defrenne*, nr. 43/75.

⁸³ HvJ 22 november 2005, *Mangold*, C-144/04; HvJ 19 januari 2010, *Küçükdeveci*, C-555/07.

⁸⁴ HvJ 6 juni 2000, *Angonese*, C-281/98.

⁸⁵ N. Zekić, “Keolis Agen– Rechtstreekse horizontale werking grondrecht op vakantie: een vervolg op HvJ EU Bauer en Broßonn”, *EHRC-Updates* 2024. Zie ook M. de Mol, “De horizontale directe werking van de grondrechten van de Europese Unie”, *SEW* 2016, 458-471; A. Hartkamp, *European Law and National Private Law*, Antwerpen: Intersentia, 2016, p. 202.

⁸⁶ HvJ 9 november 2023, *Keolis Agen*, C-271/22. Het Hof stelt vast dat artikel 7 Arbeidstijdenrichtlijn geen rechtstreekse werking in de nationale rechtsorde heeft en ook niet bedoeld is om te worden toegepast in geschillen tussen particulieren, maar dat datzelfde recht in artikel 31.2 van het Handvest wel door werknemers kan worden ingeroepen in geschillen met hun werkgever, ook als daarvoor een bepaling van nationaal recht buiten toepassing moet worden gelaten die het recht op jaarlijks verlof afhankelijk maakt van het effectief verrichten van werk.

wanneer een Finse reder zijn schepen onder Estse vlag wil laten varen om aan het Finse collectief arbeidsrecht te ontsnappen.⁸⁷

2.4.2. Indirecte horizontale werking

Volgens het leerstuk van de indirecte horizontale werking kunnen grondrechten niet onmiddellijk worden ingeroepen in horizontale verhoudingen. Ze hebben weliswaar als functie de algemene ordening van de samenleving, en zijn dus ook van toepassing buiten het publiekrecht, maar in het privaatrecht hebben ze slechts een rol te spelen in de interpretatie en toepassing van de privaatrechtelijke begrippen.⁸⁸ De rechter moet steeds de regels en concepten van privaatrecht toepassen, maar daarbij mag hij open normen zoals zorgvuldigheid, openbare orde, goede trouw, rechtsmisbruik, onredelijk ontslag, etc., invullen aan de hand van de grondrechten.⁸⁹ Hij past dan niet zozeer de grondrechten toe, maar bestaande regels en concepten die in het licht van de grondrechten geïnterpreteerd worden.⁹⁰ Aldus beïnvloeden de grondrechten private verhoudingen, zonder hen te beheersen of controleren.⁹¹

Ook van deze techniek zijn in de Belgische rechtspraak veel voorbeelden te vinden.⁹² Een derde kan naar de justitiële rechter trekken om de nietigheid te vorderen van een overeenkomst tussen een overheid en een particulier die de door het Europees Unierecht gewaarborgde beginselen van gelijkheid en transparantie schendt. Die schending heeft immers steeds als gevolg dat de overeenkomst een ongeoorloofd voorwerp heeft en dus absoluut nietig is.⁹³ De godsdienstvrijheid, gewaarborgd in art. 19 Gw., maakt dat geen sprake is van een kennelijk grove fout die een onmiddellijk ontslag rechtvaardigt, door het loutere feit dat een werknemster zich kleedt op een manier die haar islamitische geloofsovertuiging benadrukt.⁹⁴ De weigering om een contractueel overeengekomen onderhoudsuitkering tussen ex-echtgenoten te herzien, maakt rechtsmisbruik uit indien het voor de schuldeiser onmogelijk wordt om een leven te leiden overeenkomstig het door artikel 23, eerste lid, van de Grondwet gewaarborgde recht op menselijke waardigheid.⁹⁵ En een contractuele clause waarmee een voetballer zich ertoe verbindt “exclusief eigendom” te zijn van een makelaar, die zelf zou beslissen voor welke club die voetballer mag spelen, gaat in tegen de openbare orde, heeft een ongeoorloofd voorwerp en is bijgevolg absoluut nietig. De vrijheid om een betaalde professionele activiteit uit te oefenen kan immers alleen bij wet worden beperkt.⁹⁶ Contractuele clauses die vanuit een machtspositie zijn opgedrongen, kunnen ook in strijd zijn met de grondrechten: zo was de clause uit het standaardcontract tussen een aardolieleverancier en een pomphouder dat voorzag in een automatisch boetebeding van 20%, in strijd met het recht van eenieder om zich in rechte te verdedigen en dus met de openbare orde.⁹⁷

⁸⁷ HvJ 18 december 2007, *Viking en Laval*, C-438/05 en C-341/05.

⁸⁸ K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 19, met verwijzing naar G. Dürig, *Grundgesetz. Kommentar*, München, 1978, pp. 66-67.

⁸⁹ R. Jafferli, *o.c.*, pp. 155-158.

⁹⁰ J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 294.

⁹¹ A. Barak, “Constitutional Human Rights and Private Law”, in D. Friedmann en D. Barak-Erez (eds.), *Human rights in private law*, Oxford, Hart, 2003, 14; E. Dirix, *o.c.*, p. 49; P. Lemmens & N. Van Leuven, *o.c.*, p. 141.

⁹² Bv. R. Jafferli, *o.c.*, pp. 155-158; S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, pp. 370-371; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, pp. 122-125; J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, pp. 232-233.

⁹³ Cass. 22 januari 2021, *RW* 2021-2022, pp. 998-1005.

⁹⁴ Arrbrb. Charleroi, 26 oktober 1992, *Soc. Kron.* 1993, 84.

⁹⁵ Cass. 14 oktober 2010, *Pas.* 2010, nr. 603.

⁹⁶ Cass. 29 september 2008, *Pas.* 2008, nr. 511.

⁹⁷ Cass. 29 september 1967, *Pas.* 1968, I, 132.

Ook het Grondwettelijk Hof hanteert soms de techniek van de indirecte horizontale werking, vooral wanneer het een grondwetsconforme interpretatie aan de in het geding zijnde wetsbepalingen geeft.⁹⁸ Met betrekking tot het in art. 632 oud BW vervatte recht op bewoning, dat niet alleen van toepassing is op de houder ervan, maar ook op diens “gezin”, vereiste het Hof dat het begrip “gezin” moest worden geïnterpreteerd in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen, zodat het ook de ongehuwd samenwonenden omvatte.⁹⁹ En in art. 1465 oud BW, dat vereist dat huwelijkscontracten rekening houden met kinderen uit een vorig huwelijk, legde het Hof een evolutieve interpretatie van dat laatste begrip op: ook buitenhuwelijkse kinderen moeten als kinderen uit een vorig huwelijk worden beschouwd.¹⁰⁰

2.5. Nog steeds een controversieel concept

De klassieke visie in de rechtsleer luidde dat, bij gebrek aan uitdrukkelijke bepaling in die zin, het EVRM en de Grondwet niet inroepbaar waren voor de Belgische rechter in geschillen tussen particulieren, met name omdat grondrechten geen verplichtingen voor particulieren bevatten.¹⁰¹ Pogingen om in de Grondwet een “transversale bepaling” in te voegen die deze horizontale werking garandeerde,¹⁰² hebben niet tot resultaat geleid. Maar dit heeft de rechtspraak dus niet tegengehouden om de grondrechten toch te laten doorwerken in horizontale relaties, zij het zonder daar veel theorievorming aan vast te knopen.

De rechtsleer heeft de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen min of meer aanvaard, maar enkele kritieken, hetzij op het concept zelf, hetzij op bepaalde verschijningsvormen ervan, blijven niettemin terugkeren.¹⁰³

Een nogal fundamentele kritiek gaat over de aard van de grondrechten, die slechts bedoeld zijn als afweerrechten tegen de overheid.¹⁰⁴ In België weegt dat argument zelfs iets zwaarder, omdat het Nationaal Congres de grondrechten opvatte als reactie tegen het bewind van Koning Willem I van het Verenigd Koninkrijk der Nederlanden.¹⁰⁵ Een vergelijkbaar argument is dat de grondrechten te vaag geformuleerd zijn om subjectieve rechten uit af te leiden die inroepbaar zijn tegen particulieren; hiervoor zou steeds wetgevende concretisering nodig zijn.¹⁰⁶

Een tweede kritiek is dat, omwille van die ontstaansgeschiedenis, ook de methodologie van de grondrechtentoetsing ongeschikt is voor toepassing in private verhoudingen. Particulieren kunnen zichzelf immers geen wetgevende grondslag verschaffen en moeten geen doelstellingen van algemeen belang nastreven. Hun geringe individuele bijdrage tot het bereiken van dergelijke doelstellingen zou trouwens toch tekortschieten in elke pertinentie- en evenredigheidstoets. Die onmogelijkheid om de evenredigheidstoets toe te passen, zou dan leiden tot de absurde situatie dat de grondrechten strengere vereisten opleggen aan particulieren

⁹⁸ N. Van Leuven (2016), *o.c.*, pp. 113-115.

⁹⁹ GwH nr. 54/2004, 24 maart 2004.

¹⁰⁰ GwH nr. 140/2004, 22 juli 2004.

¹⁰¹ J. De Meyer, “Respect de la vie privée par les particuliers”, in *Vie privée et droits de l’homme*, Brussel: Bruylant, 1973, p. 382; W.J. Ganshof Van der Meersch, “L’ordre public et les droits de l’homme”, *JT* 1968, p. 658; Y. Lejeune, *o.c.*, p. 399; A. Mast, *Overzicht van het Belgisch grondwettelijk recht*, Gent, Mys & Breesch, 1981, pp. 490-491; J. Velu, *Les effets directs des instruments internationaux en matière des droits de l’homme*, Brussel: Bruylant, 1981, p. 31.

¹⁰² *Parl. St. Kamer*, 2006-2007, nr. 51-2304/2, pp. 4 en 18.

¹⁰³ Zie voor een samenvatting en weerlegging van die kritieken S. Somers, *o.c.*, pp. 51-62.

¹⁰⁴ R. Ergec, *Protection européenne et internationale des droits de l’homme*, Brussel : Bruylant, 2006, p. 9 ; G. Haarscher, *Philosophie des droits de l’homme*, Brussel : éd. ULB, 1993, p. 37; Y. Lejeune, *o.c.*, p. 399.

¹⁰⁵ A. Alen & K. Muylle, *o.c.*, pp. 21-24; J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, p. 236.

¹⁰⁶ F. Rigaux, *La protection de la vie privée et des autres biens de la personnalité*, Brussel, Bruylant, 1990, p. 675.

dan aan de overheden waartegen ze bescherming beogen te bieden.¹⁰⁷ Hiermee hangt ook de kritiek samen dat de gezaghebbende Straatsburgse rechtspraak tot stand komt in zaken waarin lidstaten de verwerende partijen zijn, zonder tussenkomst van de andere partij bij de horizontale relatie, terwijl wel een privaatrechtelijk relevant precedent wordt geschapen.¹⁰⁸

Een derde kritiek is dat de doorwerking van grondrechten het privaatrecht verdringt (zie 3.3 en 5). Het fundament zelf van het privaatrecht, namelijk de contractvrijheid, komt in het gedrang, omdat het niet langer mogelijk is vrij te kiezen of men contracteert, met wie men dat doet en wat de inhoud van het contract is. In private verhoudingen heeft men nochtans een marge van willekeur en moet men zijn keuze in beginsel niet verantwoorden.¹⁰⁹ De intrusie van de grondrechten zet ook de toepasselijkheid van wettenrecht en de bindende kracht van overeenkomsten op de helling en leidt daardoor tot rechtsonzekerheid. Privaatrechtelijke begrippen worden daarbij systematisch vervangen door publiekrechtelijke denkpatronen. Het is paradoxaal dat de grondrechten en het privaatrecht allebei uitgaan van de vrijheidsgedachte, maar de toepassing van de ene op het andere toch die vrijheid uitschakelt.¹¹⁰ Deze kritiek viseert doorgaans de burgerlijke rechter, maar wordt soms ook geuit ten aanzien van het Grondwettelijk Hof: Verougstraete en Van Hoe laakten een arrest waarin het Hof een publiekrechtelijk concept, *in casu* het gelijkheidsbeginsel, opdringt aan de burgerlijke rechter die een gekwalificeerde meerderheidsstemming onder schuldeisers beoordeelt, terwijl het privaatrecht adequatere technieken bevat om de problemen die daarbij rijzen, aan te pakken.¹¹¹

De vierde kritiek is tegelijk het tegendeel en het verlengstuk van de derde: het privaatrecht zou al voldoende technieken bevatten om tot een billijk evenwicht tussen conflicterende private belangen te komen, en heeft daarvoor de bijkomende input vanuit de grondrechten niet nodig. Die grondrechten gaan uit van gelijkaardige waarden dan degene die aan het privaatrecht ten grondslag liggen, en vormen dan ook slechts “retorische decoratie”, zonder inhoudelijk tot een andere oplossing te leiden.¹¹²

In antwoord op de eerste, meest fundamentele, kritiek worden doorgaans drie argumenten aangehaald. Ten eerste blijkt dat sommige particuliere actoren, zoals grote ondernemingen, werkgevers, vakverenigingen, onderwijsinstellingen, geloofsgemeenschappen, politieke partijen, etc. een aanzienlijke machtspositie hebben ingenomen, die hen in staat stelt om net

¹⁰⁷ E. Dirix, *o.c.*, p. 43; R. Jafferli, *o.c.*, p. 150; K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 15 ; S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 376; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 132; J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 307. In zijn advies bij de eerste antidiscriminatiewet formuleerde de Raad van State, afdeling wetgeving dit als volgt: “Elke wet streeft steeds een doel na dat vermeld wordt in de memorie van toelichting en op basis waarvan de relevantie van het gemaakte onderscheid kan worden nagegaan. Met particulieren is het anders gesteld: hun gedragingen zijn niet noodzakelijk rationeel en kunnen niet altijd beoordeeld worden aan de hand van het utilitaristische criterium van de ‘even grote of grotere doeltreffendheid’ verrat in artikel 2, § 1, tweede lid, van het voorstel. Voorts bestaat de mogelijkheid dat een particulier, hetzij een natuurlijk persoon, hetzij een rechtspersoon, in zijn gedragingen rekening houdt met overwegingen die gewoonlijk door de Staat worden aangevoerd, zoals de bescherming van het huwelijk of de bescherming van de goede zeden. Hoe kan in dat geval worden nagegaan of aan het evenredigheids criterium is voldaan, aangezien het gedrag van de particulier op zich normaal gezien ontoereikend is om de nagestreefde doelstelling te halen en daar alleen toe kan bijdragen en dan vaak nog in zeer geringe mate. Bovendien zullen de particulieren in een democratische en pluralistische samenleving een verschillende kijk hebben op het begrip ‘algemeen belang’ en zullen de gevolgen van hun gedragingen elkaar opheffen” (RvS (afd. wetg.) 16 november 2000, *Parl. St. Senaat*, 2000-2001, nr. 12/5, pp. 7-8).

¹⁰⁸ F. Bydlinski, “Methodological Approaches to the Tort Law of the ECHR”, in A. Fenyves e.a. (eds.), *Tort Law in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights*, Göttingen: De Gruyter, 2011, pp. 66-68.

¹⁰⁹ E. Dirix, *o.c.*, pp. 55-56 ; R. Jafferli, *o.c.*, p. 151.

¹¹⁰ E. Dirix, *o.c.*, p. 43; R. Jafferli, *o.c.*, p. 150.

¹¹¹ I. Verougstraete en A. Van Hoe, *o.c.*, pp. 448-449, met verwijzing naar GwH nr. 8/2012, 18 januari 2012.

