

De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden

Jae-Suk Vanwijngaerden

Onder wetenschappelijke begeleiding van Prof. A. Alen

1. INLEIDING

Grondrechten zijn één van de fundamentele bouwstenen van de democratische rechtsstaat¹. Ze zijn ontstaan als bescherming van het individu tegen de macht en willekeur van de overheid². Echter, in een maatschappij waar naast de overheid ook private actoren een machtspositie bekleden³, kan men zich afvragen of het individu die grondrechten ook kan inroepen als bescherming tegen die private actoren. Namelijk, multinationals, vakbonden, werkgeversorganisaties, scholen, religieuze instellingen en allerhande drukingsgroepen en verenigingen vervullen belangrijke maatschappelijke functies en hebben een feitelijke macht ten aanzien van het individu⁴. Een werknemer staat zelfs in een juridische ondergeschikte positie (“...onder gezag van een werkgever...”⁵) ten aanzien van zijn werkgever⁶. Men kan zich

¹ M.C. BURKENS, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1989, 34; S. SOTTIAUX, “Democratie en grondrechten. De inhoudelijke en procedurele democratiemodellen van Dworkin en Habermas”, in M. ADAMS en P. POPELIER (ed.), *Recht en democratie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (39) 52-55.

² A. BLECKMANN, *Staatsrecht II – Die Grundrechte*, Keulen, Carl Heymanns Verlag KG, 1997, 222; R. ERGEC, *Protection Européenne et internationale des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, 2006, 9; K. RIMANQUE en P. PEETERS, “De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen – algemene probleemstelling”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 11; G.J.M. VAN WISSEN, *Grondrechten*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1992, 39.

³ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *Grondrechten*, Heerlen, Kluwer, 2005, 44; M.C. BURKENS, *o.c.*, 166; J. COOPER, “Horizontaly: The Application of Human Rights Standards in Private Disputes”, in R. ENGLISH en P. HAVERS (ed.), *An Introduction to Human Rights and the Common Law*, Oxford, Hart Publishing, 2000, (53) 54; K. DE FEYTER, “Zacht recht en zelf regel geven”, in E. BREMS en P. VANDEN HEEDE (ed.), *Bedrijven en mensenrechten – verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Maklu, 2003, (21) 21.

⁴ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 175-176; A. BLECKMANN, *o.c.*, 226; A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, Clarendon Press, 1993, 137; T.O. GANTEN, *Die Drittwirkung der Grundfreiheiten*, Berlin, Duncker & Humblot, 226.

⁵ Art. 2 Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *B.S.* 22 augustus 1978, *err.*, *B.S.* 30 augustus 1978.

bijvoorbeeld afvragen of een werknemer het (grond)recht op privacy zou kunnen inroepen tegen zijn werkgever die zijn e-mails controleert⁷? Of, zou een voetballer zich kunnen beroepen op de vrijheid van vereniging als zijn club een transfer weigert⁸? Met andere woorden, grondrechten zouden een ruim toepassingsgebied krijgen.

Het doel van dit werk is enerzijds kritisch de technieken te bespreken hoe in de Belgische rechtsorde grondrechten hun werking hebben tussen private actoren. Namelijk, naast een loutere beschrijving ervan, worden die technieken ook in het licht gehouden van enkele beginselen van de democratische rechtstaat⁹, meer bepaald de rechtszekerheid en de scheiding der machten.

Anderzijds tracht dit werk een basis te zijn voor een verdere studie van het onderwerp of een concrete toepassing. Namelijk, dit werk gaat niet voor elk grondrecht apart na hoe het werking heeft tussen particulieren. Er wordt echter ook niet louter een globaal theoretisch overzicht gegeven. De methode die wel gehanteerd wordt is het vormen van een theoretische basis die geïllustreerd wordt met een aantal concrete voorbeelden. Het is op die manier dat het werk een basis tracht te zijn, namelijk, aan de hand van dit werk zou het mogelijk moeten zijn om voor een specifiek grondrecht naar keuze na te gaan hoe het werking heeft tussen particulieren of om voor een concreet geschil uit te maken of een grondrecht kan ingeroepen worden.

De bespreking beperkt zich voorts tot wat relevant is voor de Belgische rechtsorde, wat concreet betekent dat het internationale niveau wordt beperkt tot het E.V.R.M.¹⁰ en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens te Straatsburg (E.H.R.M.). Dat is een pragmatische keuze, aangezien een particulier die via België op internationaal niveau zijn grondrechten wil afdwingen, bijna steeds naar het E.H.R.M. zal stappen. Het Hof heeft namelijk een hoog en daadwerkelijk beschermingsniveau dankzij het individueel klachtenrecht, de expertise gecombineerd met vaststaande rechtspraak en de mogelijkheid tot effectieve veroordeling¹¹. Geen andere instantie op bovenstatelijk niveau, regionaal noch mondiaal, biedt een dergelijke effectieve bescherming van grondrechten¹².

In het eerste hoofdstuk worden enkele relevante basisbegrippen verduidelijkt en een overzicht gegeven van de technieken waarmee grondrechten werking

⁶ F. HENDRICKX, "Privacy op het werk en de regulering van mensenrechten in bedrijven", in E. BREMS en P. VANDEN HEEDE (ed.), *Bedrijven en mensenrechten – verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Maklu, 2003, (253) 254.

⁷ zie nrs.24-30

⁸ zie nr. 40

⁹ over het begrip rechtsstaat zie P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, Antwerpen, Intersentia, 1997, 80-106.

¹⁰ Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *B.S.*, 19 augustus 1955, err. *B.S.* 29 juni 1961.

¹¹ R. ERGEC, *o.c.*, 103-105; J. WOUTERS en M. BOSSUYT, *Grondlijnen van internationaal recht*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 797-798.

¹² J. VELU en R. ERGEC, "Convention européenne des droits de l'homme", in E. BRUNET, J. SERVAIS en C. RESTEAU (ed.), *R.P.D.P.*, deel 7, Brussel, Bruylant, 1990, (138) 163.

kunnen hebben tussen particulieren. In de hoofdstukken die daarop volgen worden die technieken kritisch besproken. In elk hoofdstuk wordt eerst een techniek beschreven, dan wordt de grondslag van die techniek besproken, vervolgens worden voorbeelden gegeven waarbij minstens één uitgebreid besproken wordt en ten slotte volgt telkens een kritische bespreking van de techniek.

2 BEGRIPSOMSCHRIJVINGEN

Wanneer men het heeft over de werking van grondrechten tussen particulieren komt het begrip *derdenwerking* steevast terug¹³. In sommige studies komt ook het begrip *doorwerking* aan bod¹⁴. In dit hoofdstuk worden die twee begrippen, samen met het begrip *grondrechten* toegelicht.

Bij de toelichting van die begrippen zal ook blijken welke de technieken zijn waarmee grondrechten werking kunnen hebben tussen particulieren. Op het einde van dit hoofdstuk wordt dan ook een indeling gegeven van die technieken. Die indeling is echter louter arbitrair en heeft geen strikt juridische waarde.

1.1 GRONDRECHTEN

De term grondrechten is ontleend aan de Duitse terminologie (Die Grundrechte) en slaat op de fundamentele rechten en vrijheden van de mens¹⁵. Het zijn onvervreembare minimumwaarborgen die de menselijke waardigheid beschermen¹⁶. Ze komen toe aan eenieder, ongeacht afkomst, religie, beroep,

¹³ vb. A. BLECKMANN, *o.c.*, 219; A. CLAPHAM, "The 'Drittwirkung' of the Convention", in R. MACDONALD, F. MATCHER en H. PETZOLD (ed.), *The European system for the protection of human rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1993, (163) 163; A.Z. DRZEMCZEWESKI, "La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers", *C.D.E.* 1980, (3) 3; T.O. GANTEN, *o.c.*, 2000, 23; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 11; J. VELU en R. ERGEC, *l.c.*, (138) 176.

¹⁴ vb. G. MAES, "De doorwerking van verdragsrechtelijk beschermde grondrechten in de Belgische rechtspraak", in R. BAUWENS (ed.), *Internationale aspecten in de verschillende takken van het recht*, Brussel, Gent, 2005, (63) 65; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Brussel, Bruylant, 1995, 26 e.v.; N. VAN LEUVEN, "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde", in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (ed.), *De doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde – Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (167) 172.

¹⁵ M. LEVINET, *Théorie générale des droits et libertés*, Brussel, Bruylant, 2006, 44; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 4.

¹⁶ E.A. ALKEMA, *De Reikwijdte van fundamentele rechten – de nationale en internationale dimensies*, in *Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink, 1995, (1) 8; J. DONNELLY, *Concept of Human Rights*, Londen, Croom Helm, 1985, 27; R. ERGEC, *o.c.*, 19; M. LEVINET, *o.c.*, 67; G.J.M. VAN WISSEN, *o.c.*, 2.

...¹⁷ Anders dan gewone rechten zijn ze niet toegekend door de nationale, internationale of supranationale overheid vanuit een beleidskeuze, maar zijn ze opgenomen in de rechtsorde omdat de overheid geen keuze heeft. Ze gaan als het ware vooraf aan de staat¹⁸. In beginsel zijn ze opgenomen in een grondwet en/of in internationale verdragen aangaande mensenrechten en fundamentele vrijheden¹⁹. Bovenstaande omschrijving is slechts een grove schets van het begrip, echter, een exhaustieve bespreking zou buiten het bestek van dit werk liggen en is geenszins het doel ervan. Enkel de verwantschap met het begrip *mensenrechten* wordt nader toegelicht.

Grondrechten en mensenrechten zijn twee begrippen die niet altijd even consequent gebruikt worden. Sommige auteurs²⁰ maken een onderscheid waarbij enerzijds grondrechten slaan op de fundamentele rechten en vrijheden vervat in een nationale grondwet en anderzijds mensenrechten slaan op diegene die vervat zijn in internationale mensenrechtenverdragen. Andere auteurs²¹ maken dat onderscheid niet en beschouwen grondrechten als de fundamentele rechten en vrijheden vervat in de grondwet én in de internationale mensenrechtenverdragen. Het onderscheid dat sommige auteurs maken heeft dus voornamelijk betrekking op de formele rechtsbron²². Immers, het komt vaak voor dat het grondrecht inhoudelijk overeenstemt met het mensenrecht²³. Echter, in sommige gevallen bestaat er wel een verschil in de modaliteiten²⁴.

In dit werk wordt dat onderscheid niet gemaakt, daarenboven, beperkt dit werk zich tot de werking tussen particulieren van de grondrechten vervat in de Belgische Grondwet en het E.V.R.M.²⁵ De term grondrechten verwijst in dit werk dus naar de fundamentele rechten en vrijheden vervat in de Belgische Grondwet en het E.V.R.M. De bespreking van de indirecte derdenwerking voor het E.H.R.M. gaat uiteraard enkel over de grondrechten gewaarborgd in het E.V.R.M.

1.2 DERDENWERKING

Derdenwerking verwijst naar de toepassing van grondrechten door de rechter in geschillen tussen private actoren²⁶. Het is een letterlijke vertaling van het

¹⁷ M. LEVINET, *o.c.*, 99; A.J.M. MILNE, "The idea of human rights: a critical inquiry", in F.E. DOWRICK(ed.), *Human rights – Problems, Perspectives and Texts*, Durham, Saxon House, 1979, 23.

¹⁸ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 15; M. LEVINET, *o.c.*, 41.

¹⁹ M. LEVINET, *o.c.*, 60-61.

²⁰ E.A. ALKEMA, *l.c.*, (1) 8-9; M.C. BURKENS, *o.c.*, 46; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 171.

²¹ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 8-9.

²² E.A. ALKEMA, *l.c.*, (1) 9; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 171.

²³ vb. De vrijheid van vergadering wordt zowel door art. 26 G.W. als door art. 11 E.V.R.M. gewaarborgd.

²⁴ vb. Volgens art. 26 G.W. zijn behoudens het tweede lid, geen preventieve maatregelen toegelaten, daarentegen sluit art. 11 E.V.R.M. preventieve maatregelen niet uit.

²⁵ zie nr. 3

²⁶ K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 11;

Duitse *Drittwirkung*, namelijk, het idee om grondrechten toe te passen op verhoudingen tussen private personen vindt zijn oorsprong in Duitsland²⁷.

