



**UHASSELT**

**KU LEUVEN**



**Maastricht University**

KNOWLEDGE IN ACTION

## Faculteit Rechten

master in de rechten

### *Masterthesis*

#### *Afstand van grondrechten*

#### **Frederik Niesten**

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting overheid en recht

#### **PROMOTOR :**

Prof. dr. Jan THEUNIS

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



**UHASSELT**

KNOWLEDGE IN ACTION

[www.uhasselt.be](http://www.uhasselt.be)  
Universiteit Hasselt  
Campus Hasselt:  
Martelarenlaan 42 | 3500 Hasselt  
Campus Diepenbeek:  
Agoralaan Gebouw D | 3590 Diepenbeek

**2017**  
**2018**



**UHASSELT**

KNOWLEDGE IN ACTION

**KU LEUVEN**



**Maastricht University**

# **Faculteit Rechten**

master in de rechten

***Masterthesis***

***Afstand van grondrechten***

**Frederik Niesten**

Scriptie ingediend tot het behalen van de graad van master in de rechten, afstudeerrichting overheid en recht

**PROMOTOR :**

Prof. dr. Jan THEUNIS



## **SAMENVATTING**

Iedere burger is titularis van een geheel van grondrechten. Sommige van deze grondrechten bevatten bepalingen waardoor een beperking aan deze grondrechten kan worden aangebracht (zonder dat deze een schending uitmaken). Deze masterscriptie onderzoekt een andere beperkingsmogelijkheid, met name afstand van een grondrecht door het rechtssubject zelf.

In deze masterthesis wordt een analyse gedaan van de bijzondere rechtsfiguur "afstand van grondrechten" *de jure*, desgevallend de geldigheidsvoorwaarden, geoorloofdheid en grenzen. Dit onderzoek vertrekt vanuit een belangrijke vaststelling. Grondrechten werden oorspronkelijk geacht enkel een publiekrechtelijke dimensie toe te komen. Gaandeweg mag worden aangenomen dat aan de grondrechten niet langer een louter publiekrechtelijke dimensie toekomt maar dat deze ook ten volle kunnen werken in een verhouding tussen privaatrechtelijke subjecten.

Het onderzoek is opgedeeld in vijf grote delen.

Een eerste deel besteedt aandacht aan het algemeen juridisch kader waarbinnen het rechtssubject afstand kan doen van grondrechten. Er wordt ook kort ingegaan op de historische en filosofische context.

Het tweede deel besteedt aandacht aan de principiële mogelijkheid tot afstand van grondrechten door rechtssubjecten.

Een derde deel besteedt aandacht aan de grondrechtbeperkende rechtsfiguur en haar geldigheidsvoorwaarden.

Een vierde deel besteedt aandacht aan de grensbepaling bij het grondrechtbeperkend handelen door het rechtssubject.

Een vijfde deel besteedt kort aandacht aan de grondrechtbeperkende rechtsfiguur in het licht van een eventuele europeanisering van het privaatrecht.

Zowel aan de privaatrechtelijke, alsook aan de publiekrechtelijke principes en rechtsfiguren worden als uitgangspunt genomen in deze masterproef.

Vanuit een analoge toepassing van de publiekrechtelijke, alsook de privaatrechtelijke juridische figuren en denkpatronen wordt gezocht naar een pragmatisch en systematisch model om de geoorloofdheid – en dus toelaatbaarheid - van de grondrechtbeperkingen in een horizontale sfeer te beoordelen met het oog op de bevordering van de rechtszekerheid.



**INHOUDSOPGAVE**

<b>SAMENVATTING</b> .....	<b>1</b>
<b>INHOUDSOPGAVE</b> .....	<b>3</b>
<b>DANKWOORD</b> .....	<b>7</b>
<b>LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN</b> .....	<b>9</b>
<b>INLEIDING</b> .....	<b>1</b>
HOOFDSTUK 1. SITUERING VAN HET ONDERZOEK.....	1
HOOFDSTUK 2. OPBOUW EN STRUCTUUR .....	2
HOOFDSTUK 3. ONDERZOEKSVRAGEN.....	2
<i>AFDELING 1. Centrale onderzoeksvraag</i> .....	2
<i>AFDELING 2. Deelonderzoeksvragen</i> .....	2
<i>AFDELING 3. Subonderzoeksvragen</i> .....	2
HOOFDSTUK 4. AFBAKENING EN DEFINIËRING VAN DE SLEUTELCONCEPTEN UIT DE CENTRALE ONDERZOEKSVRAAG.4	4
<i>AFDELING 1. Het begrip ‘grondrechten’</i> .....	4
<i>AFDELING 2. Het begrip ‘zelfstandig afstand doen van’ grondrechten</i> .....	5
<i>AFDELING 3. Het begrip ‘rechtssubjecten’</i> .....	6
<i>AFDELING 4. Het begrip ‘wenselijk’</i> .....	6
HOOFDSTUK 5. ONDERZOEKSMETHODOLOGIE.....	7
<i>AFDELING 1. Bronnenonderzoek</i> .....	7
<i>AFDELING 2. Beschrijvend en definiërend onderzoek</i> .....	7
<i>AFDELING 3. Evaluerend onderzoek</i> .....	7
<i>AFDELING 4. Rechtsvergelijkend onderzoek</i> .....	7
<b>DEEL I. ALGEMENE BESCHOUWINGEN: DE GEGEVEN JURIDISCHE CONTEXT BIJ HET ONDERZOEK NAAR DE MOGELIJKHEDEN TOT GRONDRECHTBEPERKING DOOR RECHTSSUBJECTEN</b> .....	<b>8</b>
HOOFDSTUK 1. DE HISTORISCHE EN FILOSOFISCHE CONTEXT .....	8
<i>AFDELING 1. Inleiding</i> .....	8
<i>AFDELING 2. Filosofische context: de sociaalcontract-theorie</i> .....	8
<i>AFDELING 3. Historische context: de grondrechtontwikkeling in vogelvlucht</i> .....	9
§ 1. De eerste ontwikkelingen .....	9
§ 2. Latere grondrechtontwikkelingen .....	10
A. Op internationaal niveau .....	10
B. Op Europees niveau.....	10
C. Op nationaal niveau .....	12
CONCLUSIE OP HET OOG MET WAT VOLGT .....	12
HOOFDSTUK 2. DE ACTUELE RECHTSPOSITIE VAN HET RECHTSSUBJECT IN EEN GRONDRECHT-JURIDISCHE CONTEXT .....	14
<i>AFDELING 1. Inleiding</i> .....	14
<i>AFDELING 2. Doorwerking: directe werking van grondrechten</i> .....	14
<i>AFDELING 3. Doorwerking: horizontale werking van grondrechten</i> .....	15
§ 1. Horizontale werking volgens traditionele opvatting .....	15
§ 2. Afbakening in het licht van grondrechtbeperkingen door het rechtssubject gesteld .....	16
§ 3. Onderscheid tussen directe of indirecte horizontale werking .....	17
§ 4. Horizontale werking: stand van zaken.....	17
A. Horizontale werking Europees Hof voor de Rechten van de Mens .....	18
B. Horizontale werking Hof van Cassatie .....	18
C. Horizontale werking en de lagere rechtsprekende organen .....	19
§ 5. Relevantie van de horizontale werking voor deze masterproef.....	19
<i>AFDELING 4. Het onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen</i> .....	20
§ 1. Algemeen.....	20
§ 2. Relevantie van de positieve verplichtingenleer voor deze masterproef .....	21
CONCLUSIE OP HET OOG MET WAT VOLGT .....	21

<b>CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN DEEL I .....</b>	<b>21</b>
<b>DEEL II. AFSTAND VAN GRONDRECHTEN: PRINCIPIEEL MOGELIJK .....</b>	<b>23</b>
HOOFDSTUK 1. PRINCIPIËLE RECHTSGRONDSLAGEN UIT DE GRONDRECHTSCATALOGI; RECHTSpraak EN RECHTSLEER .....	23
<i>AFDELING 1. Inleiding .....</i>	23
<i>AFDELING 2. Geen uitdrukkelijke rechtsgrond in de grondrechtscatalogi.....</i>	23
<i>AFDELING 3. Jurisprudentiële gronden .....</i>	23
§ 1. EHRM: impliciete erkenning: Het arrest Neumeister v. Austria .....	23
<i>AFDELING 4. Doctrinaire aanknopingspunten .....</i>	24
§ 1. Algemeen.....	24
§ 2. Wilsautonomie en contractvrijheid .....	24
§ 3. Het zelfbeschikkingsrecht .....	25
§ 4. Grondrecht als subjectief recht .....	25
<b>CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN BIJ DEEL II. ....</b>	<b>27</b>
<b>DEEL III. DE GRONDRECHTBEPERKENDE RECHTSFIGUUR EN HAAR GELDIGHEIDSVORWAARDEN 29</b>	<b>29</b>
HOOFDSTUK 1. GRONDRECHTBEPERKING IMPLICEERT EEN RECHTSHANDELING .....	29
<i>AFDELING 1. Inleiding .....</i>	29
<i>AFDELING 2. Een eenzijdige of meezijdige rechtshandeling .....</i>	29
CONCLUSIE OP HET OOG MET WAT VOLGT .....	29
HOOFDSTUK 2. DE GELDIGHEIDSVORWAARDEN VAN DE GRONDRECHTBEPERKENDE RECHTSHANDELING .....	31
<i>AFDELING 1. Inleiding .....</i>	31
<i>AFDELING 2. Artikel 1108 BW .....</i>	31
§ 1. Toestemming.....	32
§ 2. Bekwaamheid .....	32
§ 3. Voorwerp.....	33
§ 4. Oorzaak.....	33
<i>AFDELING 3. De gemeenrechtelijke geldigheidsvoorwaarden toegepast op de         grondrechtbeperkende rechtshandeling.....</i>	34
§ 1. Toestemming .....	34
A. Niet dubbelzinnig en vrij van dwang en goed geïnformeerd.....	34
B. De wilsgebrekenleer toegepast op de grondrechtbeperkende rechtshandeling .....	35
C. De mogelijkheid tot herroeping van de toestemming?.....	36
§ 2. Bekwaamheid .....	39
§ 3. Het voorwerp en de oorzaak .....	39
A. Het begrip "openbare orde" .....	39
B. Relativering van klassieke driedeling "openbare orde", "goede zeden" en "dwingend recht" .....	40
C. Grondrechten behoren tot de regels van openbare orde in het licht van artikel 6 BW .....	41
D. De gevolgen voor de grondrechtbeperkende rechtshandeling? .....	41
E. Noodzakelijke tempering van de werking van artikel 6 BW in het licht van de horizontale werking van grondrechten .....	42
F. Tempering van de nietigheid onder invloed van het unierecht .....	43
CONCLUSIE OP HET OOG MET WAT VOLGT .....	44
<b>CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN BIJ DEEL 3 .....</b>	<b>45</b>
<b>DEEL IV. AANBEVELING: EEN SYSTEMATISCH TOETSINGSKADER TER BEOORDELING VAN DE (ON)GEOORLOOFDHEID VAN HET GRONDRECHTBEPERKEND HANDELEN DOOR HET RECHTSSUBJECT .....</b>	<b>46</b>
HOOFDSTUK 1. VERANTWOORDING VAN HET VOORGESTELDE SYSTEMATISCH TOETSINGSKADER .....	46
<i>AFDELING 1. Inleiding .....</i>	46
<i>AFDELING 2. De noodzaak van een systematisch toetsingskader .....</i>	46
<i>AFDELING 3. Doorwerking van het publiekrechtelijk beperkingssysteem om de privaatrechtelijke         rechtshandeling op haar rechtsgeldigheid te toetsen als ratio .....</i>	47
<i>AFDELING 4. Afbakening.....</i>	48
CONCLUSIE OP HET OOG MET WAT VOLGT .....	49

HOOFDSTUK 2. VOORAFGAANDE BESCHOUWING: DE “UITSLUITINGSLEER” .....	51
<i>AFDELING 1. Inleiding</i> .....	51
<i>AFDELING 2. Grondrechten als persoonlijkheidsrechten</i> .....	51
<i>AFDELING 3. Grondrechten als ‘absolute rechten’</i> .....	53
CONCLUSIE OP HET OOG MET WAT VOLGT .....	56
HOOFDSTUK 3. TOEGEPASTE BEPERKINGSSYSTEMATIEK DOOR HET EHRM <i>DE LEGE LATA</i> .....	57
<i>AFDELING 1. Inleiding</i> .....	57
<i>AFDELING 2. De beperkingsclausule uit art 8-11 §2 EVRM</i> .....	58
§ 1. Algemeen .....	58
A. Een beperking of een inmenging .....	58
B. Bij wet voorzien (legaliteitsbeginsel) .....	59
C. Legitieme doelstelling .....	60
D. Noodzakelijk in een democratische samenleving .....	60
<i>AFDELING 2. Door het EHRM ontwikkelde leerstuk van de zogenoemde impliciete beperkingen</i> .....	62
<i>AFDELING 3. De toetsing van het EHRM bij horizontale beperkingen: geen systematiek</i> .....	62
CONCLUSIE OP HET OOG MET WAT VOLGT .....	63
HOOFDSTUK 4. BEPERKINGSTECHNIEK VOOR VERTICALE GRONDRECHTEN <i>DE LEGE FERENDA</i> .....	63
<i>AFDELING 1. Inleiding</i> .....	63
<i>AFDELING 2. De toepassing van het door het EHRM ontwikkelde toetsingskader als aanbeveling</i> .....	63
§ 1. Algemeen .....	63
A. Een grondrechtbeperkende rechtshandeling impliceert een beperking van grondrechten .....	63
B. Een doorwerking van de voorwaarde ‘bij wet voorzien?’ .....	64
C. Een doorwerking van de vereiste van een legitieme doelstelling? .....	69
D. Een doorwerking van de voorwaarde ‘noodzakelijk in een democratische samenleving?’ .....	72
<i>Conclusie op het oog met wat volgt</i> .....	77
<b>CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN BIJ DEEL 4</b> .....	<b>79</b>
<b>DEEL V. EEN BLIK OP DE TOEKOMST</b> .....	<b>81</b>
HOOFDSTUK 1. NAAR EEN EUROPEESRECHTELIJK (PRIVAATRECHTELIJK) JURIDISCH KADER VOOR DE (ZUIVER) HORIZONTALE GRONDRECHTENBEPERKING? .....	81
<i>AFDELING 1. Inleiding</i> .....	81
<i>AFDELING 2. Wilsautonomie en contractvrijheid in DCFR</i> .....	81
§ 1. Wilsautonomie onder DCFR .....	81
§ 2. Contractvrijheid onder DCFR .....	82
<i>AFDELING 3. Doelmatigheid onder DCFR</i> .....	83
<i>AFDELING 4. Rechtvaardigheid en zekerheid als privaatrechtelijke principes voor een         rechtsgeldige afstand van grondrechten voortvloeiend uit de persoonlijke autonomie</i> .....	83
§ 1. (Contractuele) zekerheid .....	83
§ 2. Rechtvaardigheid onder DCFR .....	84
<b>CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN DEEL V</b> .....	<b>84</b>
<b>BESLUIT</b> .....	<b>87</b>
<i>ALGEMEEN SLOTBESLUIT</i> .....	87
<i>SUGGESTIE VOOR VERDER ONDERZOEK</i> .....	91
<b>BIBLIOGRAFIE</b> .....	<b>93</b>
WETGEVENDE AKTEN .....	93
RECHTSPRAAK .....	93
RECHTSLEER .....	94
ANDERE .....	100





**DANKWOORD**

De tekst die voor u ligt, is het resultaat van een buitengewoon interessant maar even moeilijk proces waar grote hoeveelheden juridische teksten werden 'doorploeterd'.

Doorheen dit schrijfproces werd mijn moed meermaals danig op proef gesteld wanneer ik na een dag (of nacht) 'theses' tot de vaststelling kwam dat 'schrijven' meer 'schrappen' bleek te zijn.

De goede omkadering die ik mocht genieten gedurende het gehele proces van de masterproef heeft een belangrijke bijdrage geleverd bij de succesvolle voltooiing ervan.

Ik houd me er dan ook aan verschillende personen te bedanken.

Een oprecht woord van dank wil ik richten tot mijn promotor prof. Dr. Jan THEUNIS voor het begeleiden van het masterproefproces en de inhoudelijke en vormelijke bijsturing die ik in dat verband mocht ontvangen.

Daarnaast wil ik enkele personen uit mijn naaste omgeving bedanken. In de eerste plaats gaat mijn dank uit naar mijn zus Hannelore en mijn papa die naast hun buitengewoon drukke bestaan de tijd vonden om mijn masterthesis na te lezen hetgeen resulteerde in pertinente feedback.

Een bijzondere dank gaat ook uit naar bij voormalig studiegenoot Raf die met precisie de teksten heeft doorgenomen en mij op taalkundig vlak bijstond met nuttige opmerkingen.

Nu ik de laatste hand leg aan deze masterthesis ben ik ook gekomen aan het einde van een belangrijk hoofdstuk uit mijn persoonlijk leven. Met het finaliseren van deze masterthesis zet ik immers een punt achter mijn studententijd.

Na een studie van drie jaar Rechtspraak aan Hogeschool PXL en vervolgens vier jaar Rechten aan de Universiteit Hasselt kan ik met grote voldoening en tevredenheid terugblikken op mijn academisch 'avontuur'. In eerste instantie wil ik dan ook een welgemeend woord van dank richten aan mijn ouders die mij de kans hebben geboden mijn Master in de Rechten te behalen. Daarnaast wil ik iedereen bedanken die direct of indirect heeft bijgedragen aan mijn mooie studententijd!

Frederik Niesten



**LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN**

DCFR	Draft Common Frame of Reference
ECRM	Europese Commissie voor de Rechten van de Mens
EHRM	Europees Hof van de Rechten van de Mens
EVRM	Europees Verdrag van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden
GW	Grondwet
GwH	Grondwettelijk Hof
HvC	Hof van Cassatie
HvJ	Hof van Justitie van de Europese Unie
IVBPR	Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten
IVESCR	Internationaal Verdrag inzake Economische Sociale en Culturele Rechten
RvS	Raad van State
UVRM	Universele Verklaring van de Rechten van de Mens
VEU	Verdrag betreffende de Europese Unie
VN	Verenigde Naties
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie



## **INLEIDING**

### **HOOFDSTUK 1.        Situering van het onderzoek**

1. Iedere burger is titularis van een geheel van grondrechten. Sommige van de bepalingen die grondrechten neerleggen, bevatten bepaalde voorwaarden voor het aanbrengen van grondrechtbeperkingen door staten. In die zin wordt begrepen dat de beperking geen schending uitmaakt. Deze masterscriptie wil evenwel een 'andersoortige' mogelijkheid tot het beperken van een grondrecht onderzoeken, met name de afstand van een grondrecht door de burger of beter gezegd door het rechtssubject zelf. Immers, in tegenstelling tot grondrechtbeperkingen in een verticale rechtsverhouding, is zoals verder zal blijken, het grondrechtbeperkend handelen door het rechtssubject niet uitdrukkelijk geregeld in de diverse grondrechtcatalogi.

2. Grondrechtbeperkende rechtshandelingen zijn een vaak voorkomende realiteit binnen de actuele rechtspraktijk. Zo bijvoorbeeld, bevatten arbeidsovereenkomsten zeer vaak grondrechtbeperkende clausules. In andere rechtstakken komen tevens grondrechtbeperkende rechtshandelingen veelvuldig voor. Arbitrageclausules kunnen beperkend werken tegenover het grondrecht van rechterlijke toegankelijkheid (art. 6 EVRM).<sup>1</sup>

Dat grondrechtbescherming niet langer vreemd is in (louter) privaatrechtelijke rechtsverhoudingen lijkt dan ook niet langer ter discussie te staan.

3. Een onderzoek naar het bestaan, de geldigheid, desgevallend de toepassingsvoorwaarden en de grenzen van een rechtsfiguur op basis waarvan het rechtssubject desgevallend grondrechtbeperkend kan handelen kan ons inziens een positieve bijdrage leveren binnen de rechtswetenschappelijke doctrine.

4. Een belangrijk gegeven doorheen deze masterproef betreft de machtstoename van privaatrechtelijke actoren. Door onder meer de globalisering vertonen deze vaker machtskenmerken die aanvankelijk uitsluitend aan overheden toekwamen.<sup>2</sup>

5. Hoe en waar de grens moet liggen met betrekking tot het grondrechtbeperkend handelen door het rechtssubject vormt een zeer belangrijk element van deze masterproef. Indien grondrechtbeperkingen door rechtssubjecten principieel aanvaard worden, is het risico op uitholling van het grondrechtelijke beschermingsniveau immers inherent aanwezig. Daarbij mag zeker niet uit het oog verloren worden dat grondrechten nèt tot doel hebben de fundamentele waarden van onze maatschappij te beschermen. Volgens VELAERS zijn grondrechten de "*conditiones sine qua non*" van de moderne rechtstaat."<sup>3</sup>

<sup>1</sup> K. ANDRIES, F. VERMINDER, "Contractuele bedingen en toegang tot de rechter" in A. VAN OEVELEN, S. RUTTEN, J. ROZIE (eds.), *Recht op toegang tot de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 93-134; Zie P. HUMBLET, "De gezagsuitoefening door de werkgever" in *reeks sociaal recht 37*, Deurne, 1994, 254-281.

<sup>2</sup> K. RIMANQUE, P. PEETERS, "de toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen private personen" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 21-22.

<sup>3</sup> J. VELAERS, "De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in XXste en XXIste eeuw" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De grondwet in groothoekperspectief liber amicorum discipulumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia 2007, 151.

## **HOOFDSTUK 2. Opbouw en structuur**

7. Voorliggende masterproef is opgebouwd aan de hand van één centrale onderzoeksvraag. De centrale onderzoeksvraag bestaat uit vijf deelonderzoeksvragen. Simultaan met deze vijf deelonderzoeksvragen is deze masterthesis opgebouwd uit vijf grote delen. Ieder deel formuleert een antwoord op één deelonderzoeksvraag.

8. De vijf grote delen worden vervolgens opgedeeld in één of meerdere hoofdstukken. Ieder afzonderlijk hoofdstuk formuleert een antwoord op één specifieke subonderzoeksvraag.

## **HOOFDSTUK 3. Onderzoeksvragen**

### **AFDELING 1. Centrale onderzoeksvraag**

9. De centrale onderzoeksvraag luidt: "Of en in welke mate kunnen rechtssubjecten zelfstandig afstand doen van hun grondrechten en in welke mate is dit wenselijk?"

### **AFDELING 2. Deelonderzoeksvragen**

10. In voorliggend onderzoek wordt de centrale onderzoeksvraag opgesplitst in vijf deelonderzoeksvragen:

1. *"Wat is de gegeven juridische context waarbinnen het rechtssubject desgevallend grondrechtbeperkende handelingen kan aangaan?"*
2. *"Welke aanknopingspunten kunnen er desgevallend gevonden worden in de grondrechtcatalogi, rechtspraak en rechtsleer op basis waarvan beargumenteerd kan worden dat rechtssubjecten principieel grondrechtbeperkend kunnen handelen?"*
3. *"Op basis van welk rechtsinstrument kan het rechtssubject een geldige grondrechtbeperkende handeling stellen naar Belgisch recht?"*
4. *"Aan welke grenzen dient het grondrechtbeperkend handelen door het rechtssubject onderworpen te worden?"*
5. *"Welke evoluties kunnen er verwacht worden binnen een Europese juridische context?"*

### **AFDELING 3. Subonderzoeksvragen**

11. De vijf grote deelonderzoeksvragen worden op hun beurt onderverdeeld in een aantal subonderzoeksvragen.

12. Ter beantwoording van de **eerste deelonderzoeksvraag** worden er twee subonderzoeksvragen gesteld:

1. *"Hoe dient de werking van grondrechten tussen rechtssubjecten begrepen te worden binnen de historische ontwikkeling van grondrechten?"*
2. *"Wat is de huidige grondrechtelijke juridische context?"*

Ter beantwoording van de **tweede deelonderzoeksvraag** wordt één subonderzoeksvraag gesteld:

1. *“Welke juridische aanknopingspunten kunnen desgevallend gevonden worden in de grondrechtcatalogi, rechtspraak en rechtsleer op basis waarvan beargumenteerd kan worden dat rechtssubjecten principieel grondrechtbeperkend kunnen handelen?”*

Ter beantwoording van de **derde deelonderzoeksvraag** worden drie subonderzoeksvragen gesteld:

1. *“Op basis van welke rechtsfiguur kan een rechtssubject afstand doen van grondrechten?”*
2. *“Wat zijn de geldigheidsvoorwaarden van een grondrechtbeperkende handeling door het rechtssubject gesteld?”*
3. *“Is het nuttig, nodig en geoorloofd dat rechtssubjecten afstand kunnen doen van grondrechten?”*

Ter beantwoording van de **vierde deelonderzoeksvraag** worden de volgende twee subonderzoeksvragen gesteld:

1. *“Waarom is een toetsingskader dat de grenzen van het grondrechtbeperkend handelen bepaalt van wezenlijk belang binnen de hedendaagse rechtspraktijk?”*
2. *“Kunnen bepaalde grondrechten a priori worden uitgesloten om er afstand van te doen gelet op een eventuele kwalificatie als absoluut- of persoonlijkheidsrecht?”*
3. *“In welke mate en op welke wijze kunnen de publiekrechtelijke beperkingssystemen de lege lata een dienst bewijzen bij de ontwikkeling van een systematisch toetsingskader ter beoordeling van de geoorlooftheid van een grondrechtbeperkende rechtsfiguur de lege ferenda?”<sup>4</sup>*

Ter beantwoording van de **vijfde deelonderzoeksvraag** worden de volgende subonderzoeksvraag gesteld:

1. *“Welke ontwikkelingen kunnen er verwacht worden op basis van de europeanisering van het (burgerlijk) recht*

---

<sup>4</sup> De derde onderzoeksvraag zal worden besproken in twee afzonderlijke hoofdstukken. Eerst zullen in hoofdstuk 3 de beperkingssystemen *de lege lata* beschreven worden, om vervolgens hierop voortbouwend een voorstel tot toetsingskader *de lege ferenda* te ontwikkelen in hoofdstuk 4 van deel IV.



## HOOFDSTUK 4. Afbakening en definiëring van de sleutelconcepten uit de centrale onderzoeksvraag

### AFDELING 1. Het begrip 'grondrechten'

13. Het begrip 'grondrecht(en)' is een notie die regelmatig terugkomt in het dagelijkse taalgebruik. De term grondrecht zou afgeleid zijn uit de Duitse taal met name "*die Grundrechte*".<sup>5</sup> Het begrip wordt in de wet niet gedefinieerd. Bij ontstentenis van een uniforme juridische definitie rijst dan ook de vraag welke rechten tot grondrechten behoren.<sup>6</sup> VAN DALE definieert een grondrecht als "*een recht dat door de grondwet wordt gewaarborgd of dat de mens van nature toekomt*".<sup>7</sup> DE VALKS Juridisch woordenboek definieert grondrechten als "*een concept uit het grondwettelijk en internationaal recht om de rechten van de menselijke persoon op een geïnstitutionaliseerde manier tegen mogelijke misbruiken van overheidsorganen te beschermen en menswaardige leefomstandigheden en de veelzijdige ontwikkeling van de menselijke persoon te realiseren*".<sup>8</sup>

14. In deze masterproef zullen grondrechten gedefinieerd worden volgens de positiefrechtelijke benadering. Volgens deze meerderheidsopvatting kunnen grondrechten omschreven worden als: "*een verzameling van (subjectieve) rechten die op een bepaald moment in een bepaalde samenleving als fundamenteel worden beschouwd en die tot doel hebben de menselijke waardigheid te beschermen en door het fundamenteel karakter een bijzondere status genieten en verheven worden boven gewone rechten in het objectieve recht*".<sup>9</sup>

15. Het begrip "grondrechten" wordt vaak rechtstreeks in verband gebracht met de verwante term "mensenrechten". Beide begrippen hebben gemeenschappelijk dat zij fundamenteel van aard zijn.<sup>10</sup> Niettemin wijzen bepaalde auteurs op onderscheidende kenmerken in die zin dat grondrechten enkel tot het geldend positief recht behoren. Grondrechten zijn hoofdzakelijk opgenomen in internationale verdragen, nationale constituties en algemene rechtsbeginselen met grondwettelijke waarde.<sup>11</sup> Deze masterproef heeft niet het opzet noch de mogelijkheid om een exhaustieve opsomming te geven van alle grondrechtbronnen. Daarvoor verwijzen we naar gespecialiseerde literatuur.<sup>12</sup>

16. Mensenrechten daarentegen omvatten natuurlijke aanspraken los van het geldend recht. Nog volgens dit onderscheid zijn mensenrechten van toepassing op de rechtsovertuiging dat mensen van nature aan elkaar gelijk zijn en dat de mens van nature bepaalde onvervreembare rechten jegens een ander zou hebben. In deze masterproef hanteren wij daarom uitsluitend de overkoepelende term grondrechten.<sup>13</sup>

<sup>5</sup> K. RIMANQUE en P. PEETERS, "de toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen private personen" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 4.

<sup>6</sup> G.J.M. VAN WISSEN, *Grondrechten*, Antwerpen-Apeldoorn, Kluwer, 1992, 1.

<sup>7</sup> J.H. VAN DALE, *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal, deel 1*, Antwerpen, Van Dale Uitgevers, 2015, 478.

<sup>8</sup> E. DIRIX, P. VAN PAUL VAN ORSHOVEN, B. TILLEMANN, *De Valks juridisch woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2010, 180.

<sup>9</sup> K. RIMANQUE en P. PEETERS, "de toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen private personen" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 8, C. JANSEN S, S. MIRGAUX, S. SMIS, K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 3, G. MAES, *Afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 1.

<sup>10</sup> M.I. VAN DOOREN, *Inleiding in de mensenrechten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2002, 5.

<sup>11</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 259.

<sup>12</sup> Zie P. DE HERT en K. HENRARD (eds.), *Bronnen internationale bescherming van de rechten van de mens*, Morsel, Intersentia, 2010, xv + 815 p.

<sup>13</sup> M.I. VAN DOOREN, *Inleiding in de mensenrechten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2002, 6.

17. De voornaamste formele bron van grondrechten op nationaal niveau is de Grondwet, meer bepaald vinden we grondrechten in titel II "Belgen en hun rechten". Op Europees en internationaal niveau vormen verdragen de voornaamste formele rechtsbron. Hierbij neemt het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) de belangrijkste plaats in.<sup>14</sup> Daarnaast is een zeer voorname rechtsbron het Internationaal Verdrag inzake Economische Sociale en Culturele Rechten (IVESCR) en het Internationaal Verdrag inzake Burger en Politieke Rechten (IVBPR).<sup>15</sup>

18. Naast de formele rechtsbronnen, bestaan ook niet formele rechtsbronnen. Dit zijn normen die hun totstandkoming en rechtskracht niet ontleen aan de grondwet of het internationaal verdragsrecht en derhalve ongeschreven zijn.<sup>16</sup>

## **AFDELING 2. Het begrip 'zelfstandig afstand doen van' grondrechten**

19. Afstand van een (grond)recht impliceert, zoals verder nog zal blijken, een rechtshandeling.<sup>17</sup> De rechtsgevolgen resulteren in een gedeeltelijke of volledige afstand van het betrokken recht.<sup>18</sup> Afstand van recht vereist een wilsverklaring van het rechtssubject.<sup>19</sup> Deze wilsuiting impliceert het vrijwillig karakter van de rechtshandeling.

20. In deze masterthesis situeert de 'afstand van recht' zich dan ook hoofdzakelijk in het subjectief contentieux. Meer concreet wordt onderzocht of het rechtssubject afstand kan doen van grondrechten middels een op de wilsovereenstemming beruste rechtsfiguur (*Infra* nr. 93). Het eventueel geschil dat hieruit voortkomt, zal zoals gezegd steeds een subjectief (grond)recht tot voorwerp hebben. Eventuele geschillen over de rechtsgeldigheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling met een subjectief recht tot voorwerp zijn dan ook subjectief en niet objectief omdat deze masterproef niet ingaat op de legaliteit van normen uit het objectieve recht. Hieruit volgt dat de justitiële rechter in beginsel bevoegd is om kennis te nemen van geschillen die betrekking hebben op de grondrechtbeperkende rechtshandeling. In beginsel zijn de administratieve rechtscolleges dus niet bevoegd uitspraak te doen over de rechtsgeldigheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling omdat in deze masterproef 'afstand van recht' niet gebaseerd is op een bestuurshandeling of op een wet maar op een privaatrechtelijke rechtshandeling.<sup>20</sup>

21. Deze masterproef gaat, zoals reeds gesteld, niet in op beperkingen van grondrechten door de wetgever, administratieve overheden of hybride entiteiten. Dit belet uiteraard niet dat een overheid (*sensu lato*) kan optreden als medecontractant bij deze privaatrechtelijke handeling.<sup>21</sup>

<sup>14</sup> J. VANDE LANOTTE, G. GOEDERTIER, Y. HAECK, J. GOOSSENS en T. DE PELSMAEKER, *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, 259.