¹¹² B. J. De Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*, Antwerpen: Maklu, 2010, p. 202.

zoals overheden afbreuk te doen aan grondrechten van anderen.¹¹³ Ten tweede zijn de grondrechten de ordenende en leidinggevende grondbeginselen van de rechtsorde in een democratische rechtsstaat, en zijn ze verankerd in de hoogste rechtsnormen. Aangezien ze de bestaansvoorwaarden voor de menselijke waardigheid vormen, mogen ze noch door de overheid, noch door de medeburger geschonden worden. De overheid mag haar handen dus niet in onschuld wassen wanneer particulieren elkaars grondrechten schenden en moet een kader scheppen waarin grondrechtenschendingen door medeburgers worden gesanctioneerd.¹¹⁴ Ten derde kan de afwezigheid van horizontale werking de internationale aansprakelijkheid van België in het gedrang brengen: indien de burgerlijke rechter nalaat de horizontale werking toe te passen, schendt België de positieve verplichtingen die het EVRM volgens de Straatsburgse rechtspraak bevat en zal het daarvoor veroordeeld worden door het EHRM.¹¹⁵ Dat laatste argument hangt ook samen met de grondslag die het Bundesverfassungsgericht geeft aan de indirecte horizontale werking: aangezien de rechtbank een overheidsinstelling is, heeft zij de verplichting om de grondrechten ook in private relaties te waarborgen.¹¹⁶ In iedere horizontale relatie ligt dus onvermijdelijk een verticaal element besloten.¹¹⁷

Het antwoord op de tweede kritiek luidt vooreerst dat het te simplistisch is het publiekrecht als vrijheidsbeknottend en het privaatrecht als vrijheidsbevorderend voor te stellen: er bestaan meer dan voldoende voorbeelden van privaatrechtelijke concepten die de vrijheid inperken, zoals het verbod op rechtsmisbruik in het verbintenissenrecht en het zorgvuldigheidscriterium in het aansprakelijkheidsrecht.¹¹⁸ Daarnaast is de klassieke evenredigheidstoets, zoals die van toepassing is op overheden, weliswaar niet helemaal transposeerbaar naar horizontale relaties, maar zij kan daar *mutatis mutandis* wel degelijk op worden toegepast (zie 3.4). Het bestaan van die evenredigheidstoets is overigens een belangrijk antwoord op de derde kritiek: niet elke beperking van een grondrecht in horizontale relaties, maar slechts de onevenredige beperking ervan, is problematisch, en als die evenredigheidstoets met de gepaste terughoudendheid wordt toegepast, neutraliseert zij ten dele de vrees dat privaatrechtelijke concepten worden vervangen door absoluut opgevatte grondrechten. De grondrechten kunnen het privaatrecht trouwens niet helemaal verdringen, omdat zij zelf niet over een internrechtelijk sanctiemechanisme beschikken. De sanctie op de schending van een grondrecht in horizontale verhoudingen is privaatrechtelijk van aard (zie 3.6).

Dat neemt niet weg dat die derde en vierde kritieken wel degelijk relevant zijn. Zij pleiten evenwel niet tegen de doorwerking van grondrechten *as such*, maar slechts tegen een overdreven toepassing daarvan. Een te simplistisch opgevatte directe horizontale werking bedreigt inderdaad wezenskenmerken van het privaatrecht, en daarom is de techniek van indirecte horizontale werking in principe te verkiezen (zie 3.3). Die indirecte horizontale werking vertrekt immers van privaatrechtelijke concepten, die hun inkleuring krijgen vanuit de toepasselijke grondrechten. En aangezien die privaatrechtelijke concepten vaak erg open normen zijn, bieden de grondrechten, die het voorwerp uitmaken van een gedetailleerde nationale en internationale rechtspraak, soms wel degelijk meer houvast dan het privaatrecht.¹¹⁹

¹¹³ K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 12; S. Sottiaux, *o.c.*, p. 310; S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 389.

¹¹⁴ K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 16; S. Somers, *o.c.*, p. 39; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 68; S. Sottiaux, *o.c.*, p. 310; J. Velaers (2007), *o.c.*, pp. 128-129; S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, pp. 358-360.

¹¹⁵ N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 214.

¹¹⁶ BVerfG 15 januari 1958 (*Liith*), BVerfGE 7, 198; S. Somers, "De *Drittwirkung* van grondrechten: retorisch curiosum of vaandel van een paradigmatische omwenteling in ons rechtsbestel?", *Netherlands Journal of Legal Philosophy* 2012, p. 46.

¹¹⁷ K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 13; J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 292.

¹¹⁸ W. Van Gerven, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", *JT* 1992, 305-309.

¹¹⁹ S. Somers (2016), *o.c.*, p. 55.

3. Techniek van doorwerking

De precieze techniek waarmee grondrechten doorwerken in private verhoudingen, is dus medebepalend voor de legitimiteit van die doorwerking. De vraag is dan niet langer *of* de grondrechten doorwerken in horizontale relaties, maar *hoe* ze dat doen.¹²⁰ In dat verband spelen het onderscheid tussen overheidsgezag en de afwezigheid ervan (zie 3.1), het al dan niet bestaan van een machtspositie (zie 3.2) en het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking (zie 3.3), slechts een ondergeschikte rol. Het meest heil valt te verwachten van een correct toegepaste evenredigheidstoets (zie 3.4), ook bij conflicten van grondrechten (zie 3.5).

3.1. Moet er sprake zijn van overheidsgezag of van de behartiging van publieke belangen?

Grondrechten zijn, zoals gezegd, de meest fundamentele beginselen van de westerse rechtsordes en de hoogste rechtsnormen. Zij mogen dus door niemand worden geschonden, ongeacht of de auteur van de schending al dan niet bekleed is met overheidsgezag. In dat opzicht verschillen grondrechten van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die nog steeds als wezenlijke doelstelling hebben om het optreden van de administratieve overheid te kanaliseren.

De toepasselijkheid van de grondrechten in zowel publiek- als privaatrechtelijke verhoudingen spoort overigens met een tendens van de laatste decennia, die bestaat uit de aftakeling van de *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht.¹²¹ In beginsel zijn dezelfde rechtsregels van toepassing binnen het publiek- en privaatrecht en mag de overheid zich ook voor haar handelingen van openbaar gezag vrij bedienen van privaatrechtelijke technieken (zie 4). Daarnaast wordt het ook alsmoer moeilijker om een heldere afbakening te geven van wat een overheid is, in een context waarin privaatrechtelijke rechtspersonen overheidsfuncties waarnemen, concessionaris van een openbare dienst zijn of als een functionele openbare dienst worden beschouwd.¹²²

In die context kan de toepasselijkheid van de grondrechten niet worden beperkt tot de situatie waarin een overheid in het geding is. Zoniet zou de overheid haar verantwoordelijkheid om de grondrechten te eerbiedigen, kunnen ontlopen door overheidstaken te delegeren aan entiteiten die geen overheidsgezag hebben.¹²³ In die zin oordeelde het EHRM dat de Belgische overheid, die het organiseren van *pro deo* bijstand aan de ordes van advocaten opdraagt, zich niet achter die delegatie kan verschuilen indien wordt aangevoerd dat de uitwerking ervan neerkomt op een met artikel 4 EVRM strijdige gedwongen arbeid.¹²⁴

Rest de vraag of de grondrechten alleen van toepassing zijn in horizontale relaties indien degene die een grondrecht beperkt, daarmee een doelstelling van algemeen belang nastreeft. Het antwoord daarop moet negatief zijn. Particulieren mogen steeds hun eigen belang nastreven, en moeten daarbij niet noodzakelijk rationele keuzes maken of die keuzes verantwoorden.¹²⁵ Maar ook dan zijn zij in staat om grondrechten van derden te schenden, met name wanneer ze zich in

¹²⁰ S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 383.

¹²¹ S. Lierman, P.-J. Van de Weyer en K.-J. Vandormael, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van publiek- en privaatrecht", *TPR* 2016, pp. 563-569.

¹²² S. Somers (2016), *o.c.*, p. 35; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, pp. 28-38; J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 290.

¹²³ Art. 5 van de Draft Articles on State Responsibility for internationally wrongful acts, ILC 2001; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 106; W. Van Gerven en S. Lierman, *o.c.*, pp. 292-294.

¹²⁴ EHRM 23 november 1983, *Van der Musselle t. België*.

¹²⁵ RvS (afd. wetg.) 16 november 2000, *Parl. St. Senaat*, 2000-2001, nr. 12/5, pp. 7-8.

een machtspositie bevinden. Ook die schending van grondrechten moet, gelet op hun fundamentele karakter, sanctioneerbaar zijn.

Het is daarnaast niet evident dat particulieren andermans grondrechten beperken om een doelstelling van algemeen belang na te streven. Het staat uitsluitend aan de democratisch gelegitimeerde overheid om de beleidsdoelstellingen te bepalen en om de middelen te kiezen waarmee die doelstellingen nagestreefd worden. Particulieren kunnen onderling sterk verschillende visies hebben op wat het algemeen belang inhoudt. Uiteraard mogen particuliere verenigingen, onderwijsinstellingen, e.d. hun sociaal of educatief doel zelf bepalen, maar dit doel valt niet noodzakelijk samen met het algemeen belang zoals de overheid dat invult. Een private ondernemer mag zijn werknemers dus wel verplichten om het Nederlands machtig te zijn als dat nodig is voor de uitgeoefende functie, maar hij mag diezelfde verplichting niet rechtvaardigen vanuit de doelstelling om de Nederlandse taal te beschermen.¹²⁶ En een private onderneming die een neutraliteitsbeleid wil voeren, mag dat slechts doen vanuit het eigenbelang dat zij rekening houdt met de voorkeuren van haar klanten, een belang dat zelf overigens wordt beschermd door de door art. 16 van het Handvest gewaarborgde vrijheid van ondernemen.¹²⁷ In gelijkaardige zin oordeelde het Hof van Cassatie dat de rechter in een burengeschil over het snoeien van planten op de perceelsgrens zijn evenredigheidstoets moet beperken tot de conflicterende belangen van de burens. De eigenaar mag zich niet beroepen op een algemeen belang, *in casu* de ecologie, om zich aan zijn snoeiplicht te onttrekken.¹²⁸

Omgekeerd is intussen, in afwijking van de klassieke leer,¹²⁹ wel aanvaard dat ook de overheid zich op de meeste grondrechten kan beroepen. Zowel het Hof van Cassatie als het Grondwettelijk Hof staan toe dat publiekrechtelijke rechtspersonen zich op het gelijkheidsbeginsel beroepen.¹³⁰ Ook art. 16 Gw., dat waarborgen biedt inzake onteigening, kan door de onteigende overheid worden ingeroepen.¹³¹ Sommige grondrechten zijn daarentegen louter bedoeld om particulieren te beschermen: zo waarborgt artikel 27 Gw. enkel de vrijheid van particulieren om private verenigingen op te richten en aan hun activiteiten deel te nemen. Publieke rechtspersonen kunnen zich niet op dat grondrecht beroepen.¹³²

3.2. De rol van een machtspositie

Nu vaststaat dat ook particulieren de grondrechten moeten eerbiedigen, *omdat* ze zich vaak in een machtspositie bevinden, rijst de vraag of ze dat ook *alleen* moeten doen indien ze zich in een machtspositie bevinden. In Duitsland stelt de door Gamillscheg ontwikkelde leer van de “analogie van de macht” de legitimering en het toepassingsgebied van de horizontale werking van grondrechten gelijk: alleen wanneer in de verhouding tussen particulieren sprake is van een

¹²⁶ S. Sottiaux, *o.c.*, p. 326. *Contra*: N. Van Leuven (2009), *o.c.*, pp. 178-179.

¹²⁷ HvJ (GK) 14 maart 2017, *Samira Achbita en CGAS t. G4S*, C-157/15.

¹²⁸ Cass. 22 oktober 2021, C.20.0265.F: “Wanneer een privépersoon zich tegenover een andere privépersoon beroept op een recht, kan de rechter de evenredigheid van de uitoefening van dat recht niet beoordelen in het licht van een collectief belang dat verschilt van hun respectieve belangen”.

¹²⁹ Zie J. Vande Lanotte, *o.c.*, p. 267.

¹³⁰ GwH nr. 13/91, 28 mei 1991 (gemeenten); GwH nr. 62/96, 7 november 1996 (gemeenschappen, gewesten en federale staat); GwH nr. 182/2002, 11 december 2002 (functioneel gedecentraliseerde besturen); GwH nr. 38/2008, 4 maart 2008; GwH nr. 81/2024, 10 juli 2024 (gemeenten); Cass. 16 november 2018, C.16.0065.N.

¹³¹ GwH nr. 115/2004, 30 juni 2004.

¹³² GwH nr. 73/2014, 8 mei 2014; GwH nr. 171/2015, 3 december 2015. Om de intergemeentelijke samenwerking mogelijk te maken, was dan ook een herziening van artikel 162 Gw. nodig.

machtsonevenwicht vergelijkbaar met dat in verticale relaties, rust op de overheid de verplichting om de grondrechten in die horizontale verhouding te beschermen.¹³³

Minstens voor de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel lijkt het Grondwettelijk Hof het bestaan van een machtspositie als toepassingscriterium te stellen: “Het bepalende criterium voor de onderwerping aan het verbod van discriminatie is derhalve niet het regelgevende optreden, maar de machtspositie, in feite of in rechte, die een persoon in het rechtsverkeer inneemt en die hem in de gelegenheid stelt om op discriminerende wijze afbreuk te doen aan rechten van anderen”.¹³⁴ Dat criterium rechtvaardigt, aldus het Hof, zelfs dat de antidiscriminatie wetten wel van toepassing zijn in arbeidsrelaties, maar niet tussen vennoten, wel op aanbieders van goederen en diensten, maar niet op afnemers ervan, wel op artsen maar niet op patiënten en wel op de organisatoren van socio-culturele activiteiten maar niet op de deelnemers.¹³⁵ Ook de partiële-nietigheidssanctie, die gunstig is voor de schuldenaar en ongunstig voor de schuldeiser, wordt verantwoord door dat verschil in machtspositie.¹³⁶ Meer algemeen met betrekking tot alle grondrechten voerden Rimanque en Peeters reeds in 1982 aan dat alleen wanneer een onevenwichtige machtsverhouding aanwezig is, de horizontale verhouding voldoende vergelijkbaar is met de verticale verhouding om de toepasselijkheid van de grondrechten te vereisen.¹³⁷

Toch is dit niet zo evident. Een machtspositie is in se niet nodig om een grondrecht te schenden. De journalist die een kritisch artikel over een politicus of een roddelbijdrage over royalty schrijft, bevindt zich niet in een machtspositie, maar is wel in de gelegenheid om hun eer en goede naam aan te tasten. En de pleger van een diefstal of een geweldsmisdrijf schendt het eigendomsrecht, het recht op leven of de fysieke integriteit van het slachtoffer, maar staat doorgaans niet sociaal-economisch sterker dan het slachtoffer. Ook de buur die overdreven hinder veroorzaakt voor het naburige erf, is niet noodzakelijk machtiger dan de buur die daarover klaagt. Als grondrechten werkelijk fundamenteel zijn, moeten alle schendingen ervan een rechterlijke beoordeling en de gepaste strafsanctie of burgerlijke sanctie krijgen.¹³⁸ Dat geldt ook indien die grondrechtenschending is ingegeven door een discriminerend motief.¹³⁹

Die voorbeelden illustreren een bijkomend probleem met de theorie van de analogie van de macht. Indien men niet simpelweg de toepasselijkheid van grondrechten in alle horizontale verhoudingen aanvaardt, maar vereist dat er sprake is van een machtspositie, dan moet de rechter in elk horizontaal geschil waarin een grondrecht wordt ingeroepen het bestaan van die feitelijke machtspositie onderzoeken. Het is niet evident om daar heldere criteria voor uit te werken.¹⁴⁰ Een abstracte en categorische afbakening is alvast te simplistisch: werkgevers staan veelal in een machtiger positie dan werknemers, maar voor bepaalde zeer gespecialiseerde functies, waarvoor weinig gekwalificeerde kandidaten bestaan, is dat allicht anders. Verhuurders zullen doorgaans sterker staan dan huurders, tenzij indien het huuraanbod de vraag overstijgt. En inzake landpacht is de wettelijke bescherming van de pachter zo sterk dat de vraag rijst of het niet veeleer hij is die over een economische machtspositie beschikt.