In het Duitse leerstuk wordt een onderscheid gemaakt tussen twee manieren om *Drittwirkung* (derdenwerking) te aanvaarden²⁸. Enerzijds stelden LEISNER en NIPPERDEY dat de nationale rechter rechtstreeks beroep kan doen op grondrechten in een concreet geschil tussen particulieren. In dat geval is er sprake van *unmittelbare Drittwirkung* (directe derdenwerking). Anderzijds stelde DÜRIG dat grondrechten niet rechtstreeks toegepast kunnen worden op een privaat geschil, maar dat het slechts onderliggende waarden zijn waarmee de nationale rechter invulling geeft aan normen van het privaatrecht. In dat geval wordt slechts *mittelbare Drittwirkung* (indirecte derdenwerking) aanvaard.²⁹

Ook voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (E.H.R.M.) is er een vorm van derdenwerking aanvaard. Een klacht gericht tegen een particulier is weliswaar onontvankelijk, maar het Hof kan wel een Verdragsstaat veroordelen omdat ze een schending van het E.V.R.M. door een particulier heeft getolereerd.³⁰ Die techniek wordt eveneens indirecte derdenwerking genoemd³¹, maar is niet hetzelfde als de indirecte derdenwerking voor de nationale rechter volgens de Duitse doctrine³². Het predikaat *indirect* slaat hier immers op de *verweerder*³³ en niet op de *ingeroepen norm*³⁴, wat wel het geval is bij de “Duitse” derdenwerking. Om verwarring te vermijden wordt hierna gesproken over de indirecte derdenwerking *voor het E.H.R.M.* en de indirecte derdenwerking *voor de nationale rechter*.

Derdenwerking slaat dus op de toepassing van grondrechten door de rechter in een concreet geschil tussen particulieren³⁵. Het is een oneigenlijke toepassing, aangezien grondrechten ontstaan zijn als bescherming tegen het publiek gezag en verondersteld worden de verticale verhouding te beheersen tussen burger en

D.ROBERTSON, *A dictionary of Human Rights*, Londen, Europa Publications, 2004, 113-114; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 168.

²⁷ N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 171.

²⁸ A. DRZEMCZEWESKI, “La Convention européenne des droits de l’homme et les rapports entre particuliers”, (3) 4;

T.O. GANTEN, *o.c.*, 26-28.

²⁹ wordt verder uitgewerkt in nrs. 31 e.v.

³⁰ wordt verder uitgewerkt in nrs. 63 e.v.

³¹ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 186; A. ALEN en K. MUYLLE, *Compendium van het Belgisch staatsrecht*, deel 2, Mechelen, Kluwer, 2004, 676; A. CLAPHAM, *o.c.*, 91-92; O. DE SCHUTTER en S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l’homme*, Brussel, Larcier, 1999, 6; R. ERGEC, *o.c.*, 209-210; D. SPIELMANN, *L’effet potentiel*, 64-67; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 169-170.

³² D. SPIELMANN, “Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention”, in F. SUDRE (ed.), *L’interprétation de la Convention européenne des droits de l’homme*, Brussel, Bruylant, (133) 154.

³³ Voor het E.H.R.M. wordt de omweg gemaakt via de verweerder; de overheid wordt in plaats van de particulier die de schending van het grondrecht heeft begaan veroordeeld.

³⁴ Voor de nationale rechter wordt de omweg gemaakt via de ingeroepen norm; het grondrecht beïnvloedt de privaatrechtelijke norm die ingeroepen wordt door de rechter.

³⁵ E.A. ALKEMA, *l.c.*, (1) 23;

overheid³⁶. Die laatste verhouding wordt gekenmerkt door een formele ondergeschiktheid van de burger aan de overheid terwijl tussen private actoren een principiële gelijkheid bestaat. Die laatsten staan in een horizontale verhouding, waardoor men ook spreekt over de horizontale werking van grondrechten³⁷.

1.3 DOORWERKING

Internationaal recht, waaronder het E.V.R.M. en andere internationale verdragen die grondrechten waarborgen, kan op verschillende manieren doorsijpelen of *doorwerken* in de interne rechtsorde³⁸. Enerzijds kan de (grond)wetgever of het bestuur die internationale normen omzetten in interne wetgeving en reglementering³⁹. Anderzijds kan de nationale rechter ofwel de directe werking van een internationale norm aanvaarden⁴⁰ ofwel het interne recht interpreteren conform die internationale norm⁴¹.

Ook grondrechten gewaarborgd in de Belgische Grondwet, kunnen op vergelijkbare manieren verder doorsijpelen in de Belgische interne rechtsorde. Namelijk, enerzijds moet de wetgever rekening houden met de toetsing van het Arbitragehof van wetten aan de grondrechten gewaarborgd in titel II van de Grondwet^{42 43}. Besluiten en verordeningen moeten op hun beurt overeenstemmen met die grondwetsconforme wetten⁴⁴. Anderzijds kan de rechter beroep doen op de derdenwerking van grondrechten.

Het geheel van die manieren waarop grondrechten doorsijpelen in de interne rechtsorde waardoor ze effect hebben op zowel de relatie tussen een private actor en de overheid als de relatie tussen private actoren onderling is de *doorwerking van grondrechten*. Indien de doorwerking geschiedt via de rechter die zich in een geschil tussen private actoren beroept op een grondrecht, spreekt men van *derdenwerking van grondrechten*. Indien de doorwerking geschiedt via wetgeving of een andere norm waarop een private actor zich kan beroepen in zijn relatie met een andere private actor, heeft het

³⁶ A. BLECKMANN, *o.c.*, 222; R. ERGEC, *o.c.*, 9; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 1; G.J.M. VAN WISSEN, *o.c.*, 39.

³⁷ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 43; M.C. BURKENS, *o.c.*, 166; J. COOPER, *l.c.*, (53) 55;

O. DE SCHUTTER en S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, 6; M. LEVINET, *o.c.*, 210.

³⁸ N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 172; J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, "Doorwerking van internationaal recht in de Belgische rechtsorde: een overzicht van bronnen en instrumenten", in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (ed.), *De doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde – Recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijdend perspectief*, Antwerpen, Intersentia, 2006, (3) 29.

³⁹ J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, *l.c.*, (3) 30-52.

⁴⁰ Cass. 27 mei 1971, (Arrest Franco Suisse le ski), *Arr. Cass.* 1971, 959, *Pas.* 1927, I, 241; E.A. ALKEMA, *l.c.*, (1) 58;

G. MAES, *l.c.*, (63) 66-83.

⁴¹ J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, *l.c.*, (3) 52-80.

⁴² art. 1 2° Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *B.S.* 7 januari 1989.

⁴³ A. ALEN en K. MUYLLE, *o.c.*, 415-467.

⁴⁴ art. 159 G.W., zie nr. 22

grondrecht eveneens werking tussen particulieren, maar spreekt men niet van derdenwerking. In dat geval is er slechts sprake van *doorwerking van grondrechten in lagere normen (die toepasbaar zij tussen particulieren)*. Met andere woorden, derdenwerking van grondrechten en doorwerking van grondrechten in lagere normen zijn deelverzamelingen van een ruimer begrip, doorwerking van grondrechten.⁴⁵

De meeste auteurs die de werking van grondrechten tussen particulieren bespreken, beperken zich enkel tot de derdenwerking⁴⁶. Om echter een globaler en vollediger zicht te geven hoe grondrechten werking hebben tussen particulieren, wordt in dit werk eveneens de doorwerking in lagere normen besproken. Het zwaartepunt van dit werk ligt echter op de derdenwerking.

1.4 TECHNIEKEN WAARMEE GRONDRECHTEN WERKING HEBBEN TUSSEN PARTICULIEREN

Uit voorgaande paragrafen blijkt dat er verschillende technieken zijn waarop grondrechten werking kunnen hebben tussen particulieren. In dit werk worden ze onderverdeeld in twee groepen, de derdenwerking van grondrechten enerzijds en de doorwerking van grondrechten in lagere normen anderzijds. Die onderverdeling berust op het feit dat enerzijds doorwerking in lagere normen vooral ex ante of preventief werkt. Namelijk, op die manier is het de bedoeling dat het individu zijn gedrag afstemt op dat grondrecht aan de hand van die algemene, abstract toepasbare wetten en regels. Anderzijds werkt derdenwerking vooral ex post of defensief. Namelijk, ze wordt toegepast door de rechter in een concreet geschil om rechtsherstel te bieden voor schendingen begaan in de horizontale relatie tussen particulieren. Het onderscheid is echter niet absoluut, zo kunnen rechtsonderhorigen hun gedrag ook afstemmen op vroegere rechtspraak waarbij derdenwerking werd toegepast, op voorwaarde dat die rechtspraak voldoende standvastig is.

Aangezien dit werk beperkt is tot wat relevant is voor de Belgische rechtsorde⁴⁷, wordt enkel de doorwerking in Belgische lagere normen en de derdenwerking voor de nationale rechter en voor het E.H.R.M. besproken. De derdenwerking voor de nationale rechter en voor het E.H.R.M. wordt afzonderlijk besproken omdat, enerzijds, het om een verschillende soort indirectheid gaat⁴⁸ en, anderzijds, de bespreking voor het E.H.R.M. zich uiteraard beperkt tot de derdenwerking van de grondrechten gewaarborgd in het E.V.R.M. waarbij de Belgische Grondwet niet ter sprake komt.

De volgende hoofdstukken gaan dus achtereenvolgens over de doorwerking van grondrechten in Belgische (lagere) normen, de derdenwerking voor de

⁴⁵ N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 172.

⁴⁶ vb. A. BLECKMANN, *o.c.*, 219; A. CLAPHAM, "The 'Drittwirkung' of the Convention", (163) 163; A.Z. DRZEMCZEWESKI, "La Convention européenne des droits de l'homme et les rapports entre particuliers", (3) 3; T.O. GANTEN, *o.c.*, 23; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 11; J. VELU en R. ERGEC, *l.c.*, (138) 176.

⁴⁷ zie nr. 3

⁴⁸ zie nr. 11

nationale rechter en indirecte derdenwerking voor het E.H.R.M. Elk hoofdstuk heeft dezelfde structuur. Eerst wordt de techniek beschreven, dan wordt de grondslag waarop die techniek steunt besproken, vervolgens wordt de techniek aan de hand van enkele voorbeelden verduidelijkt en ten slotte is er een kritische beschouwing.

HOOFDSTUK 2 DOORWERKING VAN GRONDRECHTEN IN BELGISCHE NORMEN

2.1 TECHNIEK

Doorwerking van grondrechten in Belgische normen slaat op de invloed die grondrechten als hogere norm hebben op die normen⁴⁹. Indien die lagere norm toepasbaar is op de horizontale relatie tussen private actoren, dan heeft het grondrecht via de doorwerking in die norm werking tussen particulieren⁵⁰.

Die invloed kan verscheidene vormen aannemen, ten eerste, kan de norm een loutere omzetting zijn van of verwijzing zijn naar grondrechten gewaarborgd in het E.H.R.M.⁵¹ Ten tweede kan de norm een verdere specificering of concretisering zijn van een ruim geformuleerd grondrecht⁵². Ten derde kan de invloed zich beperken tot het niet schenden van het grondrecht door de norm⁵³. Het zijn vooral de normen die omzetten of specificeren, die de werking van grondrechten tussen particulieren bewerkstelligen⁵⁴.

Grondrechten kunnen doorwerken in alle soorten van normen en regelgeving. Niet alleen werken ze door in (formele) wetgeving en besluiten uitgevaardigd door de staat via de wetgever, respectievelijk het bestuur, ze hebben ook invloed op zelfregulering of reglementen opgesteld door private actoren de gedragscode van een bedrijf. Een groot aantal transnationale ondernemingen verwijst nu al expliciet naar de U.V.R.M. of het E.V.R.M. als basis voor zijn bedrijfsfilosofie. Bedrijven stellen zo'n gedragscode op als onderdeel van hun imago, concept en reputatie welke mede bepalend kunnen zijn voor hun beurswaarde.⁵⁵

Echter, hoe goed bedoeld die gedragscodes ook mogen zijn, juridisch stellen ze niet zo veel voor. Enerzijds is de juridisch bindende waarde van zo'n gedragscode meestal nagenoeg nihil, anderzijds, stelt de afdwingbaarheid ook niet veel voor. Immers, controle en toetsing bestaan amper en wordt

⁴⁹ zie nr. 14

⁵⁰ M. LEVINET, *o.c.*, 61-62.

⁵¹ J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE, *l.c.*, (3) 30.

⁵² vb. de Wet van 24 mei 1921 tot waarborging der vrijheid van vereniging, *B.S.* 28 mei 1921, is een concretisering van de vrijheid van vereniging gewaarborgd in art. 27 G.W.

⁵³ zie nrs. 22 en 23

⁵⁴ zie nrs. 24 e.v.

⁵⁵ P. FRANKENTAL, "De ethische gedragscode van bedrijven: beginnen met een intentieverklaring", in P. NAUWELAERTS, D. CASSIMON en H. OPDEBEECK (ed.), *Mensenrechten in het bedrijfsleven*, Antwerpen, Intersentia, 2001, (147) 148-151.

bovendien, als ze voorkomt, meestal door het bedrijf zelf gedaan waarbij transparantie meestal ontbreekt. Een oplossing zou kunnen zijn om de controle over te laten aan een externe auditor of een regulariserende instantie.⁵⁶ De enige bindende waarde van een dergelijk gedragscode ligt mijns inziens in de reputatie die het bedrijf heeft te verdedigen door haar eigen gedragscode niet te verbreken.