<sup>15</sup> Internationaal Verdrag van 19 december 1966 inzake economische, sociale en culturele rechten (IVESCR), New York, 16 december 1966; Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR), New York, 16 december 1966.

<sup>16</sup> G. GOEDERTIER, J. VANDE LANOTTE en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch publiek recht*, Brugge, Die Keure, 2015, 149.

<sup>17</sup> R.P.J.L. TJITERS, *Monografieën Nieuw BW 6 - Afstand van recht*, Deventer, Kluwer, 1992, 7.

<sup>18</sup> R.P.J.L. TJITERS, *Monografieën Nieuw BW 6 - Afstand van recht*, Deventer, Kluwer, 1992, 9.

<sup>19</sup> R.P.J.L. TJITERS, *Monografieën Nieuw BW 6 - Afstand van recht*, Deventer, Kluwer, 1992, 23.

<sup>20</sup> Zie A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME en J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, 1010-1025. Zie W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel 40 jaar later*, in beginselen van het Belgisch privaatrecht, Deventer, Mechelen, 2010, 366.

<sup>21</sup> Zie W. VAN GERVEN en S. LIERMAN, *Algemeen deel 40 jaar later*, in beginselen van het Belgisch privaatrecht, Deventer, Mechelen, 2010, 366.

**AFDELING 3. Het begrip 'rechtssubjecten'**

22. Met het begrip 'rechtssubjecten' bedoelen we een participant van de rechtsorde. Een rechtssubject is drager van rechten en plichten.<sup>22</sup> In deze masterproef dus meer specifiek als een drager van grondrechten.

23. Belangrijk is evenwel dat in het raam van deze masterproef met de term 'rechtssubjecten' uitsluitend wordt bedoeld op privaatrechtelijke rechtssubjecten *i.e.* natuurlijke personen of privaatrechtelijke rechtspersonen. Indien niet, zal uitdrukkelijk gewezen worden op het statelijk of publiekrechtelijk karakter van het rechtssubject.

**AFDELING 4. Het begrip 'wenselijk'**

Met het begrip 'wenselijk' willen we nagaan in welke mate de mogelijkheid voor het rechtssubject om (gedeeltelijk) afstand te doen van (bepaalde) grondrechten, positief dan wel negatief onthaald moet worden. Dit in het licht van de actuele juridische en economische realiteit, rekening houdende met de filosofische en historische context van grondrechten. Hierbij zal steeds het fundamenteel karakter van de grondrechten in ogenschouw genomen.

---

<sup>22</sup> B. DE GROOTE en R. DE CORTE, *Privaatrecht in hoofdlijnen 2*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 198.

## HOOFDSTUK 5. Onderzoeksmethodologie

24. Voorliggende masterproef hanteert verschillende methoden voor rechtswetenschappelijk onderzoek. De gehanteerde onderzoeksmethode varieert naargelang de gestelde deel- of subonderzoeksvragen.

### AFDELING 1. Bronnenonderzoek

25. Rechtswetenschappelijk onderzoek is inherent een tekstueel onderzoek.<sup>23</sup> Dit onderzoek is vertrokken vanaf een gedegen bronnenonderzoek waar zowel wetgeving, rechtspraak en rechtsleer zorgvuldig werden geanalyseerd. Aangezien grondrechten zowel in de nationale als in de supranationale rechtsorde voorkomen worden naast nationale ook Unierechtelijke en internationale rechtsbronnen besproken.

### AFDELING 2. Beschrijvend en definiërend onderzoek

26. Allereerst zal de algemene grondrecht-juridische context geschetst worden aan de hand van een definiërende onderzoeksmethode.<sup>24</sup> Vanuit historisch en beperkt filosofisch onderzoek worden enkele juridische concepten besproken. Deze zijn van primordiaal belang om de actuele grondrecht-juridische context te situeren waarbinnen het rechtssubject desgevallend een grondrechtbeperkende handeling kan stellen. Niet enkel publiekrechtelijke concepten komen aan bod. Privaatrechtelijke concepten worden eveneens toegelicht.

### AFDELING 3. Evaluerend onderzoek

27. Aan de hand van de bevindingen die op basis van het beschrijvend en definiërend onderzoek werden vastgesteld worden de volgende stappen ondernomen. Eerst wordt de principiële rechtsgeldigheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling besproken. In een tweede stap zal de geoorlooftheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling, in het licht van artikel 6 Burgerlijk Wetboek, onderzocht worden. De rechtsgeldigheid, in het licht van de geoorlooftheid, van de grondrechtbeperkende handeling zal op basis van de evaluerende onderzoeksmethode beoordeeld worden.<sup>25</sup>

### AFDELING 4. Rechtsvergelijkend onderzoek

28. Daarnaast zal onderzocht worden of het toetsingskader zoals ontwikkeld door het EHRM bij grondrechtbeperkingen in de verticale sfeer een dienst kan bewijzen om desgevallend naar analogie maar *mutatis mutandis* kan worden toegepast bij een grondrechtbeperking die tot stand komt in de horizontale sfeer.<sup>26</sup>

29. Tot slot zullen enkele beginselen uit de *Draft Common Frame of Reference of European Private Law* kort worden besproken die als richtsnoer kunnen fungeren bij een beoordeling van de geldigheid van een grondrechtbeperkende rechtsfiguur .

<sup>23</sup>L. KESTERMONT, P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY, *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco Antwerpen, 2012, 32.

<sup>24</sup>L. KESTERMONT, P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY, *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco Antwerpen, 2012, 45.

<sup>25</sup>L. KESTERMONT, P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY, *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco Antwerpen, 2012, 50.

<sup>26</sup>L. KESTERMONT, P. SCHOUKENS, K. HENDRICKX en E. TERRY, *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Acco Antwerpen, 2012, 57.

## **DEEL I. ALGEMENE BESCHOUWINGEN: DE GEGEVEN JURIDISCHE CONTEXT BIJ HET ONDERZOEK NAAR DE MOGELIJKHEDEN TOT GRONDRECHTBEPERKING DOOR RECHTSSUBJECTEN**

### **HOOFDSTUK 1. De historische en filosofische context**

#### **AFDELING 1. Inleiding**

30. De idee dat de mens door het louter gegeven mens te zijn titularis is van subjectieve rechten, die hij in eerste instantie jegens de overheid en later ook jegens privaatrechtelijke actoren kan afdwingen, heeft zeker niet altijd en overal bestaan.<sup>27</sup>

31. De ontwikkeling van de grondrechten gaat breder dan een loutere rechtsontwikkeling maar betreft een maatschappelijke ontwikkeling. MAES stelt terecht dat grondrechten een project in zich dragen. Ze trachten een groter maatschappelijk doel te realiseren.<sup>28</sup> In wat volgt, zal onderzocht worden op welke wijze en binnen welke context deze ontwikkeling tot stand kwam. Eerst wordt de sociaalcontract-theorie besproken (afdeling 2). Vervolgens wordt de ontwikkeling van grondrechten kort toegelicht. Een goed begrip van de historische context is ons inziens een noodzakelijk fundament voor het verder verloop van deze masterproef (afdeling 3).

#### **AFDELING 2. Filosofische context: de sociaalcontract-theorie**

32. Zoals doorheen deze masterproef zal blijken, wijst dit onderzoek op een sterke band tussen het publiekrecht en het privaatrecht. Hoewel het verband tussen beide rechtstakken eerder recent terug onder de aandacht werd gebracht, vertoonde het publiekrecht vroeger reeds privaatrechtelijke fundamenteën.<sup>29</sup> Zulks kan geïllustreerd worden aan de hand van de sociaalcontract-theorie.

33. De Engelse politieke filosofen HOBBS (1588-1679) en LOCKE (1632-1704) kunnen beschouwd worden als grondleggers van de sociaalcontract-theorie.<sup>30</sup> Deze theorie is geen historische gebeurtenis maar is een filosofisch model om de totstandkoming van de moderne staat en dus ook de ontwikkeling en de verhouding van grondrechten te begrijpen.<sup>31</sup>

34. De theorieën van HOBBS en LOCKE gaan uit van een eerder pessimistisch mensbeeld.<sup>32</sup> Volgens HOBBS en LOCKE wordt de samenleving gekenmerkt door voortdurende conflicten tussen de verschillende subjecten in de samenleving. Van een goed georganiseerd overheidsgezag was geen sprake; de samenleving werd beheerst door privaatrechtelijke betrekkingen.<sup>33</sup> Het is in deze privaatrechtelijke context dat de sociaalcontract-theorie geplaatst moet worden. Om een einde te maken aan de voortdurende staat van oorlog stelde HOBBS voor om door middel van een privaatrechtelijk contract soevereiniteit af te staan aan de staat in ruil voor vrede en veiligheid.<sup>34</sup>

35. De theorie van HOBBS werd vervolgens door LOCKE verfijnd. LOCKE meent dat burgers slechts onder twee voorwaarden bereid zijn hun soevereiniteit af te staan. Allereerst moeten burgers

<sup>27</sup>M. DEN HEIJER, A.W. HINS en A.J. NIEUWENHUIS, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2014, 21.

<sup>28</sup>G. MAES, *Afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 1.

<sup>29</sup>S. SOMERS, "De invloed van mensenrechten op het aansprakelijkheidsrecht" in T. VANSWEEVELT, B. WEYTS (ed.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50.

<sup>30</sup>Zie M. DEN HEIJER, A.W. HINS en A.J. NIEUWENHUIS, *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2014, 25.

<sup>31</sup>E. BRUGMANS, *Filosofie van de mensenrechten*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, 17.

<sup>32</sup>E. BRUGMANS, *Filosofie van de mensenrechten*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, 17.

<sup>33</sup>S. SOMERS, "De invloed van mensenrechten op het aansprakelijkheidsrecht" in T. VANSWEEVELT, B. WEYTS (ed.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50.

<sup>34</sup>S. SOMERS, "De invloed van mensenrechten op het aansprakelijkheidsrecht" in T. VANSWEEVELT, B. WEYTS (ed.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50.

inspraak krijgen over de wijze waarop de staat met de afgestane soevereiniteit zal omgaan *i.e.* het model van de democratische staat.<sup>35</sup> Vervolgens willen burgers niet dat de overheid de afgestane soevereiniteit discretionair zou schenden. Dit is logisch omdat burgers net de soevereiniteit hebben afgestaan aan de staat om discretionaire schendingen van private actoren een halt toe te roepen. Achter deze tweede voorwaarde gaat de idee van de 'mensenrechten' schuil.

36. Bovenstaande analyse van de contracttheorie geeft een interessante leidraad voor deze masterproef omdat rechtssubjecten hun soevereiniteit afstaan middels een contract. Als we deze theorie doortrekken kan niet anders dan aangenomen worden dat grondrechten ook in de horizontale rechtsverhouding een rol van betekenis vervullen.<sup>36</sup> Want volgens HOBBS en LOCKE zijn mensenrechten tot stand gekomen nadat rechtssubjecten eerst soevereiniteit hebben afgestaan ten overstaan van een staat om deze *nét* in horizontale verhoudingen te beschermen. Zo bestaat het sociaalcontract steeds uit twee delen. Enerzijds het zogenoemde '*pactum unionis*' waarin rechtssubjecten overeenkomen elkaars rechten te respecteren. Anderzijds het zogenoemde '*pactum subjectionis*' waarbij rechtssubjecten zich aan het staatsgezag onderwerpen om toe te zien op de naleving van het '*pactum unionis*'. De overheid treedt aldus op om het '*pactum unionis*' uit te voeren.<sup>37</sup>

37. Uit de hierboven geschetste filosofie volgt aldus dat een privaatrechtelijk instrument wordt aangewend om het staatsgezag (de overheid) te organiseren. De interessante analogie is gelegen in het feit dat – zoals verder zal blijken – de rechtssubjecten een privaatrechtelijk instrument *i.e.* een rechtshandeling gebruiken om een hoofzakelijk publiekrechtelijk instrument (grondrechten) te beperken.

### **AFDELING 3. Historische context: de grondrechtontwikkeling in vogelvlucht**

#### **§ 1. De eerste ontwikkelingen**

38. Een eerste belangrijke tekst die – volgens hedendaagse conceptie - beschouwd kan worden als de voorloper van grondrechten is de zogenaamde *Magna Charta Libertatum* van 1215.<sup>38</sup>

In de *Magna Charta Libertatum* werden een aantal rechten en vrijheden erkend door de feodale adel. Dit naar aanleiding van de opstand van een groep van edelen in Engeland.<sup>39</sup> In deze tekst werd de machtsuitoefening van de soeverein gereduceerd. Zo kon Koning Jan zonder Land niet langer naar willekeur handelen. De uitoefening van zijn overheidsgezag werd aan regulering onderworpen.<sup>40</sup>

Door de Franse en Amerikaanse Revolutie vond eenzelfde evolutie plaats. De *Declaration of Independence* in de Verenigde Staten van Amerika van 1776 voorzag in fundamentele rechten en bescherming tegenover een willekeurige en buitensporige uitoefening van het staatsgezag. Ideeën zoals het recht op leven en het recht op wettelijke eigendomsbescherming werden opgenomen.

<sup>35</sup>S. SOMERS, "De invloed van mensenrechten op het aansprakelijkheidsrecht" in T. VANSWEEVELT, B. WEYTS (ed.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50.

<sup>36</sup>S. SOMERS, "De invloed van mensenrechten op het aansprakelijkheidsrecht" in T. VANSWEEVELT, B. WEYTS (ed.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50.

<sup>37</sup>S. SOMERS, "De invloed van mensenrechten op het aansprakelijkheidsrecht" in T. VANSWEEVELT, B. WEYTS (ed.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 51.

<sup>38</sup>M.C. BURKENS, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 3.

<sup>39</sup>M.I. VAN DOOREN, *Inleiding in de mensenrechten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2002, 15.

<sup>40</sup>M.I. VAN DOOREN, *Inleiding in de mensenrechten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2002, 15.

Dertien jaar later werd ook in Frankrijk met de *Déclaration du droit de l'homme et du citoyen* een eerste grondrechtencatalogo gepubliceerd, die rechten toekende aan individuen.<sup>41</sup>

## § 2. Latere grondrechtontwikkelingen

### A. Op internationaal niveau

39. Grondrechten zijn vooral tot ontwikkeling gekomen in de nasleep van de Tweede Wereldoorlog, de gruweldaden van het Nazi-Duitsland indachtig.<sup>42</sup>

40. De Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (VN) kreeg op basis van artikel 55 van het Handvest van de Verenigde Naties een mandaat om “*de universele eerbiediging en inachtneming van de rechten van de mens en de funderende vrijheden van allen, zonder onderscheid naar ras, geslacht, taal of godsdienst*” te bevorderen.<sup>43</sup>

41. De artikelen 1 t.e.m. 21 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens (hierna UVRM)<sup>44</sup> bevatten de zogenoemde burger en politieke rechten. De artikelen 22 t.e.m. 27 bevatten de zogenoemde sociale, culturele en economische rechten.

In beginsel is de UVRM niet bindend.<sup>45</sup> De UVRM werd opgesteld als een aanbeveling voor lidstaten en geniet een zeer groot politiek en moreel gezag.<sup>46</sup> De bepalingen van de UVRM zijn regelmatig letterlijk overgenomen in andere nationale of supranationale grondrechtbepalingen en worden in de nationale en supranationale jurisprudentie vaak letterlijk geciteerd.<sup>47</sup>

In navolging van de aanvaarding van de UVRM engageerden de staten zich om de bepalingen juridisch afdwingbaar te maken. De omzetting van deze bepalingen in juridisch bindende verdragen bleek evenwel op een aantal fundamentele tegenstellingen te stuiten. Zo werd men het niet eens over de vraag of burger, politieke, sociale, economische en culturele rechten in een verdrag moesten worden opgenomen.<sup>48</sup> Dit heeft in 1966 geleid tot de totstandkoming van twee afzonderlijke verdragen, namelijk het verdrag inzake burgerlijke- en politieke rechten (IVBPR) en het verdrag inzake economische, sociale, en culturele grondrechten (IVESCR).

Later werden er nog verschillende andere verdragen met grondrechtbescherming gesloten waarbij werd voorzien in grondrechtbescherming voor specifieke doelgroepen zoals kinderen, en personen met een handicap.<sup>49</sup>

### B. Op Europees niveau

42. In de schoot van de Europese Unie (EU) en de Raad van Europa zijn er tevens een aantal grondrechtinitiatieven tot stand gekomen.<sup>50</sup>

<sup>41</sup>Zie N. HORBACH, R. LEFEBER, en O. RIBBELINK, *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 2007, 1-19.

<sup>42</sup>Zie N. HORBACH, R. LEFEBER en O. RIBBELINK, *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 2007, 5-17.

<sup>43</sup>A. NOLLKAEMPER, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2016, 250.

<sup>44</sup>Universele verklaring van de Rechten van de Mens van 10 december 1948, BS 31 maart 1949, 2488; A. NOLLKAEMPER, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2016, 250.

<sup>45</sup>A. NOLLKAEMPER, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2016, 250.

Dit is eveneens bevestigd door de hoogste rechtscolleges: zie Cass. 4 december 2001, AR P.00.0561.N., Pas. 2001)

<sup>46</sup>C. JANSEN S, S. MIRGAUX, S. SMIS en K. VAN LAETHEM, *Handboek mensenrechten*, Morsel Antwerpen, Intersentia, 2011, 98.

<sup>47</sup>N. HORBACH, R. LEFEBER en O. RIBBELINK, *Handboek internationaal recht*, Den Haag, Asser, 2007, 474.

<sup>48</sup>G. GOEDERTIER, J. VANDE LANOTTE en T. DE PELSMAEKER, *Handboek Belgisch publiek recht*, Brugge, Die Keure, 2015, 477.

<sup>49</sup>Zie Verdrag inzake de rechten van personen met een handicap, met een handicap, aangenomen te New York op 13 december 2006, BS 22 juli 2009, 50169; Internationaal verdrag inzake rechten van het kind van 20 november 1989, BS 17 januari 1992, 805.

<sup>50</sup>Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 4 november 1950, BS 19 augustus 1955, 5029; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 7.

43. Het EVRM (Raad van Europa) heeft directe werking en biedt een zeer hoge graad van rechtsbescherming.<sup>51</sup> In tegenstelling tot de Raad van Europa, beoogde de EU vooral economisch en sociaal herstel. Hierdoor werden er in het oorspronkelijk verdrag tot oprichting van de Europese Gemeenschap (EG) geen grondrechtbepalingen opgenomen.<sup>52</sup> Het Hof van Justitie (HvJ) deed dan ook geen uitspraak over de verenigbaarheid van grondrechten met het toenmalige gemeenschapsrecht.<sup>53</sup> Later wijzigde het Hof zijn rechtspraak. In het *internationale Handelsgesellschaft*-arrest van 17 december 1970<sup>54</sup> oordeelde het HvJ dat grondrechten een bestanddeel van algemene rechtsbeginselen vormen en deze door het HvJ worden verzekerd.<sup>55</sup> In latere arresten verduidelijkte het Hof dit principe. Zo oordeelde het Hof in het arrest *Nold* dat de algemene rechtsbeginselen een integrerend geheel uitmaken waarvan het Hof de eerbiediging verzekert.<sup>56</sup> Op basis van deze rechtspraak hebben grondrechten hun intrede in het gemeenschapsrecht, thans Unierecht, gedaan.<sup>57</sup>

44. Deze intrede werd niet enthousiast onthaald door het Duitse *Bundesverfassungsgericht*. In een arrest van 29 mei 1974 moest het *Bundesverfassungsgericht* uitspraak doen in de reeds hogergenoemde *Handelsgesellschaft*-zaak.<sup>58</sup> Het *Bundesverfassungsgericht* formuleerde enkele bezwaren tegen de reeds besproken arresten van het Hof van justitie. Volgens het *Bundesverfassungsgericht* komt het niet aan het HvJ toe om de positieve grondrechten te promoveren tot een bestanddeel van het communautaire recht.<sup>59</sup>

De uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* heeft vervolgens aanleiding gegeven tot een gemeenschappelijke verklaring van de Raad, het Europees parlement en de Europese Commissie.<sup>60</sup> In het beschikkend gedeelte benadrukken de opstellende instellingen: "*het allergrootste belang dat zij hechten aan de eerbiediging van de fundamentele rechten, zoals deze met name volgen uit de grondwetten van de Lidstaten en het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden*".<sup>61</sup>

45. Ondanks de aandacht van de EU-instellingen voor grondrechtbescherming beschikte de EU niet over een eigen grondrechtakte. Het Hof van Justitie moest steeds teruggrijpen naar de reeds eerder besproken grondrechtverdragen (nr 44) en de rechtspraak van het EHRM. Zo verwijst artikel 6 lid van VEU nog steeds naar de grondrechten zoals gewaarborgd in het EVRM. Pas op 7 december 2000 werd het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie plechtig afgekondigd in Nice.<sup>62</sup>

<sup>51</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 86.

<sup>52</sup>K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 543.

<sup>53</sup>K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 543.

<sup>54</sup>Zie HvJ 17 december 1970, Nr. C-11/70, ECLI:EU:C:1970:114, '*Handelsgesellschaft*'.

<sup>55</sup>K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 543; A. DEWAELE, P. LEMMENS, "De grondrechten in de Europese Gemeenschappen, en de gemeenschappelijke verklaring van het Europese Parlement, de Raad en de Commissie van 5 april 1977", *Jura Falc.*, 1977-1978, jg. 14, nr. 1, 307-318; HvJ nr. C-11/70, 17 december 1970, ECLI:EU:C:1970:114, '*internationale Handelsgesellschaft*'.

<sup>56</sup>K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 543; A. DEWAELE, P. LEMMENS, "De grondrechten in de Europese Gemeenschappen, en de gemeenschappelijke verklaring van het Europese Parlement, de Raad en de Commissie van 5 april 1977", *Jura Falc.*, 1977-1978, jg. 14, nr. 1, 307-318; HvJ C-4/73, 14 mei 1974, ECLI:EU:C:1975:114, '*Nold*'.

<sup>57</sup>A. DEWAELE en P. LEMMENS, "De grondrechten in de Europese Gemeenschappen, en de gemeenschappelijke verklaring van het Europese Parlement, de Raad en de Commissie van 5 april 1977", *Jura Falconis*, 1977-1978, jg. 14, nr. 1, 308-309.

<sup>58</sup>Zie BVerfG, 29.05.1974 - 2 BvL 52/71

<sup>59</sup>K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 543; A. DEWAELE, P. LEMMENS, "De grondrechten in de Europese Gemeenschappen, en de gemeenschappelijke verklaring van het Europese Parlement, de Raad en de Commissie van 5 april 1977", *Jura Falconis*, 1977-1978, jg. 14, nr. 1, 307-318.

<sup>60</sup>Gemeenschappelijke Verklaring van het Europese Parlement, de Raad en de Commissie betreffende de eerbiediging van de fundamentele rechten en het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, P.B. C 103/1; zie ook <sup>60</sup>K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 277.

<sup>61</sup>A. DEWAELE en P. LEMMENS, "De grondrechten in de Europese Gemeenschappen, en de gemeenschappelijke verklaring van het Europese Parlement, de Raad en de Commissie van 5 april 1977", *Jura Falconis*, 1977-1978, jg. 14, nr. 1, x.

<sup>62</sup>K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 545.



Het Handvest kreeg pas dezelfde rechtskracht als de andere Unieverdragen met het verdrag van Lissabon in 2007.<sup>63</sup>

### C. **Op nationaal niveau**

46. Op nationaal niveau vinden we in de eerste plaats grondrechten in de Grondwet van 1831.<sup>64</sup> Meer bepaald in titel II. van de Grondwet.<sup>65</sup> Bij de grondwetsherziening van 1993 - 1994 werd in artikel 22 GW het recht op eerbiediging van het privéleven ingeschreven. Terzelfdertijd werden de sociaaleconomische grondrechten door middel van artikel 23 in de Grondwet verankerd.<sup>66</sup>

In 2002 werd met artikel 11bis van de grondwet het gelijkheidsbeginsel aangevuld. In die zin dat voor het bekleden van een openbaar mandaat een gelijkheid moet bestaan tussen mannen en vrouwen. In 2014 werden de sociaaleconomische rechten nogmaals aangevuld met het recht op gezinsbijslag.<sup>67</sup>

### **Conclusie op het oog met wat volgt**

47. Zowel op nationaal als op supranationaal niveau zijn grondrechten voornamelijk na de Tweede Wereldoorlog in volle ontwikkeling gekomen. Diverse internationale verdragen evenals de nationale Grondwet bevatten grondrechtelijke bepalingen die het rechtssubject beschermen tegen eventueel ongeoorloofd overheidsoptreden. Hierbij biedt het EVRM ongetwijfeld de meest uitgebreide rechtsbescherming.

<sup>63</sup>K. LENAERTS en P. VAN NUFFEL, *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 547.

<sup>64</sup>Gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994.

<sup>65</sup>J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 255.

<sup>66</sup>J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 257.

<sup>67</sup>J. VANDE LANOTTE en G. GOEDERTIER, *Handboek Belgisch Publiekrecht*, Brugge, Die Keure, 2015, 257.



## HOOFDSTUK 2. De actuele rechtspositie van het rechtssubject in een grondrecht-juridische context

### AFDELING 1. Inleiding

48. In het eerste hoofdstuk van het eerste deel werd het kader waarbinnen grondrechten ontstonden, uiteengezet. Ze vormen een publiekrechtelijk instrument en functioneren binnen een meerledige structuur. Internationale verdragen fungeren hierbij als hun belangrijkste rechtsbron. Deze internationaalrechtelijke juridische context dient nader te worden onderzocht, in het bijzonder de actuele rechtspositie van het rechtssubject dat desgevallend afstand van grondrechten wilt bewerkstelligen. In wat volgt, zal de leer van de *doorwerking* en de *positieve verplichting* van grondrechten worden besproken.

49. Het concept *doorwerking* kan allereerst betrekking hebben op de rechtstreekse of directe werking van grondrechten als internationale rechtsnorm (afdeling 2). Voorts kan *doorwerking* betrekking hebben op de horizontale of derde werking van grondrechten (afdeling 3). Tot slot bespreken we de leer van de positieve dan wel negatieve verplichting van de staat tot het respecteren van grondrechten (afdeling 4). De afbakening en definiëring van deze concepten zijn van groot belang voor voorliggende masterproef en geven de lezer klaarheid in de huidige grondrechtelijk juridische context.

### AFDELING 2. Doorwerking: directe werking van grondrechten

50. Directe werking van grondrechten impliceert dat de internationale (grondrechtelijke) normen direct toepasbaar zijn in de nationale rechtsorde. Grondrechten maken dus als het ware deel uit van de nationale rechtsorde. Op basis van deze directe werking verkrijgt het rechtssubject de mogelijkheid om zich rechtstreeks op een (grondrechtelijke) verdragsbepaling te beroepen.<sup>68</sup>

51. Volgens het arrest *Franco-Suisse Le Ski* van het Hof van Cassatie heeft een verdragsbepaling voorrang op de nationale norm. Daarnaast werd door *Franco-Suisse Le Ski* het monisme in de Belgische rechtsorde ingevoerd.<sup>69</sup> Monisme gaat uit van eenheid van recht, dit in tegenstelling tot het dualisme waarbij het internationaal recht beschouwd wordt als volstrekt afgescheiden.<sup>70</sup>

52. Opdat een rechtssubject zich op een verdragsbepaling kan beroepen, wat impliceert dat de grondrechtelijke verdragsbepaling aldus afdwingbaar is, is eerst vereist dat de verdragsbepaling deel uitmaakt van de Belgische rechtsorde.<sup>71</sup> Hiervoor moet de verdragsbepaling instemming hebben gekregen in de parlementaire ensembles van ons land, bekend gemaakt zijn in het Belgisch Staatsblad, geratificeerd en tot slot moet de verdragsbepaling op internationaal niveau in werking zijn getreden. Vervolgens moet de verdragsbepaling directe werking hebben. Hiervoor zijn volgens het Hof van Cassatie twee voorwaarden vereist. Voldaan moet zijn aan een objectief en subjectief

<sup>68</sup> M. BOSSUYT, "De inroepbaarheid van de verdragsbepalingen of wat is er rechtstreeks aan de rechtstreekse werking" in J. WOUTERS (eds.), *doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Intersentia, 2006; 111-118.

<sup>69</sup> Cass. 27 mei 1971, Arr.Cass. 1971, 959-967; Zie ook J. THEUNIS, "zin en onzin van directe werking: het Verdrag van Granada ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa als casus" in J. ACKAERT, A. DE BECKER, P. FOUBERT, N. TORFS, B. VAN HEUSDEN en S. VERBIST (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50.

<sup>70</sup> J. ACKAERT, A. DE BECKER, P. FOUBERT, N. TORFS, B. VAN HEUSDEN en S. VERBIST (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50.

<sup>71</sup> J. THEUNIS, "zin en onzin van directe werking: het Verdrag van Granada ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa als casus" in J. ACKAERT, A. DE BECKER, P. FOUBERT, N. TORFS, B. VAN HEUSDEN en S. VERBIST (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50.

<sup>71</sup> J. THEUNIS, "zin en onzin van directe werking: het Verdrag van Granada ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa als casus" in J. ACKAERT, A. DE BECKER, P. FOUBERT, N. TORFS, B. VAN HEUSDEN en S. VERBIST (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50.

criterium. Het objectief criterium impliceert dat de verdragsbepaling in *concreto* toepasbaar moet zijn zonder verdere verduidelijking of specificering door de wetgever. Het subjectief bestanddeel omvat de wil van de verdragsluitende staat om rechten en plichten voor rechtssubjecten te creëren.<sup>72</sup>

53. THEUNIS merkt tevens op dat de rechtspraak van de Raad van State (RvS) en het Grondwettelijk Hof (GwH) de vereiste van directe werking in haar rechtspraak toepast, met uitzondering van het subjectieve criterium. Het subjectieve criterium is niet op zijn plaats in een procedure voor de RvS opdat de RvS in beginsel geen uitspraak doet over subjectieve rechten in het subjectief contentieux.<sup>73</sup> Zoals gezegd, zullen de RvS en het GwH in beginsel geen bevoegdheid hebben over geschillen met betrekking tot de grondrechtbeperkende rechtshandeling omdat deze geschillen een subjectief recht tot voorwerp hebben. (*Supra* nr. 20)

Al wijst THEUNIS erop dat ook het Hof van Cassatie lijkt af te stappen van het subjectief criterium.<sup>74</sup>

### **AFDELING 3. Doorwerking: horizontale werking van grondrechten**

#### **§ 1. Horizontale werking volgens traditionele opvatting**

54. Zoals uit de analyse van de grondrechtontwikkeling duidelijk werd, werden grondrechten klassiek beschouwd als een louter publiekrechtelijk instrument om rechtssubjecten te beschermen tegenover buitensporig overheidsoptreden. (*supra* nr. 48)

55. Vandaag wordt het leven van een burger sterk beheerst door privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen.<sup>75</sup> De werkingssfeer van grondrechten is zodoende niet meer beperkt tot de relatie burger jegens overheid. Ze geniet ook gelding in de relatie tussen burgers en/of privaatrechtelijke rechtspersonen onderling *i.e.* rechtssubjecten. De werking van grondrechten tussen rechtssubjecten onderling wordt 'horizontale werking' genoemd. Deze term is gebaseerd op de veronderstelling dat burgers van nature aan elkaar gelijk zijn.<sup>76</sup> Sommige auteurs prefereren de term 'derdenwerking' als synoniem voor horizontale werking van grondrechten. De term 'derdenwerking' is een vertaling van de Duitse term '*drittwirkung*'.<sup>77</sup>

56. Het publiekrecht en het privaatrecht werden traditioneel gezien als twee van elkaar afgescheiden rechtsgebieden. Grondrechten werden aangemerkt als de verdediging van het individu tegen de staat en deze hadden geen invloed op het privaatrecht en het individuele gedrag.<sup>78</sup> Gaandeweg werd het privaatrecht opengesteld voor zogenoemde *constitutionalisering* van de invloed van grondrechten en werd het moeilijk om een scheidingslijn te trekken tussen enerzijds het

<sup>72</sup>J. THEUNIS, "zin en onzin van directe werking: het Verdrag van Granada ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa als casus" in J. ACKAERT, A. DE BECKER, P. FOUBERT, N. TORFS, B. VAN HEUSDEN en S. VERBIST (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 50;

<sup>73</sup>J. THEUNIS, "zin en onzin van directe werking: het Verdrag van Granada ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa als casus" in J. ACKAERT, A. DE BECKER, P. FOUBERT, N. TORFS, B. VAN HEUSDEN en S. VERBIST (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 57.