¹³³ F. Gamillscheg, *Die Grundrechte im Arbeitsrecht*, Berlijn, Duncker & Humblot, 1989, 105 p.

¹³⁴ GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009, B.10.4.

¹³⁵ *Ibid.*, resp. B.17.2, B.18.2, B.19.2 en B.20.2.

¹³⁶ *Ibid.* B. 29.3.

¹³⁷ K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 21.

¹³⁸ S. Sottiaux, *o.c.*, p. 310.

¹³⁹ Het Grondwettelijk Hof oordeelt trouwens zelf in het arrest over de antidiscriminatie wetten: “Het beginsel van gelijkheid en niet-discriminatie is immers geen louter beginsel van behoorlijke wetgeving en behoorlijk bestuur. Het is een van de grondslagen van een democratische rechtsstaat” (GwH nr. 17/2009, B.10.3).

¹⁴⁰ S. Somers (2016), *o.c.*, p. 38; S. Jansen, *o.c.*, p. 192.

Het machtsonevenwicht zou dus geen bepalend criterium mogen zijn voor de toepasselijkheid van grondrechten in horizontale verhoudingen,¹⁴¹ maar kan wel een belangrijke factor in de evenredigheidstoets zijn. Het is dan immers waarschijnlijker dat particulieren gedwongen worden om in te stemmen met clausules die hun grondrechten disproportioneel aantasten, en in dat geval moet aan die instemming weinig waarde worden gehecht.¹⁴²

3.3. Directe of indirecte horizontale werking?

De rechtsleer die over de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen schrijft, staat steeds nadrukkelijk stil bij het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking. Uit hetgeen volgt, blijkt dat die aandacht overdreven is en dat dit onderscheid voor de praktijk weinig meerwaarde heeft.

Terwijl bij de directe horizontale werking de rechter steeds de grondrechten kan toepassen in horizontale relaties, en daarbij wetgeving en contractbepalingen naast zich kan neerleggen, vormen de grondrechten bij de indirecte horizontale werking veeleer een bron ter interpretatie van privaatrechtelijke rechtsnormen en dus een techniek om de zaak op een bepaalde manier te belichten (zie 2.4).

Procedureel gezien is directe horizontale werking in België niet mogelijk indien dat betekent dat de burgerlijke rechter op eigen houtje formele wetgeving terzijde schuift. Hij mag wetgeving niet buiten toepassing verklaren wegens strijdigheid met een grondrecht zonder daarover eerst een prejudiciële vraag aan het Grondwettelijk Hof te stellen. Hij kan die verplichting niet ontlopen door zich louter op analoge verdragsbepalingen te beroepen (zie 2.2). Voor de toepassing van indirecte horizontale werking is een prejudiciële vraag niet nodig, maar is wel vereist dat de geïnterpreteerde wetsbepaling vatbaar is voor de grondwetsconforme interpretatie die de rechter eraan geeft. Het inpassen van de grondrechten in bestaande privaatrechtelijke normen en concepten biedt immers geen oplossing voor de hypothese waarin die privaatrechtelijke normen zelf de grondrechten schenden.¹⁴³

De directe horizontale werking is proceseconomischer en biedt een efficiënte rechtsbescherming, die in elke fase van een geschil en in weerwil van wetgeving en overeenkomsten kan worden ingeroepen. Maar net daardoor zet ze ook de rechtszekerheid op de helling, omdat de andere partij bij die overeenkomst of degene die beschermd wordt door die wetgeving elke houvast voor zijn handelen verliest.¹⁴⁴

De kritieken die tegen doorwerking van grondrechten in private verhoudingen worden geuit (zie 2.5), gaan bij nader inzien vooral op voor de directe horizontale werking, en in veel mindere mate voor de indirecte horizontale werking.¹⁴⁵ Het gaat onder meer om de kritiek dat aan particulieren dezelfde verplichtingen zouden worden opgelegd als aan overheden, de kritiek dat het privaatrecht in de verdrukking komt, en de kritiek dat de rechter zijn rol in een systeem van scheiding der machten te buiten gaat.

¹⁴¹ De formulering van de antidiscriminatie wetten zelf geeft trouwens aan dat ze alle partijen beschermen, zowel de zwakke als de machtige (S. Jansen, *o.c.*, pp. 191-192).

¹⁴² N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 68.

¹⁴³ N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 290.

¹⁴⁴ S. Somers (2012), p. 45.

¹⁴⁵ R. Jafferli, *o.c.*, p. 155; K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 21.

Het is inderdaad zo dat bij de indirecte horizontale werking de rol van de wetgever centraal blijft staan, omdat hij als eerste aan zet is om de privaatrechtelijke concepten vorm te geven en daarbij meteen aandacht te besteden aan de toepasselijke grondrechten (zie 2.1). De wetgever wordt geresponsabiliseerd om hierin de juiste belangenafweging te maken. Aan de rechter komt dan een bescheidener rol toe, die hoofdzakelijk bestaat in het interpreteren van die wetgeving.¹⁴⁶ Hij kan zijn oordeelsvorming immers niet alleen op vaag geformuleerde grondrechten baseren, maar moet ook aansluiting zoeken bij privaatrechtelijke concepten.¹⁴⁷ Indirecte horizontale werking is dus een democratischer manier om met de doorwerking van grondrechten om te gaan: vaak zijn er meerdere manieren om de grondrechten te laten doorwerken, en het komt dan in de eerste plaats aan de wetgever toe om een keuze te maken tussen die alternatieven en om het juiste evenwicht tussen conflicterende belangen te bepalen. De indirecte horizontale werking heeft op die manier ook meer eerbied voor de wettelijk verankerde basisbeginselen van het contractenrecht, zoals de contractvrijheid. Zij leidt er ook toe dat grondrechtenbeperkingen waarmee een contractpartij bewust en zonder de druk die voortvloeit uit een feitelijke machtspositie heeft ingestemd, anders kunnen worden behandeld dan andere grondrechtenbeperkingen in horizontale relaties.¹⁴⁸

Omwille van die redenen is een ruime meerderheid van de Belgische rechtsleer voorstander van de indirecte horizontale werking.¹⁴⁹ De directe horizontale werking wordt amper bepleit.¹⁵⁰

Anderzijds zijn er ook auteurs die wijzen op de zwakke waarborg die de indirecte horizontale werking slechts biedt: zij dreigt de grondrechten te reduceren tot loutere waarden waarmee rekening wordt gehouden naast alle andere beginselen die in het geding zijn, zonder die grondrechten nog als rechten te formuleren of er een hiërarchisch hogere waarde aan toe te kennen. Waar de directe horizontale werking geen recht doet aan het privaatrecht, doet de indirecte horizontale werking dus geen recht aan de grondrechten.¹⁵¹

Van Leuven probeert die voor- en nadelen te verzoenen met het model van “versterkte indirecte horizontale werking”, dat zij overneemt van Barak en Besson.¹⁵² Dat model vertrekt van de privaatrechtelijke categorieën, die wel steeds moeten worden toegepast conform de criteria die het EHRM uittekent voor de beperking van grondrechten. De privaatrechtelijke normen en concepten vormen dan het uitgangspunt, maar de rechter mag zich er niet aan vastklampen, en moet indien nodig hun traditionele betekenis herzien in functie van de grondrechten. Die manier van werken zou de autonomie van het privaatrecht en van de grondrechten zo veel als mogelijk vrijwaren.

¹⁴⁶ S. Somers (2016), *o.c.*, p. 63.

¹⁴⁷ J.-S. Vanwijngaerden, *o.c.*, p. 240.

¹⁴⁸ N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 283.

¹⁴⁹ R. Jafferli, *o.c.*, p. 155; S. Jansen, *o.c.*, pp. 180-181; P. Lemmens en N. Van Leuven, *o.c.*, pp. 142-143; K. Rimanque & P. Peeters, *o.c.*, p. 19; S. Somers (2016), *o.c.*, p. 63; W. Van Gerven (1992), *o.c.*, p. 308; A. Van Oevelen, “De totstandkoming, de uitvoering, de sancties bij de niet-uitvoering en de beëindiging van overeenkomsten waarin een migrant partij is”, in K. De Feyter, M.-C. Foblets en B. Hubeau (eds.), *Migratie- en migrantenrecht - Recente ontwikkelingen*, Brugge, die Keure, 1995, 396; J. Velaers & S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, pp. 121-122.

¹⁵⁰ E. Brems, “Vers des clauses transversales en matière de droits et libertés dans la Constitution belge?”, *RTDH* 2007, pp. 376-377.

¹⁵¹ E. Dirix, *o.c.*, p.49; S. Somers, *o.c.*, p. 52; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, pp. 286-287, met verwijzing naar Duitse rechtspraak en rechtsleer, waarin de indirecte horizontale werking het leidende beginsel is.

¹⁵² N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 290-291, met verwijzing naar A. Barak, *o.c.*, p. 31; S. Besson, “Comment humaniser le droit privé sans commodifier les droits de l’homme” in F. Werro (ed.), *Droit civil et Convention européenne des droits de l’homme*, Zürich : Schulthess, 2006, p. 19.

Toch blijft de vraag of het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking wel zo relevant is. Hoe vager en opener het toegepaste privaatrechtelijke concept is, des te plooibaarder het is naar de soms gedetailleerde vereisten die uit de overvloedig beschikbare grondrechtenrechtspraak voortvloeien. Maar is het dan niet gewoon dat grondrecht zelf dat bepalend is voor de uitkomst van het geschil, net zoals bij de directe horizontale werking? Elke contractuele clausule die de grondrechten schendt, is bijvoorbeeld *ipso facto* in strijd met de openbare orde¹⁵³ en heeft een ongeoorloofd voorwerp (zie 7).¹⁵⁴ Omgekeerd geldt dat, hoe concreter en gedetailleerder dat privaatrechtelijke concept is, des te minder een grondrechtsconforme lezing ervan tot de mogelijkheden behoort, en in dat geval moet die wetskrachtige norm wel degelijk wijken voor de hiërarchisch hogere grondrechten waarmee het in strijd is.¹⁵⁵ Ook wanneer er geen open privaatrechtelijke norm beschikbaar is die grondrechtsconform kan worden ingekleurd, zijn de grondrechten de hiërarchisch hoogste normen, waarmee wetgeving, contractuele clausules, rechtsuitoefeningen en feitelijke gedragingen niet in strijd mogen zijn. Een vorm van directe horizontale werking is dan de enige optie om de voorrang van de grondrechten te waarborgen. En dan moet de rechter, die zich niet mag bezondigen aan rechtsweigering, nog steeds het voorliggende geschil beslechten, hetgeen hij niet meer op grond van de specifieke maar ongrondwettige regel van privaatrecht kan doen, zodat hij toepassing zal moeten maken van algemenere privaatrechtelijke regels of van grondrechten. Wanneer de directe horizontale werking wordt toegepast, komen de voormelde gevaren weer aan de oppervlakte, zoals het gevaar van een verdringing van het privaatrecht. De gepaste manier om die gevaren te neutraliseren, is de terughoudende wijze waarop de evenredigheidstoets moet worden uitgevoerd. Die toets moet terdege rekening houden met alle contextuele aspecten, zoals de eigen aard van een horizontale rechtsverhouding.

3.4. De gehorizontaliseerde evenredigheidstoets

Uit wat voorafgaat, blijkt dat de aard of machtspositie van de partijen niet bepalend is voor de doorwerking van grondrechten. Omwille van hun functie en hun plaats in de normenhiërarchie werken grondrechten door in horizontale relaties, en de relevante vraag wordt die naar de intensiteit waarmee ze dat doen. Het zijn de aangepaste interpretatie en toetsingsintensiteit die uitwassen zoals grondrechteninflatie, de verdringing van het privaatrecht en het opleggen van identieke verplichtingen aan burger en overheid kunnen vermijden en zo de legitimiteit van de doorwerking vrijwaren. Die intensiteit hangt niet af van de directe of indirecte aard van de horizontale werking, maar van de manier waarop de evenredigheidstoets wordt toegepast. Sommige auteurs zijn nochtans van mening dat de evenredigheidstoets, die een bij uitstek publiekrechtelijk concept is, niet werkbaar is in private verhoudingen (zie 2.5). Toch vereist het EHRM wel degelijk dat de evenredigheidstoets *sensu lato* ook wordt toegepast op grondrechtenbepalingen door particulieren.¹⁵⁶ Ook de antidiscriminatie wetten transponeren de evenredigheidstoets naar private verhoudingen.¹⁵⁷ Het is dus correcter om alle stappen van de evenredigheidstoets *sensu lato* wel degelijk toe te passen, maar daarbij voldoende aandacht te besteden aan de eigenheid van de horizontale relatie.¹⁵⁸

¹⁵³ R. Jafferli, *o.c.*, pp. 156-157; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 133. Zie het reeds vermelde GwH nr. 8/2012, waarin het Hof aangaf dat een reorganisatieplan van een onderneming dat een bepaalde categorie van schuldeisers discrimineert, *ipso facto* in strijd met de openbare orde is. Zie in dezelfde zin GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009.

¹⁵⁴ Vgl. Cass. 29 september 2008, *Pas.* 2008, nr. 511 (zie nr. 2.4.2).

¹⁵⁵ M. Kumm, *o.c.*, 352-359; M. Somers (2012), *o.c.*, pp. 46-47.

¹⁵⁶ EHRM 29 februari 2000, *Fuentes Bobo t. Spanje*; EHRM 17 juli 2003, *Craxi (nr. 2) t. Italië*.

¹⁵⁷ S. Jansen, *o.c.*, p. 198; S. Sottiaux, "De rechtvaardigingsgronden in het federale discriminatierecht" in C. Bayart, S. Sottiaux en S. Van Drooghenbroeck (eds.), *De nieuwe federale antidiscriminatie wetten*, Brugge: die Keure, 2008, p. 336.

¹⁵⁸ S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, pp. 373-379; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, pp. 168-181 en 439-442.