2.2 GRONDSLAG: HIËRARCHIE DER NORMEN

Elke formele wet moet de grondrechten gewaarborgd in de Grondwet én het E.V.R.M. respecteren. Namelijk, door de invoering van art. 1 2° Arbitragehofwet door de Bijzondere Wet van 9 maart 2003⁵⁷ kan het Arbitragehof formele wetten toetsen aan titel II van de Grondwet die de Belgische grondrechten bevat⁵⁸. Voorheen toetste het Arbitragehof reeds aan die grondrechten in samenhang gelezen met het gelijkheidsbeginsel. Die omweg via het gelijkheidsbeginsel kan en moet het Arbitragehof nog steeds maken om formele wetten te toetsen aan grondrechten gewaarborgd in internationale verdragen zoals het E.V.R.M.⁵⁹

Besluiten en verordeningen uitgevaardigd door het bestuur moeten overeenstemmen met de formele wetten (art. 105, 108 en 159 G.W.)⁶⁰. Aangezien die formele wetten de grondrechten moeten respecteren, moeten ook die besluiten en verordeningen grondrechtconform zijn. Ten slotte spreekt het voor zich dat private actoren bij zelfregulering op hun beurt die grondrechtconforme wetten, besluiten en verordeningen moeten respecteren. Grondrechten staan dus met andere woorden bovenaan de hiërarchie der normen. Aangezien lagere Belgische normen grondrechten op zijn minst moeten respecteren, is het a fortiori ook toegestaan dat die normen grondrechten omzetten of verder uitwerken.

2.3 VOORBEELD: HET RECHT OP PRIVACY IN DE RELATIE TUSSEN WERKGEVER EN WERKNEMER

Het recht op privacy is gewaarborgd in art. 8 E.V.R.M. en art. 22 G.W. In de volgende alinea's wordt beschreven hoe dat grondrecht aan de hand van doorwerking in lagere normen, werking heeft in de relatie tussen werkgever en werknemer⁶¹.

⁵⁶ P. FRANKENTAL, *l.c.*, (147) 153-154.

⁵⁷ Bijzondere Wet 9 maart 2003 tot wijziging van de Bijzondere Wet van 6 januari 1989 op het Arbitragehof, *B.S.* 11 april 2003.

⁵⁸ A. ALEN en K. MUYLLE, *o.c.*, 442.

⁵⁹ A. ALEN en K. MUYLLE, *o.c.*, 427-430.

⁶⁰ P. POPELIER, "Democratisch wetgeven" in M. ADAMS en P. POPELIER (ed.), *Recht en democratie*, Antwerpen, Intersentia, 2004, (267) 286.

⁶¹ voor een volledige bespreking (inclusief de derdenwerking) van het recht op privacy in de arbeidsrelatie zie F. HENDRICKX, *Privacy en arbeidsrecht*, onuitg., proefschrift tot het behalen van de graad doctor in de rechten, Katholieke Universiteit Leuven, 1999, 419 p.

De arbeidsrelatie tussen werkgever en werknemer is trouwens vergelijkbaar met de relatie tussen burger en overheid. Namelijk, in beide verhoudingen staat één van de partijen, de overheid respectievelijk de werkgever in een machtspositie ten aanzien van de andere partij. Niet alleen heeft de werkgever meestal een feitelijke macht over zijn werknemer, die laatste is bovendien juridisch ondergeschikt aan zijn werkgever. Immers, volgens artikel 2 van de Arbeidsovereenkomstenwet⁶² staat de werknemer “onder gezag” van de werkgever.⁶³

Ten eerste worden bepaalde aspecten van het recht op privacy wettelijk beschermd door onder andere het Strafwetboek⁶⁴, de Wet Verwerking Persoonsgegevens (WVP)⁶⁵ en de Wet betreffende de elektronische communicatie⁶⁶. Die wetgeving heeft echter niet specifiek betrekking op de arbeidsrelatie, maar is er wel, in beginsel, op toepasbaar. In beide gevallen wordt het recht op privacy verder gespecificeerd of geconcretiseerd.

Het Strafwetboek voorziet in art. 314 bis de bijzondere strafbaarstelling van het kennis nemen, opnemen en afluisteren van privécommunicatie en -telecommunicatie zonder toestemming van alle deelnemers van zo'n communicatie. Het kennis nemen slaat op de inhoud van de communicatie, niet het loutere bestaan ervan⁶⁷. Wat de arbeidsrelatie betreft, kan men zich echter afvragen of een strikte toepassing wenselijk is⁶⁸.

De Wet Verwerking Persoonsgegevens is een omzetting van een Europese Richtlijn⁶⁹. De WVP bevat, zoals de Europese Richtlijn, een kader met de belangrijkste beginselen inzake bescherming van persoonsgegevens⁷⁰. Wat de arbeidsrelatie betreft, kan in art. 4 WVP een verbod gelezen worden voor de werkgever om via een internet-policy zich het recht voor te behouden om het internetverkeer van zijn werknemer te controleren voor *om het even welk* doeleinde.⁷¹

⁶² Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *B.S.* 22 augustus 1978, *err.*, *B.S.* 30 augustus 1978.

⁶³ F. HENDRICKX, “Privacy op het werk en de regulering van mensenrechten in bedrijven”, (253) 254; S. VAN WASSENHOVE, “Le respect de la vie privée dans l’usage des nouvelles technologies”, in J.-F. LECLERCQ (ed.), *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Brussel, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, (139) 142.

⁶⁴ Wet van 8 juni 1867 Strafwetboek, *B.S.* 9 juni 1867.

⁶⁵ Wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens, *B.S.* 18 maart 1993.

⁶⁶ Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, *B.S.* 29 juni 2002.

⁶⁷ F. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera’s*, Mechelen, Kluwer, 2005, 82; S. VAN WASSENHOVE, *l.c.*, (139) 151.

⁶⁸ zie nr. 29

⁶⁹ Richtl. Eur. Parl.en Raad E.G. nr. 95/46, 24 oktober 1995 betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en betreffende het vrije verkeer van die gegevens, *P.B. L.* 23 november 1995, L281/31.

⁷⁰ S. VAN WASSENHOVE, *l.c.*, (139) 160-161.

⁷¹ F. HENDRICKX, “Privacy op het werk en de regulering van mensenrechten in bedrijven”, (253) 258-259.

De Wet betreffende de elektronische communicatie is eveneens een omzetting van een Europese Richtlijn⁷². De artikelen 122 tot en met 133 bevatten bepalingen die de geheimhouding van de communicatie, verwerking van de gegevens en bescherming van de persoonlijke levenssfeer regelen⁷³.

Ten tweede heeft de Commissie voor de Bescherming van de Persoonlijke Levenssfeer (CBPL)⁷⁴ een aantal beginselen van de WVP verder geconcretiseerd voor een specifiek probleem, de controle van internet en e-mail op het werk. Het betreft echter een advies⁷⁵ en geen juridisch bindend instrument, het moet beschouwd worden als een gedragscode.⁷⁶

Ten slotte hebben de sociale partners zelf in een regeling voorzien om tegemoet te komen aan enerzijds het niet bindende karakter van het advies van de CBPL en anderzijds het te algemene karakter van de WVP die niet specifiek gericht is op arbeidsrelaties. In de Nationale Arbeidsraad werden twee collectieve arbeidsovereenkomsten (CAO) gesloten om enkele specifieke privacy gerelateerde aspecten op de werkvloer te reguleren. Het betreft ten eerste CAO nr. 68 van 16 juni 1998 betreffende de bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de camerabewaking op de arbeidsplaats⁷⁷ en ten tweede CAO nr. 81 van 26 april 2002 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer van de werknemers ten opzichte van de controle op de elektronische on-linecommunicatiegegevens^{78, 79}.

Daarnaast bestond reeds voor de totstandkoming van de WVP de CAO nr. 38 van 6 december 1983 betreffende de werving en de selectie van werknemers⁸⁰ waarin de privacy van de sollicitant wordt beschermd⁸¹.

2.4 KRITISCHE BESCHOUWING: DE WETGEVER HOLT DE FEITEN ACHTERNA

⁷² Richtl. Eur. Parl. en Raad EG nr. 2002/58, 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), *P.B. L.* 31 juli 2002, afl. 201, 37-47.

⁷³ S. VAN WASSENHOVE, *l.c.*, (139) 152-160.

⁷⁴ die CBPL is opgericht door de WVP

⁷⁵ Advies CBPL nr. 10/2000 van 3 april 2000, <http://193.191.208.6/juris/jurnv.htm>.

⁷⁶ F. HENDRICKX, "Privacy op het werk en de regulering van mensenrechten in bedrijven", (253) 262-263;

S. VAN WASSENHOVE, *l.c.*, (139) 161-162.

⁷⁷ algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 12 juni 2002, *B.S.* 29 juni 2002.

⁷⁸ algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 20 september 1998, *B.S.* 2 oktober 1998.

⁷⁹ voor de inhoudelijke bespreking van die CAO's zie F. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera's*, 137-174.

⁸⁰ algemeen verbindend verklaard bij K.B. van 11 juli 1984, *B.S.* 29 juli 1984.

⁸¹ voor de inhoudelijke bespreking van die CAO zie G. DEMEZ, "Le droit au respect de la vie privée dans le cadre des tests préalables à l'embauche", in J.-F. LECLERCQ (ed.), *Vie privée du travailleur et prérogatives patronales*, Brussel, Conférence du Jeune Barreau de Bruxelles, 2005, (55) 59-64.

Een algemene beperking op wetgeving is dat bij de opstelling ervan niet in alle mogelijke situaties kan worden voorzien. Er kan immers geen rekening gehouden worden met alle maatschappelijke ontwikkelingen die zich zullen voordoen.⁸² Aangezien die beperking niet specifiek de doorwerking van grondrechten in Belgische lagere normen betreft, wordt ze in dit werk niet theoretisch uitgewerkt. Wel wordt voor het voorbeeld, hierboven uitgewerkt, geïllustreerd hoe de wetgever in het concrete geval van de arbeidsrelatie de feiten achterna holt.

Men kan zich afvragen of de strafbaarstelling uit art. 314 bis Sw., die dateert uit 1994⁸³, nog aangepast is aan de huidige arbeidsomstandigheden waarbij elektronisch e-mail verkeer veel meer voorkomt dan in 1994⁸⁴. Er dient opgemerkt te worden dat art. 314 bis Sw. voorrang heeft op de Cao's nr. 68 en nr. 81 die slechts algemeen verbindend verklaard zijn bij Koninklijk Besluit⁸⁵ en op de WVP die de privacy in het algemeen regelt (*lex generalis*-regel) en bovendien dateert uit 1992.

Volgens art. 314 bis Sw. is de werkgever strafbaar als hij zonder toestemming de inhoud van privécommunicatie van zijn werknemer af luistert of opneemt. De werkgever zou zijn toestemming in beginsel kunnen geven in een clause in de arbeidsovereenkomst of het arbeidsreglement⁸⁶. Het probleem ligt echter in de toestemming van de deelnemer aan de communicatie die geen werkgever is. Een werkgever kan immers onmogelijk de toestemming vragen aan iedereen waarmee de werknemer zou kunnen communiceren.⁸⁷

Die strafbaarstelling is een overdreven beperking op het gezag van de werkgever aangezien het de patronale controle op het e-mail verkeer van zijn werknemer quasi uitsluit. Immers, niet enkel de privacy van de werknemer moet in acht genomen worden, ook de belangen van de werkgever moeten gehonoreerd worden. Enerzijds moet hij zijn middelen efficiënt kunnen inzetten⁸⁸, anderzijds moet hij vat kunnen hebben op zijn kwalitatieve aansprakelijkheid als aansteller (art. 1384 lid 1)⁸⁹. Met andere woorden, de belangen van de werkgever en de werknemer moeten afgewogen worden⁹⁰.

Aan die beperking op wetgeving kan de rechter in een concreet geschil tegemoetgekomen⁹¹. De mogelijkheden in de context van de werking van

⁸² E. CLAES, "Over rechtsvinding", *C.D.P.K.* 2002, (379) 388.

⁸³ art. 314 bis Sw. is in het Strafwetboek ingevoegd bij art. 2 Wet 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het af luisteren, kennismaken en openen van privécommunicatie en -telecommunicatie, *B.S.* 24 januari 1995.

⁸⁴ G. MAES, *l.c.*, (63) 115.

⁸⁵ zie nr. 27

⁸⁶ F. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera's*, 103-108

⁸⁷ F. HENDRICKX, "Privacy op het werk en de regulering van mensenrechten in bedrijven", (253) 254.

⁸⁸ F. HENDRICKX, *Elektronisch toezicht op het werk: internet en camera's*, 9; S. VAN WASSENHOVE, *l.c.*, (139) 143-145.

⁸⁹ S. VAN WASSENHOVE, *l.c.*, (139) 145-146.