<sup>74</sup>Zie J. THEUNIS, "zin en onzin van directe werking: het Verdrag van Granada ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa als casus" in J. ACKAERT, A. DE BECKER, P. FOUBERT, N. TORFS, B. VAN HEUSDEN en S. VERBIST (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 64.

<sup>75</sup>J.S., VANWIJNGAERDEN, "De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden", *Jura Falconis*, jg 44, 2007-2008, nr. 2, 217; E. DIRIX, "grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 49;

<sup>76</sup>Zie K. RIMANQUE en P. PEETERS, "De toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen private personen" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 11-13.

<sup>77</sup>K. RIMANQUE en P. PEETERS, "De toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen private personen" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 11.

<sup>78</sup>O. CHEREDNYCHENKO, "EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law", *European Review of Private Law* 2006, vol. 1, 24. Zie ook: E. HONDIUS, "Open normen en grondrechten", *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 1994, vol. 125, 535; F. GROSHEIDE, "Constitutionalisering van het burgerlijk recht", *Rechtsgeleerd magazijn Themis* 2000, vol. 6, 203.

privaatrecht en anderzijds het publiekrecht, of meer concreet tussen het privaatrecht en de grondrechtbescherming.<sup>79</sup>

57. De constitutionalisering van het privaatrecht werd bekritiseerd met het argument dat de grondrechten geen voldoende leidraad bieden voor het privaatrecht.<sup>80</sup>

## § 2. Afbakening in het licht van grondrechtbeperkingen door het rechtssubject gesteld

58. Volgens de gangbare opvatting wijst 'horizontale werking' uitsluitend op de werking van grondrechten in een louter privaatrechtelijke rechtsverhouding. Met name een rechtsverhouding tussen privaatrechtelijke rechtspersonen en/of natuurlijke personen onderling en dus niet op een relatie tussen de overheid jegens privaatrechtelijke rechtspersonen en/of natuurlijke personen of *visa versa*.<sup>81</sup> Zoals gesteld onderzoekt deze masterproef de beperkingsmogelijkheden van grondrechten door rechtssubjecten wat ons inziens samenvalt met een studie naar de 'beperkingstechnieken van grondrechten in een (zuiver) horizontale sfeer.'

59. Ons inziens moeten de volgende drie verschillende situaties van elkaar worden onderscheiden, namelijk de grondrechtbeperkingen die tot stand komen in: (1) een zuiver horizontale sfeer, (2) een horizontale sfeer en tot slot (3) een verticale sfeer.

(1) Een grondrechtbeperking in een *zuiver horizontale sfeer* impliceert mijns inziens een situatie waarin het rechtssubject een afstand van grondrechten bedingt jegens een ander rechtssubject. In dat geval zal niet ter discussie staan dat de traditionele leer van de horizontale werking van toepassing is.

(2) Daarnaast is het mogelijk dat een rechtssubject bedingt jegens een publiekrechtelijke entiteit. De vraag die zich dan stelt is of er nog wel sprake is van *horizontale werking* van grondrechten? Ons inziens dient deze vraag positief beantwoord te worden. De leer van horizontale werking is niet enkel van toepassing ingeval van een zuivere privaatrechtelijke verhouding waarbij de beperking tot stand komt tussen louter privaatrechtelijke rechtspersonen en/of natuurlijke personen. Doch ook wanneer de grondrechtbeperkingen tot stand komen tussen rechtssubjecten en de overheid, op voorwaarde dat die grondrechtbeperking door het rechtssubject zélf wordt bedongen.

Deze terminologische keuze is ons inziens mede verantwoord vanuit het gegeven dat - zoals verder zal blijken - de afstand van grondrechten door rechtssubjecten steeds kadert binnen een privaatrechtelijke context.

(3) De '*verticale grondrechtbeperking*' impliceert dat de overheid overeenkomstig het haar daartoe ter beschikking gesteld juridisch kader overgaat tot het aanbrengen van grondrechtbeperkingen jegens het rechtssubject.

In deze masterproef worden situaties (1) en (2) onderzocht. De beperkingen van grondrechten in de verticale sfeer (3) worden niet onderzocht. De theorievorming van de zogenaamde verticale beperkingen zal wel aangewend worden bij de beoordeling van de geoorloofdheid van de

<sup>79</sup> O. CHEREDNYCHENKO, "EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law", *European Review of Private Law* 2006, vol. 1, 24.

<sup>80</sup> J.M. SMITS, "Private law and fundamental rights: a sceptical view" T. BARKHUYSEN en S. LINDENBERGH (eds.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2006, 5.

<sup>81</sup>N. VAN LEUVEN, "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), in *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 171.

grondrechtbeperkende rechtshandeling. In deze masterproef verwijst horizontale werking dus eveneens naar beperkingen die tussen rechtssubjecten en de overheid worden bedongen. De noodzakelijke voorwaarde is dat ze steeds gesteld worden door het rechtssubject.

### § 3. Onderscheid tussen directe of indirecte horizontale werking

60. Horizontale werking van grondrechten kan op twee manieren insijpelen in onze Belgische rechtsorde.<sup>82</sup> Grondrechten kunnen doorwerken in privaatrechtelijke verhoudingen door de zogenoemde *directe* horizontale werking of *indirecte* horizontale werking.<sup>83</sup> De leer van de directe horizontale werking impliceert dat grondrechten gelding kunnen vinden in de verhouding tussen rechtssubjecten en in rechte kunnen worden ingeroepen door en jegens andere rechtssubjecten.<sup>84</sup> Grondrechten kunnen dan gekwalificeerd worden als subjectieve afweerrechten.<sup>85</sup> Zie over het subjectief rechtelijk karakter van grondrechten: *Infra* 85-90.

61. De leer van de *indirecte* horizontale werking impliceert dat rechtssubjecten grondrechten op zich niet rechtstreeks kunnen inroepen voor de rechter. Echter kunnen onderliggende waarden van grondrechten doorsijpelen om privaatrechtelijke handelingen op hun geldigheid te toetsen.<sup>86</sup> Zo bevatten de grondrechten onderliggende waarden die wij in onze samenleving als fundamenteel beschouwen.

### § 4. Horizontale werking: stand van zaken

62. De leer van de horizontale werking van grondrechten is nog steeds in volle ontwikkeling.<sup>87</sup> Hierdoor is de horizontale werking van grondrechten nog niet unaniem aanvaard.<sup>88</sup> Toch zijn er - zoals verder zal blijken - voldoende aanknopingspunten aanwezig die de stelling ondersteunen dat horizontale werking van grondrechten afdoende aanvaard is in de Belgische rechtsorde.<sup>89</sup>

63. DIRIX en RIMANQUE voerden in 1982 voor het eerst in België een studie naar de toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen.<sup>90</sup> Verwijzende naar de Duitse leer van de '*drittwirkung*' merkten de auteurs terecht op dat aan grondrechten ook een privaatrechtelijke dimensie toekwam en dat grondrechten toepassing kunnen vinden in de rechtsverhouding tussen rechtssubjecten onderling.<sup>91</sup>

<sup>82</sup>N. VAN LEUVEN, "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), in *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 173.

<sup>83</sup>N. VAN LEUVEN, "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), in *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 173.

<sup>84</sup>N. VAN LEUVEN, "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), in *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 174.

<sup>85</sup>J.S., VANWIJNGAERDEN, "De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden", *Jura Falconis*, jg 44, 2007-2008, 229.

<sup>86</sup>N. VAN LEUVEN, "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), in *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 174-175; . VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 107.

<sup>87</sup>Zie R. NEHMELMAN en C.W. NOORLANDER, *Horizontale werking van grondrechten: over een leerstuk in ontwikkeling*, Deventer, Kluwer, 2013, 362 p.

<sup>88</sup>Zie B. DE VOS, *Horizontale werking van grondrechten een kritiek*, Apeldoorn, Maklu, 2010, 416 p.

<sup>89</sup>Zie N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractrecht*, Antwerpen, Intersentia, 182-2013; K. RIMANQUE, P. PEETERS, "de toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen private personen" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 11-24; N. VAN LEUVEN, "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), in *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 167-192; J.S., VANWIJNGAERDEN, "De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden", *Jura Falconis*, jg 44, 2007-2008, nr 2, 217-248.

<sup>90</sup>Zie E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 46; J. VELAERS, "De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in XXste en XXIste eeuw" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De grondwet in groothoekperspectief Liber amicorum discipurumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia 2007, 150.

<sup>91</sup>E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 46;

Inmiddels is binnen de Belgische rechtspraak en rechtsleer het leerstuk over de horizontale werking van grondrechten volop tot ontwikkeling gekomen en kan algemeen aangenomen worden dat horizontale werking aanvaard is.<sup>92</sup> VAN LEUVEN heeft de jurisprudentiële ontwikkelingen binnen de Belgische rechtsorde grondig besproken in haar doctoraatsproefschrift.<sup>93</sup>

#### A. Horizontale werking Europees Hof voor de Rechten van de Mens

64. Gezien rechtssubjecten niet over een klachtenrecht beschikken jegens andere rechtssubjecten kan geen gewag worden gemaakt van directe horizontale werking voor het EHRM.<sup>94</sup> Klachten van rechtssubjecten tegenover mederechtssubjecten zijn onontvankelijk *ratione personae*.<sup>95</sup> Daarentegen wordt indirecte werking door het EHRM voor sommige verdragsrechten wel erkend. Zulks is het geval voor art. 3, art. 8, art. 9, art. 1 Eerste aanvullend protocol EVRM.<sup>96</sup>

#### B. Horizontale werking Hof van Cassatie

65. In bepaalde omstandigheden lijkt het Hof van Cassatie directe horizontale werking van grondrechten te aanvaarden.<sup>97</sup> Volgens VAN LEUVEN zijn in verschillende arresten aanwijzingen aanwezig die voldoende illustreren dat het Hof van Cassatie directe horizontale werking aanvaard.<sup>98</sup> Zo werd door het Hof van Cassatie reeds de vrijheid van vereniging en het eigendomsrecht rechtstreeks aangewend ter beslechting van een rechtsgeschied.<sup>99</sup>

Naast de directe horizontale werking zijn er ook voldoende uitspraken van het Hof van Cassatie waaruit duidelijk kan worden afgeleid dat het Hof indirecte werking heeft aanvaard. Zo werd indirecte horizontale werking reeds aanvaard in geschillen met betrekking tot art. 6 EVRM en de vrijheid van vereniging.<sup>100</sup>

Wat betreft de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel lijkt het HvC horizontale werking af te wijzen. Zo oordeelde het HvC dat het gelijkheidsbeginsel vastgelegd in de artikelen 10 en 11 GW van toepassing is in een verticale rechtsverhouding en het aldus geen verplichtingen inhoudt in de horizontale sfeer.<sup>101</sup> Het GwH daarentegen lijkt een andere houding aan te nemen. Het GwH laat uitschijnen dat het gelijkheidsbeginsel wel horizontale werking toekomt. Zo motiveert het GwH: "*het beginsel van gelijkheid en niet discriminatie is immers geen louter beginsel van behoorlijke wetgeving en behoorlijk bestuur. Het is een van de grondslagen van een democratische rechtsstaat.*"<sup>102</sup>. (...) "*Aangezien de overheid en private personen zich ten aanzien van de verplichting om het discriminatieverbod na te leven niet in wezenlijk verschillende situaties bevinden.*"<sup>103</sup>

<sup>92</sup>Zie E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K, RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 46; W. VAN GERVEN, S. LIERMAN, "Algemeen deel 40 jaar later", in *beginselen van het Belgisch privaatrecht*, Deventer, Mechelen, 2010, 387-397; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 105; J. VELAERS, "De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in XXste en XXIste eeuw" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De grondwet in groothoekperspectief Liber amicorum discipulumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia 2007, 142.

<sup>93</sup>Zie zie N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 187-213.

<sup>94</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 106-107.

<sup>95</sup>Y. HAECK, en C. BURBANO HERRERA, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 48.

<sup>96</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 109.

<sup>97</sup>N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 194.

<sup>98</sup>N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 194

<sup>99</sup>N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 194-195.

<sup>100</sup>N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 196-19.

<sup>101</sup>Zie Cass. 29 maart 2010, S.08.0147.N, *JTT* 2010-11, 241.

<sup>102</sup>GwH 12 februari 2009 nr. 17/2009, overw. B.10.3.

<sup>103</sup>GwH 12 februari 2009 nr. 17/2009, overw. B.10.5.

### C. Horizontale werking en de lagere rechtsprekende organen

66. Dat het leerstuk van de horizontale werking van grondrechten nog in ontwikkeling is, blijkt duidelijk uit de analyse van de rechtspraak van de lagere rechtsprekende organen.<sup>104</sup> Zo wijzen sommige rechtsprekende organen horizontale werking van grondrechten af. Zulks was onder meer het geval in een zaak voor de Rechtbank van Koophandel te Ieper inzake een geschil over de verspreiding van een betaalzender middels door de kleinhandelaar op de markt gebrachte decoders. De kleinhandelaar bracht de vrijheid van meningsuiting naar voor maar dit werd niet aanvaard door de rechter, overwegende dat de vrijheid van meningsuiting slechts uitwerking had in de verticale rechtsverhouding.<sup>105</sup>

67. Desalniettemin er dus weldegelijk voorbeelden zijn die wijzen op een afwijzing van horizontale werking van grondrechten zijn er ook rechters die graag gebruik maken van grondrechten om de voor hun gebrachte rechtsgeschillen te beslechten.<sup>106</sup> Een mooi voorbeeld van de aanvaarding van indirecte horizontale werking van grondrechten vinden we in een vonnis van de Arbeidsrechtbank van Charleroi.<sup>107</sup> De Arbeidsrechtbank moest uitspraak doen over de invulling van het begrip ernstige tekortkoming in het kader van een ontslag om dringende redenen. Een vrouw werd immers ontslagen omdat zij vestimentair haar Islamitisch geloof benadrukte. Verwijzende naar de godsdienstvrijheid werd aldus invulling gegeven aan het privaatrechtelijk concept van ernstige tekortkoming in het arbeidscontentieux. Ook andere grondrechten werden voor de hoven en rechtbanken reeds aangewend in geschillen tussen rechtssubjecten. Hierdoor kan er geconcludeerd worden dat ook de gewone hoven en rechtbanken vertrouwd zijn met directe en indirecte horizontale werking van grondrechten.<sup>108</sup>

### § 5. Relevantie van de horizontale werking voor deze masterproef

68. DIRIX, RIMANQUE en VAN LEUVEN hebben aldus duidelijk aangetoond dat zowel het Hof van Cassatie als de lagere rechtsprekende organen de horizontale werking van grondrechten minstens impliciet hebben aanvaard door horizontale werking niet uitdrukkelijk af te wijzen.

Er kan bijgevolg beargumenteerd worden dat horizontale werking van grondrechten aanvaard wordt in België. Deze vaststelling is belangrijk omdat de aanvaarding van horizontale werking impliceert dat grondrechten niet enkel werken in de verticale verhouding (overheid-burger) maar ook gelding kunnen vinden in (zuiver) privaatrechtelijke verhoudingen. Inherent heeft een onderzoek naar de mogelijkheid tot horizontale afstand van grondrechten dan ook grote relevantie.<sup>109</sup>

<sup>104</sup>N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 199-213.

<sup>105</sup>Kh. Ieper 21 december 1990, *TBH*. 1991,351, noot A. DE CALUWE; zie ook N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 199.

<sup>106</sup>Zie ook N.VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 205-2013, J.S., VANWIJNGAERDEN, "De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden", *Jura Falconis*, jg 44, 2007-2008, nr 2, 222;

<sup>107</sup>Arbrb. Charleroi 26 oktober 1992, *Soc. Kron.* 1993, 84, zie ook J.S., VANWIJNGAERDEN, "De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden", *Jura Falconis*, jg 44, 2007-2008, nr 2, 232.

<sup>108</sup>N. VAN LEUVEN, "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), in *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, -210; J.S., VANWIJNGAERDEN, "De werking van grondrechten tussen particulieren, geïllustreerd met voorbeelden", *Jura Falconis*, jg 44, 2007-2008, nr 2, 231-235.

<sup>109</sup>Zie J. VELAERS, "De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in XXste en XXIste eeuw" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De grondwet in groothoekperspectief liber amicorum discipulumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia 2007, 150.



## AFDELING 4. Het onderscheid tussen positieve en negatieve verplichtingen

### § 1. Algemeen

69. Bij grondrechtbescherming moet er een onderscheid gemaakt worden tussen de zogenaamde 'negatieve' en 'positieve' verplichtingen van de staat.<sup>110</sup>

70. De negatieve verplichting heeft betrekking op het handelen van de staat.<sup>111</sup> Zo heeft de staat een onthoudingsplicht jegens het stellen van bepaalde handelingen die onverenigbaar zijn met de in de grondrechtcatalogi voorziene grondrechtbescherming. Dit wordt de negatieve verplichting genoemd.<sup>112</sup>

71. Naast de negatieve verplichting bestaat er ook de zogenaamde positieve verplichting. Deze verplichting impliceert geen onthoudingsplicht van de staat voor bepaalde gedragingen die onverenigbaar zijn met de in de grondrechtcatalogi voorziene grondrechtbescherming maar gaat verder. Zo is de staat verplicht om maatregelen te nemen ter bescherming van de grondrechten ook in zuiver horizontale verhoudingen.<sup>113</sup> Uit de leer van de positieve verplichting kan worden afgeleid dat de staat niet enkel verantwoordelijk is voor haar eigen optreden maar eveneens voor het optreden van rechtssubjecten in de private sfeer.<sup>114</sup>

72. Het EHRM heeft meermaals geoordeeld dat een staat verplicht is om grondrechten in een privaatrechtelijke sfeer te beschermen. In de rechtsleer werd dan ook terecht aandacht besteed aan het toenemend belang van positieve verplichtingen in de rechtspraak van het EHRM.<sup>115</sup> De statelijke verplichting om redelijke maatregelen te nemen ter bescherming van individuen tegen de schending van de verdragsrechten door andere private individuen wordt beschouwd als één van de meest voorkomende positieve verplichtingen.<sup>116</sup> Eén van de redenen van EHRM's rechtspraak inzake de positieve verplichtingen is de garantie dat de relevante rechten praktisch en doelmatig zijn in de toepassing.<sup>117</sup> De basis van zulke garantie is de strafbaarheidsstelling van het gedrag dat inbreuk maakt op andermans grondrechten.<sup>118</sup> Nationale privaatrechtelijke normen die de contractsvrijheid beperken, bijvoorbeeld de vormvereisten voor contracten, zijn gericht op de bescherming van de rechten van het individu.

<sup>110</sup>Y. HAECK, en C. BURBANO HERRERA, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 44; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 99-100; Zie N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 39-79.

<sup>111</sup>Y. HAECK, en C. BURBANO HERRERA, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 44; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 99-100.

<sup>112</sup>Art. 1 EVRM

<sup>113</sup>Y. HAECK, en C. BURBANO HERRERA, *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 44; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 99-100.

<sup>114</sup>N. VAN LEUVEN, "derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), in *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 20.

<sup>115</sup>A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 229.

<sup>116</sup>A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 225.

<sup>117</sup>A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 221.

<sup>118</sup>A. MOWBRAY, *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 225.

## § 2. Relevantie van de positieve verplichtingenleer voor deze masterproef

73. De positieve verplichtingenleer is zeer relevant omdat de mogelijkheid bestaat dat een staat veroordeeld wordt voor schendingen van grondrechten ook al grijpen deze plaats in een zuivere horizontale relatie.<sup>119</sup>

In dat verband werd door de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens (ECRM) reeds uitspraak gedaan.<sup>120</sup> *In casu* moest het Hof uitspraak doen over de verenigbaarheid van een privaat voetbaltransferreglement met art. 4 § 2 EVRM. Hoewel de ECRM oordeelde dat er geen schending aanwezig was, oordeelde zij dat in het kader van de positieve verplichting de staat verplicht is na te gaan of de reglementen die in het kader van private betrekkingen worden aangegaan niet in strijd waren met het EVRM. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is het niet relevant of de overheid al dan niet overgaat tot het aanbrengen van grondrechtbeperkingen in haar optreden binnen de bevoegdheid ter uitoefening van het openbaar gezag (*ius imperii*-bevoegdheid) dan wel in het kader van zijn optreden in een privaatrechtelijke context (*ius gestionis* bevoegdheden). In beide verhoudingen mag de overheid geen onrechtmatige grondrechtsschending aanbrengen.<sup>121</sup>

De overheid kan op basis van deze leer aansprakelijk gesteld worden indien het horizontaal grondrechtbeperkend handelen een schending zou uitmaken. De leer van de negatieve verplichting is relevant indien een overheid medecontractant is aan deze grondrechtbeperkende rechtshandeling.

### Conclusie op het oog met wat volgt

74. De rechtspositie van het rechtssubject die een grondrechtbeperkende handeling beoogt te bewerkstelligen, wordt hoofdzakelijk bepaald door directe werking, horizontale werking en de leer van negatieve dan wel positieve verplichting die op een staat kan rusten ter bescherming van de door grondrechten beoogde rechtsbescherming. Op basis van de directe werking kan het rechtssubject zich desgevallend op een verdragsrechtelijke grondrechtbepaling beroepen. Op basis van de leer van de horizontale werking kan beargumenteerd worden dat grondrechten ook werken in (zuiver) particuliere verhoudingen *i.e.* tussen rechtssubjecten. Deze vaststelling maakt een onderzoek naar de beperkingsmogelijkheden van grondrechten van rechtssubjecten bijzonder relevant. In deze masterproef worden deze beperkingen horizontale grondrechtbeperkingen genoemd. De leer van de positieve of negatieve verplichtingen kan belangrijke implicaties hebben voor de aansprakelijkheid van een staat indien de grondrechtbeperkende handeling door het rechtssubject een schending van grondrechten zou uitmaken niettegenstaande deze beperking tot stand komt in een (zuiver) horizontale rechtsverhouding.

## CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN DEEL I

75. Oorspronkelijk werden grondrechten beschouwd als een publiekrechtelijk instrument dat hoofdzakelijk in de nasleep van de Tweede Wereldoorlog en in de schoot van de Verenigde Naties en

<sup>119</sup> Zie M. BOSSUYT, "De inroepbaarheid van de verdragsbepalingen of wat is er rechtstreeks aan de rechtstreekse werking" in J. WOUTERS (eds.), *doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Intersentia, 2006;169, zie ECRM, nr. D. 9322/81, beslissing X/Nederland 3 mei 1983.

<sup>120</sup> ECRM 3 mei 1983 nr. D. 9322/81, X/Nederland.

<sup>121</sup> EHRM 6 februari 1976, nr. 5614/72, *Swedish engine Drivers union/Zweden*; N. VAN LEUVEN, "derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in J. WOUTERS en D. VAN EECKHOUTTE (eds.), *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 20.

de Raad van Europa en later ook op Unieniveau tot stand kwam. Grondrechten beoogden in eerste instantie rechtssubjecten te beschermen tegen onrechtmatig overheidsoptreden.

Doordat grondrechten in beginsel als publiekrechtelijk instrument voorkomen in een meerledige rechtsorde vormen de concepten directe werking, horizontale werking en de leer van de positieve dan wel negatieve verplichting fundamentele bouwstenen voor het verder verloop van dit onderzoek.

## **DEEL II. AFSTAND VAN GRONDRECHTEN: PRINCIPIEEL MOGELIJK**

### **HOOFDSTUK 1. Principiële rechtsgrondslagen uit de grondrechtscatalogi; rechtspraak en rechtsleer**

#### **AFDELING 1. Inleiding**

76. In het eerste deel van deze masterproef werd het algemeen kader geschetst met bijzondere aandacht voor de juridische, historische en filosofische context waarbinnen het rechtssubject desgevallend een horizontale grondrechtbeperking kan bedingen. In voorliggend deel en hoofdstuk zullen vervolgens de principiële aanknopingspunten worden besproken op basis waarvan beargumenteerd kan worden dat rechtssubjecten in beginsel afstand kunnen doen van (bepaalde) grondrechten.

Achtereenvolgens worden de aanknopingspunten besproken uit de verschillende grondrechtscatalogi (afdeling 2), rechtspraak (afdeling 3) en rechtsleer (afdeling 4).

#### **AFDELING 2. Geen uitdrukkelijke rechtsgrond in de grondrechtscatalogi**

77. De verschillende grondrechtscatalogi en haar protocollen voorzien niet in specifieke mechanismen waarbij rechtssubjecten afstand kunnen doen van grondrechten.<sup>122</sup> Evenmin vinden we bepalingen die een afstand van grondrechten principiële zouden verbieden.<sup>123</sup> Niettemin lijkt de doctrine de wenselijkheid van de mogelijkheid voor rechtssubjecten om onder bepaalde voorwaarden grondrechten zelf te beperken, te aanvaarden.<sup>124</sup>

#### **AFDELING 3. Jurisprudentiële gronden**

##### **§ 1. EHRM: impliciete erkenning: Het arrest *Neumeister v. Austria***

78. Eén van de eerste zaken waarin het EHRM uitspraak deed over de mogelijkheid om afstand te doen van grondrechten was in de zaak 1936/63 *Neumeister tegen Oostenrijk*. Het EHRM liet voor het eerst impliciet uitschijnen dat rechtssubjecten door middel van een overeenkomst afstand kunnen doen van grondrechten.<sup>125</sup>

Neumeister, Oostenrijks staatsburger, verbleef meer dan twee jaar in voorarrest alvorens door een Oostenrijks strafrechter effectief veroordeeld te worden tot vijf jaar gevangenisstraf wegens fraude. Bij arrest van 27 juni 1968 werd Oostenrijk veroordeeld wegens een schending van de redelijke termijn bij de detentie (art. 5.3 van het EVRM).

Naar aanleiding van deze schending vorderde *Neumeister* een provisionele schadevergoeding van de Oostenrijkse staat. *Neumeister* voerde onder meer aan dat het voorarrest heeft geleid tot de teloorgang van zijn onderneming en deze verliezen voorlopig begroot konden worden op het door hem gevorderde provisioneel bedrag. Gezien het Oostenrijkse ministerie van justitie niet bereid was

<sup>122</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 151;

<sup>123</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 151

<sup>124</sup>Zie G.S. MORRIS, 'Fundamental rights: exclusion by agreement?', *Industrial Law Journal*, Volume 30, Issue 1, 2001, 49–71; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 151; J. VELAERS, "De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in XXste en XXIste eeuw" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De grondwet in groothoekperspectief Liber amicorum discipulumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia 2007, 151.;

<sup>125</sup>EHRM 27 juni 1968, nr. 1936/63, *Neumeister t. Oostenrijk*; zie ook G.S. MORRIS, 'Fundamental rights: exclusion by agreement?', *Industrial Law Journal*, Volume 30, Issue 1, 2001, 53.

over te gaan tot de betaling van de gevorderde compensatie, trok *Neumeister* opnieuw naar het EHRM.

De Oostenrijkse regering voerde aan dat *Neumeister* afstand heeft gedaan van zijn eventueel recht op een billijke genoegdoening omdat *Neumeister* een overeenkomst gesloten zou hebben met de Oostenrijkse regering waarbij *Neumeister* in ruil voor kwijtschelding van de resterende straf afstand zou doen van alle vorderingen voor eventuele materiele of morele schade die hij zou geleden hebben.

Uit het arrest *Neumeister* kan aldus worden afgeleid dat het EHRM zich in beginsel niet verzet dat rechtssubjecten afstand doen van de in het verdrag gewaarborgde rechten. Het EHRM overweegt dat zulke afstand ondubbelzinnig moet blijken uit verklaringen of documenten.<sup>126</sup> Ook in latere arresten blijkt duidelijk dat het EHRM aanvaardt dat rechtssubjecten in beginsel afstand kunnen doen van hun grondrechtbescherming.<sup>127</sup>

#### **AFDELING 4. Doctrinaire aanknopingspunten**

##### **§ 1. Algemeen**

79. Naast het hoger besproken arrest van het EHRM kunnen er bijkomende aanknopingspunten gevonden worden op basis waarvan beargumenteerd kan worden dat rechtssubjecten principieel afstand kunnen doen van grondrechten, namelijk de juridische concepten (§ 2.) wilsautonomie en contractsvrijheid, (§ 3.) het zelfbeschikkingsrecht en (§ 4.) grondrechten als subjectieve rechten.

##### **§ 2. Wilsautonomie en contractvrijheid**

80. Wilsautonomie vormt de hoeksteen van het contractenrecht op basis waarvan een rechtssubject vrij rechtshandelingen kan stellen. "Wilsautonomie" houdt in dat rechtssubjecten hun onderlinge rechtspositie regelen en dit door middel van rechtsverhoudingen die het rechtssubject zelf in het leven roept en waarvan het rechtssubject de inhoud zelf bepaalt.<sup>128</sup> Elk rechtssubject heeft op basis van de wilsautonomie de bevoegdheid om vrij en naar eigen goeddunken zijn eigen rechtspositie te bepalen, onder meer door vrij rechtshandelingen aan te gaan.<sup>129</sup> De contractvrijheid zorgt ervoor dat ieder individu vrij rechtsbetrekkingen kan aangaan en dus zelf beslist óf hij contracteert en met wie hij zulks doet en wat de eventuele inhoud van de overeenkomst is.<sup>130</sup>

81. Wilsautonomie berust op de veronderstelde gelijkheid tussen burgers.<sup>131</sup> Op basis van deze gelijkheid werd wilsautonomie en de daaruit ontstane rechtshandelingen verondersteld rechtvaardig te zijn.<sup>132</sup> DIRIX merkt op dat contractvrijheid als correlaat van de wilsautonomie niet als dusdanig opgenomen is in nationale of supranationale grondrechtcatalogi maar dat contractvrijheid "een fundamenteel beginsel is waarop onze maatschappelijke ordening berust en dat zij derhalve de openbare orde raakt zodat men in die zin van een grondrecht kan gewagen".<sup>133</sup>

<sup>126</sup>EHRM 27 juni 1968, nr. 1936/63, *Neumeister /Oostenrijk*.

<sup>127</sup>Zie bijvoorbeeld in een zaak tegen België: EHRM 10 februari 1983, nr. 7299/75, *Albert en Le Compte/België*.

<sup>128</sup>Zie E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 1-26;

<sup>129</sup>C. VERVACK, "De contractvrijheid als basisbeginsel in het verbintenissenrecht" in I. SAMOY en S. STIJNS (eds.), *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, Die Keure, 2015, 11.

<sup>130</sup>C. VERVACK, "De contractvrijheid als basisbeginsel in het verbintenissenrecht" in I. SAMOY en S. STIJNS (eds.), *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, Die Keure, 2015, 11.

<sup>131</sup>Zie E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 1-26.

<sup>132</sup>E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 21.

<sup>133</sup>E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 52.