De vereiste dat een grondrechtenbeperking “bij wet voorzien” is, is logisch wanneer ze wordt toegepast op de overheid, aangezien die slechts binnen de grenzen van de wet mag opereren. Particulieren hebben daarentegen in beginsel geen wettelijke toelating nodig voor hun handelen, en zijn evenmin bij machte om wetgeving aan te nemen.¹⁵⁹ Het vereisen van een wettelijke grondslag zou elke beperking (of afstand) van grondrechten bij overeenkomst onmogelijk maken,¹⁶⁰ al kan volgens Velaers in art. 5.69 nieuw BW, dat bepaalt dat de overeenkomst de partijen tot wet strekt, een algemene wettelijke grondslag voor het beperken van grondrechten bij overeenkomst worden gelezen.¹⁶¹ Het Hof van Cassatie vereist niet dat beperkingen van grondrechten door private personen bij wet voorzien zijn.¹⁶²

De vereiste van materiële wettigheid is daarentegen wel transposeerbaar naar horizontale relaties: particulieren die een grondrecht beperken, moeten daarbij zo voorzienbaar, voorspelbaar en transparant mogelijk te werk gaan. Zo moeten kledingvoorschriften die op gespannen voet staan met de godsdienstvrijheid, blijken uit een vooraf bekendgemaakt arbeidsreglement.¹⁶³ Wie die vereiste bewust aan zijn laars lapt om een verrassingseffect te bekomen, schendt de grondrechten.¹⁶⁴

Ook de vereiste van een legitieme doelstelling kan niet volledig worden doorgetrokken naar horizontale relaties, omdat men van een particulier niet mag vereisen dat hij het algemeen belang nastreeft. Hij mag zijn eigen belang en winstoogmerk nastreven.¹⁶⁵ De vraag rijst zelfs of hij wel grondrechten mag beperken vanuit een doelstelling van algemeen belang (zie 3.1). Maar ook voor particulieren geldt dat zij geen grondrechten mogen beperken vanuit een illegitieme doelstelling, zoals blijkt uit de casus van het eigenaarschap van een voetballer (zie 2.4.2). Evenmin mag de nagestreefde doelstelling bestaan uit het oogmerk tot schaden en men mag evenmin zonder enig redelijk belang een grondrecht beperken.¹⁶⁶

Wat de pertinentietoets betreft, moet er rekening mee worden gehouden dat de impact en middelen van particulieren niet dezelfde zijn als die van een overheid.¹⁶⁷ De pertinentietoets omvat in horizontale relaties ook een noodzakelijkheidstoets: zoals blijkt uit de memorie van toelichting van de eerste antidiscriminatiewet, is een particuliere beperking van grondrechten ongerechtvaardigd indien de maatregel had kunnen worden vervangen door andere, even doeltreffende maatregelen die de grondrechten van de betrokken personen niet beperkten.¹⁶⁸

De evenredigheidstoets *sensu stricto* is een afweging van het nagestreefde particulier belang ten opzichte van de last die door het nastreven ervan wordt opgelegd aan de andere partij bij de horizontale verhouding.¹⁶⁹ Die toets moet over het algemeen terughoudend uitgevoerd worden, omdat de andere partij bij de horizontale verhouding zich doorgaans kan beroepen op een

¹⁵⁹ J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 291.

¹⁶⁰ R. Jafferli, *o.c.*, pp. 164-165; R. Van Crombrugge, N. Vandezande en N. Vandeveldde, “Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?”, *RW* 2015-16, p. 243.

¹⁶¹ J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 156.

¹⁶² Cass. 27 april 2006, *Pas.* 2006, p. 968; Cass. 27 april 1981, *Arr. Cass.* 1980-81, I, p. 964; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 125.

¹⁶³ Arbeidshof Brussel 17 oktober 2002, *J.dr.jeun* 2002, p. 42; Arbrb. Tongeren 2 januari 2013, 11/2142/A.

¹⁶⁴ N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 440.

¹⁶⁵ S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 378; J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 307.

¹⁶⁶ J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 307; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 441.

¹⁶⁷ S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 378.

¹⁶⁸ *Parl. St.* 1999-2000, Senaat 2-12/1.

¹⁶⁹ N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 292.

legitiem vertrouwen dat de wetsbepaling of de contractuele clause die in zijn voordeel werkt, hem bescherming zal blijven bieden. In sommige gevallen kan die andere zich zelf ook op een grondrecht beroepen (zie 3.5). Bovendien is het particulieren in beginsel toegestaan om hun eigen vrijheid na te streven met miskenning van de belangen van anderen; alleen indien men daarbij een onevenredig groot nadeel berokkent aan degene die zich op een grondrecht kan beroepen, is er sprake van een schending.¹⁷⁰ De vrijheid waarover de grondrechtenbeperker beschikt, is wel geringer wanneer een grondrecht in het geding is waaraan op grond van de rechtspraak van het EHRM een bijzondere bescherming toekomt.¹⁷¹ Voorts laat de evenredigheidstoets toe om rekening te houden met alle omstandigheden die in het geding zijn, zoals de vraag of men bewust heeft ingestemd met de beperking van een grondrecht,¹⁷² althans in situaties waarin geen al te groot machtsonevenwicht aanwezig is (zie 3.2).

Er is terecht op gewezen dat deze evenredigheidstoets *sensu lato* amper verschilt van, of zelden tot een ander resultaat leidt dan de toepassing van puur privaatrechtelijke concepten zoals het zorgvuldigheidscriterium in het aansprakelijkheidsrecht¹⁷³ of het verbod van rechtsmisbruik,¹⁷⁴ twee concepten die zelf trouwens grotendeels samenvallen,¹⁷⁵ zeker sinds de invoering van het nieuwe art. 1.10 BW: “Wie zijn recht uitoefent op een wijze die kennelijk de grenzen te buiten gaat van de normale uitoefening van dat recht door een voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden geplaatst, maakt misbruik van zijn recht”. Wie immers zijn recht uitoefent met het oogmerk om te schaden, bezondigt zich aan rechtsmisbruik¹⁷⁶ en beperkt een grondrecht vanuit een illegitiem doel. Wie tussen de verschillende manieren om zijn recht uit te oefenen, diegene kiest die de tegenpartij het meest benadeelt, pleegt rechtsmisbruik¹⁷⁷ en beperkt een grondrecht terwijl dat niet noodzakelijk is. En van rechtsmisbruik is ook sprake bij schending van het evenredigheidsbeginsel, of “wanneer het veroorzaakte nadeel buiten verhouding staat tot het voordeel dat de houder van het recht nastreeft of heeft verkregen”.¹⁷⁸

3.5. Gehorizontaliseerde evenredigheidstoets bij conflict van grondrechten

In horizontale relaties zullen zich onvermijdelijk situaties voordoen waarin een grondrecht van de ene particulier in conflict komt met een grondrecht van een andere particulier. Het probleem van de conflicterende grondrechten, dat één van de moeilijkste vraagstukken in de mensenrechtelijke doctrine is, stelt zich zelfs vooral in horizontale relaties.¹⁷⁹ Het typevoorbeeld is het conflict tussen het recht op eer en goede naam van degene over wie een kritisch of satirisch boek of persartikel verschijnt en de vrije meningsuiting en drukpersvrijheid

¹⁷⁰ J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 307; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 442.

¹⁷¹ N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 127, die verwijst naar bestaande rechtspraak over het verbod op discriminatie van kandidaat-huurders op basis van seksuele geaardheid.

¹⁷² N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 292.

¹⁷³ S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 378.

¹⁷⁴ Art. 1.11 nieuw BW. Zie S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 379; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 130.

¹⁷⁵ A. De Boeck & N. Van Damme, “Rechtsmisbruik”, in: *Bijzondere overeenkomsten* (losbl.), www.jura.be, pp. 197-199; T. Leonard, “L’interdiction de l’abus de droit dans le nouveau Code civil: requiem pour un principe général de droit?” in J. Van Meerbeeck & Y. Ninane (eds.), *Les principes généraux du droit privé*, Limal: Anthemis, 2023, p. 74.

¹⁷⁶ Cass. 19 februari 2010, C.09.0118.F.-C.09.0132.F.

¹⁷⁷ Cass. 25 april 2022, S.21.0071.F (dit is zelfs het geval indien er bij die keuze geen oogmerk om te schaden aanwezig is).

¹⁷⁸ Cass. 3 februari 2017, C.16.0055.N; Cass. 26 oktober 2017, C.16.0393.N; Cass. 27 januari 2020, C.19.0020.N; Cass. 20 januari 2023, C.21.0499.N.

¹⁷⁹ J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 143.

van de auteur of journalist.¹⁸⁰ Ook hier is de evenredigheidstoets de geëigende formule, maar de manier waarop de rechter de in het geding zijnde belangen afweegt en de procedurele techniek van het eenzijdig verzoekschrift in kortgeding dat de eiser vaak gebruikt, leiden tot onzekere uitkomsten.¹⁸¹ Deze afweging zal veeleer in het voordeel van de persvrijheid uitvallen als het gaat om een materie van algemeen belang waarover het publiek geïnformeerd moet worden, maar zal eerder in het voordeel van de privacy uitvallen wanneer het gaat om banale informatie die louter op de nieuwsgierigheid van de lezers inspeelt.¹⁸²

De vraag is of ook hier de wetgever aan zet is. Velaers meent van niet: hij wijst erop dat de evenredigheidstoets een oefening *in concreto* is, hetgeen een rechterlijke taak is, terwijl de wetgever alleen maar op abstracte en algemene wijze kan reguleren.¹⁸³ De rechter moet het in het geding zijnde grondrechtenconflict helder en transparant weergeven en moet aangeven hoe hij de in het geding zijnde rechten en belangen afweegt.¹⁸⁴ Van Drooghenbroeck antwoordt dat die manier van werken de voorzienbaarheid van de uitkomst nog meer op het spel zet.¹⁸⁵ Doorgaans kent het EHRM de lidstaten een ruime appreciatiemarge toe om het juiste evenwicht te bepalen, maar overheden die een keuze maken voor het ene grondrecht, kunnen toch veroordeeld worden wegens schending van het andere grondrecht: in een tegen België gewezen arrest stelde het EHRM een schending van het journalistieke bronnengeheim vast door een huiszoeking op een krantenredactie die als doel had een lek in het strafrechtelijk onderzoek op te sporen dat de privacy van een verdachte had aangetast.¹⁸⁶

Toch is de evenredigheidstoets *in concreto* het enige alternatief, nu er geen hiërarchie tussen de grondrechten bestaat en het veelal niet mogelijk zijn om de beide grondrechten met elkaar te verzoenen.¹⁸⁷ In het conflict tussen de vrijheid van ondernemen en de godsdienstvrijheid valt die afweging uit in het voordeel van de private onderneming die alle zichtbare religieuze tekens verbiedt, maar enkel indien sprake is van een coherent en systematisch beleid dat daadwerkelijk wordt nagestreefd, dat niet discrimineert tussen geloofsovertuigingen, en dat alleen van toepassing is op personeelsleden die in contact met de klanten staan.¹⁸⁸

3.6. Meerwaarde

De vraag naar de meerwaarde van de doorwerking van grondrechten in private verhoudingen is niet eenvoudig te beantwoorden. Een intrusieve vorm van directe horizontale werking, waarbij elke grondrechtenbeperving ook als een schending wordt beschouwd, heeft een duidelijke invloed - of dat ook een meerwaarde is, is subjectief - maar dreigt het privaatrecht te verdringen. Een evenredigheidstoets die met gepaste terughoudendheid wordt uitgevoerd en die

¹⁸⁰ Bv. Antwerpen 4 november 1999, RW 2000-01, p. 1457 (modeontwerpster Ann Demeulemeester t. auteur Herman Brusselmans); Rb. Brussel 4 november 2008, (commissaris-generaal van de federale politie Fernand Koekelberg t. Humo). Zie ook EHRM 24 juni 2004, *von Hannover t. Duitsland*, over de vrijheid van de pers om foto's uit het privéleven van Caroline van Monaco te publiceren. De Duitse rechters hadden de persvrijheid beschermd, maar het EHRM stelde een schending van artikel 8 EVRM vast.

¹⁸¹ W. Van Gerven en S. Lierman, *o.c.*, pp. 391-393.

¹⁸² EHRM 9 november 2006, *Leempoel e.a. t. België*.

¹⁸³ J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 311.

¹⁸⁴ EHRM 23 september 2010, *Schüth t. Duitsland*; EHRM 3 februari 2011, *Siebenhaar t. Duitsland*.

¹⁸⁵ S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, pp. 387-388.

¹⁸⁶ EHRM 15 juli 2003, *Ernst e.a. t. België*. In dezelfde zin EHRM 17 juli 2003, *Craxi (nr. 2) t. Italië*.

¹⁸⁷ J. Velaers (2007), *o.c.*, pp. 145-150.

¹⁸⁸ HvJ (GK) 14 maart 2017, *Achbita en CGAS t. G4S*, C-157/15. In het eindarrest werd geoordeeld dat aan die criteria voldaan was en er dus geen schending voorlag (Arbeidshof Gent 12 oktober 2020, 2019/AH/55). In een andere zaak werd HEMA veroordeeld omdat het een medewerkster ontsloeg die een hoofddoek droeg, terwijl HEMA voordien geen beleidslijn in die zin had uiteengezet (Arbrb. Tongeren 2 januari 2013, 11/2142/A).

opereert in de logica van de indirecte horizontale werking, vrijwaart het privaatrecht, maar het resultaat zal allicht niet verschillen van het resultaat waartoe de loutere toepassing van het privaatrecht had geleid. Meer algemeen is het zo dat het privaatrecht in wezen uitdrukking geeft aan dezelfde achterliggende waarden van vrijheid en gelijkheid als de grondrechten.¹⁸⁹

Maar de omgekeerde vraag is relevanter: welke meerwaarde heeft het privaatrecht voor de afdwinging van grondrechten in horizontale relaties? Die meerwaarde is aanzienlijk, omdat de grondrechten geen adequaat sanctieapparaat bezitten dat nuttig kan worden toegepast in horizontale verhoudingen. De toetsing door het Grondwettelijk Hof en het EHRM richt zich tot de verwerende overheid, en het is enkel de burgerlijke rechter die genoegdoening kan verschaffen aan de eiser in horizontale relaties. Hij zal daarvoor toch vooral de privaatrechtelijke sancties moeten toepassen.

In het contractenrecht is de partiële nietigheid van overeenkomsten een aangewezen sanctie, omdat zij als gevolg heeft dat de overeenkomst verder blijft bestaan in zoverre ze de (vaak zwakkere) partij tot voordeel strekt, terwijl de nadelige clausule die haar grondrechten schendt, eruit verdwijnt.¹⁹⁰ Nietigheid is alvast de sanctie indien het voorwerp van de overeenkomst ongeoorloofd is in de zin van art. 5.51 nieuw BW, en een overeenkomst die een grondrechtenschending tot voorwerp heeft, is steeds ongeoorloofd.¹⁹¹ De contractpartij wiens grondrechten geschonden zijn, mag ook de *exceptio non adimpleti contractus* invoeren. Zij mag m.a.w. zonder voorafgaande rechterlijke tussenkomst haar eigen contractuele prestaties opschorten zolang de grondrechtenschending duurt, voor zover het gaat om objectief samenhangende verbintenissen, er een ingebrekestelling is, de goede trouw aanwezig is en degene die haar prestatie opschort niet zelf aan de oorzaak ligt van de niet-nakoming door de tegenpartij. Degene die op deze grondslag zijn prestaties opschort, moet wel zeker van haar stuk zijn, want anders zal de rechter simpelweg haar niet-nakoming sanctioneren.¹⁹² Specifieke wetgeving, zoals de antidiscriminatie wetten, bevat soms specifieke sancties. Ook de stakingsvordering inzake oneerlijke handelspraktijken is een geschikt middel, met name om grondrechtenschendingen door grote ondernemingen tegen te gaan.¹⁹³

Buiten contractuele verhoudingen biedt de toepassing van de artikelen 1382-1383 oud BW de aangewezen sanctie. De schending van een grondrecht is steeds een onrechtmatige daad in de zin van die bepalingen.¹⁹⁴ Het gebruikelijke rechtsherstel is dan het herstel in natura, en slechts als dat niet mogelijk is, is de geldelijke schadevergoeding bij equivalent de gepaste sanctie.¹⁹⁵ De rechter moet de benadeelde dus terugplaatsen in de situatie alsof de schending van het grondrecht zich niet had voorgedaan. Enkele mogelijke vormen van rechtsherstel zijn de verplichte bekendmaking van het vonnis in de geschreven pers, het recht van antwoord en de veroordeling tot verplichte excuses.¹⁹⁶ Controversiëler is de vraag of de rechter de verplichting

¹⁸⁹ S. Somers (2012), *o.c.*, p. 49.