⁹⁰ S. VAN WASSENHOVE, *l.c.*, (139) 184.

⁹¹ W. VANGERVEN, *De taak van de rechter in een West-Europese Democratie*, Antwerpen, Kluwer, 1977, 5-6.

grondrechten tussen particulieren wordt besproken in het volgende twee hoofdstukken over derdenwerking.

HOOFDSTUK 3 DERDENWERKING VOOR DE NATIONALE RECHTER

3.1 TECHNIEKEN: DIRECTE EN INDIRECTE DERDENWERKING

De derdenwerking of horizontale werking van grondrechten slaat op de toepassing van grondrechten door de rechter in een concreet geschil tussen particulieren⁹². Er zijn twee manieren waarop grondrechten kunnen ingeroepen worden voor de *nationale* rechter, namelijk de directe derdenwerking en de indirecte derdenwerking⁹³.

Bij de directe derdenwerking worden grondrechten *an sich* ingeroepen in de verhouding tussen private actoren. De rechter doet in het concrete rechtsgeschil rechtstreeks beroep op grondrechten. Daarbij kunnen enerzijds grondrechten ingeroepen worden als subjectieve afweerrechten tegen private actoren, anderzijds, leggen ze ook verplichtingen op aan die private actoren. Het verweer of de verplichting volgt rechtstreeks uit het grondrecht, de rechter doet geen beroep op een andere (privaatrechtelijke) norm.⁹⁴

Bij de indirecte derdenwerking worden grondrechten niet rechtstreeks opgeworpen in de verhouding tussen private actoren. Grondrechten worden beschouwd als onderliggende waarden die een invloed uitoefenen op het privaatrecht langs de normen van het privaatrecht om. Ze dienen ter ondersteuning of interpretatie van die normen. Ze geven vooral invulling aan algemene principes waarvan de inhoud naar gelang het concrete geval moet worden ingevuld, zoals de goede trouw, openbare orde en de goede zeden. Ze kunnen echter ook ingeroepen worden ‘juncto’ een specifieke privaatrechtelijke norm. Privaatrechtelijke normen worden daardoor niet gewijzigd, ze worden eerder verrijkt of verduidelijkt.⁹⁵

3.2 GRONDSLAG: DRITTWIRKUNG

De bakermat van de derdenwerking ligt in Duitsland, de term derdenwerking is dan ook ontleend aan het Duitse leerstuk over de *Drittwirkung*. De Duitse

⁹² zie supra nr. 9

⁹³ zie supra nr. 10

⁹⁴ T.O. GANTEN, *o.c.*, 229-230; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 16-19; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 173-175.

⁹⁵ T.O. GANTEN, *o.c.*, 230-234; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 19-21; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 173-175.

rechtspraak, die uiteraard sterk beïnvloed werd door de Duitse doctrine, heeft de horizontale werking of *Drittwirkung* van grondrechten aanvaard⁹⁶. Immers, in het eerst artikel van de Duitse Grundgesetz worden de “onvervreembare” en “onschendbare” grondrechten erkend als grondslag van iedere samenleving en waarvan de bescherming aan ieder staatsorgaan wordt opgedragen⁹⁷. Het artikel legt ook een sterke nadruk op de menselijke waardigheid⁹⁸. De nadruk ligt dus eerder op de bescherming *van het individu*, niet zozeer op de bescherming *tegen de overheid*. Echter, de meningen lopen uiteen over de manier waarop die grondrechten dienen werking te hebben tussen particulieren, namelijk, er is discussie of al dan niet directe of indirecte derdenwerking aanvaard moet worden⁹⁹.

De Duitsers LEISNER en NIPPERDEY zijn de grondleggers van de leer van de directe derdenwerking¹⁰⁰. Het uitgangspunt van die leer is dat grondrechten een zowel publiekrechtelijk als privaatrechtelijk karakter hebben, namelijk, ze vormen de basis van de ganse rechtsorde en zij moeten door eenieder, niet alleen de staat, in acht genomen worden. Grondrechten zijn metanormen die aan de grondslag van het recht en de maatschappij liggen, ze gaan het positieve recht vooraf en ze primeren erop. De directe derdenwerking heeft als voordeel dat grondrechten zeer ernstig genomen worden, ook in het privaatrecht¹⁰¹. In de zeldzame gevallen dat het privaatrecht geen afdoende bescherming biedt, kunnen grondrechten bovendien gehanteerd worden om die leemtes op te vullen.¹⁰²

De Duitser DÜRIG is de grondlegger van de leer van de indirecte derdenwerking¹⁰³. Die leer gaat uit van de kritiek op de directe derdenwerking, meer bepaald, directe derdenwerking zou het hele privaatrecht ondermijnen wat bijzonder nefast is voor de rechtszekerheid van het individu¹⁰⁴. Het voordeel van de indirecte derdenwerking is dat ze de concepten van het privaatrecht respecteert en tot een grondrechtenconforme interpretatie van die concepten komt. Het nadeel is echter dat indirecte derdenwerking geen oplossing biedt voor leemtes in het privaatrecht, waardoor de particulier geen afdoende bescherming geniet in die, weliswaar zeldzame, gevallen.¹⁰⁵

⁹⁶ T.O. GANTEN, *o.c.*, 228-229; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 171.

⁹⁷ K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 16.

⁹⁸ N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 171.

⁹⁹ T.O. GANTEN, *o.c.*, 227; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1)16; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 173-175.

¹⁰⁰ LEISNER EN NIPPERDEY worden geciteerd in T.O. GANTEN, *o.c.*, 226; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 18-19; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, 28; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 174.

¹⁰¹ K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 16-17; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 174.

¹⁰² T.O. GANTEN, *o.c.*, 230-234; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 19-20; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 174.

¹⁰³ DÜRIG wordt geciteerd in T.O. GANTEN, *o.c.*, 230; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 19; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, 28 ; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 174.

¹⁰⁴ die kritiek wordt verder uitgewerkt in nrs. 52-59

¹⁰⁵ N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 175.

De Duitse doctrine aanvaardt derdenwerking op zich, maar de meeste auteurs spreken zich uit tegen de directe derdenwerking en zijn voorstander van de indirecte derdenwerking, volledige eensgezindheid is er echter niet¹⁰⁶. De Duitse rechtspraak is eveneens verdeeld en past zowel directe als indirecte derdenwerking toe¹⁰⁷. De leer van de directe derdenwerking vindt echter geen steun in de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht*¹⁰⁸.

Ook in de recente Belgische rechtsleer wordt derdenwerking op zich algemeen aanvaard. Hoewel er over derdenwerking in België nog niet veel geschreven is, neemt de doctrine toch een quasi unaniem standpunt in: de auteurs pleiten voor een indirecte derdenwerking en staan weigerachtig tegenover directe derdenwerking.¹⁰⁹ Hoe de Belgische rechtspraak staat tegenover de derdenwerking wordt verduidelijkt aan de hand van enkele voorbeelden.

3.3 VOORBEELDEN UIT DE BELGISCHE RECHTSPRAAK: DIRECTE OF INDIRECTE DERDENWERKING?

De bespreking van volgende voorbeelden heeft een dubbel doel. Enerzijds is het de bedoeling om de werking in de praktijk van en het onderscheid tussen directe en indirecte derdenwerking te verduidelijken. Anderzijds is het de bedoeling om na te gaan wat de houding is van de Belgische rechter ten aanzien van de derdenwerking.

3.3.1 *Directe derdenwerking voor de Belgische rechter*

In het vonnis van 23 september 1994¹¹⁰ deed de burgerlijke rechtbank van Bergen rechtstreeks beroep op de vrijheid van vereniging, gewaarborgd in art. 27 G.W. In casu had een voetbalclub geweigerd om één van zijn (amateur) jeugdspelers te laten vertrekken naar een andere club. De rechter oordeelde dat, gezien de omstandigheden, de voetbalclub de vrijheid van vereniging van de jeugdspeler onrechtmatig had ingeperkt. De schending van het grondrecht was dus begaan door de voetbalclub, een private actor.

In zijn motivatie liet de rechter de vrijheid van vereniging primeren op het reglement van de Koninklijke Belgische voetbalbond dat de voetbalclub toeliet de transfer te weigeren. De rechter gaf met andere woorden voorrang aan een grondrecht ten nadele van een privaatrechtelijke overeenkomst¹¹¹. “*Attendu que la liberté d’association est garantie par notre constitution. Que ce principe fondamental prime tous autres règlements ...*”

¹⁰⁶ T.O. GANTEN, *o.c.*, 230.

¹⁰⁷ D. SPIELMANN, *L’effet potentiel de la Convention européenne des droits de l’homme entre personnes privées*, 29.

¹⁰⁸ K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 19.

¹⁰⁹ N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 175.

¹¹⁰ Rb. Bergen 23 september 1994, *J.T.* 1995, 322-324.

¹¹¹ Het reglement maakte deel uit van de overeenkomst tussen de (ouders van de) jeugdspeler en de voetbalclub.

Bovendien, de rechter formuleert een concrete, specifieke regel waarbij hij zich rechtstreeks en alleen baseert op de grondwet. Immers, in zijn motivatie is de grondwet de enige rechtsnorm waarnaar hij verwijst. Hij haalt uit de grondwet het verbod om een kind te verplichten bij een voetbalclub te blijven ook al wordt er geen transfervergoeding betaald. “*Que personne ne peut obliger un enfant à rester dans un club s’il ne le désire plus et son départ ne peut être monnayé.*” Met andere woorden, de rechter past directe derdenwerking toe.

De directe derdenwerking werd eveneens toegepast voor de vrijheid van erediens (art. 19 G.W. en art. 9 E.V.R.M.) in het kader van mede-eigendom¹¹² en het kader van het dragen van een hoofddoek in een vrije school¹¹³, voor de vrijheid van vergadering (art. 26 G.W.) in het kader van een geschil tussen betogers en een private handelaar waartegen betoogd werd¹¹⁴, voor de vrijheid van onderwijs (art. 24 G.W.) in het kader van het niet toelaten van meisjes op een vrije jongensschool¹¹⁵, enzovoorts¹¹⁶.

In sommige rechterlijke uitspraken wordt de directe derdenwerking echter expliciet uitgesloten. Bijvoorbeeld, in het kader van het recht op onderwijs (art. 9 E.V.R.M. en art. 2 eerste protocol E.V.R.M.¹¹⁷) oordeelde de burgerlijke rechtbank van Brussel “*En principe, il est présumé que la règle d’un traité n’engendre des droits et obligations que pour les États signataires et non pour les ressortissants.*”¹¹⁸ In een ander voorbeeld, oordeelde de vrederechter van Wolvertem dat art. 10 E.V.R.M. in principe geen directe horizontale werking heeft¹¹⁹. Het gaat echter om een minderheid in de rechtspraak¹²⁰.

3.3.2 Indirecte derdenwerking voor de Belgische rechter

In het vonnis van 26 oktober 1992¹²¹ deed de arbeidsrechtbank van Charleroi beroep op de vrijheid van erediens (art. 19 G.W.) om te bepalen of een werkneemster een ernstige tekortkoming, of grove fout, had begaan in de zin van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet¹²². In casu werd een schoenenverkoopster door haar werkgever ontslaan om dringende redenen omdat zij kleding droeg die haar Islamitische geloofsovertuiging benadrukte. Het ging dus om een geschil tussen twee particulieren.

¹¹² Rb. Brussel 11 februari 1961, *J.T.* 1961, 686; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 187.

¹¹³ Kort Ged. Rb. Gent 25 maart 1994, *T.G.R.* 1994, 71, *J. dr. jeun.* 1994, afl. 139, 31, noot J. JACQMAIN, *T. Vreemd.* 1997, 413, noot X.

¹¹⁴ Kort Ged. Rb. Antwerpen 3 februari 1998, *AM* 1998, 150, noot X.

¹¹⁵ Rb. Antwerpen 22 oktober 1992, *R.W.* 1992-93, 541, noot E. DIRIX.

¹¹⁶ voor oudere referenties zie J. VELU en R. ERGEC, *l.c.*, (138) 177.

¹¹⁷ Aanvullend protocol van 20 maart 1952 bij het verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, *B.S.* 19 augustus 1955.

¹¹⁸ Rb. Brussel 23 maart 1990, *J.T.* 1991, 165.

¹¹⁹ Vred. Wolvertem 20 maart 1997, *T. Vred.* 1998, 295 en *T. App.* 1997, afl. 3, 23.

¹²⁰ O. DE SCHUTTER en S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, 210.

¹²¹ Arbrb. Charleroi 26 oktober 1992, *Soc. Kron.* 1993, 84.

¹²² Wet van 3 juli 1978 betreffende de arbeidsovereenkomsten, *B.S.* 22 augustus 1978, *err.*, *B.S.* 30 augustus 1978.