82. VAN GERVEN merkt op dat contractvrijheid een fundamentele vrijheid is die rechtstreeks verbonden is met de grondslagen van onze maatschappelijke orde.<sup>134</sup> Doorheen de tijd heeft het beginsel van de wilsautonomie zijn superieure positie evenwel moeten afstaan ingevolge het besef dat gelijkheid der rechtssubjecten slechts illusionair was. De groeiende economische en maatschappelijke ongelijkheid werd onder meer door de feitelijk sterkere rechtspersonen alsmaar zichtbaarder. Dienaangaande werd de contractvrijheid steeds ingrijpender begrensd door het principe van de openbare orde en de goede zeden. Tevens ontwikkelde de wetgever in de loop van de 20<sup>e</sup> en 21<sup>e</sup> eeuw tal van dwingende rechtsbepalingen om de precaire situatie van de sociale en maatschappelijke burger die werd geacht zich in een zwakkere positie te bevinden, te beschermen.<sup>135</sup>

### § 3. Het zelfbeschikkingsrecht

83. Het zelfbeschikkingsrecht houdt in dat het rechtssubject kan beschikken over eigen leven en lichaam.<sup>136</sup> Het zelfbeschikkingsrecht is in beginsel geen individueel grondrecht maar volgens VAN SLYCKEN moet het zelfbeschikkingsrecht worden gezien *“als een element van grondrechten en vrijheden of als behorend tot het recht op persoonlijke vrijheid.”*<sup>137</sup>

Zelfbeschikking kan men beschouwen als een element van zelfbepaling waardoor het zelfbeschikkingsrecht resulteert in een beslissingsbevoegdheid over de (eigen) persoon *i.e.* het rechtssubject.<sup>138</sup> Deze beslissingsbevoegdheid is evenwel niet absoluut en kan beperkt worden.<sup>139</sup>

Hoewel het zelfbeschikkingsrecht niet uitdrukkelijk is opgenomen in de rechtsgrondcatalogi heeft het EHRM bevestigd in bekende arrest *Pretty tegen Verenigd Koninkrijk* dat rechtssubjecten op basis van het zelfbeschikkingsrecht (*‘self-determination’*) kunnen kiezen om al dan niet een behandeling te ondergaan of zelfs beslissen om zelfmoord te plegen.<sup>140</sup>

### § 4. Grondrecht als subjectief recht

84. Het concept subjectief recht kent binnen ons recht een belangrijke en centrale plaats. Toch is het begrip subjectief recht niet zuiver.<sup>141</sup> VAN GERVEN definieert een subjectief recht *“als een door het objectief recht aan een rechtssubject erkende of toegekende heerschappij strekkende tot de bevrediging van menselijke behoeften.”*<sup>142</sup>

85. Het kwalificatiebelang van een grondrecht als subjectief recht is tweëerlei.

Eenzijds kunnen subjectieve rechten aangewend worden om deze rechten te vrijwaren langs gerechtelijke weg. Een subjectief recht verleent aldus toegang tot de rechter zowel in een contractuele als in een buitencontractuele verhouding.<sup>143</sup>

<sup>134</sup> W. VAN GERVEN en S. COVEMAEKER, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2001 47.

<sup>135</sup> E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 20011, 19-26.

<sup>136</sup> L. VAN SLYCKEN, “beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam” in J. VELAERS. *Over zichzelf beschikken?* Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood, Antwerpen, Maklu, 1996, 247.

<sup>137</sup> L. VAN SLYCKEN, “beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam” in J. VELAERS *Over zichzelf beschikken?* Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood, Antwerpen, Maklu, 1996, 248.

<sup>138</sup> L. VAN SLYCKEN, “beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam” in J. VELAERS *Over zichzelf beschikken?* Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood, Antwerpen, Maklu, 1996, 247, 252.

<sup>139</sup> L. VAN SLYCKEN, “beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam” in J. VELAERS *Over zichzelf beschikken?* Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood, Antwerpen, Maklu, 1996, 252.

<sup>140</sup> EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty/Verenigd Koninkrijk*; zie ook A.J. NIEUWEHUIS, “De kernbenadering bij grondrechten”, *TVCR* 2012, 147.

<sup>141</sup> V. WITHOFS, *Bevoegdheden als categorie van subjectieve rechten: afbakening, kenmerken en juridisch regime*. *TPR*, 2016, 433-488.

<sup>142</sup> W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, 87.

<sup>143</sup> W. VAN GERVEN, *Beginnelsen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, 87-105.

Anderzijds verleent een subjectief recht aan de titularis ervan *i.e.* rechtssubject het meesterschap van dit recht en is hij in beginsel bevoegd om daden van beheer en daden van beschikking over deze subjectieve rechten te stellen.<sup>144</sup> Subjectieve rechten verlenen het rechtssubject een reeks van bevoegdheden om door een rechtshandeling in de eigen rechtstoestand in te grijpen. Krachtens deze bevoegdheid kan het rechtssubject in beginsel subjectieve rechten in het leven roepen, wijzigen of doen uitdoven.<sup>145</sup>

86. Evenwel blijkt het subjectiefrechtelijk karakter van grondrechten niet unaniem aanvaard.<sup>146</sup>

Sommige auteurs betogen dat grondrechten geen subjectieve rechten kunnen uitmaken. Deze auteurs argumenteren voornamelijk dat grondrechten geen betrekking hebben op de verhouding tussen rechtssubjecten.<sup>147</sup> Zoals eerder gezegd, is de opvatting dat grondrechten quasi uitsluitend werken in de verticale rechtsverhouding voorbijgestreefd. Deze stelling kan daarom niet worden bijgetreden.

BERGAMIN heeft in zijn doctoraatsproefschrift aangetoond dat bepaalde grondrechten als subjectieve rechten kunnen worden gerekend.<sup>148</sup> Enkele criteria aan de hand waarvan het subjectiefrechtelijk karakter van grondrechten getoetst kan worden, zijn: het subjectief recht moet ontstaan in een objectief rechtelijke context, er moet een rechtssubject aanwijsbaar zijn dat als drager van het grondrecht kan beschouwd worden, het subjectief grondrecht dient ter bescherming van het belang van de rechthebbende, het subjectief recht wordt uitgeoefend binnen de rechtsbetrekkingen die bestaan tussen rechtssubjecten, het subjectief recht heeft een object, dat de wederpartij verplicht tot het verrichten van een of meerdere handelingen of het laten ervan en tenslotte moet het rechtssubject zeggenschap hebben over het al dan niet uitoefenen van het recht.<sup>149</sup>

87. Uiteraard is het binnen het bestek van deze masterproef niet mogelijk om voor alle grondrechten aan de hand van deze criteria uit te maken of deze al dan niet tot subjectieve rechten mogen gerekend worden. Sommige grondrechten kunnen ons inziens daarom in een zuivere horizontale verhouding (tussen particuliere subjecten onderling) van meet af uitgesloten omdat deze grondrechten gezien hun inhoudelijke draagwijdte geen subjectieve rechten uitmaken. Zulks is hoofdzakelijk het geval voor rechten die geen horizontale werking toekomt zoals bijvoorbeeld de verkrijging van de Belgische nationaliteit (art. 8 GW.).<sup>150</sup>

88. De leer van kwalificatie van grondrechten als subjectieve rechten houdt zeer sterk verband met de leer van de horizontale werking (Zie *supra* nr. 55-69).

89. Indien wordt aanvaard dat grondrechten gekwalificeerd kunnen worden tot subjectieve rechten, kan dit een belangrijk aanknopingspunt zijn op basis waarvan beargumenteerd kan worden dat rechtssubjecten principieel afstand kunnen doen van grondrechten omdat rechtssubjecten in beginsel over subjectieve rechten kunnen beschikken.

<sup>144</sup> W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, 88.

<sup>145</sup> W. VAN GERVEN, *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, 89.

<sup>146</sup> R. BERGAMIN, *Rechten jegens de overheid: het begrip publiekrechtelijke subjectieve rechten*, Nijmegen, Ars aequi libri, 1995, 93-100.

<sup>147</sup> R. BERGAMIN, *Rechten jegens de overheid: het begrip publiekrechtelijke subjectieve rechten*, Nijmegen, Ars aequi libri, 1995, 93-100.

<sup>148</sup> R. BERGAMIN, *Rechten jegens de overheid: het begrip publiekrechtelijke subjectieve rechten*, Nijmegen, Ars aequi libri, 1995, 93-100.

<sup>149</sup> R. BERGAMIN, *Rechten jegens de overheid: het begrip publiekrechtelijke subjectieve rechten*, Nijmegen, Ars aequi libri, 1995, 93-100.

<sup>150</sup> E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K, RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 40.

**CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN BIJ DEEL II.**

90. Hoewel de verschillende grondrechtcatalogi geen bepalingen bevatten die het rechtssubject toelaten noch verbieden een grondrechtbeperkende handeling te stellen wordt door het EHRM reeds geruime tijd principieel aanvaard dat burgers afstand kunnen doen van grondrechten.

Op basis van wilsautonomie en contractvrijheid, het zelfbeschikkingsrecht en de kwalificatie van grondrechten als subjectieve rechten kunnen er bijkomende aanknopingspunten gevonden worden op basis waarvan beargumenteerd kan worden dat een horizontale grondrechtbeperking in beginsel rechtsgeldig tot stand kan komen.





## **DEEL III. DE GRONDRECHTBEPERKENDE RECHTSFIGUUR EN HAAR GELDIGHEIDSVORWAARDEN**

### **HOOFDSTUK 1. Grondrechtbeperking impliceert een rechtshandeling**

#### **AFDELING 1. Inleiding**

91. In deel II. werd beargumenteerd dat er principiële rechtsgrondslagen gevonden kunnen worden op basis waarvan een grondrechtbeperkende handeling in beginsel geldig tot stand kan komen. In dit hoofdstuk zal onderzocht worden op welke wijze een rechtssubject een (zuiver) horizontale grondrechtbeperking kan bedingen en meer concreet op basis van welke rechtsfiguur rechtsgeldig een horizontale grondrechtbeperking tot stand kan komen.

In afdeling 2 wordt de eenzijdige en meerzijdige rechtshandeling besproken als het juridisch instrument op basis waarvan het rechtssubject grondrechten kan beperken.

#### **AFDELING 2. Een eenzijdige of meerzijdige rechtshandeling**

92. Hoe kunnen rechtssubjecten afstand doen van grondrechten? Het staat als een paal boven water dat een rechtssubject door grondrechtbeperkend te handelen rechtsgevolgen beoogt. Gesteld wordt dan ook dat het grondrechtbeperkend optreden van het rechtssubject een rechtshandeling impliceert.<sup>151</sup>

93. Grondrechten kunnen door rechtssubjecten beperkt worden door een éézijdige dan wel een meerzijdige rechtshandeling.<sup>152</sup> Een rechtshandeling is een handeling die tot doel heeft rechtsgevolgen te doen ontstaan.<sup>153</sup> De éézijdige rechtshandeling impliceert een wilsuiking van één rechtssubject. Een meerzijdige rechtshandeling veronderstelt een wilsuiking van minstens twee rechtssubjecten.<sup>154</sup>

94. Dat een afstand van recht ook middels een éézijdige rechtshandeling kon geschieden, werd niet eensluidend aanvaard in de doctrine. Sommige auteurs meenden onterecht dat voor een afstand van recht steeds een meerzijdige rechtshandeling vereist is. JANSEN merkt op dat deze visie berust op een verwarring met andere rechtsfiguren zoals de schenking. Deze auteur betoogt dan ook terecht dat een eenzijdige rechtshandeling geschikt is voor de figuur afstand van recht en dat zulks ook geldt voor afstand van grondrechten.<sup>155</sup> Zo kan het rechtssubject grondrechten prijsgeven zonder dat hiervoor *ipso facto* een tegenprestatie vereist is.<sup>156</sup>

#### **Conclusie op het oog met wat volgt**

Uit de voorgaande analyse volgt dat een (grond)recht een eenzijdige of meerzijdige rechtshandeling impliceert.

<sup>151</sup> R.P.J.L. TJJITERS, *Monografieën Nieuw BW 6 - Afstand van recht*, Deventer, Kluwer, 1992, 7.

<sup>152</sup> R.P.J.L. TJJITERS, *Monografieën Nieuw BW 6 - Afstand van recht*, Deventer, Kluwer, 1992, 7.

<sup>153</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 5.

<sup>154</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 5.

<sup>155</sup> S. JANSEN, 'Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling', *TBBR* 2011, afl. 7, 333-343.

<sup>156</sup> S. JANSEN, 'Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling', *TBBR* 2011, afl. 7, 337.



## **HOOFDSTUK 2. De geldigheidsvoorwaarden van de grondrechtbeperkende rechtshandeling**

### **AFDELING 1. Inleiding**

95. Uit hoofdstuk 1 volgt dat afstand van recht een rechtshandeling impliceert.

Naar het gemeenrechtelijk Belgisch privaatrecht kan een rechtshandeling slechts geldig tot stand komen als aan een aantal elementaire geldigheidsvoorwaarden is voldaan.

In dit hoofdstuk zal worden ingegaan op de geldigheidsvoorwaarden van een (grondrechtbeperkende) rechtshandeling.

In wat volgt worden eerst de gemeenrechtelijke geldigheidsvoorwaarden kort overlopen en de algemene principes worden in herinnering gebracht (afdeling 2). Voor een uitgebreide gemeenrechtelijke bespreking wordt doorverwezen naar gespecialiseerde privaatrechtelijke literatuur.<sup>157</sup>

Vervolgens worden de verschillende geldigheidsvereisten meer specifiek in het licht van een grondrechtbeperkende rechtshandeling besproken (afdeling 3).

### **AFDELING 2. Artikel 1108 BW**

96. Om naar Belgisch recht een grondrechtbeperkende rechtshandeling te stellen moet allereerst voldaan zijn aan de voorwaarden zoals voorzien in art. 1108 BW.

Artikel 1108 BW bepaalt:

*“Tot de geldigheid van een overeenkomst zijn vier voorwaarden vereist:*

*De toestemming van de partij die zich verbindt;*

*Haar bekwaamheid om contracten aan te gaan;*

*Een bepaald voorwerp als inhoud van de verbintenis;*

*Een geoorloofde oorzaak van verbintenis”*

Hoewel artikel 1108 BW het begrip ‘overeenkomst’ hanteert, wordt algemeen aanvaard dat deze geldigheidsvoorwaarden niet enkel gelden voor ‘overeenkomsten’ maar naar analogie ook moeten toegepast worden op alle eenzijdige of meezijdige rechtshandelingen.<sup>158</sup>

Deze voorwaarden worden hierna kort aan een beschouwing onderworpen. In het licht van het eigenlijke onderwerp van deze masterthesis is het naar onze mening immers noodzakelijk om te onderzoeken of en in welke mate een grondrechtbeperkende rechtshandeling aan deze voorwaarden kan voldoen.

<sup>157</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 540.

<sup>158</sup> C. CAUFFMAN, “Een sinterklaasgeschenk. Over loterijen, beloften in de reclame en verbintenis-scheppende eenzijdige wilsuitingen” (noot onder Antwerpen 6 december 1999), *TBBR* 2000, 540.

## § 1. Toestemming

97. Om een grondrechtbeperkende rechtshandeling te stellen zal er allereerst een geldige wilsuiting aanwezig moeten zijn. Deze wilsuiting kan ook stilzwijgend geschieden indien uit het geheel van feiten en gedragingen niet anders kan worden afgeleid.<sup>159</sup>

De wilsuiting komt slechts geldig tot stand indien het rechtssubject voorafgaand kennis heeft van de inhoud en de draagwijdte van de rechtsgevolgen die als gevolg van de rechtshandeling ten aanzien van hem afdwingbaar zullen zijn.<sup>160</sup>

Daarenboven mag de wilsuiting van het rechtssubject niet zijn aangetast door een wilsgebrek. Dit is het geval wanneer de wilsuiting van het rechtssubject is aangetast door dwaling, bedrog, geweld, of gekwalificeerde benadeling.<sup>161</sup> Gekwalificeerde benadeling is een doctrinaire creatie.<sup>162</sup>

Een bespreking van de wilsgebreken vanuit gemeenrechtelijk perspectief gaat voorbij aan het opzet van deze masterproef. Daarvoor verwijzen we naar de talloze civielrechtelijke publicaties.<sup>163</sup> Evenwel zullen onder afdeling 3 de wilsgebreken worden besproken in het licht van een grondrechtbeperkende rechtshandeling. (*Infra* 33-34 nr. 113-114)

## § 2. Bekwaamheid

98. Een rechtshandeling kan maar geldig tot stand komen voor zover zij werd verricht door een bekwaam rechtssubject.<sup>164</sup> Hierbij dient een onderscheid gemaakt te worden tussen enerzijds rechtsbekwaamheid en anderzijds handelingsbekwaamheid.<sup>165</sup>

99. Rechtsbekwaamheid is de juridische bekwaamheid om titularis te zijn van rechten en plichten. Deze juridische bekwaamheid wordt ook wel rechtssubjectiviteit genoemd.<sup>166</sup> In beginsel beschikt ieder natuurlijk en rechtspersoon over rechtsbekwaamheid behoudens enkele specifieke in de wet voorziene uitzonderingen die in het licht van deze masterproef niet relevant zijn.<sup>167</sup> Relevant voor deze masterproef is de vraag of rechtssubjecten als titularis van grondrechten kunnen aangemerkt worden. Deze problematiek wordt verder besproken onder afdeling 3 (*infra* nr. 120-121).

100. Naast rechtsbekwaamheid vereist grondrechtbeperkend optreden van het rechtssubject handelingsbekwaamheid. Handelingsbekwaamheid houdt in dat ieder rechtssubject de (subjectieve) rechten waarvan hij drager is ook zélf en zelfstandig kan uitoefenen. In de Belgische rechtsorde is ieder rechtssubject in beginsel handelingsbekwaam behoudens bij wet voorziene uitzonderingen zoals minderjarigheid of personen met een zwakke geestestoestand.<sup>168</sup> Hieruit volgt dat rechten uit het IVRK in beginsel niet het voorwerp kunnen uitmaken van een grondrechtbeperkende rechtshandeling door minderjarigen omdat de titularissen van deze (subjectieve) rechten in beginsel niet handelingsbekwaam worden geacht en derhalve geen rechtshandelingen kunnen stellen.

<sup>159</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 39.

<sup>160</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 35.

<sup>161</sup> Artikel 1109 BW; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 42-43.

<sup>162</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 73.

<sup>163</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 44-84.

<sup>164</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 85.

<sup>165</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 85-95.

<sup>166</sup> A. NOLLKAEMPER, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Meppel, Boom Juridische Uitgevers, 2016, 48.

<sup>167</sup> Zie bijvoorbeeld Art 727 BW.

<sup>168</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 85-106.

### § 3. Voorwerp

101. Het voorwerp van een rechtshandeling is het concrete rechtsgevolg dat het rechtssubject beoogt.<sup>169</sup> Het voorwerp in het raam van een grondrechtbeperkende rechtshandeling is steeds het specifieke grondrecht dat het rechtssubject beoogt prijs te geven. Volgens JANSEN is dit recht steeds een subjectief recht.<sup>170</sup> Het beginsel van de wilsautonomie laat het rechtssubject in beginsel toe vrij het voorwerp van de rechtshandeling vast te stellen.<sup>171</sup> (*supra* nr. 81-83) Het voorwerp van de rechtshandeling is aan een aantal geldigheidsvoorwaarden onderworpen. Deze voorwaarden staan ingeschreven in de artikelen 1126-1130 BW. Naar gemeen verbintenissenrecht moet het voorwerp bestaan of tenminste kunnen bestaan, bepaald of bepaalbaar zijn. Voorts moet het voorwerp in de handel en geoorloofd zijn.<sup>172</sup> De geoorloofdheid valt uiteen in twee deelconcepten: enerzijds mag het voorwerp niet strijdig zijn met de regels van openbare orde (en goede zeden), anderzijds mag het voorwerp van de rechtshandeling niet strijdig zijn met de regels van dwingend recht.<sup>173</sup>

102. De toetsing van de geoorloofdheid van een rechtshandeling door middel van het openbare orde-criterium vormt de belangrijkste begrenzing van de wilsautonomie van het rechtssubject.<sup>174</sup> Deze toetsing is dus gericht naar de geoorloofdheid van de bepaalde prestatie *i.e.* de afstand van een grondrecht waardoor het rechtssubject zijn grondrecht prijsgeeft.<sup>175</sup> Gezien het concept "geoorloofdheid" van cruciaal belang is voor de geldigheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling en dus de kern van dit onderzoek raakt wordt deze problematiek verder uitgediept in de afzonderlijke afdeling 3 van dit hoofdstuk. (*Infra* nr. 123-134)

### § 4. Oorzaak

103. Opdat een grondrechtbeperkende rechtshandeling geldig tot stand kan komen is tot slot een geldige oorzaak vereist.<sup>176</sup> Wat deze oorzaak-vereiste concreet inhoudt, is tot op vandaag niet duidelijk. Rechtsgeleerden twisten immers over de inhoud van de oorzaakvereiste van een rechtshandeling.<sup>177</sup> Het gaat het bestek van deze masterproef te buiten om stil te staan bij deze discussie.

104. In deze masterproef wordt uitgegaan van de zogenoemde moderne visie die in navolging van VAN OMMESLAGHE naar voor werd gebracht. Volgens deze opvatting komt de oorzaakvereiste de volgende definiëring toe: "*de oorzaak van een rechtshandeling betreft het geheel van determinerende motieven en beweegredenen die geleid hebben tot het verrichten van die rechtshandeling*".<sup>178</sup> CORNELIS merkt treffend op dat er een belangrijke overlapping bestaat tussen het voorwerp van de verbintenis en de oorzaak van de verbintenis.<sup>179</sup>

105. Net zoals het voorwerp moet ook de oorzaak van een rechtshandeling geoorloofd zijn. Voor wat betreft de oorzaak vloeit dit voort uit art. 1133 BW. Concreet mogen dus de doorslaggevende

<sup>169</sup> S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht, boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 101-105.

<sup>170</sup> S. JANSEN, "Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling", *TBBR* 2011, 333-343

<sup>171</sup> S. JANSEN, "Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling". *TBBR*, 2011, 333-343.

<sup>172</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 122-140.

<sup>173</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 129.

<sup>174</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000,

<sup>175</sup> J. DE CONINCK, "Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken", *TBBR* 2004, 301-323; S. JANSEN, "Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling", *TBBR* 2011, 339.

<sup>176</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 140.

<sup>177</sup> S. STIJNS, *Leerboek verbintenissenrecht, boek 1*, Brugge, Die Keure, 2005, 101-105.

<sup>178</sup> P. VAN OMMESLAGHE, "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne", (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970 328-367.

<sup>179</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 143

beweegredenen bij de totstandkoming van de (grondrechtbeperkende) rechtshandeling niet strijdig zijn met de regels van openbare orde, goede zeden of dwingend recht.<sup>180</sup>

### **AFDELING 3. De gemeenrechtelijke geldigheidsvoorwaarden toegepast op de grondrechtbeperkende rechtshandeling**

#### **§ 1. Toestemming**

##### **A. Niet dubbelzinnig en vrij van dwang en goed geïnformeerd**

106. JANSEN merkt op dat overeenkomstig vaste rechtspraak van het HvC de toestemming bij afstand van recht restrictief wordt geïnterpreteerd. Zo moet een afstand van recht volgen uit de ondubbelzinnige verklaringen of gedragingen van het rechtssubject.<sup>181</sup> Afstand van recht wordt dan ook niet vermoed.<sup>182</sup>

107. Eenzelfde lijn volgt ook de rechtspraak van het EHRM. Zo moet afstand van grondrechten ondubbelzinnig tot stand komen.<sup>183</sup> Dit impliceert dat het rechtssubject in staat moet zijn om de gevolgen van zijn handelen redelijkerwijze te voorspellen.<sup>184</sup>

108. Met betrekking tot de geldigheid van de toestemming stelt het EHRM dat afstand van grondrechten (in een horizontale rechtsverhouding) met zeer grote zorgvuldigheid geëvalueerd moet worden.<sup>185</sup> Volgens het Hof kan een afstand van een grondrecht dan ook slechts geldig tot stand komen indien deze afstand op vrijwillige basis plaats vindt.<sup>186</sup>

In *Deweer v. België* bijvoorbeeld benadrukte het EHRM dat toestemming moet beschermd worden van diegene die instemt met een grondrechtbeperking. In *casu* had mijnheer Deweer een minnelijke schikking gesloten met het parket. Mijnheer Deweer hing een sluiting van zijn kleinhandelszaak boven het hoofd naar aanleiding van beweerde vaststellingen door de Economische Inspectie.

Indien Deweer bereid was een minnelijke schikking van 10.000 BEF (heden 250 euro) te betalen zou het parket niet overgaan tot vervolging waardoor Deweer zijn handszaak niet zou moeten sluiten. Evenwel deed hij door het sluiten van een minnelijke schikking afstand van het recht op toegang tot de rechter.

Door de disproportionele verhouding tussen beide sancties besloot het EHRM tot een schending van artikel 6 EVRM omdat de minnelijke schikking onder dwang werd aangegaan.<sup>187</sup>

109. De voorwaarde dat een afstand van recht ondubbelzinnig en vrij van dwang moet worden aangegaan volgt tevens uit het gemeen verbintenissenrecht. Zo kan dwang gesanctioneerd worden door het wilsgebrek geweld. Een dubbelzinnige toestemming kan dan weer als een gebrekkige toestemming worden beschouwd. (*infra* nr. 113-114)

<sup>180</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 147.

<sup>181</sup> S. JANSEN, "Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling", *TBBR* 2011, 337.

<sup>182</sup> S. JANSEN, "Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling", *TBBR* 2011, 337.

<sup>183</sup> EHRM 7 mei 1974, nr. 1936/63, Neumeister/Austria; Zie ook N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 337.

<sup>184</sup> EHRM 24 april 2008 nr. 14659/04 en 16855 04, *Dorozhko en Pozharskiy t. Estland*.

<sup>185</sup> EHRM 27 februari 1980 nr. 5903/75, *Deweere t. België*.

<sup>186</sup> EHRM 27 februari 1980 nr. 5903/75, *Deweere t. België*. Zie N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 337-339.

<sup>187</sup> EHRM 27 februari 1980 nr. 5903/75, *Deweere t. België*. Zie ook: N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 337-339.

110. Niettemin is het ons inziens nuttig en raadzaam om in het raam van een grondrechtbeperkende rechtshandeling expliciet de aandacht te vestigen op deze problematiek. Vaak zal een rechtssubject die overgaat tot het stellen van een grondrechtbeperkende rechtshandeling in een zwakkere positie staan dan zijn medecontract. In de rechtsleer werd dan ook reeds terecht gewezen op het feit dat “*de grens tussen toestemming en dwang niet altijd even duidelijk te trekken is*”.<sup>188</sup>

111. In navolging van het EHRM kan ons inziens dan ook beargumenteerd worden dat een zeer zorgvuldige beoordeling van de toestemming van een grondrechtbeperkende rechtshandeling aangewezen is. In dat verband kan een stilzwijgende toestemming die louter uit de gedragingen moet worden afgeleid problematisch zijn. In deel IV wordt dieper ingegaan op deze problematiek. (*infra* nr. 175-183)

### **B. De wilsgebrekenleer toegepast op de grondrechtbeperkende rechtshandeling**

112. VAN LEUVEN heeft in haar doctoraatsproefschrift reeds uitgebreid aangetoond dat de leer van de wilsgebreken een oplossing kan bieden om ongeldig aangegane toestemmingen op te sporen en te sanctioneren. Wij verwijzen naar VAN LEUVEN voor een uitgebreide bespreking van de wilsgebrekenleer op de grondrechtbeperkende rechtshandeling. Wij lichten hierna enkel enkele specifieke inzichten toe.<sup>189</sup>

Hierboven werd reeds gewezen op het feit dat een grondrechtbeperkende rechtshandeling ondubbelzinnig en vrij van dwang moet worden aangegaan. (*supra* nr. 107-112).

VAN LEUVEN beargumenteert dat in dat verband het wilsgebrek dwaling en het wilsgebrek geweld remediërend kunnen werken. Zo biedt dwaling een oplossing om de grondrechtbeperkende rechtshandeling die dubbelzinnig werd aangegaan te kanaliseren.<sup>190</sup> Zulks vereist wel dat de dwaling cfr. gemeen verbintenissenrecht betrekking heeft op de zelfstandigheid van de zaak *i.e.* een wezenlijk bestanddeel in hoofde van het rechtssubject dat overgaat tot de grondrechtbeperkende rechtshandeling.<sup>191</sup> VAN LEUVEN merkt treffend op dat het in het gemeenrecht gehanteerde onderscheid tussen de zgn. ‘essentiële elementen’ en de zgn. ‘substantiële elementen’ niet opgaat voor grondrechtbeperkende handelingen.<sup>192</sup>

113. Tevens kan de dwaling sanctionerend werken wanneer een partij die een grondrecht wil beperken onvoldoende haar wederpartij informeert. Er rust immers een informatieverplichting op de wederpartij.<sup>193</sup>

Wanneer een partij een beroep doet op het wilsgebrek van de dwaling om de grondrechtbeperkende rechtshandeling te sanctioneren met de relatieve nietigheid zal hij de vermeende dwaling ter beoordeling aan de rechter moeten voorleggen. Deze rechter zal *in concreto* moeten nagaan of de voorwaarden van dwaling vervuld zijn.<sup>194</sup>

<sup>188</sup> W. VAN LAETHEM, R. BAS, T. DECORTE, *Private politiezorg en grondrechten: de methoden van private bewaking en opsporing en de grondrechten van de mens*, Leuven, Universitaire pers, 1995, 173.

<sup>189</sup> Zie meer de volledige analyse: N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 349-364.

<sup>190</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 341-346.

<sup>191</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 341.

<sup>192</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 341.

<sup>193</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 362.

<sup>194</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 362.



Het wilsgebrek bedrog kan een oplossing bieden in de situatie wanneer een partij bewust gebruik maakt van kunstgrepen, leugens of omstandig stilzwijgen.<sup>195</sup> Het is voornamelijk het omstandig stilzwijgen dat in het kader van de grondrechtbeperkende rechtshandeling uitwegen biedt. Het is evenwel vereist dat het bedrog plaatsgrijpt met betrekking tot de elementen die objectief beschouwd pertinent zijn voor de rechtshandeling.

Volgens VAN LEUVEN biedt het wilsgebrek geweld de grootste perspectieven in het kader van de grondrechtbeperkende rechtshandeling. De dwaling zou opgevat kunnen worden als moreel geweld. Hiervoor is evenwel vereist dat de wederpartij deze dwang uitoefent door misbruik te maken van zijn machtspositie. Zulks moet evenwel leiden tot een disproportionele beperking van de wederpartij. Zoals gezegd, dient in het raam van grondrechtbeperkende handelingen eveneens rekening te worden gehouden met een feitelijk en juridisch onevenwichtige machtspositie. Hieruit volgt dat het wilsgebrek geweld sanctionerend kan werken bij de uitoefening van een machtspositie die disproportioneel werd aangewend.

In tegenstelling tot het wilsgebrek van de dwaling zal de rechter evenwel een ruimere interpretatie moeten toekennen en lijkt het wilsgebrek bedrog minder toepasbaar ter remediëring van de grondrechtbeperkende rechtshandeling. VAN LEUVEN pleit er derhalve voor de traditionele restrictieve interpretatie van geweld ruimer te interpreteren.<sup>196</sup>

Gekwalificeerde benadeling, tot slot biedt eveneens enkele perspectieven om desgevallend een grondrechtbeperkende overeenkomst die onder dwang is aangegaan met nietigheid te sanctioneren.<sup>197</sup> Deze dwang kan bestaan omwille van een verstoorde machtsverhouding bijvoorbeeld in een rechtsverhouding waarbij het rechtssubject een ondergeschikte positie bekleedt. Het is tevens die band van ondergeschiktheid dat een van de twee bestaansvoorwaarden vormt voor het wilsgebrek gekwalificeerde benadeling. Het tweede element betreft het misbruik van deze ondergeschiktheid. Naar gemeenrecht is er voldaan aan de vereisten van gekwalificeerde benadeling wanneer er een wanverhouding bestaat tussen de wederzijdse prestaties van de overeenkomst. VAN LEUVEN merkt op dat bij een grondrechtbeperkende overeenkomst de rechter zal moeten nagaan of de beperking disproportioneel is ten aanzien van het doel van de beperking. Een tweede problematiek is het gegeven dat de figuur van de gekwalificeerde benadeling doorgaans toepassing vindt in het vermogensrecht zodat de figuur van de gekwalificeerde benadeling ruim zal moeten opgevat worden zodat zij ook extrapatrimoniaal kan ingevuld worden.<sup>198</sup>

### C. De mogelijkheid tot herroeping van de toestemming?

114. Een laatste problematiek verbonden aan de toestemming in het licht van de grondrechtbeperkende rechtshandeling betreft de vraag in welke mate het rechtssubject gebonden kan blijven aan de grondrechtbeperkende rechtshandeling. Uit artikel 1134 BW volgt immers het beginsel dat overeenkomsten die geldig zijn aangegaan de partijen tot wet strekken. Dit zou impliceren dat de partij die een grondrechtbeperking van haar wederpartij heeft kunnen bedingen

<sup>195</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 362.