¹⁹⁰ S. De Rey, I. Samoy en P. Foubert, *o.c.*, pp. 1215-1216.

¹⁹¹ K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 28.

¹⁹² N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 135-136.

¹⁹³ Kh. Brussel 16 juni 2003, *Belgische Consumentenvereniging Test-Aankoop t. Fortis AG*, AC 08304/02; J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 142.

¹⁹⁴ K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 26; J. Velaers (2003), *o.c.*, p. 297. Zie in dezelfde zin GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009.

¹⁹⁵ Cass. 3 april 2017, S.16.0039.N; S. De Rey, *Herstel in natura*, Brugge, die Keure, 2019, 927 p.

¹⁹⁶ S. De Rey, I. Samoy en P. Foubert, *o.c.*, pp. 1230-1232. Zie over dat laatste Cass. 26 november 2021, C.20.0578.F.

tot contracteren kan opleggen als rechtsherstel. Contractdwang staat op gespannen voet met de contractvrijheid, maar lijkt niettemin stilaan ingang te vinden in de rechtspraak.¹⁹⁷

De artikelen 1382-1383 oud BW kunnen trouwens zowel worden ingeroepen tegen de particulier die het grondrecht heeft geschonden als tegen de overheid die te weinig gedaan heeft om die schending te voorkomen of recht te zetten en daardoor haar positieve verplichtingen heeft geschonden. Dat is bijvoorbeeld het geval indien zij luchtvaartmaatschappijen onvoldoende aanzet tot het nemen van maatregelen tegen een niveau van geluidsoverlast dat in hoofde van de omwonenden art. 8 EVRM schendt.¹⁹⁸

4. Privaatrechtelijk overheidshandelen

4.1. Privatisering en grondrechten

De grens tussen overheid en particulier wordt in België alsmaar vager. De overheid verzelfstandigt meer en meer overheidstaken, en zij heeft daarbij in principe de keuze tussen het oprichten van een nieuwe publiekrechtelijke rechtspersoon met een specifiek wettelijk statuut of het gebruik van het private vennootschapsrecht om die taken naar een private rechtspersoon over te dragen. Ook hybride vormen, waarbij de wetgever bij het oprichten van een publiekrechtelijke rechtspersoon grote stukken van het privaatrechtelijke vennootschapsrecht van toepassing verklaart of in een private vennootschap wezenlijke elementen van publiekrecht laat doorwerken, zijn mogelijk.¹⁹⁹ Een entiteit met publieke rechtsvorm is in principe een overheid, terwijl een private rechtsvorm dat alleen is indien ze een gezagsfunctie bekleedt of als verlengstuk van een overheid opereert, hetgeen moet worden bepaald aan de hand van een veelheid aan juridische en feitelijke factoren.²⁰⁰

Zelfs wanneer sprake is van een publiekrechtelijk orgaan, is de algemene regel de toepasselijkheid van het privaatrecht.²⁰¹ Artikel 1.1, lid 1 nieuw BW verklaart het privaatrecht van toepassing op de overheid, “onder voorbehoud van de regels die eigen zijn aan de uitoefening van het openbaar gezag”.²⁰² Krachtens artikel 5.13 nieuw BW vormt het nieuwe verbintenissenrecht het gemeen recht dat van toepassing is op alle overeenkomsten; die bepaling maakt geen uitzondering voor overeenkomsten met de overheid, en uit de parlementaire voorbereiding blijkt dat dit een bewuste keuze is.²⁰³ En in het goederenrecht bepaalt artikel 3.45 nieuw BW dat ook de publieke goederen in beginsel zijn onderworpen aan het privaatrecht.²⁰⁴

¹⁹⁷ S. De Rey, I. Samoy en P. Foubert, *o.c.*, pp. 1232-1233, met verwijzing naar Antwerpen 15 oktober 2018, *AM* 2018-19, p. 121; Brussel (4e k.) 28 september 2020, *JT* 2020, p. 872; Voorz. Rb. Namen 5 mei 2015, *Juristenkrant* 27 mei 2015, p. 2; Voorz. Rb. Nijvel 19 april 2005, *JLMB* 2005, 934.

¹⁹⁸ Brussel 20 oktober 2020, *TMR* 2021, pp. 186-187.

¹⁹⁹ T. Coen, *Overheidsvennootschappen. Een (overwegend) vennootschapsrechtelijke analyse*, Antwerpen: Intersentia, 2023, pp. 125-144.

²⁰⁰ Cass. 14 februari 1997, C.96.0211.N; Cass. 10 september 1999, C.98.0141.F; GwH nr. 41/2003, 9 april 2003; GwH nr. 167/2018, 29 november 2018.

²⁰¹ Al blijven tegelijk ook bepaalde administratiefrechtelijke regels en beginselen van toepassing (M. Pâques, *Droit administratif*, Brussel: Larcier, 2024, pp. 950-1000).

²⁰² S. Verbeyst, “Een kanttkening bij artikel 1.1 BW, belicht vanuit een Nederlands-Belgische canon”, *TBP* 2024 (te verschijnen).

²⁰³ *Parl. St.* Kamer, 2020-2021, nr. 5-1806/1, pp. 22-23.

²⁰⁴ T. Leys, *De bescherming van het publiek gebruik van privaat vastgoed. Tussen particulier en algemeen belang*, Antwerpen, BoomJuridisch, 2024, pp. 66-70.

Daarnaast geldt in België de tweewegenleer: de overheid kan voor de uitoefening van haar overheidstaken in beginsel vrij kiezen voor de publieke of de private weg,²⁰⁵ hetgeen nu ook expliciet lijkt te zijn erkend in artikel 1.1 nieuw BW. Aan het gebruik van het privaatrecht door de overheid zijn, krachtens dat leerstuk, vier grenzen: de overheid mag daarbij niet handelen in strijd met het dwingend recht, waaronder de algemene rechtsbeginselen; ze mag de rechtzoekende geen essentiële waarborgen ontnemen; ze mag de bevoegdheden van anderen niet miskennen noch haar eigen bevoegdheden overdragen; en ze mag in een privaatrechtelijk instrument haar eigen beoordelingsbevoegdheid niet inperken.²⁰⁶

De gekozen rechtsvorm en de keuze voor publiek- of privaatrecht zouden, gelet op het voorgaande, geen verschil mogen maken voor de toepasselijkheid van de grondrechten. Gelet op hun principiële horizontale werking zijn de grondrechten op eenieder van toepassing. Daarnaast moet worden vermeden dat de overheid haar grondrechtelijke verantwoordelijkheid ontloopt door overheidstaken te delegeren aan entiteiten die geen overheidsgezag hebben of door voor privaatrechtelijke technieken te kiezen.²⁰⁷

De publieke en private entiteiten die overheidstaken behartigen, verschillen op dit vlak gelukkig niet. De vier grenzen van de tweewegenleer geven duidelijk aan dat de overheid ook bij de keuze voor de privaatrechtelijke weg de grondrechten moet eerbiedigen. Uit de rechtspraak van het EHRM blijkt daarnaast dat de overheid ten volle aansprakelijk blijft voor grondrechtenschendingen begaan door private actoren die overheidstaken behartigen. Het EVRM verzet zich niet tegen privatisering,²⁰⁸ maar de overheid blijft verantwoordelijk voor de grondrechtenschendingen die deze private entiteiten begaan.²⁰⁹ Het EHRM beschouwt die private entiteiten soms gewoon als overheidsorgaan,²¹⁰ en past in het andere geval het leerstuk van de positieve verplichtingen toe.²¹¹ Er is ook geen verschil tussen de overheid die het openbaar gezag uitoefent en de overheid in het private rechtsverkeer.²¹² In beide gevallen bevindt zij zich immers in een machtspositie, bijvoorbeeld omdat ze als enige speler collectieve goederen of schaarse overheidsrechten aanbiedt, en bovendien kan ze geen afstand doen van haar taken van openbaar belang door contracten te sluiten.²¹³

4.2. Verschillen in toetsing bij privaat handelen en privaat overheidshandelen

Het valt dus te verwachten dat dezelfde toetsingsstandaarden gelden voor overheden die zich als private partij in het rechtsverkeer begeven als voor horizontale verhoudingen tussen

²⁰⁵ C. Borucki, *Buitencontractueel kostenverhaal door de overheid*, Antwerpen: Intersentia, 2023, pp. 173-179.

²⁰⁶ W. Van Gerven, *Hoe blauw is het bloed van de prins? De overheid in het verbintenissenrecht*, Antwerpen: Kluwer, 1984, p. 79; S. Lierman, P.-J. Van de Weyer en K.-J. Vandormael, *o.c.*, p. 8. Daarnaast mag de overheid niet vrij haar medecontractant kiezen, omdat ze onderworpen is aan de regels inzake overheidsopdrachten en concessies en omdat ze gebonden blijft door het gelijkheidsbeginsel (RvS 23 december 2015, nr. 233.355, *Kinopolis Mega*).

²⁰⁷ Art. 5 van de Draft Articles on State Responsibility for internationally wrongful acts, ILC 2001; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 106; W. Van Gerven en S. Lierman, *o.c.*, pp. 292-294.

²⁰⁸ EHRM 1 maart 2005, *Wos t. Polen*.

²⁰⁹ EHRM 25 maart 1993, *Costello-Roberts t. Verenigd Koninkrijk*; EHRM 16 juni 2005, *Storck t. Duitsland*; EHRM 16 mei 2024, *Mikyas e.a. t. België*; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 105; M. De Groot, "Het private beheer van overheidstaken in mensenrechtelijk perspectief. De verdeling van mensenrechtelijke verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid in het licht van het stelsel van rechtsbescherming van het EVRM", *TBP* 2018, pp. 77-81.

²¹⁰ EHRM 8 april 2010, *Yershova t. Rusland*; EHRM 3 april 2012, *Kotov t. Rusland*; EHRM 16 februari 2016, *Ärtzekammer für Wien en Dorner t. Oostenrijk*.

²¹¹ EHRM 28 juni 2001, *Verein gegen Tierfabriken t. Zwitserland*; EHRM 28 januari 2014, *O'Keefe t. Ierland*.

²¹² EHRM 6 februari 1976, *Swedish Engine Drivers' Union t. Zweden*.

²¹³ N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 105.

particulieren. De evenredigheidstoets is inderdaad in beide gevallen van toepassing. Maar men mag niet uit het oog verliezen dat er, naast het steeds belangrijker snijvlak tussen publiek- en privaatrecht ook twee afzonderlijke sferen blijven bestaan. Het optreden van de overheid in de puur publieke sfeer verschilt wezenlijk van het gedrag van particulieren. Er moet dus rekening worden gehouden met objectieve verschillen tussen overheid en burger. Die verschillen zijn factoren waaraan in de evenredigheidstoets *sensu lato* een groot gewicht moet toekomen (zie 3.4).

Zo oordeelde het Hof van Justitie recent dat de Luikse gemeente Ans in het kader van de neutraliteitsplicht die op de overheid rust, al haar medewerkers een verbod op het dragen van zichtbare religieuze tekens mag opleggen. Het komt aan de nationale rechter toe om de geschiktheid en evenredigheid van die maatregel, die ook van toepassing is op medewerkers die geen contact met het publiek hebben, te beoordelen.²¹⁴ Het Hof van Justitie past hier dezelfde toetsstenen toe als op de private werkgever in de voormelde zaak *Achbita*, maar toch is er een verschil in de toepassing daarvan. Die private werkgever mocht alleen een neutraliteitsbeleid nastreven voor medewerkers die contact hadden met de klanten, omdat hij dat beleid slechts mocht motiveren vanuit zijn commerciële belang. Voor de publieke werkgever, die zijn neutraliteitsbeleid verantwoordt vanuit de invulling die hij aan het algemeen belang geeft, moet de neutraliteit daarentegen zowel gelden voor contacten tussen overheidspersoneel en publiek als tussen overheidspersoneel onderling, omdat elke uitzondering op de exclusieve neutraliteit de noodzakelijkheid ervan ondergraaft.²¹⁵ Dit neemt niet weg dat ook de private werkgever een verbod op religieuze tekens ten aanzien van al zijn personeelsleden kan rechtvaardigen indien het ingeroepen particulier belang dat toelaat: het Arbeidshof van Luik aanvaardde in dat verband de doelstelling van sociale cohesie en sociale vrede in de onderneming en aanvaardde dat deze maatregel essentieel was en beantwoordde aan een werkelijke nood.²¹⁶

Dat de eigenheid van de overheid soms primeert op de gebruikte privaatrechtelijke techniek, blijkt uit twee arresten van het Grondwettelijk Hof over de hoorplicht. Initieel was de hoorplicht enkel een waarborg voor statutaire ambtenaren: zij konden pas een tuchtsanctie opgelegd krijgen nadat zij door de tuchtverheid waren gehoord. Het Grondwettelijk Hof zag een discriminatie in het feit dat die hoorplicht niet gold voor contractueel overheidspersoneel. Statutairen en contractuelen zijn in beginsel weliswaar niet vergelijkbaar, maar toch moeten zij gelijk behandeld worden in het licht van het beginsel *audi et alteram partem* omwille van de bijzondere aard van de overheid als behoedster van het algemeen belang. Gelet op die rol mag zij slechts een verstrekkende individuele beslissing nemen indien zij dat met volle kennis van zaken kan doen; zoniet dreigt zij zich aan willekeur te bezondigen.²¹⁷ Contractuele overheidspersoneelsleden zijn net als private werknemers onderworpen aan de Arbeidsovereenkomstenwet van 3 juli 1978. Wie daaruit afleidde dat het Grondwettelijk Hof ook in private arbeidsbetrekkingen een hoorplicht zou vereisen, kwam bedrogen uit: de grote verschillen tussen de ontslagregelingen in de overheidssector en de privésector, en de eigenheid

²¹⁴ HvJ 28 november 2023, C-148/22, *OP t. Gemeente Ans*.

²¹⁵ HvJ 15 juli 2021, *WABE en MH Müller Handel*, C-804/18 en C-341/19; HvJ 28 november 2023, C-148/22, *OP t. Gemeente Ans*, punt 39.

²¹⁶ Arbh. Luik 20 december 2021, 2019/AL/345.

²¹⁷ GwH nr. 86/2017, 6 juli 2017. Het Hof ging daarmee in tegen de rechtspraak van het Hof van Cassatie en de Raad van State (Cass. 12 oktober 2015, *JTT*, 2016, p. 29; RvS 27 september 2016, nr. 235.871, *cvba Intercommunale betreffende Studie en Beheer*).

van de overheid als behoeder van het algemeen belang rechtvaardigen dat een private werkgever zijn werknemer kan ontslaan zonder hem eerst te horen.²¹⁸

5. Publiek- en privaatrechtelijke concepten

Ondanks al het voorgaande blijft de kritiek dat de grondrechten het privaatrecht in de verdrukking brengen, af en toe opduiken. Zo was er de verzuchting: “geen enkele rechtstak ontsnapt aan het soms zeer onvoorspelbare interventionisme van dat rechtscollege”.²¹⁹ Of: “als inzake het civielrechtelijke statuut van de persoon nagenoeg elke maatschappelijk niet (meer) wenselijk geachte regeling respectievelijk het ontbreken van een maatschappelijk (thans) wenselijk geachte regeling in strijd is met de mensenrechten, is niets nog in strijd met de mensenrechten”.²²⁰ Gaat het hier om losse arresten waarin het Grondwettelijk Hof te weinig rekening heeft gehouden met de eigenheid van horizontale verhoudingen, of is er een structureel probleem? Over de uitkomst van individuele zaken kan men altijd discussiëren.