De rechtbank oordeelde dat de vrouw in casu geen ernstige tekortkoming kon verweten worden en dat de werknemer haar dus onrechtmatig had ontslaan om dringende redenen. De rechtbank oordeelde namelijk dat haar kledingdracht, gezien de omstandigheden, haar werk niet hinderde en dat het belijden van de Islam geen fout, laat staan een ernstige tekortkoming, inhield. Integendeel, de vrijheid van erediens wordt gewaarborgd in de grondwet en kan dus, in haar normale uitoefening, geen fout uitmaken. “*Attendu que la libre appartenance à la religion de son choix est un droit garanti par la Constitution et ne peut donc, par son exercice normal, engendrer une faute;...*”

De rechtbank deed dus een beroep op de vrijheid van vereniging, een grondrecht gewaarborgd in art. 22 G.W., om het foutbegrip “ernstige tekortkoming” van art. 35 Arbeidsovereenkomstenwet, een privaatrechtelijke norm, in te vullen. Met andere woorden, de rechtbank past indirecte derdenwerking toe.

De indirecte derdenwerking werd eveneens toegepast voor de persvrijheid (art. 25 G.W.) bij de beoordeling van een buitencontractuele fout in het kader van een krantenartikel¹²³, voor het verbod van foltering, onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen (art. 3 E.V.R.M.) in het kader van de huisvestingsproblematiek¹²⁴, voor het recht op een eerlijk proces (art. 6 E.V.R.M.) in het kader van verplichte arbitrageovereenkomsten¹²⁵, voor het recht op eerbiediging van privé-, familie- en gezinsleven (art. 8 E.V.R.M.) in het kader van een tuchtprocedure in het vrij gesubsidieerd onderwijs¹²⁶, voor de vrijheid van meningsuiting (art. 10 E.V.R.M.) in het kader van het plaatsen van een schotelantenne¹²⁷, voor de vrijheid van vereniging (art. 11 E.V.R.M.) in het kader van voetbaltransfers¹²⁸, enzovoorts¹²⁹.

3.3.3 *Directe of indirecte derdenwerking?*

In sommige vonnissen en arresten is het echter niet duidelijk of de rechter directe of indirecte derdenwerking toepast, wat geïllustreerd wordt aan de hand van drie arresten van het Hof van Cassatie. De eerste twee arresten gaan over de derdenwerking van het recht op eigendom (art. 16 G.W.), het derde arrest gaat over de derdenwerking van de vrijheid van vereniging (art. 27 G.W.)

¹²³ Rb. Mechelen 6 april 2004, *AM* 2005, 459, noot X, *NjW* 2005, 1065, noot E. BREYWAEYS; Rb.Brussel 23 maart 1999, *A.J.T.* 1998-99, 1001, *J.L.M.B.* 2000, 1595.

¹²⁴ Rb. Nijvel 17 december 1982, *J.T.* 1985, 529; Kort Ged. Rb. Brussel 1 april 1983, *J.T.* 1985, 529.

¹²⁵ Brussel 4 oktober 1993, *Journ. Proc.* 1993, afl. 247, 25, noot I. MATRAY, *Rev. trim. D.H.* 1994, 605, noot L. GOFFIN, *J.L.M.B.* 1993, 1268.

¹²⁶ Arbr. Gent 28 oktober 1996, *T.O.B.R.* 1996-97, 190, noot S. VAN CRAEYMEERSCH en *Soc. Kron.* 1998, 85.

¹²⁷ Vred. Wolvertem 20 maart 1997, *T. Vred.* 1998, 295 en *T. App.* 1997, afl. 3, 23.

¹²⁸ Vred. Halle 26 april 1999, *T. Vred.* 2000, 326.

¹²⁹ voorbeelden van indirecte derdenwerking van het E.V.R.M. aangehaald in N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 179-190.

In de twee arresten van 6 april 1960¹³⁰ sprak het Hof van Cassatie zich uit over het recht op eigendom, gewaarborgd in art. 16 G.W. Met die twee arresten, ook bekend als het schoorsteen- en kanaalarrest, legde het Hof de basis voor de theorie van de evenwichtsleer bij burenhinder. Volgens die theorie is de eigenaar van een onroerend goed die het evenwicht met een naburig erf verbreekt zonder daarbij een fout te begaan, een passende, doch geen integrale, schadevergoeding verschuldigd. Het Hof heeft daarmee een aansprakelijkheidsgrond gecreëerd die afwijkt van de traditionele aansprakelijkheid van art. 1382 B.W. die wel een fout vereist.¹³¹ Het gaat dus eveneens om een rechtsverhouding tussen particulieren.

Het Hof baseerde zijn evenwichtsleer op art. 544 B.W. en art. 16 G.W. *“Overwegende dat artikel 544 van het Burgerlijk Wetboek aan elke eigenaar het recht toekent normaal het genot van zijn zaak te hebben; ... Dat immers, daar hij zodoende het eigendomsrecht van de nabuur krenkt, hij hem moet schadeloos stellen overeenkomstig de traditie en het algemeen beginsel dat vastgelegd is, onder meer in artikel [16] van de Grondwet; ...”* Enerzijds zou men kunnen stellen dat het Hof de indirecte derdenwerking van art. 16 G.W. toepast aangezien hij zich eveneens beroept op een andere, privaatrechtelijke norm, art. 544 B.W. Anderzijds zou men kunnen stellen dat het gaat over directe derdenwerking aangezien het Hof beroep doet op art. 16 G.W. om de traditionele privaatrechtelijke foutaansprakelijkheid naast zich neer te leggen.¹³²

Het Hof doet dus beroep op elementen van zowel directe als indirecte derdenwerking. Mijns inziens kan men dus niet eenduidig stellen dat het arrest directe dan wel indirecte derdenwerking heeft toegepast. Bovendien blijkt uit die arresten dat de twee vormen van derdenwerking elkaar niet uitsluiten.

In het arrest van 27 april 1981¹³³ moest het Hof van Cassatie zich uitspreken over de vrijheid van vereniging, gewaarborgd in art. 27 G.W. In casu had een werkgever voordelen toegekend aan zijn werknemers die bij de Christelijke vakbond C.S.C. of de socialistische vakbond F.G.T.B. waren aangesloten. Zijn werknemers die aangesloten waren bij de liberale vakbond C.G.S.L.B. kregen die niet. Die eerste werknemers kregen namelijk van de werkgever een jaarlijkse premie, die in 1973 overeenstemde met het loon van 83 werkuren, in ruil voor de verbintenis van hun vakbonden om de sociale vrede te handhaven. De liberale vakbond had die overeenkomst niet gesloten waardoor hun leden die premie niet kregen. De vraag was of de werknemers door die financiële incentive niet quasi verplicht waren om te kiezen voor de socialistische of

¹³⁰ Cass. 6 april 1960, *Pas.* 1960, I, 915, concl. P. MAHAUX, *Arr. Verbr.* 1960, 722, *J.T.* 1960, 339, noot A. DE MEULDER, *R.C.J.B.* 1960, 257, noot J. DABIN en *R.G.A.R.* 1960, nr. 6557, noot R.O. DALCQ.

¹³¹ S. STIJNS en H. VUYE, “Rechtsmisbruik en burenhinder: evenwichtsoefeningen op weg naar een evenwichtsleer”, in H. COUSY, E. DIRIX, S. STIJNS, J. STUYCK en D. VAN GERVEN (ed.), *Liber Amicorum Walter van Gerven*, Deurne, Kluwer, 2000, (299) 317-320.

¹³² N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 178.

¹³³ Cassatie 27 april 1981, *Pas.* 1981, I, 964, *Arr. Cass.* 1980-81, 972, *R.W.* 1981-82, 1982 en *J.T.T.* 1981, 357.

Christelijke vakbond, met andere woorden, of de werkgever de vrijheid van vereniging van de werknemer niet onrechtmatig had beperkt.

Het is niet zozeer de uitspraak, maar wel de motivatie van het Hof dat relevant is voor de derdenwerking. Het Hof oordeelde namelijk letterlijk “*Dat behoudens de bij de genoemde wet [van 24 mei 1921 tot waarborging der vrijheid van vereniging] als misdrijf bestrafte aantastingen van die vrijheid andere feiten ongeoorloofde aantastingen van de vrijheid van vereniging kunnen vormen.*” VAN LEUVEN leidt daaruit af dat het Hof de directe derdenwerking van de vrijheid van vereniging heeft aanvaard¹³⁴. Volgens mij is het echter niet duidelijk hoever het Hof wil gaan. Het enige wat het Hof zegt is dat er naast de strafbaarstellingen in voornoemde wet nog ongeoorloofde beperkingen op de vrijheid van vereniging kunnen zijn. Het Hof zegt niet dat die andere beperkingen rechtstreeks uit art. 27 G.W. kunnen volgen, maar het zegt ook niet dat het onmogelijk is. Het enige wat het arrest aanvaardt is derdenwerking op zich, of dat directe of indirecte derdenwerking is ligt aan de interpretatie van de lezer.

In casu sprak het hof zich niet uit of de vrijheid van vereniging al dan niet geschonden werd. Het Hof oordeelde verder “*dat de eerbiediging van de vrijheid van vereniging nochtans vereist dat de toegekende voordelen evenredig zijn met de bewezen diensten en de lasten gedragen door de werknemers, die ze zullen genieten, of door hun organisaties, zodanig dat de toekenning van die voordelen de vrije keuze van andere werknemers niet aantast.*” Het Hof verbrak het bestreden arrest op grond van de overweging dat de rechter die evenredigheidstoets niet had gemaakt.

3.3.4 Conclusie

Ondanks de tegenstand in de rechtsleer¹³⁵ komt zowel directe als indirecte derdenwerking voor in de Belgische rechtspraak, met dien verstande dat een kleine minderheid zich verzet tegen directe derdenwerking. Soms is het onderscheid tussen die twee vormen echter moeilijk te maken¹³⁶. Mijns inziens sluit de ene vorm de andere trouwens niet uit en beide vormen spreken elkaar niet volledig tegen. Als directe derdenwerking aanvaard wordt, is indirecte derdenwerking a fortiori ook mogelijk. Echter, als indirecte derdenwerking aanvaard wordt volgt daaruit niet noodzakelijk dat directe derdenwerking ook mogelijk is. Directe derdenwerking is dus *een stap verder* dan indirecte derdenwerking.

¹³⁴ N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 178.

¹³⁵ zie nr. 38

¹³⁶ N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 192.

3.4 KRITISCHE BESCHOUWING: DIRECTE OF INDIRECTE DERDENWERKING?

Abstractie makend van hetgeen in de rechtspraak al dan niet aanvaard wordt, wordt in de volgende alinea's nagegaan hoe de rechter in een democratische rechtstaat *zou* moeten omgaan met grondrechten in een privaat geschil. Aan de hand van enkele terugkomende kritieken probeer ik een standpunt in te nemen of directe dan wel indirecte derdenwerking aanvaardbaar is in het licht van de rechtszekerheid en de scheiding der machten, beide beginselen van een democratische rechtstaat¹³⁷.

3.4.1 *Grondrechten zijn geformuleerd tegen de overheid*

Een opmerking die regelmatig terugkomt is dat grondrechten ontstaan en geformuleerd zijn als bescherming tegen de overheid en aldus enkel de verticale relatie tussen burgers en overheid regelen¹³⁸. Wat België betreft, zijn vele grondrechten opgenomen in de Grondwet van 1831 een rechtstreekse reactie tegen het bewind van Willem I¹³⁹. Het is dus een argument tegen derdenwerking in het algemeen. Het was namelijk niet de bedoeling van de grondwetgever of de verdragspartijen om de horizontale relatie tussen particulieren te regelen.

Er zijn echter talrijke argumenten om derdenwerking toch te aanvaarden. Ten eerste zijn er een aantal tekstargumenten die de horizontale werking van het E.V.R.M. ondersteunen. Enerzijds, de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (U.V.R.M.)¹⁴⁰, waarop mensenrechtenverdragen gebaseerd zijn, legt in artikel 29 verplichtingen op aan het individu. “*De enkeling heeft verplichtingen tegenover de gemeenschap...*”¹⁴¹ Anderzijds, de derdenwerking vindt ook steun in de tekst van het E.V.R.M. zelf. Artikel 1 begint met de zinsnede “*De Hoge Verdragssluitende Partijen verzekeren eenieder ...*” De Engelse versie begint met “*The High Contracting Parties shall secure to everyone ...*”, de Franse versie begint met “*Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne ...*”¹⁴² Het gebruik van de dwingende woorden *verzekeren, shall secure* en *reconnaissent* wijst op een erga omnes toepassing

¹³⁷ P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, 81 en 99.

¹³⁸ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 2005, 9; A. BLECKMANN, *o.c.*, 222; M.C. BURKENS, *o.c.*; R. ERGEC, *o.c.*, 9; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 11; G.J.M. VAN WISSEN, *o.c.*, 39.