<sup>196</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 362.

<sup>197</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 363.

<sup>198</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 365.

deze beperking in rechte zou kunnen afdwingen. *Prima facie* lijkt deze gebondenheidsvereiste logisch.<sup>199</sup>

115. Toch kent ons recht heel wat uitzonderingen op het beginsel van de bindende kracht van overeenkomsten/rechtshandelingen.<sup>200</sup>

Voor wat betreft de gebondenheid aan de toestemming in het licht van de grondrechtbeperkende rechtshandelingen kan beargumenteerd worden dat een tempering van het hoger genoemd wetsartikel aangewezen is. Immers, zoals gezegd, komen grondrechtbeperkende rechtshandelingen vaak tot stand tussen partijen die in hun onderlinge verhouding een substantieel verschillende machtspositie jegens elkaar kunnen innemen.

116. Gezien de precaire situatie waarin het rechtssubject kan verkeren bij het grondrechtbeperkend handelen wordt in de rechtsleer ons inziens terecht opgemerkt dat de grondrechtbeperkende rechtshandeling steeds herroepbaar moet zijn.<sup>201</sup>

Steun voor deze stelling kan ons inziens gevonden worden in het feit dat grondrechten beogen de menselijke waardigheid te beschermen. Indien een rechtssubject gedwongen zou worden om tegen zijn wil uitvoering te geven aan een grondrechtbeperkende rechtshandeling staat dit haaks op de gedachte van de menselijke waardigheid.

DIRIX verwoordt zulks als volgt: *"Het is niet uitgesloten dat iemand op een (geoorloofde) wijze een contractuele aantasting van zijn grondrechten toelaat. Het kan echter niet zo zijn dat die aantasting daardoor onherroepelijk wordt. Dan moet hij zijn contractuele vrijheid kunnen herwinnen en in die zin blijven grondrechten werkelijk onvervreemdbaar. Ook iedere indirecte beperking van dit berouwsrecht via schadebeding of dwangsom is onduldbaar."*<sup>202</sup>

Volgens DIRIX kan er slechts sprake zijn van een schadevergoeding indien het herroepingsrecht op een kennelijk onzorgvuldige en dus willekeurige wijze wordt ingevuld.<sup>203</sup>

117. De herroeping van de toestemming impliceert aldus dat het onvoldoende wordt geacht dat de toestemming enkel aanwezig is bij het aangaan van de grondrechtbeperkende rechtshandeling. De toestemming zal ook nog steeds aanwezig moeten zijn op het moment dat het rechtssubject een aantasting van zijn grondrechten ondergaat.<sup>204</sup> DIRIX schrijft dat *"de mogelijkheid tot herroeping van de toestemming kan geconstrueerd worden als een ontbindende voorwaarde die aan de zijde van de schuldenaar potestatief mag zijn"*.<sup>205</sup>

De idee dat een toestemming in het licht van een grondrechtbeperkende rechtshandeling steeds herroepbaar moet zijn en geconstrueerd kan worden als een potestatieve voorwaarde lijkt *prima facie* een interessante denkpiste maar verdient nader onderzoek. Immers, volgens artikel 1174 BW is een verbintenis aangaan onder een potestatieve voorwaarde nietig.

<sup>199</sup> F. VERMANDER, *De opzegging overeenkomsten*, Intersentia, 2014, 377.

<sup>200</sup> F. VERMANDER, *De Opzegging overeenkomsten*, Intersentia, 2014, 381.

<sup>201</sup> W. VAN LAETHEM, R. BAS, T. DECORTE, *Private politiezorg en grondrechten: de methoden van private bewaking en opsporing en de grondrechten van de mens*, Leuven, Universitaire pers, 1995, 173; P. HUMBLET, *de gezagsuitoefening door de werkgever*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 270.

<sup>202</sup> E. DIRIX "overeenkomsten en menselijke waardigheid"(noot onder Turnhout 4 september 1989), *RW* 1988-89, 686.

<sup>203</sup> E. DIRIX "overeenkomsten en menselijke waardigheid"(noot onder Turnhout 4 september 1989), *RW* 1988-89, 686-687.

<sup>204</sup> E. DIRIX "overeenkomsten en menselijke waardigheid"(noot onder Turnhout 4 september 1989), *RW* 1988-89, 686-687.

<sup>205</sup> E. DIRIX "overeenkomsten en menselijke waardigheid"(noot onder Turnhout 4 september 1989), *RW* 1988-89, 686-687.

Rechtsleer nuanceert artikel 1174 BW en stelt enkel dat een zuiver potestatieve voorwaarde nietig is.<sup>206</sup> Een zuiver potestatieve voorwaarde is een voorwaarde die niet enkel afhangt van de wil van de schuldenaar (*i.e.* het rechtssubject die een grondrechtbeperking heeft bedongen.), maar tevens afhankelijk wordt gesteld van een externe voorwaarde.<sup>207</sup> Zulks impliceert dat naast de wil van het rechtssubject nog een andere voorwaarde bepalend moet zijn voor de herroeping van de toestemming. Is deze bijkomende voorwaarde niet aanwezig, dan zal zulks een zuiver potestatieve voorwaarde impliceren. In dat geval kan de toestemming van een grondrechtbeperkende rechtshandeling in beginsel niet herroepen worden. CLAESSENS en PEETERS merken op dat bepaalde rechtsleer onterecht voorhoudt dat een potestatieve voorwaarde in de praktijk bijna nooit voorkomt.<sup>208</sup>

Het komt uiteindelijk aan de feitenrechter toe om te oordelen of er al dan niet sprake is van een zuiver potestatieve voorwaarde.

Ons inziens kan gesteld kan worden dat de leer van de herroeping van de toestemming op basis van een zuiver potestatieve voorwaarde enkele risico's inhoudt. Het rechtssubject is immers afhankelijk van een bijkomende externe voorwaarde. Is deze voorwaarde niet voorhanden, dan is de herroeping in beginsel vernietigbaar.

118. Beargumenteed wordt daarom dat het beter is om de herroeping van de toestemming te construeren op basis van de leer van de overeenkomsten van onbepaalde duur.<sup>209</sup> VERMANDER merkt op dat deze overeenkomsten als principieel geldig worden beschouwd en als belangrijkste kenmerk hebben dat zij, behoudens rechtsmisbruik, steeds door elk van de contractpartijen kunnen worden opgezegd.<sup>210</sup> Hierdoor verkrijgt de grondrechtbeperkende rechtshandeling een precair karakter. Dit precair karakter laat de partij die een grondrechtbeperking heeft bedongen toe snel in te spelen op een zich wijzigende omgeving. Zulks biedt ons inziens perspectieven voor de grondrechtbeperkende rechtshandeling zodat het rechtssubject in de mogelijkheid verkeert om de prijsgegeven grondrechtbescherming te herwinnen. Met het oog op het bekomen van meer rechtszekerheid zijn de partijen in de mogelijkheid het precair karakter van de overeenkomst van onbepaalde duur te matigen door het bedingen van bepaalde opzegmodaliteiten.<sup>211</sup>

VERMANDER merkt op dat de verschilpunten tussen opzegging en herroeping sterk gerelativeerd moeten worden. De voornaamste verschilpunten betreffen de retroactiviteit.

Zo retroageert herroeping in tegenstelling tot de opzegging.<sup>212</sup> Dit impliceert dat strikt theoretisch enkel herroeping betrekking heeft op de toestemming. Toch is het ons inziens verantwoord om de herroeping en opzegging naast elkaar hier te behandelen. Kernpunt van bovenstaande analyse is dat een rechtssubject niet tegen zijn wil gedwongen kan worden uitvoering te geven aan een

<sup>206</sup> B. CLAESSENS en N. PEETERS, "Verbintenissen onder voorwaarde" in J. ROODHOOFT, (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 16-20.

<sup>207</sup> B. CLAESSENS en N. PEETERS, "Verbintenissen onder voorwaarde" in J. ROODHOOFT, (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 17.

<sup>208</sup> B. CLAESSENS en N. PEETERS, "Verbintenissen onder voorwaarde" in J. ROODHOOFT, (ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, losbl., 18.

<sup>209</sup> F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 371-455.

<sup>210</sup> F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 421.

<sup>211</sup> F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 421.

<sup>212</sup> F. VERMANDER, *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 68.

grondrechtbeperkende rechtshandeling. Evident zal herroeping van de toestemming steeds in het licht van de feitelijke omstandigheden *in concreto* onderzocht moeten worden.

## § 2. Bekwaamheid

119. Toegepast op de grondrechtbeperkende overeenkomst kunnen er enkele bijzonderheden worden opgemerkt met betrekking tot de bekwaamheid van het rechtssubject. Allereerst kan de vraag gesteld worden in welke mate het rechtssubject-natuurlijk persoon als volwaardig deelnemer kan beschouwd worden in het internationale recht. Dit is echter een voorwaarde om rechtsbekwaamheid te bezitten krachtens het internationaal recht.

120. Er heerste lange tijd discussie over de vraag of een rechtssubject over rechtsbekwaamheid kon beschikken in het internationale recht.<sup>213</sup> Deze discussie hield verband met de verschillende opvattingen over de horizontale werking van grondrechten. Zonder hier dieper op in te gaan, werd reeds gesteld dat een rechtssubject rechtsbekwaamheid heeft binnen het internationale recht. Ondersteuning voor deze meerderheidssopvatting is het argument dat niet enkel soevereine staten deelnemers zijn van het internationaal recht. Er nemen naast staten ook andere subjecten deel aan het internationale rechtsverkeer en deze subjecten zijn tevens drager van welbepaalde rechten en plichten.<sup>214</sup> Zo zijn internationale ondernemingen en natuurlijke personen deelnemers van het internationale recht.<sup>215</sup>

## § 3. Het voorwerp en de oorzaak

121. Zowel het voorwerp als de oorzaak van een rechtshandeling moeten geoorloofd zijn.<sup>216</sup> Zulks impliceert dat een rechtshandeling niet strijdig mag zijn met de regels van openbare orde, goede zeden en dwingend recht.<sup>217</sup> (*supra* nr. 102-106) Hierna onderzoeken we de (on)geoorloofdheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling in het licht van de openbare orde, goede zeden en de regels van dwingend recht.

### A. Het begrip "openbare orde"

122. Het begrip 'openbare orde' is een centraal rechtsbegrip. 'Openbare orde' komt in meerdere rechtstakken voor binnen het publiek- en privaatrecht.<sup>218</sup> In het kader van de studie naar de mogelijkheid en de wenselijkheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling is voornamelijk het begrip openbare orde vanuit het privaatrecht relevant. In het privaatrecht vormen de concepten openbare orde (goede zeden) en dwingend recht de belangrijkste begrenzings van de wilsautonomie van rechtssubjecten om hun rechtstoestand naar eigen goeddunken invulling te geven.<sup>219</sup> Het aangaan en de uitoefening van een grondrechtbeperkende rechtshandeling zal aldus begrensd worden door de concepten openbare orde, goede zeden, en dwingend recht.

Regels van openbare orde kunnen gedefinieerd worden als regels die tot doel hebben het algemeen belang te beschermen. Regels van dwingend recht daarentegen beogen particuliere belangen te

<sup>213</sup> N. HORBACH, R. LEFEBER en O. RIBBELINK, *Handboek internationaal recht*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 2007, 19-46.

<sup>214</sup> A. NOLLKAEMPER, *Kern van het internationaal publiekrecht*, Meppel, Boom Juridische Uitgevers, 2016, 48. N. HORBACH, R. LEFEBER en O. RIBBELINK, *Handboek internationaal recht*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 2007, 43-57.

<sup>215</sup> N. HORBACH, R. LEFEBER en O. RIBBELINK, *Handboek internationaal recht*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 2007, 19-46.

<sup>216</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 121-152.

<sup>217</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 121-152.

<sup>218</sup> J. DE CONINCK, "Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken", *TBBR* 2004, 305.

<sup>219</sup> F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht *sensu stricto* in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2707.

beschermen.<sup>220</sup> Het belangrijkste traditionele verschil tussen beide concepten betreft de sanctionering. Een schending van een regel van openbare orde wordt gesanctioneerd met absolute nietigheid. Een schending van een regel van dwingend recht wordt gesanctioneerd met relatieve nietigheid.<sup>221</sup> Zoals zal blijken dient dit onderscheid genuanceerd te worden. (*Infra* nr. 124-125)

Openbare orde wordt quasi altijd in één adem genoemd met de notie goede zeden (openbare orde en goede zeden). Het concept goede zeden is eveneens een bijzonder vaag begrip en moeilijk te definiëren.<sup>222</sup> In navolging van een arrest van het Luikse hof van beroep citeren VAN OMMESLAGHE en PEERAER het begrip goede zeden als: "*de moraal, bestaande uit gewoontes en tradities van een volk, die in voortdurende evolutie met de geestestoestand van een beschaving is.*"<sup>223</sup>

## **B. Relativering van klassieke driedeling "openbare orde", "goede zeden" en "dwingend recht"**

123. PEERAER wijst er op dat het klassieke onderscheid tussen de driedeling openbare orde, goede zeden en dwingend recht aan belang verliest.<sup>224</sup> Zowel het conceptuele onderscheid als de rechtsgevolgen die voortvloeien uit een schending van de regels van openbare orde of dwingend recht dienen enigszins genuanceerd te worden.<sup>225</sup> De auteur merkt op dat het klassieke onderscheidingscriterium, met name het onderscheid tussen het algemeen en particulier belang, niet langer zo zuiver is als eerst werd aangenomen. Treffend wordt gesteld dat het zeer moeilijk is uit te maken welke regels een particulier dan wel een openbaar belang dienen.<sup>226</sup> Particuliere belangen maken immers deel uit van het algemeen belang.<sup>227</sup> Dit lijkt des te meer het geval in het grondrechtendiscours.

124. Ook de klassieke tweedeling tussen absolute – en relatieve nietigheid is niet meer zo strikt. PEERAER stipt aan dat de rechtsgevolgen naar gelang de opgelegde sanctie genuanceerd kunnen worden omwille van diverse redenen.<sup>228</sup> Volgens de traditionele invulling van de nietigheidssanctie leidt de nietigheid ertoe dat een rechtshandeling zowel voor de toekomst als voor het verleden uit het rechtsverkeer wordt geweerd.<sup>229</sup>

Omwille van hogergenoemde evolutie inzake het onderscheid tussen de concepten openbare orde, goede zeden en dwingend recht zullen we ons voornamelijk focussen op de openbare orde als het begrenzingsinstrument van de grondrechtbeperkende rechtshandeling.

Om de grondrechtbeperkende rechtshandeling op zijn geoorloofdheid te toetsen zal eerst onderzocht worden of grondrechten tot de regels van openbare orde behoren. (C) Vervolgens zal, als deze eerste

<sup>220</sup> L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 121-152; F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2774.

<sup>221</sup> F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2705.

<sup>222</sup> F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2717..

<sup>223</sup> P. VAN OMMESLAGHE, met verwijzing naar Luik 22 november 1979; F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2707.

<sup>224</sup> F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2705-2805.

<sup>225</sup> Zie F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2705-2805.

<sup>226</sup> F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2708.

<sup>227</sup> F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2749..

<sup>228</sup> F. PEERAER, "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2751-2761.

<sup>229</sup> PEERAER, F., STIJNS, S., "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, afl. 7, 374-398.

vraag positief wordt beantwoord, onderzocht worden wat de gevolgen zijn voor de rechtsgeldigheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling. (D)

### C. **Grondrechten behoren tot de regels van openbare orde in het licht van artikel 6 BW**

125. Het begrip "openbare orde" wordt in de wet niet uitdrukkelijk gedefinieerd. Bij ontstentenis van een wettelijke definitie poogde DE PAGE in zijn *Traité élémentaire de droit civil belge* met succes het begrip openbare orde te definiëren. Volgens DE PAGE is een regel van openbare orde een rechtsregel die: "*de essentiële belangen van de Staat of van de gemeenschap raakt of die, in het privaatrecht, de juridische grondslagen vestigt waarop de economische of de morele orde van de maatschappij rust.*"<sup>230</sup> De definiëring van DE PAGE werd integraal overgenomen door het Hof van Cassatie en is momenteel nog steeds de geprefereerde definiëring in de Belgische rechtsorde.<sup>231</sup>

126. Uit de definitie van DE PAGE en het Hof van Cassatie zou aldus kunnen worden afgeleid dat grondrechten in hun geheel tot de openbare orde behoren omdat grondrechten nèt tot doel hebben de fundamentele waarden van onze samenleving te beschermen en grondrechten zodoende aan deze criteria lijken te beantwoorden. (*supra* 5 nr. 12) Dat grondrechten integraal tot de regels van openbare orde behoren, lijkt in de doctrine niet ter discussie te staan.<sup>232</sup>

### D. **De gevolgen voor de grondrechtbeperkende rechtshandeling?**

127. De kwalificatie van grondrechten als regels van openbare orde kan gevolgen hebben voor de beoordeling van de rechtsgeldigheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling. Zo bepaald artikel 6 BW: "*Aan de wetten die de openbare orde en de goede zeden betreffen, kan door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk worden gedaan.*"

*Prima facie* zou aldus – gelet op bovenstaande – kunnen worden betoogd dat grondrechtbeperkende rechtshandelingen automatisch aangetast worden door absolute nietigheid omwille van het ongeoorloofd karakter van het voorwerp of de oorzaak. Vanuit de idee dat grondrechten de grondslag van onze democratische samenleving vormen en verschillende aspecten van een 'menswaardig' leven waarborgen waardoor zij een subjectief belang van het rechtssubject overstijgen lijkt deze redenering niet ongefundeerd.<sup>233</sup>

In bepaalde rechtsleer lezen we: "*grondrechten hebben zowel een verticale als een horizontale werking. De verticale werking van de grondrechten betekent dat de burger zich ten opzichte van de overheid op de grondrechten kan beroepen. Omgekeerd ziet de overheid zich in haar handelen beperkt door deze grondrechten. Met de horizontale werking van de grondrechten wordt de werking van de grondrechten tussen burgers onderling bedoeld. Deze horizontale werking heeft tot gevolg dat contractuele afspraken die afbreuk doen aan de bedoelde fundamentele rechten of aan de wettelijke bepalingen die deze nader regelen, worden beteugeld met absolute nietigheid.*"<sup>234</sup>

<sup>230</sup> H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 111.

<sup>231</sup> Zie bijvoorbeeld recenter: Cass. 27 april 2011, c.10,0183.N/1.

<sup>232</sup> Y. HAECK en J. VANDE LANOTTE, *Handboek EVRM, deel 1*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 98., Zie ook AN OEVELEN, A., CATTOIR, B., COLPAERT, A., VAN LOON, M., VINCKX, R., VAN VALKENBORGH, L., De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden: algemene beginselen en een grondslagenonderzoek; J. VELAERS, "De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in XXste en XXIste eeuw" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De grondwet in groothoekperspectief Liber amicorum discipulumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia 2007, 151.

<sup>233</sup> J. VELAERS, "De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in XXste en XXIste eeuw" in B. PEETERS, J. VELAERS (eds.), *De grondwet in groothoekperspectief Liber amicorum discipulumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia 2007, 151; P. SENAËVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 105.

<sup>234</sup> A. VAN OEVELEN, B. CATTOIR, A. COLPAERT, M. VAN LOON, R. VINCKX, L. VAN VALCKENBORGH, "De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden: algemene beginselen en een grondslagenonderzoek", *TPR 2011*, 1370-1371.

Deze restrictieve opvatting van het openbare orde-begrip en de grondrechtbeperkende rechtshandeling lijkt in de lijn te liggen met de rechtspraak van het HvC. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van het volgende arrest van 29 september 2008.<sup>235</sup> De Franstalige kamer van het Hof van Cassatie lijkt een zeer terughoudende houding aan te nemen met betrekking tot de beoordeling van de geoorlooftheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling. Volgens het Hof van Cassatie is een overeenkomst die voorzag in een verbod voor een professionele voetballer een transfert te ondergaan zonder schriftelijke toestemming van de voorzitter van de club volstrekt nietig omdat het voorwerp en de oorzaak van deze overeenkomst strijdig is met de openbare orde en goede zeden. Het Hof van Cassatie oordeelde dat *"geen andere beperkingen mogen worden gesteld dan die welke bij wet, decreet of de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel worden bepaald, en dat de uitoefening van dat recht, met uitzondering van de gevallen die bepaald worden in de wet, in het decreet of in de in artikel 134 van de Grondwet bedoelde regel, niet belemmerd mag worden door de verplichting om een vergoeding te betalen aan een persoon die beweert rechten op iemand anders te hebben verkregen die de betaalde beroepsarbeid van laatstgenoemde beperken.*

*Aan de vrijheid om betaalde beroepsarbeid te verrichten, kunnen alleen de bij wet bepaalde beperkingen worden gesteld.*

*Een overeenkomst die, buiten de bij wet toegestane gevallen, ertoe strekt ten voordele van een van de partijen, te dezen de rechtsvoorganger van de verweersters, de andere partij, te dezen de eiser, te beletten zijn beroepsarbeid vrij te verrichten, heeft een ongeoorloofde oorzaak en is volstrekt nietig."*

#### **E. Noodzakelijke tempering van de werking van artikel 6 BW in het licht van de horizontale werking van grondrechten**

128. De opvatting dat een grondrechtbeperkende rechtshandeling *ipso facto* strijdig is met de regels van openbare orde en bijgevolg steeds een ongeoorloofd voorwerp of een ongeoorloofde oorzaak tot gevolg zou hebben kan dus om verschillende redenen niet worden bijgetreden. In de rechtsleer merken bepaalde auteurs terecht op dat een grondrechtbeperkende rechtshandeling niet *ipso facto* strijdig hoeft te zijn met de regels van openbare orde (goede zeden en dwingend recht).<sup>236</sup>

129. De opvatting die zou stellen dat iedere grondrechtbeperkende rechtshandeling automatisch absoluut nietig zou zijn wegens strijdigheid met de openbare orde dient dan ook enigszins te worden genuanceerd.

Allereerst kan opgemerkt worden dat openbare orde en goede zeden constant in evolutie zijn. Zulks kan geïllustreerd worden aan de hand van tal van voorbeelden uit de rechtspraak en evoluties van wetgeving en de maatschappelijke opvatting daaromtrent. Bijvoorbeeld het contract waarbij een persoon besluit te werken als stripteaseuse in een bar.<sup>237</sup>

Tevens zou een strikte interpretatie van het "openbare orde" en "goede zeden"-begrip afbreuk kunnen doen aan de beginselen van de wilsautonomie, het zelfbeschikkingsrecht en desgevallend

<sup>235</sup> Cass 29 september 2008, Arr.Cass. 2008, 2087; Zie ook N. VAN LEUVEN, "De invloed van het EVRM op het contractenrecht" in V.C. BALIE ANTWERPEN, *mensenrechten in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia 2016, 123-124.

<sup>236</sup> Zie N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 372; DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 1-35.

<sup>237</sup> E. DIRIX "Overeenkomsten en menselijke waardigheid"(noot onder Turnhout 4 september 1989), *RW* 1988-89, 686-687.

het subjectiefrechterlijk karakter van de bepaalde grondrechten. Wilsautonomie wordt eveneens als fundamentele waarde van de rechtsorde beschouwd.<sup>238</sup> (*Supra* nr. 77-90)

De privaatrechtelijke concepten openbare orde en goede zeden lijken niet zomaar strikt toepasbaar in de context van een grondrechtbeperkende rechtshandeling. Zo merkte DIRIX heel treffend op: *“dat het gevaar bestaat dat het hele systeem van het privaatrecht ervoor kan zorgen dat een recht ontwikkeld wordt krachtens welk iedere beperking van grondrechten in overeenkomsten de nietigheid van die overeenkomst zou kunnen meebrengen en dat in de extracontractuele sfeer iedere aantasting van een grondrecht recht geeft op een schadevergoeding al is er noch fout noch schade”*.<sup>239</sup>

De geoorloofdheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling zal dus aan een specifiek toetsingsregime moeten worden onderworpen. In dat verband merken RIMANQUE en PEETERS op dat *“het doel dat contractueel wordt nagestreefd moet rechtmatig en geoorloofd zijn”*. Hiertoe moet *“vervolgens het verband van evenredigheid worden beoordeeld tussen het nagestreefde doel en de beperking van het grondrecht.”*<sup>240</sup>

Ook VAN LEUVEN en VELAERS zijn voorstander om de geoorloofdheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling te beoordelen in het licht van het proportionaliteitsbeginsel.<sup>241</sup>

## F. **Tempering van de nietigheid onder invloed van het unierecht**

### I. **Het normdoel prevaleert**

130. PEERAER merkt op dat de klassieke nietigheidsleer onder invloed van het unierecht onder druk komt te staan.<sup>242</sup> Hij wijst erop dat in tegenstelling tot wat de doctrine vaak voorhoudt de aard van de overtreden norm niet van doorslaggevend belang is bij beoordeling van de rechtsgeldigheid van een rechtshandeling. Dit impliceert dat zelfs als bepaalde regels geacht worden te behoren tot regels van openbare orde dit niet steeds leidt tot absolute nietigheid.<sup>243</sup> Toegepast op de grondrechtbeperkende rechtshandeling betekent dit dat men onder bepaalde voorwaarden kan ontsnappen aan een nietigheidssanctie, niettegenstaande het openbare orde karakter van grondrechten.

131. Niet de aard van de norm staat hierbij centraal maar wel de doelstelling van de overtreden norm.<sup>244</sup> Om de doelstelling van een bepaalde norm vast te stellen stelt PEERAER voor om rekening te houden met een aantal factoren. Hierbij zou de inhoud van de rechtshandeling slechts één bepalende factor zijn. Zodat zelfs als het voorwerp van de verbintenis een ongeoorloofd karakter heeft, het niet automatisch tot nietigheid moet leiden indien deze nietigheid een disproportionele remedie uitmaakt en de ongeoorloofdheid van het voorwerp van de verbintenis niet slechts een factor

<sup>238</sup> E. SWAENEPOEL, *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 1-26.

<sup>239</sup> E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 49.

<sup>240</sup> E. DIRIX, "Grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 49.

<sup>241</sup> N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 373; • J. VELAERS, "De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in XXste en XXIste eeuw" in B. PEETERS B., J. VELAERS. (eds.), *De grondwet in groothoekperspectief liber amicorum discipulumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia 2007, 149-152.

<sup>242</sup> F. PEERAER, S. STIJNS, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, 375.

<sup>243</sup> F. PEERAER, S. STIJNS, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, 378.

<sup>244</sup> F. PEERAER, S. STIJNS, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, 378.



in de afweging betreft.

Andere bepalende factoren om het normdoel van overtreden regels te bepalen zijn de doelstelling van de rechtshandeling. Zo zal de nietigheidssanctie slechts verantwoord zijn indien de overeenkomst enkel ongeoorloofde beweegredenen tot doel heeft. Wanneer de ongeoorloofde beweegredenen slechts van bijkomend belang zijn, dan verantwoorden zij op zich niet de toepassing van de nietigheidssanctie.<sup>245</sup> Een derde factor die bepalend kan zijn betreft de omstandigheid waarin de rechtshandeling wordt verricht zodat, indien het beschermingsdoel onverschillig staat tegenover de inhoud van de rechtshandeling, de nietigheidssanctie op zich niet verantwoord is. Een vierde element dat bij de beoordeling van het normdoel een rol van betekenis kan vervullen betreft de vraag wie de bestemming van de norm is. Indien de bestemming geen belang heeft bij een eventuele nietigheid is deze nietigheid niet steeds aangewezen. Een laatste element dat PEERAER naar voor schuift, en dat ons inziens doorslaggevend is voor de grondrechtbeperkende handeling, betreft de *"aanwezigheid van zwaarwegende belangen van de gemeenschap of van derden"*.<sup>246</sup> Indien de normschending tot gevolg heeft dat afbreuk wordt gedaan aan fundamentele beginselen waaronder de beginselen vervat in de grondwet, het EVRM en het handvest van de grondrechten van de EU *"zou de nietigheid meer voor de hand liggen dan de geldigheid"*.<sup>247</sup>

Volgens PEERAER moeten al deze elementen worden betrokken bij de complexe afweging of de nietigheid een gepaste sanctie uitmaakt en bijdraagt aan het normdoel.

## II. **De nietigheid moet aangepast zijn aan de feitelijke omstandigheden waarin zij uitwerking krijgt**

132. PEERAER vestigt tevens de aandacht op het feit dat de Belgische rechtspraak meer aandacht moet besteden aan de feitelijke context waarin desgevallend moet worden overgegaan tot het uitspreken van een nietigheid. Hierbij staat volgens PEERAER de doelmatigheid van de nietigheid centraal. Nietigheid is maar geschikt *"als zij kan bijdragen aan de verwezenlijking van de doelstelling van de geschonden norm"*.<sup>248</sup>

Zo is het aangewezen dat de rechter steeds een proportionaliteitsafweging maakt alvorens een nietigheidssanctie uit te spreken. Slechts als de nietigheidssanctie deze proportionaliteitsafweging doorstaat in het licht van de feitelijke omstandigheden vormt de nietigheidssanctie een geschikt instrument. In andere gevallen is het beter de burgerlijke gevolgen van de rechtshandeling te tolereren.<sup>249</sup>

### **Conclusie op het oog met wat volgt.**

133. Om naar Belgisch recht op een rechtsgeldige wijze een rechtshandeling te stellen, moet allereerst worden voldaan aan de gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten uit artikel 1108 BW.

<sup>245</sup> F. PEERAER, S. STIJNS, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, 380.

<sup>246</sup> F. PEERAER, S. STIJNS, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, 381.

<sup>247</sup> F. PEERAER, S. STIJNS, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, 381.

<sup>248</sup> F. PEERAER, S. STIJNS, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, 383.

<sup>249</sup> Zie F. PEERAER, S. STIJNS, "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, 381-389.

Gesteld wordt dat de toepassing van de gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten uit artikel 1108 problematisch kan in zijn in het licht van de beoordeling van de geoorloofdheid van de grondrechtbeperkende handeling. Een zeer restrictieve opvatting van art. 6 BW impliceert dat iedere grondrechtbeperkende rechtshandeling uit het rechtsverkeer moet worden geweerd. Dit is om verschillende redenen niet wenselijk. Een noodzakelijke tempering van artikel 1108 en artikel 6 BW lijkt aangewezen en hoeft niet noodzakelijk *contra legem* te zijn.

Om een grondrechtbeperkende rechtshandeling op zijn geoorloofdheid te toetsen, wordt door verschillende rechtsgeleerden opgemerkt dat de geoorloofdheid kan getoetst worden aan de hand van het proportionaliteitsbeginsel.

### **CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN BIJ DEEL 3**

134. Een (zuiver) horizontale afstand van grondrechten impliceert een rechtshandeling. Naar Belgisch recht kan een rechtshandeling slechts geldig tot stand komen als voldaan is aan de gemeenrechtelijke geldigheidsvereisten uit 1108 BW. Voor de grondrechtbeperkende rechtshandelingen lijken deze geldigheidsvereisten niet zonder meer te volstaan. Problematisch is voornamelijk de geoorloofdheid van de grondrechtbeperkende handeling. Een zeer restrictieve opvatting van art. 6 BW zou impliceren dat iedere grondrechtbeperkende rechtshandeling uit het rechtsverkeer moet geweerd worden. Dit is om verschillende redenen niet wenselijk. Om een grondrechtbeperkende rechtshandeling op zijn geoorloofdheid te toetsen kan de beoordeling op grond van proportionaliteit van de bedongen grondrechtbeperking een geschikt instrument bieden. Hoe het proportionaliteitsbeginsel kan fungeren om de grondrechtbeperkende rechtshandeling op zijn geoorloofdheid te toetsen wordt onder andere in het volgende deel van deze masterproef onderzocht.

**DEEL IV. AANBEVELING: EEN SYSTEMATISCH TOETSINGSKADER TER BEOORDELING VAN DE (ON)GEOORLOOFDHEID VAN HET GRONDRECHTBEPERKEND HANDELEN DOOR HET RECHTSSUBJECT**

**HOOFDSTUK 1. Verantwoording van het voorgestelde systematisch toetsingskader**

**AFDELING 1. Inleiding**

135. Recapitulerend wijst de term 'verticale grondrechtbeperking' in deze masterproef op een beperking die is aangebracht door de overheid. De term 'horizontale grondrechtbeperking' wijst op het feit dat het rechtssubject overgaat tot het stellen van een grondrechtbeperkende rechtshandeling jegens de overheid. Deze grondrechtbeperking vertrekt vanuit de contractvrijheid en de wilsautonomie van rechtssubjecten. Vandaar dat deze terminologie wordt aangewend. De term 'zuivere horizontale' grondrechtbeperking wijst binnen dit onderzoek op grondrechtbeperkingen tussen rechtssubjecten onderling (*supra* nr. 59-60).