De grondrechtenlogica houdt wel degelijk enkele structurele gevaren in voor het privaatrecht. Zo hanteren het EHRM en het Hof van Justitie “autonome begrippen”, die niet noodzakelijk samenvallen met de nationale privaatrechtelijke concepten, om vervolgens op grond van het gelijkheidsbeginsel een schending vast te stellen in zoverre die nationale concepten niet aan die autonome begrippen voldoen.²²¹ Een nog controversiëlere²²² toetsingstechniek die tot een verwatering van privaatrechtelijke concepten kan leiden, is de “Europese consensus”. Het EHRM stelt zich strenger op voor die ene of die paar lidstaten die de Europese consensus doorbreken: hoe meer de gedeelde waarden en normen op één lijn zitten, hoe kleiner de appreciatiemarge voor de achterblijvers.²²³ Privaatrecht dat wordt geconstitutionaliseerd, dreigt nochtans te verstenen, omdat het immuun wordt voor wetswijzigingen en omdat de privaatrechtelijke rechtspraak de open privaatrechtelijke concepten nog moeilijk kan aanpassen aan gewijzigde omstandigheden. Elke rechter die privaatrecht aan de grondrechten toetst, moet

²¹⁸ GwH nr. 137/2022, 27 oktober 2022. Al voegt het Hof *obiter dictum* toe: “Uit de omstandigheid dat het beginsel *audi alteram partem* niet geldt voor een werkgever uit de privésector, kan overigens niet worden afgeleid dat een dergelijke werkgever in geen enkele omstandigheid ertoe gehouden kan zijn om de werknemer die hij wil ontslaan vooraf te horen”.

²¹⁹ W. Derijcke, “Dwars door het insolventierecht: de (on)gelijke behandeling van schuldeisers in de diverse insolventieprocedures” in *Insolventierecht* (Cyclus Willy Delva), Mechelen: Kluwer, 2005, p. 561.

²²⁰ P. Senaev, “Van Marckx/België tot (1979) tot Fedotova/Rusland (2023)”, *T.Fam.* 2023, pp. 154-156.

²²¹ M. Fornasier, “Harmonisation through the back door? The impact of the European Convention on Human Rights on National Private Law”, in M. Fornasier & M.G. Stanzione (eds.), *The European Convention on Human Rights and its Impact on National Private Law. A Comparative Perspective*, Antwerpen: Intersentia, 2023, p. 319. Hij verwijst naar het arrest Marckx t. België (§ 31) over de behandeling van natuurlijke kinderen, maar hetzelfde geldt voor de behandeling van koppels van gelijk geslacht: ook in landen die alleen partnerschappen tussen personen van verschillend geslacht wettelijk erkennen, omvat het begrip “familielevens” uit artikel 8 EVRM even goed de situatie van koppels van gelijk geslacht (EHRM (GK) 7 november 2013, *Vallianatos e.a. t. Griekenland*; EHRM 21 juli 2015, *Oliari e.a. t. Italië*).

²²² Zie G. Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford: OUP, 2007, p. 120; F. Viglione, “Comparative Law at the European Court of Human Rights: does context still matter?”, in M. Fornasier & M.G. Stanzione (eds.), *The European Convention of Human Rights and its Impact on National Private Law. A Comparative perspective*, Antwerpen: Intersentia, 2023, pp. 285-303; L. Wildhaber, A. Hjartarson & S. Donnelly, “No consensus on consensus - The practice of the European Court of Human Rights”, *HRLJ* 2012, 248.

²²³ M. Fornasier, *o.c.*, p. 320. Vgl. EHRM (GK) 11 januari 2006, *Sørensen en Rasmussen t. Denemarken* (schending omdat Denemarken één van de laatste lidstaten was die *closed shop agreements* nog toeliet); EHRM 8 april 2014, *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers t. Verenigd Koninkrijk* (geen schending omdat er geen lijn te trekken valt in de houding van de lidstaten t.a.v. solidariteitsstakingen).

zich bewust zijn van dat gevaar en zich dus terughoudend opstellen om de beleidsvrijheid van de wetgever en de creativiteit van de rechter niet te zeer uit te hollen.²²⁴

Toch moet het probleem niet te zeer overschat worden. Nu de rechtsleer de directe horizontale werking afwijst (zie 3.3), is het grootste gevaar op verdringing van het privaatrecht geweken. Bovendien is gebleken dat privaatrecht en publiekrecht vaak uitdrukking geven aan dezelfde onderliggende waarden van vrijheid en gelijkheid en dat de evenredigheidstoets in horizontale verhoudingen qua resultaat amper verschilt van de zorgvuldigheidstoets of het verbod van rechtsmisbruik (zie 3.4). Daarnaast zullen de toepasselijke sancties steeds privaatrechtelijk blijven (zie 3.6). Tot slot kiest de wetgever zelf alsmear vaker voor het doorbreken van de *summa divisio* tussen publiek- en privaatrecht (zie 4.1).

Soms is een ingrijpen van de grondrechten in privaatrechtelijke concepten overigens net wat de rechtsleer uit het privaatrecht wil. Met het reeds vermelde arrest over de preferentiële toewijzing van de gezinswoning²²⁵ tast het Grondwettelijk Hof de door de wetgever getrokken scheidingslijn tussen huwelijk en wettelijke samenwoning aan, maar het geeft daarmee wel gehoor aan een unanieme rechtsleer die al lang hetzelfde bepleit.²²⁶

Nog een reden voor optimisme is dat het vaak net de aanvullende werking van privaatrechtelijke begrippen is die maakt dat geen grondrechtenschending moet worden vastgesteld (zie 2.2).²²⁷ Zo is de hoofdelijke aansprakelijkheid van de hoofdaannemer voor de sociale schulden van de onderaannemer grondwettig, omdat de hoofdaannemer beschikt over een regresvordering op de andere hoofdaannemers die met dezelfde onderaannemer hebben gewerkt.²²⁸

Het onderscheid tussen publiekrecht en privaatrecht is tot slot minder scherp in de mate dat sommige privaatrechtelijke concepten zelf het statuut van grondrecht hebben. Dat geldt met name voor het eigendomsrecht en de vrijheid van ondernemen, maar volgens sommigen ook voor de contractvrijheid²²⁹ en partijautonomie zelf.²³⁰ Die laatste opvatting is nochtans niet zo evident, nu geen enkele grondwetsbepaling - in tegenstelling tot art. 2.1 van de Duitse Grundgesetz - die vrijheid uitdrukkelijk waarborgt. Het gaat veeleer om een subjectief recht van wettelijke rang, gewaarborgd door art. 5.69 nieuw BW.²³¹

²²⁴ M. Fornasier, *o.c.*, p. 336.

²²⁵ GwH nr. 62/2024, 20 juni 2024.

²²⁶ F. Deguel, "Attribution préférentielle et logement familial indivis" *JT* 2014, p. 173; A. Delière, "Généralisation du droit de reprise préférentielle prévu aux articles 1446 et 1447 du Code civil" in *Wetsvoorstellen in notariële zaken ter attentie van de wetgever. Een overzicht van knelpunten uit de notariële praktijk. Proeve van oplossing*, Brussel: Larcier, 2011, pp. 47-48; Y.H. Leleu, "L'article 1390 du Code civil: une ressource précieuse pour les époux séparés de biens" *RTDFam* 2021, pp. 1062-1066; A.C. Van Gysel, "Cohabitation légale et violence conjugale" *RTDFam* 2020, p. 977; K. Vanhove & C. Castelein, "Tijd om te verhuizen? Bescherming van de gehuurde gezinswoning op crisismomenten binnen het huwelijk en de wettelijke samenwoning", *TPR* 2003, pp. 1615-1616; F. Wilmotte "Qui prend la porte en cas de violences conjugales?", in C. Musch, *Le droit du couple. Aspects juridiques et fiscaux*, Luik: Anthemis, 2019, p. 219.

²²⁷ GwH nr. 81/2021, 3 juni 2021 (geen schending, omdat de benadeelde partij zich *in concreto* op het verbod van rechtsmisbruik kan beroepen); GwH nr. 20/2024, 8 februari 2024 en GwH nr. 91/2024, 19 september 2024 (geen schending, omdat de in het geding zijnde bepaling geen afbreuk doet aan het beginsel dat de strengheid van de wet in geval van overmacht kan worden gemilderd).

²²⁸ GwH nr. 105/2021, 8 juli 2021.

²²⁹ Volgens het Hof van Justitie omvat de vrijheid van ondernemen in artikel 16 Handvest ook de contractuele vrijheid, die op haar beurt onder meer de vrije partnerkeuze in het economisch verkeer en de vrijheid om de prijs voor een verrichting te bepalen behelst (HvJ 22 januari 2013, C-283/11, *Sky Österreich*).

²³⁰ E. Dirix, *o.c.*, pp. 52-53; W. Van Gerven en S. Lierman, *o.c.*, p. 389. Het Hof van Cassatie lijkt de contractvrijheid eveneens te liëren aan de vrijheid van ondernemen (Cass. 13 september 1991, *Pas.* 1991, I, p. 33).

²³¹ N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 294.

6. Toepassingsverschillen

6.1. Verschil in interpretatie

In beginsel worden de grondrechten op dezelfde wijze toegepast in verticale en in horizontale verhoudingen. De rechtspraak van het EHRM is in beide gevallen richtinggevend, en op zich verschillen de toepassingscriteria die het bij de positieve en de negatieve verplichtingen toepast, amper: “The boundaries between the State’s positive and negative obligations do not lend themselves to precise definition. The applicable principles are nonetheless similar. In particular, in both instances regard must be had to the fair balance which has to be struck between the competing interests; and in both contexts the State enjoys a certain margin of appreciation”.²³²

Toch moet in de evenredigheidstoets altijd rekening gehouden worden met alle omstandigheden, zo ook met de eigen aard en rol van burger en overheid. Dit zal er onvermijdelijk toe leiden dat andere factoren in rekening worden gebracht en andere afwegingen worden gemaakt naargelang een grondrechtenbepanking uitgaat van een burger of van een overheid, zodat de toepassing van dezelfde criteria toch tot een verschillende toepassing van hetzelfde grondrecht kan leiden (zie 3.4 en 4.2).

Zo rechtvaardigen de verschillen tussen onderwijs ingericht door de overheid en onderwijs ingericht door particulieren een verschil in de toepassing van de godsdienstvrijheid. De woelige geschiedenis van het Belgische onderwijs²³³ heeft ertoe geleid dat zowel de verplichting van de overheid om neutraal onderwijs in te richten als de vrijheid van particulieren om onderwijs in te richten naar hun eigen confessionele of andere inzichten (en om daarvoor te worden gesubsidieerd), worden gewaarborgd door artikel 24 van de Grondwet. De verhouding tussen het schoolbestuur en de leerling of zijn ouders is van reglementaire aard in het officieel onderwijs en is van contractuele aard in het vrij onderwijs. Het actuele vraagstuk van het hoofddoekenverbod speelt dus anders in het officieel onderwijs dan in het vrij onderwijs.

De Vlaamse, Franse en Duitstalige Gemeenschap moeten krachtens artikel 24, § 1, derde lid Gw. neutraal onderwijs inrichten met “eerbied voor de filosofische, ideologische of godsdienstige opvattingen van de ouders en de leerlingen”. Die neutraliteitsplicht is dus een waarborg voor de passieve onderwijsvrijheid van de ouders, die voor hun kinderen het onderwijs kunnen kiezen dat het meest met hun levensopvatting overeenstemt. De onderwijскоepel van het officieel onderwijs in de Vlaamse Gemeenschap, *GO!*, heeft die grondwettelijke neutraliteitsplicht ingevuld met een algemeen verbod op het dragen van uiterlijke levensbeschouwelijke tekens in al haar scholen, tenzij tijdens godsdienstlessen. Dat verbod werd niet alleen gemotiveerd vanuit de neutraliteitsplicht, maar ook vanuit de feitelijke vaststelling dat moslimmeisjes die de hoofddoek niet droegen, door andere leerlingen onder druk werden gezet om dat wel te doen. Het verbod beoogde aldus een segregatie op grond van het dragen van religieuze tekens te vermijden. Dit verbod leidde tot heel wat contentieux, waarbij de verzoekende partijen hun godsdienstvrijheid, hun passieve onderwijsvrijheid en het discriminatieverbod inriepen. Het Hof van Beroep te Antwerpen en het EHRM hebben, na een klassieke evenredigheidstoets, zowel de invulling die *GO!* aan de neutraliteitsplicht gaf - ook

²³² EHRM (GK) 3 april 2012, *Kotov t. Rusland*; EHRM 3 oktober 2014, *Jeunesse t. Nederland*; EHRM (GK) 17 oktober 2019, *Lopez Ribalda t. Spanje*; EHRM 20 februari 2024, *Diaconeasa t. Roemenië*; EHRM 11 juli 2024, *W.W. t. Polen*. In dezelfde zin J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 126; M. De Groot, *o.c.*, p. 82.

²³³ J. Lievens, *Vrijheid van onderwijs*, Antwerpen: Intersentia, 2019, pp. 31-136.

al zijn andere invullingen van dat beginsel evenzeer denkbaar - als de motivering van het verbod op uiterlijke religieuze tekens aanvaard. Zij legden daarbij de nadruk op het vermijden van proselitisme en van uitsluiting in een pluralistische samenleving.²³⁴ Het Grondwettelijk Hof hanteerde een gelijkaardige redenering, met verwijzing naar de rechten van anderen en het handhaven van de orde in de onderwijsinstelling, in een zaak van een hogeschool ingericht door de Brusselse Hoofdstedelijke Regering.²³⁵

De inrichtende machten van het vrij onderwijs zijn daarentegen niet gehouden tot neutraliteit en kunnen een verbod op het dragen van uiterlijke religieuze tekens dus niet op dat beginsel gronden. Integendeel, het staat hen, gelet op de actieve onderwijsvrijheid gewaarborgd door artikel 24, § 1, eerste lid Gw., vrij te kiezen voor een welbepaald religieus of enig ander pedagogisch project. Katholiek Onderwijs Vlaanderen is nog steeds de grootste onderwijskoepel. Door hun kinderen in een vrije school in te schrijven, verklaren ouders zich contractueel akkoord met het pedagogisch project van die school. Niettemin moeten ook in die contractuele verhouding de grondrechten worden geëerbiedigd.²³⁶ De vraag of een katholieke school elk religieus teken uit een andere godsdienst mag verbieden, heeft nog geen aanleiding gegeven tot contentieux. Wel was er de zaak van een katholieke hogeschool die een opleiding verpleegkunde inrichtte en die elk hoofddekseel verbood. Hoewel de opdrachtverklaring van die school duidelijk christelijk was geïnspireerd, werd het hoofddekseelverbod gemotiveerd vanuit hygiëne en veiligheid en vanuit het vermijden van examenfraude. De Franstalige Rechtbank van Eerste Aanleg Brussel oordeelde dat er dus geen sprake was van een directe discriminatie op grond van religie, maar van een indirect onderscheid, omdat hoofddekseels in de ene religie vaker verplicht worden gesteld dan in de andere. Zij benadrukt dat de eiseres zich contractueel akkoord heeft verklaard met het schoolreglement en dat de maatregel noodzakelijk was in het licht van de onderwijspedagogie van de hogeschool, waar theorie en praktijk continu vermengd worden en er dus vaak contact met patiënten en medische apparatuur is, hetgeen veiligheidsrisico's inhoudt indien men een hoofddekseel draagt. *In casu* is de maatregel evenredig, omdat blijkt dat net de islamitische hoofddoek tot de voornoemde veiligheidsrisico's aanleiding geeft, bijvoorbeeld doordat hij achter toestellen kan blijven haken. De eiseres voerde eveneens een schending van 9 EVRM aan, maar hier oordeelde de rechtbank dat de eerbied voor het schoolreglement op zich een noodzaak in een democratische samenleving is.²³⁷ Op grond van dezelfde principes mag een vrije school haar examendata bepalen rekening houdend met haar eigen pedagogisch project, zonder rekening te moeten houden met de joodse religieuze rustdagen,²³⁸ en in de tijd dat het onderwijs nog niet verplicht gemengd was, mocht een vrije jongensschool zich ook op haar pedagogisch project beroepen om de inschrijving van meisjes te weigeren.²³⁹

²³⁴ Antwerpen 23 december 2019, *Limb.Rechtsl.* 2020, afl. 3, 209, noot D. De Meyst, *TJK* 2020, 107, noot J. Vernimmen; EHRM 16 mei 2024, *Mikyas e.a. t. België*. Andere rechtspraak besloot wel tot schending van de godsdienstvrijheid: RvS 14 oktober 2014, nr. 228.748, Sharanjit Singh; Rb. Tongeren 23 februari 2018; Rb. Leuven 27 augustus 2019, *RW* 2020-21, afl. 34, 1352. Die rechtscollages stelden vast dat in de betrokken officiële scholen geen probleem van proselitisme was gesignaleerd.