¹³⁹ vb. De Katholieken waren het niet eens met de gelijkstelling van de godsdiensten, noch met zijn inmenging in de opleiding van priesters en de benoeming van bisschoppen. Om die reden is in de Belgische Grondwet onder meer bepaald dat de Staat niet het recht heeft zich te bemoeien met de benoeming of de installatie van de bedienaren van enige eredienst (art. 21 G.W.). zie A. ALEN en K. MUYLLE, *o.c.*, 23-24.

¹⁴⁰ Universele Verklaring van 10 december 1948 van de Rechten van de Mens, *B.S.*, 31 maart 1949.

¹⁴¹ D. SPIELMANN, “Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention”, (133) 156.

¹⁴² D. SPIELMANN, “Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention”, (133) 157.

van het verdrag. Artikel 13 eindigt met “... *zelfs indien deze schending zou zijn begaan door personen in de uitoefening van hun ambtelijke functie.*”, wat suggereert dat ook private actoren schendingen kunnen begaan.¹⁴³ Ten slotte wijst het gebruik van dwingende woorden zoals *eenieder*¹⁴⁴ en *niemand*¹⁴⁵ in het E.V.R.M. en *ieder*¹⁴⁶ in de Grondwet eveneens op een erga omnes toepassing. Elke grondwetsbepaling moet bovendien zo uitgelegd worden dat zij effectief is¹⁴⁷.

Ten tweede, volgens de theorie van de analogie van de macht ligt in iedere horizontale relatie een verticale relatie besloten¹⁴⁸. Als een private actor een sociale macht heeft, bijvoorbeeld een werkgever ten aanzien van zijn werkgever, vertoont die private verhouding gelijkenissen met de verhouding tussen burger en overheid en kunnen grondrechten toegepast worden¹⁴⁹. Die theorie komt tegemoet aan de vaststelling dat naast de overheid ook private actoren een machtspositie kunnen innemen ten aanzien van andere private actoren¹⁵⁰.

Ten derde, de grens tussen private en publieke sfeer is niet altijd even duidelijk. Bijvoorbeeld, in welke mate is een bedrijf dat voor 51% in handen is van de overheid of een onderwijsinstelling die sterk afhankelijk is van subsidies een private actor?¹⁵¹

Ten vierde, grondrechten in de grondwet zijn inderdaad in eerste instantie ontstaan als bescherming tegen de overheid¹⁵². Echter, grondrechten in mensenrechtenverdragen op internationaal¹⁵³ en regionaal¹⁵⁴ niveau zijn in een later stadium ontstaan als reactie op de gruwel van de twee wereldoorlogen. De internationale gemeenschap was geschokt door wantoestanden zoals de genocide tijdens de Holocaust, de statenloosheid van 11 miljoen mensen, het gebruik van nucleaire wapens, het hoge aantal burgerslachtoffers, enzovoorts. Het beschermen van de menselijke waardigheid, niet zozeer de bescherming tegen de willekeurige vorst, kwam centraal te staan.¹⁵⁵ Grondrechten is dus een

¹⁴³ D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, 33-35.

¹⁴⁴ art. 2, 5, 6, 8, 9, 10, 11 en 13 E.V.R.M.

¹⁴⁵ art. 3, 4 en 7 E.V.R.M.

¹⁴⁶ art. 22, 23, 24 § 3, 28 en 32 G.W.

¹⁴⁷ T.O. GANTEN, *o.c.*, 227.

¹⁴⁸ K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, 13.

¹⁴⁹ K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, 21-22.

¹⁵⁰ zie nr. 1

¹⁵¹ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, 136.

¹⁵² zie nr. 1

¹⁵³ bvb. de twee VN-verdragen van 19 december 1966, het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (BUPO) en het Internationaal verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten (ECOSOC).

¹⁵⁴ bvb. het Europees Verdrag van 4 november 1950 tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM), de Amerikaanse Conventie van de rechten van de mens van 1969 (het Pact van San José) en het Afrikaans Handvest van de rechten van de mens en de volkeren van 1981.

¹⁵⁵ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, 95-133; R. ERGEC, *o.c.*, 24; G.J.M. VAN WISSEN, *o.c.*, 13-16.

evolutief begrip¹⁵⁶ waarbij de klemtoon is verschoven van de bescherming *tegen de overheid* naar de bescherming *van het individu*¹⁵⁷. Het individu moet dus beschermd worden tegen alle schendingen van grondrechten, ongeacht wie ze begaan heeft¹⁵⁸.

Bovenstaande, volgens mij valabele, argumenten nemen echter niet weg dat het toepassen van grondrechten tussen particulieren niet strookt met de oorspronkelijke bedoeling ervan. Dat blijkt ook uit het gebruik van afwijkende termen zoals “derdenwerking” en “horizontale werking”. Echter, ten gevolge van een functionele en evolutieve interpretatie wordt terecht toch aanvaard dat derdenwerking mogelijk is. Op die manier kan de rechter tegemoet komen aan maatschappelijke evoluties zoals het groeien van de machtspositie van bepaalde private actoren¹⁵⁹.

Het feit dat het een oneigenlijke toepassing is die ontwikkeld is door de rechtspraak¹⁶⁰, heeft voor gevolg dat voor elk grondrecht apart moet nagegaan worden of het derdenwerking kan hebben¹⁶¹. Namelijk niet alle grondrechten lenen zich inhoudelijk tot toepassing tussen particulieren en hebben enkel zin in de relatie tussen overheid en burger¹⁶². Zo is bijvoorbeeld het legaliteitsbeginsel in strafzaken (art. 14 G.W. en art. 7 E.V.R.M.) en het verbod op retroactieve werking van de strafwet (art. 7 E.V.R.M.) irrelevant voor de horizontale relatie tussen burgers.¹⁶³ De meeste waarborgen uit het E.V.R.M. zijn echter wel toepasbaar op private relaties¹⁶⁴.

3.4.2 Directe derdenwerking ondermijnt het privaatrecht

De indirecte derdenwerking gaat uit van de kritiek op de directe derdenwerking, meer bepaald, directe derdenwerking zou het hele privaatrecht ondermijnen wat bijzonder nefast is voor de rechtszekerheid van het individu¹⁶⁵. Namelijk, bepaalde privaatrechtelijke principes, zoals de contractsvrijheid¹⁶⁶ en de testeervrijheid, staan in conflict met grondrechten¹⁶⁷.

¹⁵⁶ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 9; G.J.M. VAN WISSEN, *o.c.*, 5.

¹⁵⁷ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, *o.c.*, 95-133.

¹⁵⁸ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, *o.c.*, 134.

¹⁵⁹ zie nr. 1

¹⁶⁰ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 12.

¹⁶¹ E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten”, in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 40; D. SPIELMANN, *L’effet potentiel de la Convention européenne des droits de l’homme entre personnes privées*, (35) 32-44.

¹⁶² A. BLECKMANN, *o.c.*, 220.

¹⁶³ voor andere grondrechten die niet toepasbaar zijn tussen particulieren zie D. SPIELMANN, *L’effet potentiel de la Convention européenne des droits de l’homme entre personnes privées*, 37-38

¹⁶⁴ D. SPIELMANN, “Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention”, (133) 160-162.

¹⁶⁵ N. VAN LEUVEN, *l.c.*, 167 (174).

¹⁶⁶ vb. De contractsvrijheid zou volledig ondermijnd worden door een strikte toepassing van het verbod van discriminatie vervat in art. 14 E.V.R.M. Zo zou bij het kiezen van sperma bij een spermabank geen keuze gemaakt mogen worden op basis van ras. (A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, 135.)

Bijvoorbeeld, een doorgedreven derdenwerking van het gelijkheidsbeginsel zou onverenigbaar zijn met de individuele vrijheid en wilsautonomie. De wetgever laat namelijk een vrijheidsmarge waarin de burger vrij kan kiezen met wie te contracteren. Daarin ligt een recht op willekeur besloten waar plaats is voor persoonlijke voorkeur, sympathie en antipathie.¹⁶⁸ In het privaatrecht is ieder rechtssubject in staat om zijn rechtspositie zelf vorm te geven¹⁶⁹. Aangezien bij directe derdenwerking enkel beroep wordt gedaan op grondrechten, bestaat het risico dat tegenstrijdige privaatrechtelijke principes worden miskend. Indirecte derdenwerking zoekt daarentegen haar steun in het privaatrecht en respecteert zodoende de concepten ervan.

De vrees dat de directe derdenwerking het volledige privaatrecht zou ondergraven is niet gegrond. VAN LEUVEN stelt mijns inziens terecht dat zelfs indien een grondrecht van toepassing is op een concreet privaaf geschil, dat niet steeds impliceert dat de contractuele bedingen of de wetsbepalingen moeten wijken. Namelijk, ook in de private verhoudingen moet de proportionaliteitstoets gedaan worden door een belangenafweging in een democratische samenleving. Bijvoorbeeld, een aantal auteurs¹⁷⁰ toont gelijkenissen aan tussen de belangenafweging bij rechtsmisbruik en de belangenafweging bij het onderzoek naar een eventuele schending van het E.V.R.M.¹⁷¹

De kritiek dat directe derdenwerking het privaatrecht zou ondermijnen is dus onterecht en kan aldus niet gebruikt worden als argument tegen de aanvaarding van directe derdenwerking. Een eventuele aantasting van de rechtszekerheid kan dan ook niet het gevolg zijn van een probleem dat er niet is. Echter, in het licht van de rechtszekerheid zou er alsnog een argument gevonden kunnen worden om directe derdenwerking toch niet te aanvaarden. In de volgende alinea's wordt daar verder op ingegaan.

3.4.3 De beoordelingsvrijheid van de rechter

De rechtszekerheid van het individu zou volgens mij ook op een andere manier aangetast kunnen worden dan door een vermeende ondermijning van het privaatrecht. Door de derdenwerking krijgt de rechter immers een ruime beoordelingsvrijheid toebedeeld. Namelijk, bij derdenwerking beroept hij zich per definitie op grondrechten, en die zijn ruim geformuleerd. Door die ruime formulering of open textuur heeft de rechter een ruime marge waarin hij zijn

¹⁶⁷ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 44; M.C. BURKENS, *o.c.*, 181-182.

¹⁶⁸ E. DIRIX, *l.c.*, (35) 43.

¹⁶⁹ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 2005, 44.

¹⁷⁰ W. VAN GERVEN, "Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux", *J.T.* 1992, 305-309;

A. en D. SPIELMANN, "L'abus de droit et les concepts équivalents: principe et applications actuelles", in *Actes du dix-neuvième Colloque de droit européen*, Luxemburg, 1989 en J.-F. FLAUSS, "L'abus de droit dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme", *R.F.D.A.* 1992, 1026-1031 geciteerd in N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 176.

¹⁷¹ N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 176.

oordeel kan vellen waardoor de voorspelbaarheid van zijn uitspraak kan aangetast worden. De rechtszekerheid neemt dus af naarmate de beoordelingsvrijheid van de rechter stijgt.¹⁷²

De beoordelingsvrijheid van de rechter hangt af van de manier waarop de rechter beroep doet op grondrechten. Bij directe derdenwerking heeft de rechter een zeer ruime beoordelingsvrijheid. Namelijk, aangezien de rechter per definitie enkel beroep doet op een grondrecht, is de enige beperking op de beoordelingsvrijheid dat, ruim geformuleerde, grondrecht. Bij indirecte derdenwerking is die beoordelingsvrijheid minder ruim. Ze is immers beperkt doordat de rechter bij de invulling van het ruime grondrecht steun moet zoeken in regels uit het privaatrecht.

De vraag is nu of en in welke mate de rechter een beoordelingsvrijheid mag hebben in een democratische rechtsstaat. Immers, in het licht van de scheiding der machten heeft de rechter een welbepaalde taak in de democratische rechtsstaat. MONTESQUIEU, de spirituele vader van de scheiding der machten, beschouwt de rechter slechts als “La bouche qui prononce les paroles de la loi”¹⁷³. Volgens die visie moet de rechter als er een precieze tekst is, die volgen, zoniet moet hij oordelen volgens de geest van de wet¹⁷⁴. Thans is die onschendbaarheid van de wet niet meer absoluut en kan de rechter de wet toetsen aan internationaal recht en de Grondwet¹⁷⁵. De rechter oefent dus een controle uit op de wetgever, er is dan ook geen sprake meer van een strikte scheiding der machten maar van een samenwerking of interdependentie der machten¹⁷⁶. In dat opzicht is een zekere beoordelingsvrijheid van de rechter aanvaardbaar of zelfs aangewezen om leemtes of lacunes in de wetgeving op te vullen.