136. In dit hoofdstuk zal allereerst worden uiteengezet waarom de afwezigheid van een (systematisch) toetsingskader voor de beoordeling van de geoorloofdheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling in de (zuiver) horizontale rechtssfeer problematisch is (afdeling 2). Vervolgens zal beargumenteerd worden waarom we willen onderzoeken of er *mutatis mutandis* gebruik kan worden gemaakt van het door het EHRM ontwikkelde toetsingskader ter beoordeling van de grondrechtbeperkende rechtshandeling (afdeling 3).

**AFDELING 2. De noodzaak van een systematisch toetsingskader**

137. Uit deel III blijkt dat louter privaatrechtelijke concepten zoals 'regels behorende tot openbare orde' in de zin van artikel 6 BW en de 'geoorloofdheid' van het 'voorwerp' en de 'oorzaak' in de zin van de artikelen 1108, 1131 en 1332 BW onvoldoende houvast bieden om de grondrechtbeperkende rechtshandeling op haar geldigheid te beoordelen. De (burgerlijke) rechter kan dan ook quasi iedere grondrechtbeperkende rechtshandeling nietig verklaren verwijzende naar de definiëring van DE PAGE en het HvC waarbij grondrechten worden geacht te behoren tot de regels van de openbare orde. (*Supra* nr. 122-133)

138. In het licht van de positieve verplichting tot het respecteren van grondrechten kunnen tevens publiekrechtelijke figuren en denkpatronen een geldigheidstoetsing van de grondrechtbeperkende rechtshandeling beïnvloeden. Staatsaansprakelijkheid is immers in het geding indien de staat niets onderneemt tegen grondrechtsschendingen, zelfs indien deze grondrechtsschendingen tot stand komen in een (zuiver) horizontale rechtsverhouding. De staat zal zich pas van haar verplichting kunnen ontdoen wanneer de beperking overeenstemt met de geest en de letter van de beschermingsplicht die uit de betrokken grondrechtbepaling voortvloeit. (*Supra* nr. 70-75)

139. Hierdoor ontstaat er een spanningsveld tussen het traditioneel gescheiden publiek- en privaatrecht. Tot het privaatrecht behorende principes worden in essentie toegepast op een publiekrechtelijke figuur (grondrechten). Daarnaast kunnen traditioneel tot het publiekrechtelijk behorende principes zoals legaliteit, legitimiteit en proportionaliteit op een in beginsel

privaatrechtelijke figuur (een privaatrechtelijke rechtshandeling) toegepast worden. (*Supra* nr. 128). Hieruit volgt dat we de grondrechtbeperkende rechtshandeling kunnen omschrijven als een "rechtsfiguur *sui generis* met hybride kenmerken".

140. Omwille van deze kenmerken is de beoordeling van de geldigheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling een bijzonder complex gegeven. Het risico dat de rechter of een andere actor verloren dreigt te lopen in het 'bos' van de door elkaar lopende privaatrechtelijke en publiekrechtelijke bomen lijkt inherent aanwezig. Het grondrechtbeperkend handelen door het rechtssubject wordt om hogergenoemde reden gekenmerkt door een hoge graad van rechtsonzekerheid. In wat volgt zullen we onderbouwen dat het aangewezen is dat het grondrechtbeperkend handelen in een (zuiver) horizontale rechtsverhouding 'nood' heeft aan een systematisch toetsingskader met het oog op het bevorderen van de rechtszekerheid.

### **AFDELING 3. Doorwerking van het publiekrechtelijk beperkingssysteem om de privaatrechtelijke rechtshandeling op haar rechtsgeldigheid te toetsen als ratio**

141. Uit wat voorafgaat kan afgeleid worden dat bij de beoordeling van de grondrechtbeperkende rechtshandeling in een (zuiver) horizontale rechtssfeer een spanningsveld kan ontstaan omdat zowel vanuit een privaat- als een publiekrechtelijke invalshoek de grondrechtbeperkende rechtshandeling *ab initio* behept is met eventuele nietigheid.

142. Nochtans is de grondrechtbeperkende rechtshandeling een vaak voorkomende en daarom belangrijke rechtshandeling in ons rechtssysteem (*supra* inleiding nr. 2). Daarom stellen we dat de geoorloofdheid en dus ook het bestaansrecht van de grondrechtbeperkende rechtshandeling moet worden beoordeeld op basis van wat in essentie belangenafweging is. (*infra* nr. 193)

Aan de ene kant staat het belang dat het rechtssubject heeft bij het afstand doen van bepaalde grondrechten met het oog op het organiseren van zijn persoonlijke rechtstoestand, op basis van zijn wilsautonomie en de daaruit volgende contractvrijheid desgevallend het zelfbeschikkingsrecht.

Aan de andere kant staat het belang dat moet worden gehecht aan het fundamenteel karakter van grondrechten in een bepaalde situatie om enkele fundamentele waarden van onze democratische samenleving en het menswaardig bestaan te beschermen, niet in het minst de menselijke waardigheid van het rechtssubject.

143. Zoals reeds herhaaldelijk vermeld, is het statelijk grondrechtbeperkend handelen gestoffeerd met een uitgebreid juridisch kader om uit te maken of deze grondrechtbeperking gerechtvaardigd is. In wat volgt wordt onderzocht of en in welke mate deze publiekrechtelijke beperkingssystematiek kan doorwerken bij de beoordeling van de geoorloofdheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling in de (zuiver) horizontale rechtssfeer.

Centraal staat de vraag: "kan het door het EHRM ontwikkelde juridisch kader ter beoordeling van het statelijk grondrechtbeperkend handelen, gelet op de aanvaarding van de horizontale werking van grondrechten, bijdragen om op een meer systematische, geobjectiveerde en proportionele wijze de rechtsgeldigheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling *mutatis mutandis* te beoordelen?"

Een belangrijk argument dat deze stelling *a priori* kan ondersteunen, bevindt zich in de leer van hetgeen door RIMANQUE en PEETERS omschreven werd als 'de theorie van de analogie van de

macht'. Deze theorie stelt dat ook dat privaatrechtelijke verhoudingen machtselementen kunnen vertonen. Privaatrechtelijke verhoudingen vertonen dus grote gelijkenissen met de verhouding van rechtssubjecten jegens de staat. Er werd reeds gewezen op het feit dat grondrechtbeperking vaak plaatsvindt in arbeidsrechtelijke verhoudingen zodat met deze leer rekening kan gehouden worden.<sup>250</sup>

SOMERS poneert dat door de toename van de machtspositie (van privaatrechtelijke instellingen een onderscheid met overheidsorganen steeds moeilijker te verantwoorden valt.<sup>251</sup>

Daarnaast dragen staten zoals gezegd, de verplichting om mensenrechten te beschermen in privaatrechtelijke rechtsverhoudingen, en om deze reden kan de rechtspraak van het EVRM ter zake toepassing vinden.

#### **AFDELING 4. Afbakening**

144. Het EVRM biedt de ruime rechtsbescherming met betrekking tot grondrechten (*Infra* nr. 46)

De beperkingssystematieken van het EVRM is verder geconcretiseerd door het EHRM. Om deze reden zullen wij enkel onderzoeken of en in welke mate de beperkingssystematieken, zoals hoofdzakelijk ontwikkeld door het EHRM, dienstbaar kunnen zijn in de horizontale rechtsverhoudingen.

Om het toetsingskader concreter te maken zullen ook enkele modellen inzake het leerstuk van botsing van grondrechten worden besproken.

145. Dit deel bestudeert dus niet de beperkingssystemen van de Belgische Grondwet of de systemen zoals voorzien in de Internationale grondrechtverdragen. Niettemin bestaat er een analogie tussen de verschillende beperkingssystemen; in die zin dat grondrechten slechts beperkt kunnen worden wanneer *in globo* voldaan is aan een driedelige toets waarbij hoofdzakelijk de legaliteit, legitimiteit en proportionaliteit onderzocht wordt.

Hier willen we vooral aantonen dat grondrechtbeperkingen in een (zuiver) horizontale rechtssfeer op een meer systematische en objectieve wijze beoordeeld kunnen worden door een doorwerking van het door het EHRM ontwikkelde kader ter beperking van de grondrechtbepalingen vervat in het EVRM.

Dit onderzoek zal resulteren in een toetsingskader dat *in abstracto* als richtsnoer kan dienen voor de beoordeling van de geoorloofdheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling in een (zuiver) horizontale rechtssfeer, zonder de ambitie exhaustief te zijn. Het voorgestelde kader kan echter onmogelijk rekening houden met alle mogelijke uitzonderingen die potentieel uit feitelijke omstandigheden kunnen voortvloeien. We verkiezen dan ook een systematische benadering in plaats van een casuïstische benadering. Met eventuele belangrijke uitzonderingen wordt uiteraard wel rekening gehouden.

146. Het toetsingskader houdt evenmin rekening met een eventuele straf- of sociaalrechtelijke dimensie bij het grondrechtbeperkend handelen door het rechtssubject. Het grondrechtbeperkend handelen wordt hier louter vanuit een publiek- en privaatrechtelijke invalhoek bestudeerd. Implicaties van andere rechtstakken komen derhalve niet aan bod.

<sup>250</sup> K. RIMANQUE, P. PEETERS, "de toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen private personen" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 21-22.

<sup>251</sup> S. SOMERS, "De horizontale werking van mensenrechten in het verticaal aansprakelijkheidsrecht", *TBP* 2014, 353-354.

**Conclusie op het oog met wat volgt**

147. Doordat grondrechtbeperkingen in een zuiver horizontale – of horizontale rechtsverhouding niet voorzien werden van een wetgevend kader of in veel mindere mate voorzien werden van een systematische toetsing door het EHRM, wordt de grondrechtbeperkende rechtsfiguur gekenmerkt door een hoge graad van onzekerheid. Grondrechtbeperkingen in de verticale rechtsverhoudingen zijn daarentegen vaak voorzien van een wettelijke grondslag. Daarnaast heeft de rechtspraak van het EHRM een uitgebreid toetsingskader ontwikkeld ter beoordeling van de wettigheid van het statelijk grondrechtbeperkend handelen. Hoewel de verticale rechtsverhouding gezien haar aard inherent van de horizontale rechtsverhouding verschilt, kan er toch gewag gemaakt worden van een zekere vorm van analogie. Ook rechtssubjecten zullen wanneer zij overgaan tot een grondrechtbeperkende handeling zeer vaak in een situatie komen waarbij de feitelijke machtsverhouding tussen rechtssubjecten gelijkenissen vertoont met de verhouding jegens de overheid.

148. Om deze reden wordt verder nagegaan of en in welke mate het door het EHRM ontwikkelde toetsingskader *mutatis mutandis* als ratio kan fungeren voor de beoordeling van de geoorlooftheid van de grondrechtbeperkende handeling die tot stand komt in een horizontale of zuiver horizontale rechtssfeer.



## HOOFDSTUK 2. Voorafgaande beschouwing: de "uitsluitingsleer"

### AFDELING 1. Inleiding

149. Zowel vanuit een privaatrechtelijke alsook vanuit een publiekrechtelijke invalshoek kan *prima facie* beargumenteerd worden dat niet van alle grondrechten *a priori* afstand kan worden genomen.

Vanuit privaatrechtelijke invalshoek kunnen bepaalde grondrechten tevens als zogenoemde persoonlijkheidsrechten gekwalificeerd worden. (*Infra* 49 nr. 150) Vanuit een publiekrechtelijke invalshoek kunnen bepaalde grondrechten dan weer als absolute rechten beschouwd worden. (*Infra* 50 nr. 151)

Indien bepaalde grondrechten effectief *a priori* uitgesloten kunnen worden om er middels een rechtshandeling afstand van te nemen kan er gewag worden gemaakt van hetgeen we omschrijven als de 'uitsluitingsleer'.

We bespreken hierna de eventuele kwalificatie en gevolgen van bepaalde grondrechten als 'persoonlijkheidsrechten'. (afdeling 2) Vervolgens komen de kwalificatie en gevolgen van bepaalde grondrechten als absolute rechten aan bod. (afdeling 3)

Indien bepaalde grondrechten effectief worden uitgesloten om het voorwerp uit te maken van een grondrechtbeperkende rechtshandeling, omwille van hun kwalificatie als zijnde 'absolute-' of persoonlijkheidsrechten, is het zinloos om het door het EHRM ontwikkelde toetsingskader verder toe te passen op deze rechten. Om deze reden bespreken we het leerstuk voorafgaand aan de bespreking van het effectief toetsingskader in het volgende hoofdstuk 3 van huidig deel.

### AFDELING 2. Grondrechten als persoonlijkheidsrechten

150. Bepaalde grondrechten zouden, zoals hierboven gesteld, vanuit een zuiver privaatrechtelijke invalshoek gekwalificeerd kunnen worden als zogenoemde 'persoonlijkheidsrechten'.

SENAEVE definieert persoonlijkheidsrechten als: "*het geheel van subjectieve rechten waarvan elkeen door de enkele omstandigheid van persoon-zijn, titularis is, en die er toe strekken m.b.t. de fysieke, psychische en morele bestanddelen van zijn persoonlijkheid rechtsbescherming te bieden*".<sup>252</sup>

Er bestaat derhalve een inhoudelijke en formele analogie tussen grondrechten en persoonlijkheidsrechten.<sup>253</sup> Zowel persoonlijkheidsrechten als grondrechten beogen immers fundamentele waarden te beschermen.<sup>254</sup> (*Supra* inleiding nr. 13)

Grondrechten en persoonlijkheidsrechten vallen daarentegen niet volledig samen. Ieder persoonlijkheidsrecht kan tevens geïnterpreteerd worden als een grondrecht, maar omgekeerd is niet ieder grondrecht een persoonlijkheidsrecht.

SENAEVE schrijft: "*waar grondrechten publiekrechtelijk geconstrueerde beschermingsregels inhielden, vormden persoonlijkheidsrechten een verfijning van de privaatrechtelijke bescherming van de mens*".<sup>255</sup>

<sup>252</sup>P. SENAEVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 105.

<sup>253</sup>P. SENAEVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 105.

<sup>254</sup>P. SENAEVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 105.

<sup>255</sup>P. SENAEVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 105.



Voorbeelden van grondrechten die tevens persoonlijkheidsrechten uitmaken, zijn het recht op leven (artikel 2 EVRM) of het recht op eerbiediging van het privéleven (artikel 8 EVRM).<sup>256</sup>

Voorbeelden van grondrechten die géén persoonlijkheidsrechten uitmaken zijn het recht op een eerlijk proces of het recht op eigendom.<sup>257</sup>

GULDIX en WYLLEMAN hebben opgemerkt dat bepaalde civielrechtelijke auteurs persoonlijkheidsrechten aanzien als: "*algemene, absolute, extra patrimoniale, private subjectieve rechten, die onbeschikbaar zijn onder levenden en niet overgedragen kunnen worden op de erfgenamen. (...) Persoonlijkheidsrechten kleven als het ware aan ieder rechtssubject van bij zijn geboorte tot bij zijn overlijden.*"<sup>258</sup>

Zo poneert ook STIJNS: "*ook persoonlijkheidsrechten vallen principieel buiten de handel: hierover kan men niet beschikken door middel van een overeenkomst of door middel van afstand.*"<sup>259</sup>

STIJNS nuanceert hogergenoemde stelling evenwel door op te merken dat: "*de onbeschikbaarheid van een persoonlijkheidsrecht sluit nochtans niet uit dat de persoonswaarde of het persoonsbestanddeel dat het beschermt (beperkt) beschikbaar kan zijn in het belang van de persoon zelf of omwille van andermans (evenwaardig) persoonlijkheidsrecht.*"<sup>260</sup>

Terecht werd door GULDIX en WYLLEMAN opgemerkt dat het extrapatrimoniale karakter en de kenmerken van de onbeschikbaarheid en onoverdraagbaarheid op kritiek stuiten. Net omdat *verschillende elementen die tot de persoonlijke levenssfeer behoren dagelijks en zonder te veel weerstand in het objectieve recht ten gelde worden gemaakt.*<sup>261</sup>

Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen enerzijds het persoonlijkheidsrecht en anderzijds de persoonswaarde. Enkel het persoonlijkheidsrecht is in beginsel onbeschikbaar en extra patrimoniaal<sup>262</sup> (waardoor het rechtssubject er geen afstand van kan doen).

Over de persoonswaarde kan wel beschikt worden. Dit gebeurt frequent in onze Belgische rechtsorde. Beschikken over de persoonswaarde moet evenwel geschieden binnen de grenzen gesteld door de wet. Bovendien is dit herroepbaar.<sup>263</sup> Deze stelling verdient bijval. Eerder werd door ons eensluidend betoogd (*supra* 34 35 nr. 115-119).

Beschikken over de persoonswaarde doet geen afbreuk aan de onbeschikbaarheid van het extra patrimoniale karakter van persoonlijkheidsrechten maar moet gezien worden als een uitoefening van dat recht.

Persoonlijkheidsrechten hebben mogelijk een absoluut karakter. Dit impliceert echter niet dat persoonlijkheidsrechten steeds en overal voorrang moeten hebben op andere rechten en belangen. "Absoluut" wil in deze betekenis slechts zeggen dat persoonlijkheidsrechten een *erga omnes* geldingskracht hebben. Dit bevat een belangrijke analogie met de grondrechtfilosofie omdat *dit erga omnes* karakter verantwoord wordt door de functie die ze hebben bij de bescherming van de

<sup>256</sup> P. SENAEEVE, *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 105.

<sup>257</sup> Zie ook K. RIMANQUE, P. PEETERS, "de toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen private personen" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 7.

<sup>258</sup> E. GULDIX en A. WYLLEMAN, "De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch Privaatrecht", *TPR* 1999, 1599.

<sup>259</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 97.

<sup>260</sup> S. STIJNS, *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 97.

<sup>261</sup> E. GULDIX en A. WYLLEMAN, "De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch Privaatrecht", *TPR* 1999, 1599.

<sup>262</sup> E. GULDIX en A. WYLLEMAN, "De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch Privaatrecht", *TPR* 1999, 1600.

<sup>263</sup> E. GULDIX en A. WYLLEMAN, "De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch Privaatrecht", *TPR* 1999, 1600.

menselijke waardigheid. *“Ook persoonlijkheidsrechten ontsnappen in geval van conflicten niet aan een belangenafweging.”*

Beschikken over persoonlijkheidsrechten is uiting geven van de eigen persoonlijkheid waarbij rechtssubjecten ofwel bescherming ofwel beschikking kunnen nastreven. Het voorwerp van persoonlijkheidsrecht is dan niet het bestanddeel dat aan het persoonlijkheidsrecht één specifieke naam geeft, maar betreft de vrijheid van het rechtssubject haar relatie jegens derden ten aanzien van de persoonswaarde vorm te geven.

De kwalificatie van bepaalde grondrechten belet geenszins dat deze grondrechten het voorwerp kunnen uitmaken van een grondrechtbeperkende rechtshandeling. Indien een rechtssubject afstand doet van een grondrecht dat tevens een persoonlijkheidsrecht is, kan dit beschouwd worden als een uitoefening van dat persoonlijkheidsrecht.

### **AFDELING 3. Grondrechten als ‘absolute rechten’**

151. Het EVRM en haar protocollen kunnen worden opgedeeld in zgn. ‘absolute’ en ‘relatieve’ grondrechten.<sup>264</sup> Van een absoluut recht kan in beginsel niet worden afgeweken, noch kan het aan statelijke beperkingen of inmengingen onderworpen worden.<sup>265</sup> Een relatief recht daarentegen kan in principe aan afwijkingen, beperkingen of inmengingen onderworpen worden. VANDE LANOTTE omschrijft een relatief recht als: *“een verdragsrecht dat inhoudelijk en naar reikwijdte duidelijk wordt omschreven, maar in tegenstelling tot absolute rechten onderworpen kan worden aan beperkingen of inmengingen, als gevolg waarvan de bescherming met betrekking tot een bepaalde situatie mogelijk niet van toepassing is omdat de bescherming van een ander belang of recht de toepassing ervan verhindert”*.<sup>266</sup> Zulks kan het geval zijn wanneer de bescherming van een ander belang of recht de toepassing van het relatieve grondrecht verhindert.<sup>267</sup> De met elkaar conflicterende rechten zullen onder strikte voorwaarden tegenover elkaar afgewogen worden met inachtneming van het proportionaliteitsbeginsel.<sup>268</sup>

152. DIRIX bemerkt dat *“het verlenen aan burgers van het recht om hun interne rechtsverhoudingen contractueel te regelen komt neer op het creëren van wetgeving inter partes en moet net zoals die bevoegdheid wordt verleend aan de wetgever uitgeoefend worden in overeenstemming met de grondwet. Concreet betekent dit dus dat geen beperking van een grondrecht mag worden bedongen wanneer dat ook niet aan de overheid wordt toegestaan. Aan grondrechten waaraan geen beperkingsmogelijkheid is voorzien kan in overeenkomst niet aan worden verzaakt.”*<sup>269</sup>

Als we deze redenering doortrekken, zou dit impliceren dat rechtssubjecten in beginsel geen grondrechtbeperkende rechtshandelingen kunnen aangaan over absolute rechten omdat overheden in beginsel absolute rechten niet mogen beperken. Meer concreet toegepast betekent dit bijvoorbeeld dat rechtssubjecten niet middels een rechtshandeling kunnen beschikken over recht op leven, het

<sup>264</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92.

<sup>265</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92; A. GEWIRTH, “Are there any absolute rights?”, *The Philosophical Quarterly* 1981, nr. 122, (1) 2;

*Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights*, *Human Rights Law Review* 2012, (723) 729.

<sup>266</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92.

<sup>267</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92.

<sup>268</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92.

<sup>269</sup> E. DIRIX, “Grondrechten en overeenkomsten” in K. RIMANQUE, (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 41-42.

verbod op foltering of onmenselijke en vernederende behandelingen (art. 3 EVRM), of het recht op de vrijheid van gedachte, geweten of godsdienst behoudens de godsdienst of vrijheid te belijden.<sup>270</sup> (artikel 9 EVRM)

Wat godsdienstvrijheid betreft, moet er een onderscheid gemaakt worden tussen het zogenoemde 'forum internum' en het 'forum externum'.<sup>271</sup> Het *forum internum* kan niet aan beperkingen onderworpen worden, het *forum externum* kan daarentegen worden beperkt. Het *forum internum* impliceert het recht op vrijheid om te geloven of niet te geloven, om te kiezen voor een bepaald geloof of om van geloof te veranderen. Het *forum externum* betreft de vrijheid om een geloof te manifesteren of het geloof te uiten. Enkel het *forum internum* is absoluut.<sup>272</sup>

Hogergenoemde rechten die tot de absolute rechten behoren zijn zodanig fundamenteel dat hierover geen rechtshandelingen mogelijk zijn.<sup>273</sup>

153. Het EHRM lijkt inderdaad te erkennen dat bepaalde rechten zodanig fundamenteel zijn dat rechtssubjecten er geen afstand van kunnen doen. Het EHRM lijkt evenwel niet expliciet te verwijzen naar het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten. Zo bijvoorbeeld in de zaak *De Wilde, Ooms en Versyp tegen België*. In deze zaak moest België zich voor het EHRM verantwoorden voor de detentie van de heer De Wilde. Volgens de Belgische staat had de heer De Wilde afstand gedaan van het recht op vrijheid door zich als dakloze vrijwillig aan te dienen op het politiekantoor. Het EHRM stelt dat bepaalde rechten (zoals *in casu* het recht op vrijheid) te belangrijk zijn in een democratische samenleving waardoor een rechtssubject daar niet aan kan verzaken.<sup>274</sup>

154. Dat het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten in een horizontale verhouding dienstbaar is blijkt uit een principiële arrest van het Arbeidshof te Antwerpen.<sup>275</sup> In een geschil over het dragen van religieuze kentekenen in een private arbeidscontext overweegt het Hof dat: *"Het arbeidshof bij de beoordeling van dit dossier niet voorbijgaat aan het feit dat het door de NV opgelegde verbod beheerst wordt door een waaier aan nationale en internationale normen, met een zeer hoge juridisch-technische moeilijkheidsgraad, dat belangrijke stromingen in de samenleving de mening zijn toegedaan dat een dergelijk verbod wél rechtmatig, zelfs opportuun is, dat dit standpunt ook steun vindt in bepaalde rechtspraak en rechtsleer en dat nationale en buitenlandse overheidsinstanties prima facie vergelijkbare verboden uitvaardigen, die bij herhaling door internationale rechtscolleges als rechtsgeldig werden aanvaard" (...) "een verplichting tot neutraliteit, zoals opgelegd door de NV, vormt een beperking van de individuele vrijheid van mevrouw A, alsook van haar vrije godsdienstbeleving." (...) "Waar de vrijheid van innerlijke geloofsovertuiging van elk individu absoluut is, geldt dit evident niet voor de daadwerkelijke uitoefening van de individuele vrijheid en de vrijheid van godsdienst, nu de uitoefening van die vrijheden in conflict kan komen met de uitoefening van de rechten en vrijheden van anderen." (...) "Bovendien kan een individu, wat de daadwerkelijke uitoefening van zijn individuele vrijheid en zijn vrijheid van godsdienst betreft, rechtsgeldig met anderen bepaalde afspraken maken, bijvoorbeeld in het kader van een*

<sup>270</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92.

<sup>271</sup> E. MORELLI en I. PLETS, "Religieuze kentekenen in de privésector: een commentaar bij de Belgische rechtspraak", *Or.* 2013, afl. 9, 222.

<sup>272</sup> E. MORELLI en I. PLETS, "Religieuze kentekenen in de privésector: een commentaar bij de Belgische rechtspraak", *Or.* 2013, afl. 9, 222; Art. 9 lid 2 EVRM.

<sup>273</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 92.

<sup>274</sup> EHRM 18 juni 1973, nr. 2832/66 *De Wilde, Ooms en Versyp t. België*, § 64-66.

<sup>275</sup> Arbh. Antwerpen 23 december 2011, *Or.* 2012, 61. Zie ook: E. MORELLI en I. PLETS, "Religieuze kentekenen in de privésector: een commentaar bij de Belgische rechtspraak", *Or.* 2013, afl. 9, 225-226.

*arbeidsrelatie. In de relatie tussen de overheid en haar burgers, heeft het Europees Hof van de Rechten van de Mens in meerdere arresten beslist dat een aangevochten verbod om een hoofddoek te dragen geoorloofd was*".<sup>276</sup>

155. Volgens het onderscheid tussen absolute en relatieve rechten behoort het recht op leven tot een relatief grondrecht.<sup>277</sup> Een relatief grondrecht kan in de verticale verhouding aan beperkingen onderworpen worden. Omdat het leven de kern van ons menselijk bestaan betreft, wordt voor de volgende analyse het grondrecht "recht op leven" nader toegelicht.

Meteen kan gedacht worden aan een situatie waarin het rechtssubject een wilsuiting tot euthanasie kenbaar maakt. *Prima facie* zou men een wilsverklaring tot euthanasie kunnen beschouwen als een grondrechtbeperkende rechtshandeling.<sup>278</sup>

156. In zijn advies merkt de afdeling wetgeving van de Raad van State op dat euthanasie geen afstand van het recht op leven inhoudt.<sup>279</sup> De Raad van State schrijft: "*Van de afstand van een recht is slechts zinvol sprake wanneer een persoon de overheid vrijstelt van haar verplichting zelf om een bepaald recht te eerbiedigen of te beschermen, met als gevolg dat een inmenging of een nalaten van de overheid, dat normaal als een schending van het betrokken grondrecht beschouwd zou moeten worden, dat kenmerk verliest. Er valt echter moeilijk in te zien van welk recht een persoon afstand doet, als hij zelf een bepaalde behandeling vraagt. Het is niet omdat een persoon om de beëindiging van zijn leven verzoekt, dat hij afstand doet van het recht op bescherming van zijn leven. Die persoon lijkt integendeel dat recht zelf "uit te oefenen", door de grenzen te bepalen van de bescherming die hij zelf wenst*".<sup>280</sup>

Deze zienswijze is in de rechtsleer kritisch onthaald. Zo wordt opgemerkt dat "*euthanaserend handelen niet voortvloeit uit de aard en het wezen van artikel 2 EVRM maar uit een botsing tussen artikel 2 en 3 EVRM*".<sup>281</sup>

De Raad van State beseft dat er zich een conflict afspeelt tussen grondrechten: "*de verplichting van de overheid moet mede worden afgewogen tegen het recht op zelfbeschikking van de betrokkene. In termen van grondrechten betekent zulks dat de verplichting van de overheid om het recht op leven te beschermen (art. 2 EVRM en art. 6 IVBPR) afgewogen moet worden tegen het recht van de betrokken persoon op bescherming tegen onmenselijke of vernederende behandelingen (art. 3 EVRM en art. 7 IVBPR) en tegen diens recht op eerbiediging van zijn fysieke en morele integriteit, dat deel uitmaakt van het recht op eerbiediging van zijn privé-leven (art. 8 EVRM en art. 17 IVBPR)*".

ADAMS betreurt dat de Raad van State niet wenst in te gaan op de vraag hoe dit conflict tussen botsende grondrechten opgelost moet worden. Volgens ADAMS en VELAERS biedt het EVRM ruimte voor een euthanaserend handelen als *ultimum remedium*. Enkel wanneer er geen andere mogelijkheid is om het ondragelijk of onmenselijk lijden te verzachten kan door het rechtssubject afbreuk worden gedaan op het recht op leven. Aangezien het bij onmenselijk lijden onmogelijk is om zowel de plicht

<sup>276</sup> Arbh. Antwerpen 23 december 2011, Or. 2012, 61; zie ook Zie E. MORELLI en I. PLETS, "Religieuze kenteken in de privésector: een commentaar bij de Belgische rechtspraak", Or. 2013, afl. 9, 225-226.

<sup>277</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 94.

<sup>278</sup> Zie E. DELBEKE, *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen Intersentia, 2012 173-175.

<sup>279</sup> Adv. RvS nr. 31.441/AV-AG en 31.442/AV-AG van 20 juni 2001, *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 1244/21.

<sup>280</sup> Adv. RvS nr. 31.441/AV-AG en 31.442/AV-AG van 20 juni 2001, *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 1244/21.

<sup>281</sup> M. ADAMS, "De Raad van State, Euthanasie en het EVRM, RW 2001-2002, 1077-1079.

vervat in artikel 2 EVRM en artikel 3 EVRM te eerbiedigen, zal de staat mogen opteren om euthanaserend handelen mogelijk te maken.<sup>282</sup>

Zo kan beargumenteerd worden dat het rechtssubject euthanaserend kan handelen. Dit kan enkel binnen een specifiek wettelijk kader. De wilsverklaring met betrekking tot euthanasie betreft een zeer specifieke rechtshandeling. Binnen het bestek van deze masterthesis gaan we hier niet verder op in en verwijzen we naar gespecialiseerde literatuur.<sup>283</sup>

### **Conclusie op het oog met wat volgt**

157. In dit hoofdstuk werd het onderscheid tussen absolute en relatieve grondrechten bestudeerd. Samenvattend kan worden gesteld dat dit onderscheid dienstbaar is bij de beoordeling van de goorlooftheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling. Zo kunnen bepaalde grondrechtbeperkende rechtshandelingen van meet af uitgesloten worden indien deze een absoluut grondrecht tot voorwerp hebben. Naar analogie met de verticale grondrechtbeperkingen, kunnen relatieve grondrechten tevens in de horizontale sfeer aan beperkingen onderworpen worden. De kwalificatie van een grondrecht als relatief grondrecht vormt op basis van deze redenering een noodzakelijke maar geen voldoende voorwaarde om het voorwerp te kunnen uitmaken van een grondrechtbeperkende rechtshandeling.

---

<sup>282</sup> M. ADAMS, "De Raad van State, Euthanasie en het EVRM", *RW* 2001-2002, 1078.

<sup>283</sup> C. LEMMENS, *Juridische aspecten van voorafgaande wilsverklaringen rond het levenseinde*, Intersentia, Antwerpen 2014, 998 p.