²³⁵ GwH nr. 81/2020, 4 juni 2020. In het officieel onderwijs van de Franse Gemeenschap bestaat geen algemeen verbod op het dragen van uiterlijke levensbeschouwelijke tekens. Het toepasselijke decreet machtigt elke inrichtende macht om daar zelf over te beslissen. Het Grondwettelijk Hof valideerde die machtiging.

²³⁶ R. Mazzier, "Le port de signes convictionnels par les étudiants de l'enseignement supérieur libre confessionnel: quelques clés de lecture", *Scolanews* 2022/10, pp. 7-9.

²³⁷ Rb. Brussel 14 maart 2017, www.unia.be.

²³⁸ Gent 27 april 2023, *RW* 2023-24, afl. 14, 542.

²³⁹ Rb. Antwerpen 22 oktober 1992, *RW* 1992-93, p. 541.

In het officieel en het vrij onderwijs zijn dus andere grondrechten, andere beginselen en andere afwegingen in het geding, al neemt dat niet weg dat de toepassing daarvan in beide gevallen tot het resultaat niet-schending kan leiden. Een vrije school waarvan het pedagogisch project volledig los staat van het confessionele en die een studierichting aanbiedt waarin hygiëne en veiligheid minder aan de orde zijn, zal een hoofddoekenverbod moeilijker kunnen rechtvaardigen. Dit betekent meteen ook dat een overheidsorgaan zoals het officieel onderwijs gemakkelijker wegkomt met een algemeen en ongenueanceerd verbod op religieuze tekens dan een vrije school.²⁴⁰

6.2. Verschil in toetsingsintensiteit

Er zijn minstens twee redenen waarom de toetsingsintensiteit kan verschillen in horizontale en in verticale relaties. De eerste is de vaststelling dat er in horizontale relaties sneller een conflict van grondrechten in het geding kan zijn, waarin het EHRM doorgaans een ruime appreciatiemarge toekent aan de lidstaat om het juiste evenwicht te bewerkstelligen (zie 3.5). De tweede is het gegeven dat de overheid verplicht is om het algemeen belang na te streven, hetgeen haar in beginsel een ruime appreciatiemarge oplevert. Diezelfde appreciatiemarge moet niet toekomen aan de particulier die een grondrecht beperkt om zijn eigen belang na te streven.

Een gekend voorbeeld van een grondrecht waarvoor een andere toetsingsintensiteit geldt in hoofde van burger en overheid, is het leerstuk van de burenhinder, dat het in art. 16 Gw. en art. 1 EP EVRM vervatte eigendomsrecht concretiseert. Het is zowel de overheid als de burger verboden om “hinder op te leggen aan de nabuur die de normale ongemakken uit de nabuurschap overtreft en hem toerekenbaar is” (art. 3.101 nieuw BW). Het Hof van Cassatie past daarbij onderscheiden toetsingsmaatstaven toe op de burger en op de overheid. Voor het beoordelen van de hinder tussen naburige particulieren geldt de *evenwichtsleer*: het erf van nabuur A ligt in balans met dat van nabuur B, en als de ene buur het evenwicht tussen beide erven verbreekt, heeft de andere recht op herstel van dat evenwicht.²⁴¹ Voor het beoordelen van de hinder veroorzaakt door de overheid, geldt daarentegen de *gelijkheidsleer*: er is pas sprake van een onevenredige last indien de overheid aan een bepaald erf lasten oplegt die hoger zijn dan de “lasten die een particulier persoon in het algemeen belang moet dulden”.²⁴² Erf A wordt dan niet vergeleken met het erf van de overheid, en evenmin met de last die door de overheid wordt opgelegd aan het naburige erf B, maar met de last die een gemiddeld, geabstraheerd erf zou moeten dragen in het algemeen belang. Dit leidt ertoe dat de hinder die de overheid veroorzaakt en die het ongestoord genot van de eigendom beperkt, minder snel voor vergoeding in aanmerking komt en tot een lagere vergoeding leidt dan dezelfde hinder die een particulier veroorzaakt.²⁴³

Stijns en Vuye bekritiseerden deze onderscheiden toetsingsmaatstaven, omdat dit verschil in behandeling zou ingaan tegen het uitgangspunt, gevestigd in het *Flandria*-arrest,²⁴⁴ dat de overheid en de burger in principe gelijk behandeld moeten worden.²⁴⁵ Nochtans houdt het Hof van Cassatie hier terecht rekening met een relevant verschil tussen burger en overheid: terwijl de burger gewoon zijn eigen belang nastreeft, maar dat niet mag doen op een bovenmatig

²⁴⁰ Dat was eveneens het geval met het hoofddoekenverbod op het werk (zie 4.2).

²⁴¹ Cass. 16 april 1960, *Pas.*, 1960, I, 915.

²⁴² Cass. 28 januari 1991, *Pas.* 1991, I, 509; Cass. 23 mei 1991, *Pas.* 1991, I, 827. Ook latere rechtspraak houdt vast aan deze grondslag voor burenhinder vanwege de overheid: zie Cass. 24 november 1994, *Pas.* 1994, I, 1009; Cass. 4 december 2008, C.04.0582.F, p. 107; Cass 3 februari 2023, C.22.0081.F.

²⁴³ Cass. 23 november 2000, C.99.0104.F.

²⁴⁴ Cass. 5 november 1920, *Pas.* 1920, I, 193.

²⁴⁵ S. Stijns en H. Vuye, *Burenhinder*, Antwerpen, Kluwer, 2000, pp. 347-349.

hinderverwekkende manier, is de overheid vaak verplicht om hinder te veroorzaken vanuit haar opdracht om het algemeen belang te behartigen. Dat verschil rechtvaardigt dat hinder die door de overheid wordt veroorzaakt, minder snel voor vergoeding in aanmerking komt.²⁴⁶ Artikel 3.101, § 1 nieuw BW lijkt die cassatierechtspraak overigens te erkennen, door te bepalen dat voor het beoordelen van het bovenmatige karakter van de burenhinder rekening mag worden gehouden met de publieke bestemming van het goed waaruit de burenhinder wordt veroorzaakt.

Inzake buitencontractuele aansprakelijkheid is het sinds het *Flandria*-arrest inderdaad de regel dat de fout van de overheid en de fout van de burger op dezelfde manier beoordeeld moeten worden.²⁴⁷ Maar in dat leerstuk bevinden overheid en burger zich dan ook in gelijke situaties, die gelijk behandeld moeten worden: geen van beiden mag in een rechtsstaat de wet schenden of zich aan onzorgvuldig gedrag bezondigen. Inzake foutloze overheidsaansprakelijkheid, waarvan burenhinder het typevoorbeeld is, bevinden beiden zich daarentegen in verschillende situaties, die verschillend behandeld moeten worden, omdat alleen de overheid het algemeen belang moet behartigen en daarom genoodzaakt is hinder te veroorzaken. Als zij dat nalaat, schendt zij vaak daardoor alleen al een grondrecht en speelt de logica van de positieve verplichtingen. Vandaar dat de foutloze overheidsaansprakelijkheid wordt beoordeeld aan de hand van het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten, waarvan de voormelde gelijkheidsleer een toepassing is.²⁴⁸

7. Openbare orde

Krachtens artikel 1.3, derde lid nieuw BW kan met geen enkele rechtshandeling worden afgeweken van de openbare orde of van regels van dwingend recht. Het vierde lid van die bepaling definieert de openbare orde, in navolging van een vaste cassatierechtspraak, als elke “rechtsregel die de essentiële belangen van de staat of van de gemeenschap raakt of die in het privaatrecht de juridische grondslagen bepaalt waarop de maatschappij berust, zoals de economische orde, de morele orde, de sociale orde of de orde van het leefmilieu”. Die bepaling maakt geen expliciete melding van de grondrechten, maar er bestaat geen discussie over dat de grondrechten van openbare orde zijn. Dit is duidelijk de visie van het Grondwettelijk Hof²⁴⁹ en van de unanieme rechtsleer,²⁵⁰ en wellicht ook die van het Hof van Cassatie.²⁵¹ Hierbij past wel de precisering dat niet elke *beperking* van een grondrecht in horizontale verhoudingen de openbare orde schendt: alleen een beperking die de evenredigheidstoets niet overleeft, *schendt* de grondrechten en bijgevolg de openbare orde.²⁵²

²⁴⁶ W. Verrijdt, “Naar een principieel recht op vergoeding: artikel 1 van het Eerste Aanvullend Protocol bij het EVRM en het beginsel van de gelijkheid van de burgers voor de openbare lasten”, R. Palmans, V. Sagaert & W. Verrijdt (eds.), *Eigendomsbeperkingen: de erfdiensbaerheid van openbaar nut*, Antwerpen: Intersentia, 2012, pp. 233-234.

²⁴⁷ Zie daarover F. Auvray, *(On)wettigheid binnen (overheids)aansprakelijkheid. Stellingname voor een uniforme toepassing van het gemeen recht*, Brussel: Larcier, 2023, 520 p.

²⁴⁸ Zie daarover S. De Winter, *De gelijkheid voor openbare lasten of “de lastengelijkheid”*. Een rechtsvergelijkende studie over het statuut, de toepassing en de handhaving van het beginsel, Antwerpen, Intersentia, 2024, 806 p.

²⁴⁹ GwH nr. 17/2009, 12 februari 2009, B.14.7; GwH nr. 8/2012, 18 januari 2012, B.15.5.

²⁵⁰ L. Cornelis, *Openbare orde*, Antwerpen: Intersentia, 2019, pp. 492-493 en 874-878; E. Dirix, *o.c.*, pp. 44-45; W.J. Ganshof Van der Meersch, *o.c.*, p. 658; K. Rimanque en P. Peeters, *o.c.*, p. 17; N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 133; J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 151.

²⁵¹ Cass. 29 september 1967, *Pas.* 1968, I, 132; Cass. 29 september 2008, *Pas.* 2008, nr. 511.

²⁵² N. Van Leuven (2009), *o.c.*, p. 372.

Die gelijkstelling tussen schending van grondrechten en schending van de openbare orde heeft verstrekkende gevolgen. Overeenkomsten die ingaan tegen de openbare orde, hebben steeds een ongeoorloofde oorzaak (art. 5.56 nieuw BW) en zijn absoluut nietig (art. 5.58, eerste lid, nieuw BW). Ook een prestatie die een toestand in strijd met de openbare orde doet ontstaan of in stand houdt, is ongeoorloofd (art. 5.51, tweede lid nieuw BW). Het absolute karakter van de nietigheid wordt gerechtvaardigd door het feit dat zij geen privaat belang, maar het algemeen belang beoogt te beschermen. Het is dan ook niet alleen de beschermde persoon, maar elke contractpartij en zelfs elke derde die zich op de nietigheid kan beroepen. Een overeenkomst aangetast door absolute nietigheid kan ook niet worden bevestigd; ze kan alleen opnieuw worden gesloten met inachtneming van de wet (art. 5.61, vierde lid, nieuw BW).

Zelfs indien de partijen in een geschil de absolute nietigheid niet aanvoeren, moet de rechter ze ambtshalve vaststellen, omdat ook hij ertoe gehouden is de openbare orde te beschermen. De schending van een regel van openbare orde kan in elke stand van het geding en zelfs voor het eerst in cassatie worden opgeworpen. Maar de praktijk is genuanceerder. Rechters hebben in België niet de gewoonte om middelen ambtshalve op te werpen.²⁵³ Bovendien weigert het Hof van Cassatie systematisch middelen waarover de feitenrechter zich niet heeft kunnen uitspreken, ook als ze betrekking hebben op de schending van een grondrecht.²⁵⁴

Het openbare-ordekarakter van de grondrechten doet de vraag rijzen of men er afstand van kan doen.²⁵⁵ De logica van de absolute nietigheid en het beginsel van de onvervreemdbaarheid van grondrechten zouden doen vermoeden dat dit niet mogelijk is.²⁵⁶ Toch wordt de mogelijkheid om onder bepaalde voorwaarden afstand te doen van een grondrecht, algemeen aanvaard, al was het maar omdat een absolute onmogelijkheid om er afstand van te doen zelf in conflict zou komen met het recht op persoonlijke vrijheid, het recht op zelfontplooiing en de levensbeschouwelijke vrijheid.²⁵⁷

Een rechter mag de afstand van een grondrecht slechts toestaan in de mate waarin het EHRM dit toelaat, omdat hij anders de internationale aansprakelijkheid van België in het geding brengt.²⁵⁸ Het EHRM, het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie zitten op dezelfde lijn, door te oordelen dat een afstand van een grondrecht slechts mogelijk is indien dit uit vrije wil en zonder enige externe druk gebeurt, en indien degene die afstand doet, zijn wil uitdrukkelijk en ondubbelzinnig uit.²⁵⁹ Voorts kan men niet van alle grondrechten afstand doen: het verbod van discriminatie op grond van ras²⁶⁰ en de gelijkheid tussen vrouwen en mannen²⁶¹ zijn te fundamenteel in een pluralistische samenleving om de afstand ervan toe te laten.

²⁵³ N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 134.

²⁵⁴ Cass. 27 februari 2002, *Arr.Cass.* 2002, p. 2580; Cass. 11 april 2005, *Arr.Cass.* 2005, p. 358; Cass. 30 mei 2007, AR P.07.0601.F.

²⁵⁵ P. Frumer, “La renonciation aux droits constitutionnels”, in M. Verdussen & N. Bonbled, (eds.), *Les droits constitutionnels en Belgique. Les enseignements jurisprudentiels de la Cour constitutionnelle, du Conseil d’Etat et de la Cour de cassation*, Brussel: Bruylant, 2011, pp. 367-394; N. Van Leuven (2009), *o.c.*, pp. 333-340; S. Van Drooghenbroeck, “La renonciation aux droits fondamentaux”, in S. Van Drooghenbroeck (ed.), *Le droit international et européen des droits de l’homme devant le juge national*, Brussel: Larcier, 2014, pp. 369-384.

²⁵⁶ E. Dirix, *o.c.*, p. 41; J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 151. Zie in die zin F. Delpérée, *o.c.*, p. 280; O. De Schutter, “Epidémie du sida et droits de l’homme”, *RTDH* 1994, 78-80.