Echter, de grote lijnen van de taakverdeling tussen rechter en wetgever moeten wel intact blijven. De wetgever vaardigt in beginsel de regels uit waarnaar een individu zijn gedrag kan afstemmen. Met andere woorden, hij regelt de rechtssituatie a priori. De rechter daarentegen beslecht concrete geschillen waarbij hij beroep doet op allerlei uitgevaardigde normen, hij regelt de rechtssituatie a posteriori. De beoordelingsvrijheid van de rechter is een aspect van de interdependentie tussen die twee taken. Immers, wanneer de rechter leemtes of lacunes van de wetgeving opvult neemt hij eigenlijk de taak van de wetgever over.¹⁷⁷ De vrijheid van de rechter mag echter niet zo ver gaan dat ze wetgeving zomaar naast zich neerlegt en moet het beginsel van rechtszekerheid voor ogen houden.¹⁷⁸

Het belangrijkste is dus dat een rechterlijke uitspraak voorspelbaar is en voldoende gelegitimeerd is in wetgeving of andere normen. De meeste auteurs

¹⁷² P. POPELIER, *Rechtszekerheid als beginsel voor behoorlijke regelgeving*, 273-279.

¹⁷³ A. ALEN, *Scheiding of samenwerking der machten ?*, in *Academiae analecta - Mededelingen van de Koninklijke academie voor wetenschappen, letteren en schone kunsten van België*, 1990, nr. 52, 7.

¹⁷⁴ W. VANGERVEN, *o.c.*, 4.

¹⁷⁵ zie nr. 13

¹⁷⁶ A. ALEN, *l.c.*, 70-73.

¹⁷⁷ W. VANGERVEN, *o.c.*, 21-24.

¹⁷⁸ E. CLAES, *l.c.*, (379) 388.

zien hier een argument om directe derdenwerking niet te aanvaarden. De rechter heeft immers een te grote beoordelingsvrijheid door zijn uitspraak enkel te steunen op een ruim geformuleerd grondrecht. Het risico is namelijk zeer groot dat de rechter onbewezen waardevoorstellungen of ervaringsgegevens als norm in zijn beslissing gaat hanteren, met als argument dat andere rechters dat hebben voorgedaan. Op die manier wordt een schijn gewekt van een jurisprudentiële regel.¹⁷⁹

Echter, volgens mij mag directe derdenwerking niet a priori uitgesloten worden. De legitimatie en de rechtszekerheid moeten aanwezig zijn in elke rechterlijke uitspraak waarbij derdenwerking wordt toegepast, ongeacht het gaat om de directe of indirecte. Zo is het mogelijk dat een rechterlijke uitspraak die enkel steunt op een grondrecht, dus directe derdenwerking, toch voldoende gelegitimeerd en voorspelbaar is. Immers, sommige grondrechten zijn voor bepaalde concrete geschillen duidelijk genoeg geformuleerd zodat geen verdere legitimatie vereist is. Bijvoorbeeld, het briefgeheim (art. 29 G.W.) zou zonder meer in een private verhouding kunnen ingeroepen worden door een persoon waarvan de buurman zijn post opent. Zo is ook het recht op leven (art. 2 E.V.R.M.) en het verbod van foltering (art. 3 E.V.R.M.) zo geformuleerd dat het zonder meer geschonden kan worden door een particulier¹⁸⁰. Weliswaar, in vele gevallen is de toepassing van het grondrecht niet evident, derdenwerking is immers een instrument om de draagwijdte van het grondrecht ruim te interpreteren. In dat geval lijkt directe derdenwerking niet aanvaardbaar en zal de rechter beroep moeten doen op een bijkomende rechtsgrond en dus indirecte derdenwerking moeten toepassen. Echter, ook de vonnissen en arresten gesteund op indirecte derdenwerking moeten voldoen aan de voorwaarden van legitimatie en rechtszekerheid.

3.4.4 Conclusie

De rechter mag beroep doen op grondrechten in private geschillen. De manier waarop hij dat mag of moet doen is niet afhankelijk van het onderscheid tussen directe en indirecte derdenwerking, wat trouwens niet altijd duidelijk is¹⁸¹. Het belangrijkste is dat de uitspraak van de rechter voldoende gelegitimeerd en voorspelbaar is, of dat aan de hand van directe dan wel indirecte derdenwerking gebeurt is irrelevant. In de meeste gevallen zal het grondrecht alleen weliswaar niet voldoende zijn en zal directe derdenwerking aldus niet aanvaardbaar zijn. Men mag echter niet het doel, legitimatie en rechtszekerheid, verwarren met het middel, directe of indirecte derdenwerking. Men kan dus wel stellen dat indirecte derdenwerking meestal het aangewezen middel is om een grondrecht toe te passen in een geschil tussen particulieren.

¹⁷⁹ K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, (1) 20.

¹⁸⁰ D. SPIELMANN, "Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention", (133) 152.

¹⁸¹ nrs. 44 e.v.

Deze stellingname verklaart het feit dat in de rechtspraak geen eenduidige lijn te trekken is in de aanvaarding van directe dan wel indirecte derdenwerking¹⁸².

HOOFDSTUK 4 INDIRECTE DERDENWERKING VOOR E.H.R.M.

4.1 TECHNIEK: DE VERDRAGSSTAAT IS VERANTWOORDELIJK

Voor het Europees Hof voor de Rechten van de mens te Straatsburg (E.H.R.M.) lijkt de werking van grondrechten gewaarborgd in het E.V.R.M. tussen particulieren in beginsel uitgesloten. Namelijk, een particulier kan weliswaar een klacht indienen bij het Hof, maar enkel verdragsstaten kunnen verwerende partij zijn. Particulieren kunnen dus niet gedaagd worden voor het Hof. (art. 34 juncto 59 E.V.R.M.) Toch bestaan er enkele hypothesen waarin het E.H.R.M. zich toch kan uitspreken over een schending van het E.V.R.M. begaan door een particulier.¹⁸³

Ten eerste kan het Hof een klacht onontvankelijk verklaren op grond dat de verzoeker zelf het E.V.R.M. niet eerbiedigt. Het Hof baseert zich daarbij op art. 17 E.V.R.M dat het verbod op rechtsmisbruik inhoudt. In die hypothese wordt het E.V.R.M. rechtstreeks ingeroepen tegen de verzoeker, wat een particulier kan zijn.^{184 185} Dit heeft echter te maken met de ontvankelijkheid¹⁸⁶, niet met de werking van grondrechten tussen particulieren. Daarom wordt er in dit werk niet verder op ingegaan.

Ten tweede kan een bepaald orgaan dat naar nationaal recht beschouwd wordt als private actor, door het Hof beschouwd worden als orgaan van de staat. Op die manier wordt een klacht tegen dat orgaan wel ontvankelijk.¹⁸⁷ Dit heeft echter ook te maken met de ontvankelijkheid, niet met de werking van grondrechten tussen particulieren. Daarom wordt er in dit werk ook niet verder op ingegaan.

63. Ten derde kan het E.H.R.M. een verdragsstaat veroordelen voor een schending van het E.V.R.M. begaan door een particulier ten aanzien van een andere particulier. Langs die omweg hebben de grondrechten gewaarborgd in het E.V.R.M. werking tussen particulieren. Men spreekt van de *indirecte derdenwerking* voor het E.H.R.M.¹⁸⁸

¹⁸² zie nr. 47

¹⁸³ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 185-186; A. ALEN en K. MUYLLE, *o.c.*, 677; E.A. ALKEMA, *l.c.* (1) 116-117; J. COOPER, *l.c.*, (53) 61; R. ERGEC, *o.c.*, 138-140; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, 17-18.

¹⁸⁴ vb. E.H.R.M. nr. 65831/01, 24 juni 2003 (Garaudy/Frankrijk), <http://www.echr.coe.int>.

¹⁸⁵ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, 91; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 169.

¹⁸⁶ R. ERGEC, *o.c.*, 157.

¹⁸⁷ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, 92; K. RIMANQUE en P. PEETERS, *l.c.*, 13-14.

¹⁸⁸ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 186; A. ALEN en K. MUYLLE, *o.c.*, 676; A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, 91-92; O. DE SCHUTTER en S.

4.2 GRONDSLAG: POSITIEVE VERPLICHTING VAN DE VERDRAGSSTAAT

De grondslag van de indirecte derdenwerking voor het E.H.R.M. ligt in de positieve verplichting die de verdragsstaten hebben naast de negatieve verplichting om het E.V.R.M. zelf niet te schenden. Die positieve verplichting bestaat erin om de nodige maatregelen te nemen die het effectieve genot van de gewaarborgde rechten en vrijheden verzekeren, wat eveneens inhoudt dat staten schendingen begaan door particulieren ten aanzien van anderen particulieren niet mogen tolereren.¹⁸⁹

Die positieve verplichting bestaat uit een ex ante en een ex post bescherming. Enerzijds moet de staat voorkomen dat een private actor het E.V.R.M. schendt. Meer bepaald, de staat moet voorzien in de gepaste wetgeving of preventieve maatregelen nemen opdat private schendingen niet zouden voorkomen.¹⁹⁰ Anderzijds moet de staat, als er dan toch een schending is begaan door een particulier, langs gerechtelijke weg afdoende rechtsherstel bieden. Ook al is de nationale wetgeving conform het E.V.R.M., ze moet ook effectief afgedwongen kunnen worden.¹⁹¹

Het is wanneer een verdragsstaat die positieve verplichting niet is nagekomen dat het Hof die staat veroordeeld voor een schending begaan door een particulier. Die verplichting betreft echter enkel het resultaat, namelijk de effectieve bescherming, niet de manier waarop die bereikt wordt. De staten behouden dus een ruime keuze wat de middelen betreft. Echter, het E.H.R.M. oefent wel controle uit op de finaliteit en de noodwendigheid van de maatregel en de evenredigheid of het juiste evenwicht tussen het algemene belang en de belangen van de particulieren.¹⁹²

4.3 VOORBEELDEN

In de volgende paragrafen worden enkele voorbeelden gegeven uit de rechtspraak van het Hof waarbij het geoordeeld heeft dat een staat de positieve

VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, 6; R. ERGEC, *o.c.*, 209-210; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, 64-67; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 169-170; J. VELU en R. ERGEC, *l.c.*, (138) 177.

¹⁸⁹ P.W.C. AKKERMANS, C.J. BAX en L.F.M. VERHEY, *o.c.*, 186; A. ALEN en K. MUYLLE, *o.c.*, 675; A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, 91-92; O. DE SCHUTTER en S. VAN DROOGHENBROECK, *o.c.*, 6; R. ERGEC, *o.c.*, 209-210; D. SPIELMANN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, 64-67; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 169-170; J. VELU en R. ERGEC, *l.c.*, (138) 177.

¹⁹⁰ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford, , 91-92; J. COOPER, *l.c.*, (53) 60-61; O. DESCHUTTER, "The liability of multinationals for human rights violation in European law", in E. BREMS en P. VANDEN HEEDÉ (ed.), *Bedrijven en mensenrechten – verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid*, Antwerpen, Maklu, 2003, (45) 52; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 169-170.

¹⁹¹ A. CLAPHAM, "The 'Drittwirkung' of the Convention", (163) 166; N. VAN LEUVEN, *l.c.*, (167) 169-170.

¹⁹² A. ALEN en K. MUYLLE, *o.c.*, 677; D. SPIELMANN, "Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention", (133) 141-151.

verplichting niet is nagekomen. Eén voorbeeld wordt uitgebreid besproken, voor de andere voorbeelden worden enkel referenties gegeven. De bedoeling is immers niet om een overzicht te geven van alle concrete invullingen die het Hof heeft gemaakt van die positieve verplichting, wel om de techniek te verduidelijken zodat het een basis kan zijn voor verdere studie of de oplossing van een concreet geschil¹⁹³.

4.3.1 *Arrest Wilson van 2 juli 2002*

In het arrest Wilson van 2 juli 2002¹⁹⁴ wordt een staat, het Verenigd Koninkrijk, veroordeeld ten gevolge van een schending door een private actor van de vrijheid van vereniging gewaarborgd in art. 11 E.V.R.M. Aan de hand van het arrest wordt verduidelijkt hoe de indirecte derdenwerking voor het E.H.R.M. concreet toepassing vindt.

In casu werden enkele Engelse werknemers die afstand deden van hun recht om vertegenwoordigd te worden door een vakvereniging, door hun werkgever aanzienlijk financieel bevoordeeld in vergelijking met werknemers die dat niet deden. Zo kreeg WILSON (eerste verzoeker voor het Hof), een journalist bij de Daily Mail van de Associated Newspaper Limited, van zijn werkgever het aanbod om zijn huidige overeenkomst, gebaseerd op een collectieve onderhandeling door zijn vakbond, de NUJ (tweede verzoeker), te vervangen door een individuele overeenkomst. In die nieuwe overeenkomst moest hij in ruil voor een loonsverhoging van 4,5 % afstand doen van zijn recht om vertegenwoordigd te worden door een vakbond bij collectieve loonsonderhandelingen (collective bargaining). Hij weigerde echter in te gaan op dat aanbod, waardoor zijn loon de volgende jaren weliswaar steeg, maar niet zoveel als voor de werknemers die wel ingingen op het aanbod. PALMER (derde verzoeker) en WYETH (vierde verzoeker) kregen een gelijkaardig aanbod door hun respectievelijke werkgevers. Ook zij weigerden afstand te doen van hun recht om vertegenwoordigd te worden door hun vakbond, NURMTW (vijfde verzoeker), waardoor zij eveneens financieel benadeeld werden ten aanzien van hun collega's die dat wel deden.¹⁹⁵ Bovenstaande feiten hebben duidelijk betrekking op een verhouding tussen twee private actoren, namelijk tussen werknemer en werkgever.