### **HOOFDSTUK 3. Toegepaste beperkingssystematiek door het EHRM *de lege lata***

#### **AFDELING 1. Inleiding**

158. Voorliggend hoofdstuk heeft tot doel het door het EHRM ontwikkelde toetsingskader voor het beoordelen van de wettigheid van de grondrechtbeperkingen in de verticale en horizontale rechtsverhouding *de lege lata* te beschrijven.

Eerst bespreken we de zogenoemde 'escape-clausule' uit artikel 8-11 §2 EVRM (afdeling 2

Vervolgens wordt de leer van de zogenaamde 'impliciete' of 'inherente' beperkingen besproken. (Afdeling 3)

Tot slot komen de voorwaarden die het EHRM koppelt aan afstand van grondrechten in de horizontale rechtssfeer aan bod. (Afdeling 4)

Een grondige bespreking van deze drie belangrijke beperkingstechnieken is onontbeerlijk om op een onderbouwde wijze te kunnen oordelen en te staven of en in welke mate de verschillende elementen van de door het EHRM ontwikkelde beperkingssystemen *mutatis mutandis* kunnen worden toegepast bij de beoordeling van de geoorloofdheid van de grondrechtbeperkende handeling.

## AFDELING 2. De beperkingsclausule uit art 8-11 §2 EVRM

### § 1. Algemeen

159. De rechten opgenomen in de artikelen 8 tot en met 11 EVRM hebben een eigen beperkingsgrond die telkens werd opgenomen in het tweede lid van de betrokken verdragsbepaling.<sup>284</sup>

Het EHRM toetst de beperking aan een aantal voorwaarden om uit te maken of deze uitoefening gerechtvaardigd is en aldus geen schending uitmaakt<sup>285</sup>

Deze trapsgewijze redenering van het EHRM is erg complex. Om deze reden hebben BELLEKOM, HAECK en VAN DE LANOTTE deze toetsingscriteria als volgt geschematiseerd<sup>286</sup>:

A. *Is er sprake van een beperking?*

B. *Is de beperking 'bij wet voorzien' ('prescribed by law'/'in accordance with the law')?*

- *Heeft de beperking een 'grondslag' in het nationale recht ('a basis in domestic law')?*

- *Voldoet het nationale recht aan de vereiste van 'toegankelijkheid' ('accessibility')?*

- *Voldoet dat nationale recht aan de vereiste van 'voorzienbaarheid' ('foreseeability')?*

C. *Dient de beperking tot bescherming van een 'legitieme doelstelling' ('legitimate aim'),*

D. *Is de beperking 'noodzakelijk in een democratische samenleving' ('necessary in a democratic society')?*

- *Is de beperking ingegeven door een dringende maatschappelijke behoefte ('pressing social need')?*

- *Bestaat er een redelijke verhouding ('proportionality') tussen de zwaarte van de beperking en het gewicht van het belang dat met de inbreuk werd gediend?'<sup>287</sup>*

#### A. Een beperking of een inmenging

160. In de verticale rechtsverhouding moet er allereerst een inmenging of een beperking op een verdragsrecht zijn alvorens het Hof overgaat tot toetsing. Een beperking of inmenging heeft hier betrekking op het statelijk optreden. Dit statelijk handelen wordt ruim geïnterpreteerd en heeft zowel betrekking op beschikkingen van de wetgevende, uitvoerende alsook de rechterlijke macht.<sup>288</sup> VANDE LANOTTE en HAECK menen dat de inhoud van de begrippen beperking ('*limitation*' or '*restriction*') en inmenging ('*interference*') vrij eenvoudig kunnen worden ingevuld. Derhalve hebben deze begrippen nauwelijks of geen aanleiding gegeven tot rechtspraak van het EHRM.<sup>289</sup>

<sup>284</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 123.

<sup>285</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 123.

<sup>286</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 123; T.L. BELLEKOM, "Het Hof van de Rechten van de Mens en de verfijningsclausule van het EVRM" in A.W. HERINGA en J.G.C. SCHOKKENBROEK en J. VAN DER VELDE (red.), *40 jaar Europees verdrag voor de rechten van de mens*, NJCM-Bulletin 1990, 69.

<sup>287</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005.

<sup>288</sup>J.G.C. SCHOKKENBROEK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 171.

<sup>289</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 124

## B. Bij wet voorzien (legaliteitsbeginsel)

161. Een inmenging of beperking van de betrokken verdragsbepaling moet steeds 'bij wet voorzien zijn' (*prescribed by law*).<sup>290</sup> De vereiste 'bij wet voorzien' kent een ruime interpretatie.<sup>291</sup> Lagere rechtsbronnen en rechtspraak voldoen ook vaak aan de voorwaarde 'bij wet voorzien'.<sup>292</sup> Het legaliteitsbeginsel wordt door het EHRM veeleer gezien als een materiële voorwaarde.<sup>293</sup>

In de rechtsleer werd vastgesteld dat de legaliteitsvereiste door het EHRM ingevuld wordt als een kwaliteitsvereiste. Ze leest in deze voorwaarde een uiting van het rechtszekerheidsbeginsel dat impliciet aanwezig is in het volledige EVRM.<sup>294</sup>

Deze kwaliteitsvereiste valt uiteen in deelcomponenten. Allereerst zal de grondrechtbeperkende handeling toegankelijk moeten zijn voor de burgers; hetgeen meer concreet inhoudt dat burgers zich kunnen vergewissen van de rechtsregels die in een bepaald geval van toepassing zijn.<sup>295</sup> Daarnaast is vereist dat de beperking voorzienbaar is. Dit houdt in dat de rechtsregels dermate nauwkeurig moeten zijn opgesteld dat zij rechtssubjecten toelaat "om, desgevallend door middel van het inwinnen van advies redelijkerwijs de rechtsgevolgen voor zichzelf van een bepaalde handeling moeten kunnen inschatten".<sup>296</sup> Dit betekent niet dat alle beperkingen of inmengingen tot in het kleinste detail moeten worden omschreven; een redelijke voorspelbaarheid volstaat.<sup>297</sup>

SCHOKKENBROECK, HAECK en VANDE LANOTTE noteren dat uit de rechtspraak van het EHRM kan worden afgeleid dat de invulling van de toegankelijkheid en voorzienbaarheidsvoorwaarden afhankelijk wordt gesteld van de ernst van de grondrechtbeperking.<sup>298</sup> Codificatie van iedere grondrechtbeperkende handeling is niet vereist. Het volstaat dat de grondrechtbeperkende handeling redelijkerwijze toegankelijk is voor burgers, desgewenst met hulp van een juridisch deskundige.<sup>299</sup>

162. Uit het bekende *Sunday Times*-arrest blijkt daarenboven dat de rechtszekerheidsvereiste niet absoluut is. Volgens het EHRM hebben rechtssystemen immers behoefte aan een zekere vorm van flexibiliteit. Dit moet het rechtssysteem de mogelijkheid bieden zich aan te passen aan wijzigende omstandigheden.<sup>300</sup> Dit is conform het arrest *Gozelik tegen Polen* waarbij het EHRM uitzonderingen op de voorzienbaarheidsvereiste aanvaardt. Zo moet de voorzienbaarheidsvereiste redelijk zijn in de

<sup>290</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 125.

<sup>291</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 125.

<sup>292</sup> J.G.C. SCHOKKENBROECK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 179; EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, the *Sunday Times*/Verenigd Koninkrijk;

<sup>293</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 125.

<sup>294</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 126; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 10.

<sup>295</sup> J.G.C. SCHOKKENBROECK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 180; J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005; EHRM 26 april 1979, nr. 6538/74, the *Sunday Times*/Verenigd Koninkrijk.

<sup>296</sup> J.G.C. SCHOKKENBROECK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 180.

<sup>297</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 130.

<sup>298</sup> J.G.C. SCHOKKENBROECK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 181.

<sup>299</sup> J.G.C. SCHOKKENBROECK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 181.

<sup>300</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 268



omstandigheden van de zaak. Het EHRM lijkt te aanvaarden dat onder bepaalde omstandigheden de voorzienbaarheid bij wet niet of in mindere mate vereist wordt.<sup>301</sup>

### C. Legitieme doelstelling

163. Een statelijk grondrechtbeperkende handeling zal steeds een legitiem doel moeten nastreven.<sup>302</sup> Deze legitieme doelstellingen kunnen bestaan uit het vrijwaren van de binnenlandse veiligheid, de bescherming van de openbare orde en goede zeden, de bescherming van de gezondheid, de bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, de bescherming van het economisch welzijn, etc. De lijst van legitieme doelstellingen met het oog op grondrechtbeperkende handelingen van staatswege is in beginsel limitatief maar wordt door het EHRM zeer ruim geïnterpreteerd zodat op grond van het *algemeen belang* zeer snel kan worden aangenomen dat een grondrechtbeperkende maatregel aan de legitimiteitsvereiste voldoet.<sup>303</sup> De vereiste legitieme doelstelling beoogt niet enkel *rechten* van anderen te beschermen, ze kan ook betrekking hebben op belangen van anderen.<sup>304</sup>

164. De legitieme doelstelling dient 'nodig' te zijn. De term 'nodig' veronderstelt een dringende maatschappelijke behoefte ("*pressing social need*").<sup>305</sup> Rechtsgeleerden merken derhalve op dat het begrip 'nodig' iets te zwak wordt uitgedrukt en dat er veeleer sprake is van een noodzakelijkheid. Dit houdt in dat het niet volstaat dat de beperking redelijk mag gelegitimeerd worden, anderzijds is het evenmin vereist dat de statelijke grondrechtbeperking absoluut onmisbaar of onontbeerlijk zou zijn.<sup>306</sup>

Dringende maatschappelijke behoefte op zichzelf zal echter niet volstaan om het statelijk grondrechtbeperkend optreden te rechtvaardigen.<sup>307</sup> Het 'nodig' in een democratische samenleving zal eveneens aan een evenredigheids- of proportionaliteitstoets onderworpen worden.<sup>308</sup> (*Infra* nr. 168).

Door de ruime interpretatie van de legitieme doelstellingen komen verschillende auteurs tot de vaststelling dat de beoordeling van het geoorloofd karakter van het statelijk grondrechtbeperkend handelen voornamelijk berust op het 'noodzakelijk in een democratische samenleving' criterium' hetgeen hieronder verder uiteengezet wordt.

### D. Noodzakelijk in een democratische samenleving

165. De vereiste dat een statelijke grondrechtbeperking noodzakelijk moet zijn in een democratische samenleving vormt de belangrijkste begrenzing op het statelijk grondrechtbeperkend

<sup>301</sup> EHRM 17 februari 2004, nr. 44158/98, *Gozelik t. Polen*.

<sup>302</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 135.

<sup>303</sup> J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 136; J.G.C. SCHOKKENBROEK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 184.

<sup>304</sup> J.G.C. SCHOKKENBROEK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 187; EHRM 25 maart 1974 nr. 8734/79, *Barthold/Duitsland*.

<sup>305</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 273.

<sup>306</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 273; EHRM 7 december 1976, nr. 5493/72, *Handyside/Verenigd Koninkrijk*.

<sup>307</sup> J.G.C. SCHOKKENBROEK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 193.

<sup>308</sup> J.G.C. SCHOKKENBROEK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 193.

handelen.<sup>309</sup> Deze beperkingsmogelijkheid werd niet slechts expliciet opgenomen in artikel 8 tot 11 EVRM. Ze werd onder invloed van de Straatsburgse rechtspraak zelfs impliciet toepasbaar geacht in alle andere bepalingen van het EVRM.<sup>310</sup> Daarnaast vinden we de voorwaarden ook terug in andere grondrechtcatalogi zoals het UVRM en het IVESR.<sup>311</sup> Het 'noodzakelijk in een democratische samenleving'-criterium fungeert als richtlijn om een afweging te maken tussen enerzijds het belang van de uitoefening van een grondrecht en anderzijds het belang van wanneer deze uitoefening aan beperkingen mag worden onderworpen. De afweging zal steeds geschieden rekening houdend met de beginselen van een democratische samenleving.<sup>312</sup>

166. Het EHRM heeft reeds invulling gegeven aan het begrip 'democratische samenleving'. Het begrip 'democratische samenleving' wordt gekenmerkt door waarden als pluralisme, verdraagzaamheid en ruimdenkendheid.<sup>313</sup>

De vereiste 'nodig in een democratische samenleving' kan een belangrijk criterium zijn voor de interpretatie van de begrippen openbare orde en goede zeden, bescherming van de gezondheid, bescherming van de rechten en vrijheden van anderen, bescherming van het economisch welzijn, etc. Niet elke openbare orde of bescherming van de gezondheid kan een statelijk grondrechtbeperkend handelen rechtvaardigen. Zo kunnen deze begrippen al naargelang het staatstype een andere invulling krijgen.<sup>314</sup>

**Als afwegingscriterium** - De voorwaarde dat statelijk grondrechtbeperkend handelen vereist moet zijn in een democratische samenleving is volgens VELAERS ook bijzonder geschikt om een afweging te maken tussen de aan beperkingen onderworpen grondrechten en de doelstelling van de beperkingen.<sup>315</sup> Dit moet toelaten om bij statelijk grondrechtbeperkend handelen een juiste afweging te maken tussen de beperkingsgronden en de beperkingsclausules.<sup>316</sup> Zo is het niet omdat de overheid een nobel rechtsgoed zoals de binnenlandse veiligheid, de openbare orde en goede zeden, de gezondheid, de rechten en vrijheden van anderen, of het economisch welzijn wilt beschermen dat grondrechten *ipso facto* aan beperkingen mogen worden onderworpen.<sup>317</sup> Zo merkt VELAERS op dat er steeds een afweging *in concreto* moet gebeuren tussen de grondrechten en de beperkingsdoelstellingen ten aanzien van de noodzakelijkheid in een democratische samenleving.<sup>318</sup>

**Als evenredigheidscriterium** - Het 'nodig in een democratische samenleving' kan ook aangewend worden als evenredigheidscriterium. Zo moet het statelijk grondrechtbeperkend handelen proportioneel zijn ten aanzien van de beperkingsdoelstellingen.<sup>319</sup> In een democratische samenleving heiligt het doel niet steeds alle middelen.<sup>320</sup>

<sup>309</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 312; J.G.C. SCHOKKENBROEK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 190.

<sup>310</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 123.

<sup>311</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 123.

<sup>312</sup> J.G.C. SCHOKKENBROEK, *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 193.

<sup>313</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 318.

<sup>314</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 317.

<sup>315</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 317.

<sup>316</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 317.

<sup>317</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 318.

<sup>318</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 327-328.

<sup>319</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 327-328.

<sup>320</sup> J. VELAERS, *De beperkingen van de vrijheid van meningsuiting deel I*, Antwerpen, Maklu, 1991, 327-328.

In *abstracto* impliceert de proportionaliteitstoets de beantwoording van de volgende vragen: (1) is een middel geschikt om een beoogd doel te bereiken, (2) is het middel noodzakelijk om daarmee het beoogde doel te bereiken (3) kan het doel niet met een minder ingrijpend middel bereikt worden en (4) staan de nadelige gevolgen van het gebruik van het middel in een proportionele verhouding tot het met het gebruik van dat middel beoogde doel.<sup>321</sup>

De rechter zal bij de beoordeling van de proportionaliteit steeds een afweging moeten maken tussen *in concreto* met elkaar conflicterende belangen en grondrechten. Gezien het groot aantal criteria die hierbij een rol kunnen spelen, is het niet mogelijk een sluitend antwoord te formuleren op de vraag wanneer deze afweging de toets niet zou kunnen doorstaan.

## **AFDELING 2. Door het EHRM ontwikkelde leerstuk van de zogenoemde impliciete beperkingen**

167. Naast de zogenaamde escape clause die hierboven reeds werd uiteengezet kunnen de rechten uit het EVRM in beginsel niet aan beperkingen worden onderworpen.<sup>322</sup> Desalniettemin aanvaardt het EHRM dat in bepaalde omstandigheden mag aangenomen worden dat er zogenaamde inherente of impliciete beperkingen kunnen bestaan. VANDE LANOTTE en HAECK menen dat het EHRM niet zal overgaan tot het ontwikkelen van een uitdrukkelijke theorie inzake.

Impliciete beperkingen zijn in beginsel toegelaten op impliciete rechten. Dit zijn rechten die in het EVRM niet uitdrukkelijk zijn opgenomen, maar die impliciet worden geacht toch in de betrokken verdragsbepaling besloten te liggen. Bijvoorbeeld het recht op toegang tot de rechter in het licht van artikel 6 EVRM.<sup>323</sup>

Impliciete beperkingen moeten voldoen aan drie voorwaarden die globaal neerkomen op dezelfde voorwaarden die volgen uit de hierboven besproken beperkingsclausule. Zo mag het grondrecht niet in de kern worden aangetast, moet de impliciete beperking voldoen aan de legitimiteitsvereiste en de proportionaliteitsvereiste. Om deze reden baseert dit onderzoek zich hoofdzakelijk op de beperkingssystematiek uit artikel 8-11 lid 2 EVRM.

## **AFDELING 3. De toetsing van het EHRM bij horizontale beperkingen: geen systematiek**

168. In tegenstelling tot het statelijk grondrechtbeperkend handelen, voorziet het EHRM, zo zal verder blijken, niet in een systematisch toetsingskader ter beoordeling van de wettigheid van het grondrechtbeperkend handelen door rechtssubjecten jegens de overheid *i.e.* een horizontale rechtssfeer.

Desalniettemin doet het EHRM (*infra* nr. 187) veeleer casuïstisch uitspraak over de wettigheid en toelaatbaarheid van grondrechtbeperkingen door rechtssubjecten. Behoudens enkele nuances die in het volgende hoofdstuk worden toegelicht, liggen deze voorwaarden *mutatis mutandis* in lijn met de voorwaarden die het EHRM koppelt aan de toepassing van de beperkingsclausule uit artikel 8-11 lid 2 EVRM. Zo zal er voldaan moeten worden aan de legitimiteit- en proportionaliteitsvoorwaarde.

<sup>321</sup> F.M.J. DEN HOUDIJKER, *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 5; Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 248 p.; S. SOTTIAUX, *Grondwettelijk Recht*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 215-212.

<sup>322</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 147.

<sup>323</sup>J. VANDE LANOTTE en Y. HAECK (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 148.

### **Conclusie op het oog met wat volgt**

169. De beperkingssystematiek van het EHRM *de lege lata* werd voornamelijk ontwikkeld rond de zogenoemde escapeclausule uit artikel 8-11 lid 2 EVRM. Om deze reden wordt het in dit onderzoek voorgestelde toetsingskader, hoofdzakelijk gebaseerd op deze beperkingssystematiek.

## **HOOFDSTUK 4. Beperkingstechniek voor verticale grondrechten *de lege ferenda***

### **AFDELING 1. Inleiding**

170. Uit hoofdstuk 3 volgt dat EHRM in essentie de wettelijkheid of rechtmatigheid van grondrechtbeperkingen onderwerpt aan een wettigheids-, legitimiteits- en proportionaliteitstoets. Indien de voor beperking vatbare grondrechten deze driedelige toets doorstaan zal de grondrechtbeperking in beginsel geen schending uitmaken, dus rechtmatig zijn.<sup>324</sup>

De cruciale vraag die in dit hoofdstuk voorligt is: op welke wijze kan deze toets fungeren als ratio bij de ontwikkeling van een systematisch toetsingskader ter beoordeling van de grondrechtbeperkende rechtshandeling? (afdeling 2)

### **AFDELING 2. De toepassing van het door het EHRM ontwikkelde toetsingskader als aanbeveling**

#### **§ 1. Algemeen**

171. Gegeven de duidelijke systematiek en structuur die het EHRM en de doctrine ontwikkeld hebben met betrekking tot de beoordeling van de wettigheid van de beperkingen zoals voorzien in de escapeclausule uit artikel 8-11 lid 2, wordt dezelfde systematiek en structuur aangehouden voor het voorstel tot ontwikkeling van een toetsingskader *de lege ferenda*.

Ter illustratie van de dienstbaarheid van het model tot 'toetsingskader *de lege ferenda*' kan tevens verwezen worden naar rechtspraak uit de nationale rechtsorde. Uit deze rechtspraak blijkt immers dat een *mutatis mutandis* doortrekking van de horizontale beperkingsprincipes niet noodzakelijk juridische fictie is. (*supra*)

Om de systematiek van de trapsgewijze toetsing te behouden wordt de rechtspraak van het EHRM met betrekking tot verticale - en horizontale grondrechtbeperking in hetzelfde model opgenomen. Indien nodig zullen de nuances die voortkomen uit de rechtspraak van het EHRM verder geanalyseerd worden.

#### **A. Een grondrechtbeperkende rechtshandeling impliceert een beperking van grondrechten.**

172. In deze paragraaf wordt ingegaan op hoe het begrip 'beperking' ('limitation' or 'restriction') toegepast kan worden in het kader van een grondrechtbeperking, in de zuiver horizontale – zowel als horizontale rechtssfeer.

Wanneer het rechtssubject door middel van een rechtshandeling afstand doet van bepaalde grondrechten leidt dit vanzelfsprekend tot een beperking van dat betrokken grondrecht. Dit kan door middel van een eenvoudige denkoefening worden vastgesteld.

---

<sup>324</sup> In privaatrechtelijke termen is het ons inziens correcter te spreken van geoorlooftheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling.

Om de reeds besproken redenen hanteren wij in deze masterproef dan ook de termen horizontale of zuiver horizontale grondrechtbeperking. (*supra* 15 nr. 60)

Het EHRM heeft reeds in verschillende arresten geoordeeld dat rechtssubjecten afstand kunnen doen van grondrechten. Een basisvoorwaarde is dat deze beperking verenigbaar is met de geest en de letter van de betrokken verdragsbepaling. (*supra* 23 nr. 79)

Uit artikel 1 EVRM volgt immers: "De Hoge Verdragsluitende Partijen verzekeren eenieder die ressorteert onder haar rechtsmacht de rechten en vrijheden die zijn vastgesteld in de Eerste Titel van dit Verdrag."

Op basis van de reeds besproken leer inzake de positieve verplichting tot bescherming van de grondrechten volgt deze verplichting eveneens en geldt in de zuiver private relaties.

De staat kan veroordeeld worden voor schending van een grondrecht indien bijvoorbeeld een flagrante grondrechtbeperkende rechtshandeling tevens grondrechtsschending inhoudt, die bij een controle van de (burgerlijke) rechter niet werd vernietigd.

In de zuiver horizontale sfeer zal artikel 1 in het licht van de positieve verplichting moeten geplaast worden.

Bij een niet-zuiver horizontale grondrechtbeperkende rechtshandeling ligt het meer voor de hand om te spreken in termen van een 'beperking' of 'inmenging'. Een publiekrechtelijke entiteit mag namelijk geen grondrechten schenden. Dit volgt uit de negatieve verplichting tot het respecteren van grondrechten.

Zo heeft het EHRM in diverse zaken reeds geoordeeld dat een staat niet aan zijn verplichting tot onthouding van grondrechtsschendingen kan ontkomen door aan te voeren dat deze schending middels een contract is bedongen. (*supra* 20 nr. 174)

Zowel bij verticale -, horizontale - en zuiver horizontale grondrechtbeperkingen is de beoordeling of deze beperking al dan niet een schending uitmaakt en dus toelaatbaar, of in privaatrechtelijke termen geoorloofd, te herleiden tot het vinden van een evenwicht tussen tegenstrijdige belangen.

Grondrechtbeperkingen die in een horizontale verhouding worden bedongen, worden aan strengere toetsingscriteria onderworpen. Het gevolg is dat deze beperkingen sneller als een schending en dus een ongeoorloofde rechtshandeling gekwalificeerd zullen worden. (*infra* nr. 200)

173. Concluderend kan worden gesteld dat een grondrechtbeperkende rechtshandeling een schending kan uitmaken, zelfs indien deze bedongen wordt in een (zuiver) horizontale verhouding. Deze schending moet - afhankelijk van de rechtsverhouding - gesitueerd worden in de leer van de positieve - dan wel negatieve verplichting tot het respecteren van het EVRM. Dat de grondrechten worden beperkt middels een contract, doet geen afbreuk aan de verplichting tot het respecteren van de grondrechten uit artikel 1 EVRM.

#### **B. Een doorwerking van de voorwaarde 'bij wet voorzien?'**

174. In deze paragraaf wordt onderzocht hoe de voorwaarde 'bij wet voorzien', zoals vervat in de beperkingsclausule, *mutatis mutandis* toepassing kan vinden in grondrechtbeperkingen in de (zuiver) horizontale rechtssfeer?

De aanwending van de legaliteitsvoorwaarden in de horizontale sfeer kan op twee manieren worden benaderd.

Een eerste mogelijkheid kan zijn dat er een formele toelating van de wetgever vereist wordt, telkens wanneer een grondrechtbeperking door een rechtssubject wordt bedongen. Deze doortrekking is vanzelfsprekend realistisch omdat veel grondrechtbeperkende rechtshandelingen niet van een uitdrukkelijke wettelijke grondslag zijn voorzien. Daarnaast wordt in de rechtsleer opgemerkt dat een formele interpretatie van het legaliteitsbeginsel op substantiële praktische problemen zou stoten. Voor iedere grondrechtbeperkende rechtshandeling een eigen wettelijke grondslag voorzien is niet mogelijk.<sup>325</sup>

In de verticale rechtsverhouding kunnen bepaalde grondrechten slechts worden beperkt indien de beperking voldoet aan materiële kwaliteitsvereisten. (*supra* nr. 163-163)

Kunnen deze materiele kwaliteitseisen wel doorwerken in de (zuiver) horizontale rechtsverhouding?

Zoals hoger besproken kunnen rechtssubjecten op basis van wilsautonomie, contractvrijheid en het zelfbeschikkingsrecht vrij handelingen stellen ter regeling van hun rechtstoestand. (*supra* nr. 81-83.)

Opgemerkt wordt dat een strikte horizontalisering van het legaliteitsbeginsel deze basisbeginselen zou omkeren, zodat een rechtssubject enkel vrij grondrechtbeperkend kan handelen indien de wetgever dit uitdrukkelijk toelaat.<sup>326</sup> Een zuivere horizontalisering van de legaliteitsvereiste zou niet letterlijk worden opgevat.

175. VAN CROMBRUGGE, VANDEZANDE en VAN DE VELDE geven aan dat de rechtspraak die door het EHRM in het kader van de legaliteitsvoorwaarde werd ontwikkeld ook in (zuiver) horizontale rechtsverhoudingen relevant kan zijn.<sup>327</sup> Dit aangezien het EHRM zoals vermeld de legaliteitsvoorwaarde concipieert als een kwaliteitsvereiste.

Echter, kan de wettigheidsvereiste wel degelijk een dienst bewijzen aan de grondrechtbeperkende rechtshandeling in de horizontale sfeer.<sup>328</sup> Niet zozeer het formalistisch aspect van de legaliteitsvoorwaarde - voor zover dit reeds aanwezig is - is in *casu* relevant maar wel de inhoudelijke bescherming kan ons inziens onder bepaalde omstandigheden uitgebreid worden naar een horizontale verhouding.

De dienstbaarheid zit vervat in de reeds besproken kwaliteitsvereisten die schuilgaan achter de legaliteitsvoorwaarde, met name de voorzienbaarheidsvereiste.<sup>329</sup>

In dat verband werd in de doctrine terecht aangestipt dat het raadzaam is dat als een rechtssubject die een grondrechtbeperking ten aanzien van een ander rechtssubject wil bedingen, een zekere voorzienbaarheid van die beperking bedingt.<sup>330</sup>

<sup>325</sup> R. VAN CROMBRUGGE en N. VANDEZANDE, N. VAN DE VELDE, "Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?", *RW* 2015, nr. 249.

<sup>326</sup> R. VAN CROMBRUGGE en N. VANDEZANDE, N. VAN DE VELDE, "Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?", *RW* 2015, nr. 249.

<sup>327</sup> R. VAN CROMBRUGGE en N. VANDEZANDE, N. VAN DE VELDE, "Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?", *RW* 2015, nr. 251.

<sup>328</sup> W. VAN LAETHEM, R. BAS, T. DECORTE, *Private politiezorg en grondrechten: de methoden van private bewaking en opsporing en de grondrechten van de mens*, Leuven, Universitaire pers, 1995, 174.

<sup>329</sup> R. VAN CROMBRUGGE en N. VANDEZANDE, N. VAN DE VELDE, "Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?", *RW* 2015, 251.

<sup>330</sup> R. VAN CROMBRUGGE, N. VANDEZANDE, N. VAN DE VELDE, "Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?", *RW* 2015, 251.

176. Het EHRM heeft met betrekking tot horizontale grondrechtbeperkingen dit principe uitdrukkelijk bevestigd in de zaak *Pishchalnikov t. Rusland*. De betrokkene had afstand gedaan van het recht op een advocaat in het kader van een schuldbekeuring. Het EHRM wees erop dat het vrijwillig karakter niet volstaat. De afstand van recht kan slechts geldig tot stand komen indien deze afstand geschiedt met kennis van zaken zodat de betrokkene kan inschatten wat de gevolgen van deze afstand kunnen zijn.<sup>331</sup>

Dat bovenstaande voorwaarden kunnen doorwerken in privaatrechtelijke verhoudingen blijkt uit een arrest van het Arbeidshof van Brussel van 13 september 2005.<sup>332</sup>

Het Arbeidshof moest zich *in casu* uitspreken over de vraag of het toelaatbaar is dat een werkgever het e-mailverkeer van zijn werknemers controleert, zonder dat de werknemer vooraf op de hoogte werd gebracht van deze controle.<sup>333</sup> Hoewel dit arrest dus niet handelt over een rechtssubject dat zelf overgaat tot het stellen van een grondrechtbeperkende rechtshandeling kan de redernering van het Arbeidshof ons inziens mutatis mutandis ook toegepast worden indien het rechtssubject overgaat tot het stellen van een grondrechtbeperking.

177. Het arbeidshof overwoog dat *"De controle van het e-mailverkeer van Mevrouw W. dient niet enkel getoetst te worden aan de bepalingen van C.A.O. nr. 81 maar eveneens aan de wettelijke bepalingen die een hogere rangorde innemen in de hiërarchie der rechtsbronnen en die het recht op privacy waarborgen. Het gebruik van communicatiemiddelen en de vertrouwelijkheid van de communicatie maken deel uit van de communicatieve privacy, een aspect van het recht op privacy dat als grondrecht ingeschreven is in artikel 22 van de Grondwet, in artikel 8 EVRM, artikel 17 van het BUPO en directe derdenwerking heeft. Het geldt eveneens in de arbeidsrelatie. Volgens artikel 8 EVRM is inmenging in de persoonlijke levenssfeer slechts toegelaten met inachtnaam van het legaliteitsbeginsel, het finaliteitsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.*

*Dit geldt evenzeer voor de inmenging van de werkgever in de persoonlijke levenssfeer van de werknemers.*

*Het legaliteitsbeginsel veronderstelt dat de inmenging door de "wet" is voorzien. Volgens de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt daarmee geen wet in formele zin bedoeld, doch een wet in materiële zin. Dit is te verstaan als een regel die aan de betrokkenen bekend is, zodat zij het effect ervan kunnen voorzien en hun gedrag eraan kunnen aanpassen. In de arbeidsverhouding kan dit het arbeidsreglement zijn of een ander document dat aan de werknemers werd meegedeeld m.b.t. het gebruik van internet of e-mail."*<sup>334</sup>

178. Deze voorzienbaarheidsvereiste kan dan de vorm aannemen van een document. In het raam van het arbeidscontentieux zal, -bijvoorbeeld- de werkgever die de eventuele grondrechtbeperkingen van zijn werknemer wenst te bedingen deze mogelijkheid voorzienbaar moeten maken, door middel van een geschrift.

<sup>331</sup> EHRM 24 september 2009 nr. 7024/04, *Pishchalnikov t. Rusland*.

<sup>332</sup> Arbh. Brussel 13 september 2005, AR nr. 46.114; R. VAN CROMBRUGGE, N. VANDEZANDE, N. VAN DE VELDE, "Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?", *RW* 2015, 251.

<sup>333</sup> Arbh. Brussel 13 september 2005, AR nr. 46.114, p. 11; R. VAN CROMBRUGGE, N. VANDEZANDE, N. VAN DE VELDE, "Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?", *RW* 2015, 251.

<sup>334</sup> Arbh. Brussel 13 september 2003, AR nr. 46.114.; R. VAN CROMBRUGGE, N. VANDEZANDE, N. VAN DE VELDE, "Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?", *RW*, 2015, 251.