²⁵⁷ EHRM 10 maart 2010, *Jehova’s Witnesses of Moscow t. Rusland*.

²⁵⁸ J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 151.

²⁵⁹ EHRM 27 februari 1980, *Deweert t. België*; EHRM (GK) 11 januari 2006, *Sorensen en Rasmussen t. Denemarken*; EHRM (GK) 1 maart 2006, *Sejdovic t. Italië*; GwH nr. 50/2008, 13 maart 2008; Cass. 13 juni 2008, D.07.0018.F.

²⁶⁰ EHRM (GK) 13 november 2007, *D.H. e.a. t. Tsjechië*.

²⁶¹ EHRM (GK) 22 maart 2012, *Konstantin Markin t. Rusland*; GwH nr. 145/2012, 6 december 2012.

De mogelijkheid om afstand te doen van grondrechten, speelt een rol in de evenredigheidstoets (zie 3.4). Zij vormt een deel van de rechtvaardiging van beperkingen op de godsdienstvrijheid in horizontale relaties: met name in arbeidsverhoudingen en in het onderwijs overwegen rechters vaak dat de betrokkene vrijwillig is toegetreten tot het kwestieuze arbeids- of schoolreglement (zie 4.2 en 6). Wel moet die rechter erover waken dat die toestemming er niet is gekomen als gevolg van een economische afhankelijkheid.²⁶² Alle omstandigheden die twijfel zaaien over de vrije wil, moeten de rechter ertoe aanzetten de afstand van grondrechten te weigeren.²⁶³ Hetzelfde geldt indien de betrokkene zijn afstand ondubbelzinnig intrekt.²⁶⁴

De Belgische rechtscolleges aanvaarden vrij soepel dat de houder van grondrechten daar afstand van doet in horizontale verhoudingen, voor zover dat duidelijk en ondubbelzinnig gebeurt.²⁶⁵ Zeker bij bepaalde medische contracten is dat van belang: de voorafgaande geïnformeerde toestemming van de patiënt is een noodzakelijke voorwaarde om de aantasting van de fysieke integriteit die met elke chirurgische ingreep gepaard gaat, te rechtvaardigen.²⁶⁶

8. Convergerend potentieel van de grondrechten

8.1. Convergentie van publiek- en privaatrecht

De grondrechten zijn als hoogste rechtsregels en als ordenende principes van de samenleving toepasselijk in alle privaat- en publiekrechtelijke verhoudingen, en ze binden zowel de staatsmachten als de rechtsonderhorigen. Maar daaruit volgt niet noodzakelijk dat zij ook bijdragen tot de convergentie van publiek- en privaatrecht. De beïnvloeding werkt veeleer in de omgekeerde richting: de bestaande tendens van het doorbreken van de *summa divisio* tussen deze twee rechtstakken bevordert de doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen. De warrige contouren van het overheidsbegrip vormen een bijkomend argument voor die doorwerking, al speelt dat argument vooral voor die entiteiten, technieken en concepten die zich inderdaad op het almaar uitdijende snijvlak van publiekrecht en privaatrecht bevinden. De aanvullende werking van privaatrechtelijke concepten heeft een rol te spelen in de evenredigheidstoets van grondrechtenbeperkingen in horizontale verhoudingen. En de privaatrechtelijke sanctiemechanismen geven tanden aan de horizontale werking van grondrechten. Een aanvaarden van de directe horizontale werking van grondrechten zou wel een sterk convergerende werking hebben, maar zij wordt net om die reden afgewezen.

Buiten dat snijvlak van publiek- en privaatrecht moet toch vooral gewaakt worden over de eigenheid van die beide domeinen. Het publiekrecht heeft als wezenlijke functie de samenstelling, werking en bevoegdheden van de overheidsinstellingen te bepalen en hun gezagsuitoefening te kanaliseren, terwijl het privaatrecht de verhoudingen tussen particulieren beoogt te regelen. Een overdreven drang naar convergentie bedreigt de eigenheid van beide domeinen en werkt belemmerend voor hun verdere evolutie. De focus van rechtswetenschappelijk onderzoek moet liggen op het verbeteren van het recht, en het is niet

²⁶² N. Van Leuven (2016), *o.c.*, p. 129.

²⁶³ J. Velaers (2007), *o.c.*, p. 152-153.

²⁶⁴ EHRM 17 februari 2005, *K.A. en A.D. t. België*.

²⁶⁵ Cass. 21 oktober 2014, *Pas.* 2014, nr. 627 (afstand van het recht op bijstand van een advocaat in een strafonderzoek); Cass. 3 september 1998, *Pas.* 1998, nr. 383 (afstand van het recht op een openbare uitspraak in tuchtzaken); R. Jafferli, *o.c.*, 153-154.

²⁶⁶ Cass. 14 december 2001, *JT* 2002, p. 261; W. Van Gerven en S. Lierman, *o.c.*, pp. 394-395.

noodzakelijk zo dat die verbetering uitsluitend gevonden kan worden in de overname van begrippen en technieken uit wezenlijk verschillende rechtstakken. Het privaatrecht wordt niet noodzakelijk beter door meer op het publiekrecht te gaan lijken en *vice versa*. Dit wil niet zeggen dat publiekrecht en privaatrecht niet van elkaar moeten leren; geen enkele jurist kan overigens volstaan met de kennis van slechts één rechtsdomein, omdat dit tot wederzijds onbegrip en ultiem tot rechtsonzekerheid zou leiden. Het wil wel zeggen dat convergentie geen doel op zich mag worden, maar hooguit één van de middelen, naast vele andere, om tot beter recht te komen.

Het lijkt in die context aangewezen om de grondrechten niet in te zetten als motor van verdere convergentie van publiek- en privaatrecht. Een dergelijke sturende rol toekennen aan de grondrechten, zou hen denatureren en hun legitimiteit ondergraven, en zou het gevaar van een verdringing van het privaatrecht doen terugkeren. Het zou er ook toe leiden dat de verschillen tussen burger en overheid niet langer tot hun recht kunnen komen in de evenredigheidstoets in verticale resp. horizontale verhoudingen.

8.2. Grensoverschrijdende convergentie

Het potentieel voor grensoverschrijdende convergentie van de grondrechten is groter dan hun potentieel voor convergentie van publiek- en privaatrecht. De rechtspraak van het EHRM en de grondrechtenrechtspraak van het Hof van Justitie geven uitdrukking aan basiswaarden die ten grondslag liggen aan de West-Europese samenlevingen. In de mate waarin die rechtspraak doorwerkt in alle rechtstakken van alle lidstaten, leidt zij tot het ontstaan van een Europees privaatrecht.²⁶⁷ De reeds vermelde interpretatieve technieken van het EHRM, met name de autonome begrippen en de consensusdoctrine, hebben een sterk convergerend effect, omdat zij nationale begrippen op de helling zetten en tot uniformiteit bewegen (zie 5).

Het *res interpretata* effect van de Straatsburgse rechtspraak leidt in dezelfde richting. Lidstaten moeten krachtens die leer niet alleen de arresten van het EHRM tegen de eigen lidstaat ten uitvoer leggen, maar zijn ook gebonden door de interpretatie die het EHRM aan de grondrechten geeft in arresten tegen andere lidstaten. Die interpretatie maakt integraal deel uitmaakt van de geïnterpreteerde verdragsbepaling.²⁶⁸ Dat interpretatief gezag wordt in de Belgische rechtspraak alom aanvaard.²⁶⁹ Die convergerende tendens kan soms nog versterkt worden door het recht van de Europese Unie. De Klokkenluidersrichtlijn²⁷⁰ is er gekomen onder invloed van de Straatsburgse rechtspraak en de omzetting ervan maakt dat in alle lidstaten nu alle werknemers klokkenluidersbescherming genieten tegen al hun werkgevers.²⁷¹

²⁶⁷ J. Basedow, “Europäische Menschenrechtskonvention und Europäisches Privatrecht”, *RabelsZ* 1999, 412; M. Fornasier, *o.c.*, 310-311.

²⁶⁸ Art. 1, 19 en 32 EVRM; EHRM 13 juni 1979, *Marckx t. België*, § 58; EHRM 22 april 1993, *Modinos t. Cyprus*, § 20; J. Gerards, “The European Court of Human Rights and the national courts: giving shape to the notion of shared responsibility”, in J. Gerards & J. Fleuren (eds.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and the Judgments of the ECtHR in national case law*, Antwerpen: Intersentia, 2014, pp. 21-23.

²⁶⁹ Bv. Cass. 10 mei 1989, *JT* 1989, 330. Het Grondwettelijk Hof interpreteert de grondrechten uit de Belgische Grondwet systematisch aan de hand van de Straatsburgse en Luxemburgse rechtspraak over analoge verdragsbepalingen (A. Alen & W. Verrijdt, *o.c.*, pp. 155-202).

²⁷⁰ Richtlijn (EU) 2019/1937 van het Europees Parlement en de Raad van van 23 oktober 2019 inzake de bescherming van personen die inbreuken op het Unierecht melden.

²⁷¹ EHRM (GK) 12 februari 2008, *Guja t. Moldavië*; M. Fornasier, *o.c.*, p. 312.

Twee factoren zetten niettemin een rem op het convergerende effect van de supranationale grondrechten. De eerste factor is de tendens tot proceduralisering²⁷² in de rechtspraak van het EHRM. Alsmear vaker, en zeker ook in private verhoudingen (zie 2.3), onderzoekt het Hof niet zozeer de precieze inhoud van een grondrechtenbepanking, maar veeleer de manier waarop ze tot stand is gekomen en de manier waarop ze in de interne rechtsorde rechterlijke toetsing heeft kunnen genieten. Het Hof legt dan niet zozeer een uniforme grondrechtenstandaard op, maar een uniforme kwaliteitsstandaard wat de totstandkoming van wetgeving en de motivering van rechtspraak betreft. Zo beoordeelde het Hof het ontslag van de organist van een kerk die een buitenhuwelijkse relatie had niet zozeer vanuit de intensiteit van de inbreuk in verhouding tot de belangen van de lokale kerkgemeenschap, maar besloot het tot schending omdat de Duitse rechter louter had geponeerd dat de belangen van de kerk zwaarder wogen dan de belangen van de organist, zonder dat standpunt verder te substantiëren.²⁷³ Indien elke lidstaat een kwaliteitsvolle wetgevingsprocedure en een degelijke internrechtelijke evenredigheidstoetsing heeft, kan de uitkomst daarvan dus danig verschillen van land tot land, zonder dat één van die landen een grondrechtenschending begaat.²⁷⁴

De tweede factor is het fundamentele verschil tussen abstracte en concrete toetsing. Het EHRM beslecht steeds een individuele zaak, rekening houdend met de specifieke feitelijke context daarvan en met de in het betrokken land toepasselijke regelgeving. Het veroordeelt in principe niet die wetgeving, maar slechts de manier waarop de verzoeker is behandeld. De transposeerbaarheid van dergelijke arresten naar andere landen, laat staan naar een abstract objectief contentieux, is niet altijd eenvoudig.²⁷⁵

Ook hier geldt dat de grensoverschrijdende harmonisatie van privaatrecht op grond van de grondrechten geen doel op zich mag zijn.²⁷⁶ Een dergelijke manier van werken zou immers op gespannen voet staan met de nationale soevereiniteit. Het blijft in eerste instantie de taak van elke nationale wetgever om de verhoudingen tussen zijn onderdanen onderling te regelen.

9. Toekomstperspectieven

De doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen is in België sterk ingeburgerd. De voorbeelden betreffende wetgevende implementatie, grondwetstoetsing, supranationale rechtspraak en horizontale doorwerking via de justitiële rechter zijn legio. Niet alleen rechtspraak, maar ook rechtsleer is overvloedig aanwezig. Die rechtsleer verwijt wel systematisch aan die rechtspraak dat zij veel te weinig aan theorievorming doet.²⁷⁷ Een dergelijke theorievorming zou inderdaad de heterogeniteit aan toegepaste technieken wat stroomlijnen en de voorspelbaarheid van de rechterlijke toetsing verhogen, en zou vervolgens de rechtsleer toelaten om die rechtspraak helderder te systematiseren.

²⁷² J. Gerards en E. Brems (eds.), *Procedural Review in european Fundamental Rights Cases*, Cambridge: CUP, 2017; T. Kleinlein, "The Procedural Approach of the European Court of Human Rights: between subsidiarity and dynamic evolution", *ICLQ* 2019, p. 90.

²⁷³ EHRM 23 september 2010, *Schütz t. Duitsland*.

²⁷⁴ M. Fornasier, *o.c.*, 317.

²⁷⁵ M. Fornasier, *o.c.*, p. 335; J. Gerards, "Abstract and Concrete Reasonableness Review by the European Court of Human Rights", *ECHR L. Rev.* 2020, 218-233.

²⁷⁶ M. Fornasier, *o.c.*, 337.

²⁷⁷ E. Dirix, *o.c.*, p. 47; N. Van Leuven, *o.c.*, 187; R. Jafferli, *o.c.*, pp. 49 en 67; J. Velaers en S. Van Drooghenbroeck, *o.c.*, p. 141.

Uit deze studie blijkt dat het bestaan van een machtspositie, de aanwezigheid van overheidsgezag en het verschil tussen directe en indirecte horizontale werking van ondergeschikt belang zijn. Zij bepalen niet de toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen, maar spelen hooguit een rol in de evenredigheidstoets. Uiteindelijk moet elke toepassing van grondrechten in private verhoudingen het voorwerp uitmaken van een evenredigheidstoets, en de meest relevante vraag is dan ook hoe die toets, die is ontwikkeld in de verhouding tussen burger en overheid, moet worden aangepast om haar zinvol te kunnen inzetten in horizontale verhoudingen. Deze bijdrage biedt enkele aanzetten, maar nader onderzoek is nodig. Wat wel duidelijk moet zijn, is dat die evenredigheidstoets alle contextuele elementen in acht moet nemen en dat zij voldoende terughoudend moet worden toegepast. Die terughoudendheidsplicht is een verantwoordelijkheid die rust op elke rechter die grondrechten moet toepassen op private verhoudingen, zowel in het objectief als in het subjectief contentieux. Zij waarborgt dat particulieren in beginsel hun eigen belang mogen nastreven, dat rekening wordt gehouden met de legitieme verwachtingen die de andere partij put uit de vigerende wetgeving en uit bindende overeenkomsten, en dat beide grondrechten in rekening worden genomen indien beide partijen zich op een grondrecht kunnen beroepen. Omgekeerd vermijdt zij dat het privaatrecht wordt verdrongen door een alles overheersende grondrechtenlogica en dat een al te zeer geconstitutionaliseerd privaatrecht immuun wordt voor wetswijzigingen en jurisprudentiële ontwikkelingen. Maar zelfs de meest terughoudende evenredigheidstoets blijft een element van rechtsonzekerheid in zich dragen; dat is nu eenmaal de prijs van de bescherming die de grondrechten eenieder bieden. Die evenredigheidstoets zal soms strenger uitvallen voor de overheid die grondrechten beperkt vanuit het algemeen belang, en soms voor de particulier die zijn vrijheid al te ruimhartig opvat.

De grootste blinde vlek in de rechtsleer is het gebrek aan een omvattende studie van de invloed van het Grondwettelijk Hof op het privaatrecht. Die impact is er zeker, en leidt regelmatig tot kritische beschouwingen van privatisten. Heeft die kritiek te maken met een occasionele ontevredenheid over de uitkomst van welbepaalde zaken, met wederzijds onbegrip of met een structureel gebrek aan aandacht van het Hof voor de eigenheid van het privaatrecht? Het studiewerk is nog lang niet afgerond.