Het Hof oordeelde dat de werkgevers de vrijheid van vereniging onrechtmatig beperkt hadden. Namelijk, door financiële voordelen te bieden in ruil voor afstand van vakbondsvertegenwoordiging, werd de keuzevrijheid om al dan niet aan te sluiten bij een vakbond onrechtmatig beperkt. Het Hof maakte een evenredigheidstoets, namelijk tussen de toegekende voorwaarden en het afstand doen van het recht op vakbondsvertegenwoordiging. Het Hof oordeelde dat de financiële voordelen in casu dermate substantieel waren dat

¹⁹³ zie nr. 2

¹⁹⁴ E.H.R.M. nr. 30668/96, 30671/96, 30678/96, 2 juli 2002 (Wilson e.a./Verenigd Koninkrijk), <http://www.echr.coe.int>, A.M. 2002, 434, *Juristenkrant* 2002, afl. 54, 15.

¹⁹⁵ arrest Wilson § 9-19

een aansluiting bij een vakbond er niet tegen opwoog.¹⁹⁶ De werkgever, een private actor, had dus op die manier art. 11 E.V.R.M. geschonden.

De verzoekers hadden hun klacht echter niet tegen de werkgevers maar tegen het Verenigd Koninkrijk gericht. Immers, enkel Verdragsstaten, dus geen private actoren, kunnen worden gedaagd voor het Hof.

Het Hof heeft het Verenigd Koninkrijk veroordeeld op grond van de niet nakoming van haar positieve verplichting om te zorgen voor een effectieve bescherming van de gewaarborgde rechten en vrijheden, wat ook een bescherming tegen private schendingen inhoudt. Immers, de nationale rechtbank (House of Lords) oordeelde dat het interne recht van het Verenigd Koninkrijk toeliet dat werkgevers hun werknemers financiële incentives gaven in ruil voor de opgave van *collective bargaining*, zelfs al had dat tot gevolg dat de macht van vakbonden aanzienlijk verminderde.¹⁹⁷ Met andere woorden, het Verenigd Koninkrijk tolereerde dat werkgevers art. 11 E.V.R.M. konden schenden.

4.3.2 Andere voorbeelden

Het Hof heeft in verschillende arresten gewezen op verscheidene positieve verplichtingen in uiteenlopende domeinen. Het Hof heeft positieve verplichtingen in hoofde van de Verdragsstaat afgeleid uit het recht op onderwijs (art. 2 eerste protocol E.V.R.M.) om een effectieve toegang te voorzien in de bestaande onderwijsinstellingen¹⁹⁸, uit het recht op eerbiediging van gezinsleven (art. 8 E.V.R.M.) om de erfrechten van een buitenhuwelijks kind te waarborgen¹⁹⁹ en om de effectieve afdwinging van het recht te voorzien²⁰⁰, uit de vrijheid van vereniging (art. 11 E.V.R.M.) in het kader van een *closed-shop agreement*²⁰¹, uit het verbod van foltering (art. 3 E.V.R.M.) om kinderen te beschermen tegen mishandeling of seksueel misbruik door hun ouders, enzovoorts²⁰².

4.4 KRITISCHE BESCHOUWING: WAAROM GEEN KLACHTEN TEGEN PARTICULIEREN?

Het probleem bij de indirecte derdenwerking voor het E.H.R.M. ligt in het resultaat van een eventuele veroordeling. Namelijk, niet de particulier die de schending heeft begaan, maar de verdragsstaat wordt veroordeeld. Dat houdt in dat de particulier die geschonden is in zijn grondrecht geen herstel in natura,

¹⁹⁶ arrest Wilson § 46

¹⁹⁷ arrest Wilson § 47-48

¹⁹⁸ E.H.R.M. 23 juli 1968 (Belgische Taalzaak), *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 31, 18-20.

¹⁹⁹ E.H.R.M. 13 juni 1979 (Marckx/België), *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 31.

²⁰⁰ E.H.R.M. 9 oktober 1979 (Airey), *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 32.

²⁰¹ E.H.R.M. 13 augustus 1981 (Young, James en Webster/Verenigd Koninkrijk), *Publ. Cour eur. D.H.*, Serie A, nr. 55.

²⁰² voor een bespreking van die voorbeelden en andere voorbeelden zie A. ALEN en K. MUYLLE, *o.c.*, 677-680; D. SPIELMANN, "Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention", (133) 137-141

maar enkel schadevergoeding van de veroordeelde staat kan bekomen. Namelijk, enerzijds kan het Hof de schendende particulier niet verplichten tot herstel in natura aangezien hij geen partij is voor het Hof. Anderzijds kan de veroordeelde staat die particulier eveneens niet verplichten tot herstel in natura, aangezien de nationale rechter hem in eerste instantie heeft gelijk gegeven. Het achteraf opleggen van een herstel in natura of schadevergoeding zou in strijd zijn met het gezag van gewijsde. Er rest de gedupeerde particulier dus slechts schadevergoeding van de overheid, waarbij hij bovendien geleden schade moet bewijzen.

De oplossing zou erin kunnen bestaan om ook klachten tegen particulieren toe te laten voor het E.H.R.M.²⁰³ Bovendien, zou volgens CLAPHAM het Hof op die manier ten behoeve van de nationale rechters een eenduidige interpretatie kunnen geven voor de rechtstreekse toepassing van het E.V.R.M. tussen particulieren. Immers, die nationale rechters passen het E.V.R.M. reeds rechtstreeks toe in private geschillen, meer nog, zij zijn daartoe gehouden op grond van hun positieve verplichting van de verdragsstaat om te zorgen voor een effectieve bescherming van de gewaarborgde rechten en vrijheden.²⁰⁴ Het raadgevende orgaan van de Raad van Europa heeft in zijn aanbeveling over massamedia en mensenrechten in de context van het privéleven²⁰⁵ al voorgesteld om een bijkomend protocol aan te nemen dat klachten tegen particulieren zou toelaten. Zover is het echter totnogtoe niet gekomen.²⁰⁶

Een belangrijke kritiek op het toelaten van klachten tegen particulieren is de bijkomende last voor het Hof. Immers, het Hof is nu reeds het slachtoffer van zijn eigen succes. In 2002 bedroeg de achterstand maar liefst 23 000 zaken, met een wachtermijn van vijf jaar of meer voor de beslissing ten gronde²⁰⁷. Indien daarbovenop nog klachten tegen particulieren behandeld zouden worden zou die achterstand alleen nog maar toenemen en dat zou de rechtsbedeling zeker niet ten goede komen.

Die kritiek moet echter genuanceerd worden. Enerzijds zou het probleem van de te hoge werkdruk van het Hof vooral moeten aangepakt worden door de uitstroom te verhogen, niet zozeer door de toegang te beperken. Die laatste oplossing zou wel mogelijk zijn indien ze geen nieuwe ongerechtvaardigde of disproportionele discriminatie in het leven roepen.²⁰⁸ Daarop wordt in dit werk niet verder op ingegaan²⁰⁹.

Anderzijds behandelt het Hof nu reeds de facto klachten tegen particulieren via de indirecte derdenwerking. De extra werkdruk die het Hof zou hebben door

²⁰³ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, 92; D. SPIELMANN, L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées, 88.

²⁰⁴ A. CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, 92-93.

²⁰⁵ Aanbeveling nr 582 van 23 januari 1970

²⁰⁶ D. SPIELMANN, L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées, 88.

²⁰⁷ voor een uitgebreide studie over de achterstand van het Hof zie W. VERRIJDT, "De gevolgen van het Elfde Protocol bij het E.V.R.M. – Dilemma tussen de kwaliteit en de kwantiteit van de (grond)rechtsbedeling", *Jura Falc.* 2002-03, (571) 592-593.

²⁰⁸ W. VERRIJDT, *l.c.*, (571) 623.

²⁰⁹ voor een verdere bespreking zie W. VERRIJDT, *l.c.*, 571-593.

klachten tegen particulieren toe te laten, bestaat dus in theorie enkel uit de private geschillen waarbij het grondrecht is geschonden door een private actor en waarbij de Verdragsstaat zijn positieve verplichting *wel* is nagekomen. Maar in de hypothese dat de Verdragsstaat zijn positieve verplichting is nagekomen, lijkt een beroep op het Hof in beginsel overbodig. Namelijk, in dat geval zou de benadeelde particulier reeds rechtsherstel hebben verkregen voor de interne rechter. De positieve verplichting houdt immers eveneens in dat de Verdragsstaat langs gerechtelijke weg afdoende rechtsherstel biedt. Met andere woorden, in abstracto zou het Hof niet meer zaken behandelen dan nu het geval is. Echter, in de praktijk zou de werklast van het Hof volgens mij wel toenemen. Particulieren zouden immers de ontvankelijkheid van klachten tegen particulieren kunnen gebruiken of zelfs misbruiken om een extra aanleg te kunnen genieten. Om een correct idee te hebben van de impact op de werklast zou bijkomend onderzoek gevoerd moeten worden, wat echter buiten het bestek van dit werk ligt.

Een andere kritiek op de toelaatbaarheid van klachten tegen particulieren is dat de Verdragspartijen volgens mij op die manier hun verantwoordelijkheid zouden kunnen ontlopen. Immers, volgens de huidige techniek van de indirecte derdenwerking draait de Verdragsstaat volledig zelf op voor een schending van een particulier die ze gedoogd heeft. Op die manier heeft de staat een incentive om zelf actief schendingen van particulieren te voorkomen of te vervolgen conform de positieve verplichting die ze heeft. Die houding past trouwens volledig in de taakverdeling tussen de interne rechter en het Hof waarbij de interne rechter de eerste internationale rechter is. Door de mogelijkheid tot veroordeling van particulieren zou de verdragsstaat die verantwoordelijkheid kunnen doorschuiven op de particulier die de schending heeft begaan. Op die manier zou de Verdragsstaat een meer afwachtende houding kunnen aannemen waardoor schendingen van het E.V.R.M. door particulieren frequenter zouden kunnen worden.

Uit de voorgaande argumenten zou men volgens mij dan ook kunnen besluiten dat het toelaten van klachten tegen particulieren geen meerwaarde zou bieden. In het huidige systeem van indirecte derdenwerking ligt de voornaamste verantwoordelijkheid bij de Verdragsstaten. Zij hebben immers als taak te verhinderen dat particulieren het E.V.R.M. zouden schenden, terwijl het Hof slechts een controle uitoefent op die taak. Die taakverdeling lijkt mij optimaal in het licht van het principe dat de interne rechter de eerste internationale rechter is.

CONCLUSIE

Grondrechten hebben dus wel degelijk werking tussen particulieren en dat zowel op het niveau van de regelgeving (doorwerking in lagere normen) als op het niveau van de rechtspraak (derdenwerking). Daar waar de meeste auteurs die de werking van grondrechten tussen particulieren bespreken, zich beperken tot de derdenwerking, werd in dit werk eveneens de doorwerking in lagere

normen besproken. Op die manier werd duidelijk dat zowel de wetgever als de rechter een belangrijke taak te vervullen hebben in de horizontale werking van grondrechten. De invulling van die taakverdeling kan dan ook beschouwd worden als een illustratie hoe de scheiding of interdependentie der machten ingevuld wordt in de democratische rechtsstaat zoals wij die nu kennen.

Wat de taakverdeling tussen wetgever en rechter betreft, bleek de aanvaarding van directe dan wel indirecte derdenwerking een belangrijke rol te spelen. De meeste auteurs pleiten voor een indirecte derdenwerking omdat de rechter op die manier minder beoordelingsvrijheid heeft dan bij directe derdenwerking. Echter, volgens mij is dat onderscheid, dat trouwens niet altijd even duidelijk is, van ondergeschikt belang. Het voornaamste is dat de rechterlijke uitspraak voldoende gelegitimeerd en voorspelbaar is. Of dat aan de hand van directe dan wel indirecte derdenwerking gebeurt is enkel van doctrinaal belang. Men kan echter wel stellen dat indirecte derdenwerking meestal het aangewezen middel is om het doel, een gelegitimeerd en voorspelbaar vonnis of arrest, te bereiken.

Ten slotte werden in dit werk enkel de beginselen van het leerstuk over de werking van grondrechten tussen particulieren besproken. Immers, aangezien het leerstuk sterk gevormd is door rechtspraak is het onmogelijk om elke nuance in kaart te brengen. Echter, indien de lezer de theoretische beginselen meeheeft en beseft dat grondrechten een belangrijke rol kunnen spelen in de relatie tussen particulieren ben ik geslaagd in mijn opzet.