Het is evident dat er zich ook situaties zullen voordoen waarbij het niet mogelijk is om een eventuele grondrechtbeperking op schrift te stellen. Zulks kan ons inziens door de rechter met inachtneming van de feitelijke omstandigheden *in concreto* beoordeeld worden.

179. De volgende vraag is dan: hoe ver moeten deze materiele kwaliteitsvereisten doorwerken. Meer concreet: welke materiële kwaliteitsvoorwaarden worden er verbonden aan een grondrechtbeperkende rechtshandeling en in welke mate moet het rechtssubject dat een afstand van haar grondrechten bedingt deze rechtshandeling op schrift stellen?

Volgens rechtspraak van het EHRM (*infra* nr. 180) is het geen strikte vereiste dat afstand van recht op schrift moet worden gesteld. Niettemin heeft het EHRM, zij het eerder casuïstisch, zo blijkt uit rechtspraakstudie, enkele kwaliteitsvereisten gekoppeld aan grondrechtbeperkende rechtshandelingen in de horizontale rechtssfeer. Dezen worden hieronder toegelicht.

Naast de voorwaarde inzake voorzienbaarheid, moet, zo werd gesteld, een grondrechtbeperkende rechtshandeling steeds ondubbelzinnig en vrij van dwang worden aangegaan. (*supra* nr. 107-110)

180. Deze voorwaarden werden herhaald in de zaak *Borotyuk v. Oekraïne*.<sup>335</sup> Het EHRM specificeerde dat het ondubbelzinnig karakter van de toestemming niet noodzakelijk vereist dat deze toestemming schriftelijk moet geschieden. Zo moest het EHRM uitspraak doen over de geldigheid van een afstand van het recht op juridische bijstand uit art 6 EVRM. Meneer *Borotyuk* hing een levenslange gevangenisstraf boven het hoofd voor een levensdelict.

Meneer *Borotyuk* voerde aan dat zijn strafrechtelijke veroordeling in beslissende mate was gebaseerd op bekentenissen die hij had begaan bij gebrek aan juridisch advies in de beginfase van het onderzoek. Op dat moment had hij een gebrek aan medicatie en kreeg te maken met stress, gezien de complexe juridische kwesties die zijn bevattingvermogen te boven gingen. De Oekraïense regering voerde daarentegen aan dat *Borotyuk* zelf de keuze had gemaakt afstand te doen van zijn recht op juridische bijstand. In de zaak oordeelde het EHRM dat er in *casu* geen ondubbelzinnige afstand werd gedaan van het recht op juridische bijstand.

Het Hof herinnert er evenwel aan dat noch de letter noch de geest van het EVRM een persoon belet om zijn recht op vrijheidsgarantie, hetzij 'uitdrukkelijk' hetzij 'stilzwijgend', ("*either 'expressly' or 'tactly'*") op te heffen. Maar dat dergelijke afstandsverklaring echter, om effectief te zijn voor de doeleinden van het verdrag, op ondubbelzinnige wijze tot stand moet komen en gepaard moet gaan met minimale waarborgen die evenredig zijn aan het belang ervan.<sup>336</sup>

Het EHRM vereist dus niet dat afstand van in het verdrag voorziene rechten op schrift wordt gesteld. Echter geeft het EHRM aan dat er minimale waarborgen voorhanden moeten zijn, in verhouding tot het belang van het betrokken grondrecht. ("*attended by minimum safeguards commensurate with its importance*").<sup>337</sup>

Hoewel het volgens vaste rechtspraak van het EHRM niet vereist is dat een grondrechtbeperkende rechtshandeling op schrift wordt gesteld, kan ons inziens een belangrijke analogie tussen de *ratio* van de plechtige rechtshandeling en een grondrechtbeperkende rechtshandeling getrokken worden.

<sup>335</sup> EHRM 16 december 2010, nr. 33579/04, *Borotyuk t. Oekraïne*.

<sup>336</sup> EHRM 16 December 2010, nr. 33579/04, *Borotyuk t. Oekraïne*, § 80.

<sup>337</sup> EHRM 16 December 2010, nr. 33579/04, *Borotyuk t. Oekraïne*, § 80.



Dit onderzoek vindt een analogie tussen de leer van de plechtige rechtshandelingen en de grondrechtbeperkende rechtshandeling. Plechtige rechtshandelingen vormen een uitzondering op het beginsel dat een rechtshandeling *solo consensu* geldig tot stand kan komen.<sup>338</sup>

Door het instellen van plechtige rechtshandelingen heeft de wetgever bijkomende zekerheden willen inbouwen om het rechtssubject te beschermen tegen rechtshandelingen met een zwaarwichtig karakter.<sup>339</sup> De vormvereisten van de plechtige rechtshandeling moeten immers aanzetten tot terughoudendheid en zelfreflectie over de voorgenomen rechtshandeling.<sup>340</sup>

181. Uit de bovenstaande analyse volgt dat er inderdaad gelijkenissen kunnen gevonden worden tussen enerzijds de filosofieën achter de *ratio* van de plechtige contracten en anderzijds de figuur van een grondrechtbeperkende rechtshandeling. Uit het legaliteitsbeginsel in het grondrechtendiscours en de invulling van dit beginsel (zie de hierboven besproken rechtspraak) volgt dat afstandsname van een grondrecht aan bepaalde kwaliteitsvereisten moet voldoen opdat zij geldig tot stand kan komen.

De *ratio* achter de invoering van plechtige rechtshandelingen volgt een gelijkaardige filosofie. Het rechtssubject wordt beschermd tegen rechtshandelingen met een zwaarwichtig karakter door de geldige totstandkoming van die rechtshandeling afhankelijk te stellen van bestaansformaliteiten die de kwaliteit van de toestemming moeten verzekeren.

Hoewel de filosofieën achter het legaliteitsbeginsel en de plechtige contracten treffend gelijklopend zijn, houdt het juridisch geen steek te betogen dat een grondrechtbeperkende rechtshandeling steeds een plechtig contract vereist voor zijn geldige totstandkoming.

Het is uitsluitend de wetgever die bevoegd is om de formaliteiten van plechtige rechtshandelingen te creëren.

182. Concluderend kan worden gesteld dat blijkens rechtspraak van het EHRM de legaliteitsvereiste voornamelijk als een materiële kwaliteitsvoorwaarde fungeert. Het EHRM heeft enkele kwaliteitsvoorwaarden gekoppeld aan afstand van recht binnen een horizontale rechtsverhouding. Net als het materieel aspect van de legaliteitsvereiste moet er een zeker mate van voorzienbaarheid worden gegarandeerd. Zodoende kan het rechtssubject met kennis van zaken inschatten wat de concrete gevolgen van deze afstandsname zullen zijn. Een arrest van het Arbeidshof Brussel suggereert dat een horizontalisering van deze voorzienbaarheidsvereisten kan ingevuld worden door het op schrift stellen van de mogelijkheid tot grondrechtbeperkingen in het arbeidscontentieux (door middel van een geschrift of ander document). Ook het EHRM koppelt de voorzienbaarheidsvereiste bij grondrechtbeperkingen in een horizontale sfeer. Desondanks vereist het EHRM niet dat een grondrechtbeperkende rechtshandeling op schrift gesteld wordt.

Hoewel het EHRM niet vereist dat grondrechtbeperkingen op schrift moeten worden gesteld lijkt het aangewezen dat in de mate van het mogelijke grondrechtbeperkende rechtshandelingen schriftelijk worden aangegaan. Enerzijds om bewijsdiscussies over de omvang, draagwijdte en concrete

<sup>338</sup> H. DE DECKER, "De subjectieve plechtige rechtshandeling: onbekend maakt onbemind?" in J. BAEL, H. BOCKEN (eds), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 441.

<sup>339</sup> H. DE DECKER, "De subjectieve plechtige rechtshandeling: onbekend maakt onbemind?" in J. BAEL, H. BOCKEN (eds), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 441.

<sup>340</sup> H. DE DECKER, "De subjectieve plechtige rechtshandeling: onbekend maakt onbemind?" in J. BAEL, H. BOCKEN (eds), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 441.

omstandigheden van de aangegane grondrechtbeperking te vermijden met het oog op de bevordering van de rechtszekerheid. Anderzijds kan het op schrift stellen van een grondrechtbeperkende rechtshandeling het rechtssubject beschermen tegen rechtshandelingen met een zwaarwichtig karakter. Dit kan door het rechtssubject aan te zetten tot terughoudendheid en zelfreflectie over de voorgenomen rechtshandeling.

Er kan dus beargumenteerd worden dat de voorwaarden die reeds worden toegepast door het EHRM in een horizontale rechtsverhouding doorgetrokken kunnen worden naar de grondrechtbeperkende rechtshandelingen in een zuiver horizontale verhouding.

### C. Een doorwerking van de vereiste van een legitieme doelstelling?

183. In deze paragraaf wordt onderzocht of en in welke mate de voorwaarde van het nastreven van een 'legitieme doelstelling', zoals van toepassing bij statelijk grondrechtbeperkend handelen, *mutatis mutandis* kan worden doorgetrokken bij grondrechtbeperkingen in de zuiver horizontale – en horizontale rechtssfeer.

Zoals gezegd, impliceert de legitimizeitsvoorwaarde dat statelijk grondrechtbeperkend optreden steeds een legitiem doel moet nastreven dat op grond van rechtspraak door het EHRM bijzonder ruim wordt geïnterpreteerd zodat quasi iedere grondrechtbeperking de facto op grond van het algemeen belang de legitimizeitstoets zal doorstaan. (*supra* nr. 164-165)

184. Hierbij kan meteen opgemerkt worden dat rechtssubjecten bij het aangaan van een grondrechtbeperkende rechtshandeling ook andere belangen dan het algemeen belang zullen nastreven. Van een rechtssubject kan immers niet verwacht worden dat zij enkel het algemeen belang nastreven. Het economisch verkeer is er net op gericht private economische belangen na te streven. Rechtssubjecten zijn hierin vrij zolang de wet geen verbod oplegt om bepaalde handelingen te stellen.<sup>341</sup>

185. Ook de afdeling wetgeving van de Raad van State merkte in het kader van de invoering van de toenmalige antidiscriminatiewetgeving reeds op dat rechtssubjecten in tegenstelling tot de overheid een verschillende kijk hebben op het begrip 'algemeen belang'. De afdeling wetgeving van de Raad van State wees erop dat een rechtssubject niet aan dezelfde "redelijkheidstoets" kan onderworpen worden als de overheid.<sup>342</sup>

186. Afstand van recht moet dus niet noodzakelijk het algemeen belang nastreven. Een specifiek doel volstaat.

Bovenstaande neemt daarentegen niet weg dat rechtssubjecten vrijgesteld zouden zijn om hun grondrechtbeperkende handelingen te stellen zonder het nastreven van een legitiem doel. Dit blijkt uit hiernavolgende rechtspraak.

Zo lijkt het EHRM te aanvaarden dat de legitimizeitsvereiste bij afstand van recht minder streng beoordeeld moet worden, door te stellen dat een afstand van recht niet mag indruisen tegen een belangrijk algemeen belang. Het EHRM heeft dit in het arrest *Håkansson en Sturesson vs. Zweden* herhaald. Het EHRM bevestigde de principiële mogelijkheid om afstand van recht te doen, maar voegt

<sup>341</sup> E. DIRIX, "grondrechten en overeenkomsten" in K. RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 43.

<sup>342</sup> Zie Adv. RvS nr. 30.462/2 van 21 december 2000, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/5.

eraan toe "However, a waiver must be made in an unequivocal manner and must not run counter to any important public interest".<sup>343</sup> Het blijft onduidelijk wanneer afstand van een grondrecht concreet indruist tegen een zwaarwichtig publiek belang.

187. Ook de Belgische feitenrechters maken gebruik van een op het EHRM geïnspireerde legitimiteitstoets om de geoorloofdheid van grondrechtbeperkende rechtshandelingen te beoordelen. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van twee voorbeelden.

188. Zo deed het Hof van Beroep van Gent op 4 juni 2013 uitspraak aangaande de geldigheid van een conventionele vervreemdingsverbod voor private kavels van een appartementsgebouw.<sup>344</sup>

Enkele mede-eigenaars hadden een vordering tot nietigverklaring van de notariële basisakte ingesteld. De kwestieuze bepaling voorzag in een verbod om de garages en/of autostandplaatsen te verkopen aan andere dan de eigenaars van een wooneenheid of studio of kantoorruimte in het appartementsgebouw. Verzoekende partijen steunden de vordering niet enkel op bepalingen in het Burgerlijk Wetboek maar ook op grondrechten zoals artikel 10, 11 en 16 van de Grondwet, artikel 14 EVRM en artikel 1 eerste lid van het aanvullend protocol EVRM. De verzoeker voerde met andere woorden aan dat de clause in de basisakte een beperkende werking had tegenover onder meer het grondrecht van eigendomsbescherming. Een van de geldigheidsvoorwaarden voor zo een vervreemdingsclausule is dat deze steeds van een beperkte duur is en verantwoord wordt door een legitiem doel. Bij de beoordeling van de geldigheid van de onvervreemdbaarheidsclausule paste de feitenrechter een op het EHRM geïnspireerde legitimiteitstoetsing toe. Zo oordeelde de rechtbank dat de uitzondering op de principiële overdraagbaarheid van goederen niet verantwoord werd door een legitieme doelstelling. Niet enkel omdat het verbod niet in tijd beperkt was. Maar ook omdat de verantwoording die werd gegeven voor de beperkingsclausule volgens de feitenrechter in de concrete omstandigheden onvoldoende was om het vervreemdingsverbod te verantwoorden. Voor de feitenrechter werd beargumenteerd dat een te grote diversiteit aan eigenaars de besluitvoering en besluitvorming kunnen bemoeilijken doordat de communicatiemogelijkheden afnemen en de kans op conflicten en administratieve kosten zouden toenemen. Daarnaast werd beargumenteerd dat er veiligheidsproblemen kunnen ontstaan omdat de eigenaars van de garage-autostaanplaatsen niet noodzakelijk de prioriteiten van de eigenaars van de studio's of kantoorruimte in dat verband delen. De rechtbank oordeelt aldus "*dat in de concrete omstandigheden onvoldoende werd aangetoond dat het vervreemdingsverbod door een legitiem doel te verantwoorden was*".

189. Ook volgens de Vrederechter van Roeselare moet een grondrechtbeperkende rechtshandeling voldoen aan een legitimiteitstest. De vrederechter oordeelde dat een overeenkomst waarbij een privédetective de opdracht werd gegeven om bepaalde vrouwen te fotograferen zonder hiervoor een specifiek doel op te geven niet verenigbaar is met de bescherming zoals voorzien in art. 8 EVRM en dat de overeenkomst derhalve ongeldig was.<sup>345</sup>

<sup>343</sup> EHRM 21 februari 1990 nr. 11855/85, *Håkansson en Sturesson/Zweden* § 66.

<sup>344</sup> Zie C. WILLEMOT, "Appartementsmede-eigendom - conventioneel vervreemdingsverbod - verbod om garages en/of autostaanplaatsen te verkopen - beperking op de principiële vrije overdraagbaarheid van goederen - gebrek aan legitiem doel - geen beperking in de tijd - nietigverklaring.", *T.Not.* 2015, nr. 12, 860-886.

<sup>345</sup> Vred. Roeselare 24 juni 1998, *T. Vred.* 1998, 319; Zie ook N. VAN LEUVEN, *Contracten en mensenrechten een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht*, Antwerpen, Intersentia, 381.

Beargumenteed kan worden dat een afstand van recht niet noodzakelijk een doel van algemeen belang moet nastreven en een specifiek doel volstaat.

Het blijft evenwel onduidelijk wanneer afstand van grondrechten indruist tegen een belangrijk publiek belang. Meer concreet is het onduidelijk welke doelen in aanmerking kunnen komen om grondrechtbeperkend te handelen.

#### D. Een doorwerking van de voorwaarde 'noodzakelijk in een democratische samenleving'?

190. In deze paragraaf bespreken we hoe de voorwaarde 'noodzakelijk in een democratische samenleving' kan fungeren voor de beoordeling van de geoorloofdheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling in de (zuiver) horizontale rechtssfeer. Omdat deze laatste toetsingsvoorwaarde het belangrijkste instrument is bij de beoordeling van een grondrechtbeperkende rechtshandeling wordt dit onderdeel verder opgedeeld. Zoals gezegd, fungeert de voorwaarde noodzakelijk in een democratische samenleving hoofdzakelijk als een proportionaliteitstoets. (*supra* nr. 166) In wat volgt bespreken we dan ook de vereiste 'noodzakelijk in een democratische samenleving' als instrument ter beoordeling van de proportionaliteit van een grondrechtbeperkende rechtshandeling.

191. We hebben reeds hoger besproken dat wilsautonomie, contractvrijheid en het zelfbeschikkingsrecht, hoewel deze concepten niet als dusdanig uitdrukkelijk opgenomen zijn in een van de grondrechtcatalogi, beschouwd kunnen worden als grondrechtelijk beschermde belangen (*supra* nr. 84)

192. Beargumenteerd wordt dat bij de beoordeling van de geoorloofdheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling een evenwicht gezocht moet worden tussen enerzijds individuele (grondrechtelijk beschermde) belangen en anderzijds grondrechtbescherming en bescherming dat in abstracto neerkomt op het beschermen van de menselijke waardigheid van rechtssubjecten. (*supra* nr. 13)

193. Soms kunnen deze belangen haaks op elkaar staan. Dit kan geïllustreerd worden aan de hand van het volgende voorbeeld.<sup>346</sup> In Frankrijk bestond er een sport waarbij dwergen zich tegen betaling laten werpen. Toen de Franse overheid lucht kreeg van deze praktijk voerde zij middels een circulaire een verbod in op 'dwergerwerpen' en dit op grond van artikel 3 EVRM. Een dwerg kwam tegen dit verbod op door aan te voeren dat het verbod op dwergerwerpen een schending is van zijn grondrecht op vrijheid, arbeid en het privéleven en aldus discriminerend was. *In casu* verwierp het VN-mensenrechtencomité het comité het verzoek van de betrokkene.<sup>347</sup> Los van de uitspraak van het VN-mensenrechtencomité is deze situatie een mooi voorbeeld waar het in deze masterproef *mutatis mutandis* om gaat. Met name het vinden van een moeilijk evenwicht. Hoe moet de rechter nu omgaan met rechten en belangen die soms haaks op elkaar kunnen staan?

194. DE LANGE merkte reeds het volgende op: "*bij het botsen van grondrechtelijk beschermde belangen moet een keuze gemaakt worden. Die keuze is juister en aanvaardbaarder wanneer zij rationeel is. Een rationele keuze wil zeggen: een keuze waarbij de verhouding tussen doeleinden en middelen waarvoor wordt gekozen zodanig is dat er sprake is van maximale aanvaardbaarheid en maximale effectiviteit. Doeleinden en middelen moeten ieder voor zich aanvaardbaar zijn, en bovendien in een evenredige verhouding tot elkaar staan. Dat wil zeggen dat de middelen die worden gebruikt niet tekort mogen schieten om het gestelde doel te bereiken. Evenmin mogen middelen gebruikt worden die zwaarder zijn dan nodig om het gestelde doel te bereiken. Rationaliteit van de*

<sup>346</sup> J. MOERMAN, "Artikel 4 EVRM: een kritische analyse van het verbod op slavernij en dwangarbeid", *Soc. Kron.* 2010, 512.

<sup>347</sup> Zie VN Mensenrechtencomité 15 juli 2002 nr. CCPR/C/75/D/854/1999.

*keuze tussen grondrechten wil zeggen optimale verhouding tussen optimale aanvaardbaarheid en optimale effectiviteit*".<sup>348</sup>

De beoordeling van de geoorloofdheid van een (zuiver) horizontale grondrechtbeperkende rechtshandeling zal net zoals bij statelijk grondrechtbeperkend handelen neerkomen op een proportionaliteitsafweging. Hoewel het proportionaliteitsbeginsel voornamelijk een instrument is om het (grondrechtbeperkend) handelen van de overheid op haar redelijkheid te beoordelen vindt de proportionaliteitstoetsing onmiskenbaar ook gelding in het privaatrecht.<sup>349</sup>

195. Het is niet mogelijk de proportionaliteitstoets voor ieder mogelijke afzonderlijke grondrechtbeperkende rechtshandeling in al haar finesses te bespreken in het kader van een masterthesis. Net omdat de proportionaliteitsafweging een feitelijke beoordeling impliceert. Daarom wordt ook in wat volgt geopteerd voor een algemene benadering met als doel enkele algemene richtlijnen uit te werken die kunnen helpen om de beoordeling van de geoorloofdheid van een grondrechtbeperkende handeling te rationaliseren. Hiervoor zullen we een beroep doen op enkele inzichten die voortkomen uit het leerstuk van 'botsende grondrechten' enerzijds.<sup>350</sup> en anderzijds de rechtspraak van het EHRM.

196. We bespreken de rol van de rechter en de toetsingsintensiteit in het licht van de positieve dan wel verplichting tot grondrechtbescherming (onderdeel I). Daarna worden een richtlijnen bij de beoordeling van de proportionaliteit op basis van rechtspraak van het EHRM bij de proportionaliteitstoetsing en enkele modellen op basis van het leerstuk over botsende grondrechten die als leidraad voor de rechter bij de beoordeling van de geoorloofdheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling kunnen fungeren (II.).

#### **I. De rol van de rechter en de variërende toetsingsintensiteit naargelang de rechtsverhouding**

197. Een eerste bemerking betreft de intensiteit van een rechterlijke toetsing. De rechter zal een marginalere toetsingsbevoegdheid van de proportionaliteit toekomen bij grondrechtbeperkingen in de (zuiver) horizontale sfeer. Dit houdt verband met het reeds eerder besproken gegeven dat rechtssubjecten ook andere belangen zullen nastreven dan het algemeen belang. THEUNIS bemerkte dat in het privaatrecht de beoordeling van de evenredigheid (van het gelijkheidsbeginsel) gekenmerkt wordt door een marginale rechterlijke toetsing. Zo heeft hij treffend gesteld dat: "*Dit houdt verband met de voor het privaatrecht centrale beginselen van de wilsautonomie en de contractvrijheid. Als dusdanig kan de contractuele sfeer van elke rechtsonderhorige in zeker mate*

<sup>348</sup> R. DE LANGE, "Botsing van grondrechten: wat moet de rechter doen?" in S. PARMENTIER (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 272.

<sup>349</sup> P. POPELIER, "Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en de wetgevingsmethoden" in J. VELAERS en J. VRIELINK (eds.), *Vrijheid en gelijkheid: de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 251; J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor "corrigerende ongelijkheden" en doorwerking in private rechtsverhoudingen" in A. ALEN, M. BOES en F. DERUYCK (eds.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 177; W. VAN GERVEN, "Het proportionaliteitsbeginsel" in M. STORME, R. DE CORTE, W. VAN GERVEN en P. VAN ORSHOVEN, *De norm achter de regel: wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Gent, Story-Scientia, 1995, 3.

<sup>350</sup> R. DE LANGE, "Botsing van grondrechten: wat moet de rechter doen?" in S. PARMENTIER (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 259-281.

worden vergeleken met de beleidsmarge van de overheid met dien verstande dat de beleidsmarge van de overheid veel smaller is dan de contractvrijheid van de burger.”<sup>351</sup>

198. In het kader van de *margin of appreciation* doctrine laat ook het EHRM uitschijnen dat er een ruime appreciatiemarge aan overheden wordt toegekend bij het afwegen van grondrechtelijke belangen in het kader van de positieve verplichting. Wanneer de grondrechtbeperking kadert binnen een gewone horizontale rechtsverhouding is de appreciatiemarge voor de rechter kleiner omdat het EHRM sneller overgaat tot de vaststelling van een grondrechtschending. In de zaak *Women of Wave* tegen Portugal liet het EHRM optekenen: “*la Cour estime que cette marge d’appréciation est plus étroite s’agissant des obligations négatives découlant de la Convention.*”<sup>352</sup>

De vaststelling dat toetsingsintensiteit varieert naargelang de grondrechtbeperking plaatsgrijpt in een horizontale of zuiver horizontale rechtsverhouding is logisch aangezien zoals gezegd overheden geen grondrechten mogen schenden ook al treden zij op als medecontractant bij een grondrechtbeperkende rechtshandeling.

199. Bij de beoordeling van de geoorloofdheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling kan allereerst gewezen worden op terughoudendheid. Ook het EHRM heeft bevestigd dat bij de beoordeling van de proportionaliteit van een statelijke grondrechtbeperking een appreciatiemarge wordt gelaten aan de nationale autoriteiten omdat deze autoriteiten in bepaalde gevallen beter geplaatst zijn om te beoordelen of een grondrechtbeperking noodzakelijk is. Hoe groot de appreciatiemarge van de staten is, hangt af van een aantal factoren. De *margin of appreciation* is een zeer omvangrijke leerstuk. Het gaat echter voorbij het doel van deze masterproef om de doctrine in al haar nuances te bespreken daarvoor verwijzen we naar specifieke publicaties.<sup>353</sup> Zo heeft het EHRM geoordeeld dat de appreciatiemarge afhankelijk is van de aard van de beperking, de intensiteit van de beperking en het doel van de inmenging.

200. Daarnaast zal in het kader van botsende grondrechten aan de nationale autoriteiten een ruimere appreciatie wordt gelaten.<sup>354</sup> In de zaak *Chassagnou en anderen* tegen Frankrijk liet het EHRM optekenen dat het vinden van een evenwicht tussen individuele belangen en die haaks kunnen staan op andere rechten en vrijheden uit het verdrag een moeilijke opgave is waardoor staten een grote appreciatiemarge worden toegekend.<sup>355</sup> Ook al heeft het EHRM gesuggereerd dat de appreciatiemarge van staten groter is indien het EHRM oordeelt over de positieve verplichting van staten. De nationale rechter wordt dus ruimte gelaten om naar eigen inzicht een oplossing te formuleren over grondrechtbeperkingen in een horizontale rechtsverhouding. Dit maakt dat de beoordeling van een grondrechtbeperkende rechtshandeling aan een minder strenge proportionaliteitstoetsing zal onderworpen kunnen worden.

201. De beoordeling van de grondrechtbeperkende rechtshandeling in de (zuiver) horizontale sfeer zal dus aan een marginale rechterlijke controle onderworpen worden. Toch kan er een kader uitgewerkt worden op basis waarvan een rechter die geconfronteerd wordt met een

<sup>351</sup> J. THEUNIS, “Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor “corrigerende ongelijkheden” en doorwerking in private rechtsverhoudingen” in A. ALLEN, M. BOES en F. DERUYCK (eds.), *Publiekrecht: de doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys en Breesch, 1997, 177.

<sup>352</sup> EHRM 3 februari 2009 nr. 31276/05, *Women on Waves t. Portugal*.

<sup>353</sup> Zie Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 248 p.

<sup>354</sup> Zie E. BREMPS, K. HENARD, R. DE LANGE, *Botsing van grondrechten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, 29-35.

<sup>355</sup> Zie EHRM 29 april 1999 nr. 25088/94, *Chassagnou en anderen/Frankrijk*

grondrechtbeperkende rechtshandeling op een meer geobjectiveerde wijze een grondrechtelijke belangenafweging kan maken. Hierbij kan de rechter een beroep doen op de rechtspraak van het EHRM of HvJ. Maar ook in de rechtsleer werden er modellen ontwikkeld om de belangenafweging te objectiveren.

202. Uit bovenstaande volgt dat de beoordeling van de geoorloofdheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling de rechter slechts marginaal kan toetsen. Dit is zeker indien de grondrechtbeperving tot stand komt in een (zuiver) horizontale rechtsverhouding waar aldus de leer van de positieve verplichting tot grondrechtbescherming van toepassing is.

## II. Enkele richtlijnen bij de beoordeling van de grondrechtbeperkende rechtshandeling op basis van rechtspraak van het EHRM en de doctrine inzake botsende grondrechten.

### a. Algemeen

203. Op basis van de reeds besproken leer van de positieve verplichting is het ons inziens aangewezen dat de nationale rechterlijke controle 'EHRM-proof' geschiedt. Hiervoor zou de nationale rechter zich kunnen laten inspireren op rechtspraak van het EHRM. In wat volgt willen we beargumenteren dat de rechter bij de beoordeling van de proportionaliteit van een grondrechtbeperkende handeling met de volgende vier elementen rekening kan houden ter rationalisatie van de beoordeling van de geoorloofdheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling.

### b. Aanbeveling 1: De grondrechtbeperving dient een legitiem doel.

204. De eerste stap in de proportionaliteitstoetsing betreft de aanwezigheid van een legitiem doel. Dit werd reeds besproken. (Supra 66 nr. 184-190) Een rationeel doel volstaat. Gezien de marginale rechterlijke toetsing zullen begrippen zoals 'pertinentie' en 'noodzakelijk' minder streng beoordeeld worden. Het rechtssubject zal het beste geplaagd zijn om haar eigen invulling te geven aan een legitiem doel.

### c. Aanbeveling 2: de beoordeling van de geoorloofdheid is strenger naargelang het belang van het recht waarvan afstand word gedaan

205. Een tweede element waar de rechter ons inziens rekening mee moet houden bij de beoordeling van de proportionaliteit is het belang van het recht waarvan afstand wordt gedaan.. Zo adviseren wij bijvoorbeeld dat wanneer een grondrechtbeperkende rechtshandeling afbreuk doet aan artikel 3 EVRM zulks een groter doel moet dienen ter rechtvaardiging dan wanneer afbreuk word gedaan aan bijvoorbeeld artikel 8 EVRM. Dit ligt ook in de lijn met de *Margin of Appreciation-doctrine* van het EHRM.<sup>356</sup>

<sup>356</sup> Zie Y. ARAI-TAKAHASHI, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Antwerpen, Intersentia, 2002, 33-58..



*d. Aanbeveling: de mate van afhankelijkheid als belangrijke factor bij de beoordeling van de geoorlooftheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling.*

206. Hoger werd reeds gewezen op het leerstuk over de 'analogie van de macht' wat impliceert dat ook privaatrechtelijke rechtsverhoudingen machtselementen kunnen vertonen die aanvankelijk enkel werden toegeschreven aan een verticale rechtsverhouding werden toegeschreven. Ons inziens is het machts- of afhankelijkheidselement mede bepalend bij de beoordeling van de geoorlooftheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling. Zo betogen wij dat de mate waarin het rechtssubject afhankelijk is mede bepalend is voor de geoorlooftheid van de grondrechtbeperkende handeling. Aansluiting hiervoor wordt *mutatis mutandis* gevonden bij het afwegingsmodel van WAALDIJK en TIELMAN.<sup>357</sup> In hun model vetrekken de auteurs vanaf het zelfbeschikkingsrecht. Er staan volgens de auteurs drie variabelen centraal bij de beoordeling van botsende grondrechten. Deze zijn: De aard van de betreffende overheidsmaatregel, de mate van afhankelijkheid en de mate waarin het grondrecht als essentieel wordt beschouwd.

207. Vooral deze laatste twee variabelen kunnen ons inziens *mutatis mutandis* doorgetrokken worden bij de beoordeling van de proportionaliteit van de grondrechtbeperkende rechtshandeling in een (zuiver) horizontale rechtssfeer.

208. in hun model bepleiten de auteurs dat de mate waarin een bepaald overheidsoptreden aanvaardbaar is afhangt van de mate waarin de betrokkenen afhankelijk zijn. Hierbij gaat het om een objectief criterium van afhankelijkheid. Deze theorie biedt ons inziens een aanknopingspunt bij de beoordeling van de geoorlooftheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling. Die afhankelijkheid kan zich bijvoorbeeld voordoen in een arbeidscontext. De mate waarin het vinden van een baan moeilijk is afgewogen moet worden tegenover het belang dat de werkgever heeft om een bepaalde persoon te weren. In *casu* geven WAALDIJK en TIELMAN het voorbeeld van een homoseksuele leerkracht in het christelijk onderwijs. Als we deze redenering *mutatis mutandis* doortrekken zou de rechter de machtstoename van privaatrechtelijke actoren kunnen betrekken bij de proportionaliteitsbeoordeling.<sup>358</sup>

*e. De kernbenadering als absolute ondergrens bij grondrechten*

Een nuttig principe bij de beoordeling van de proportionaliteit bij het grondrechtbeperkend handelen door het rechtssubject betreft mijns inziens het leerstuk van de kernbenadering bij grondrechten.<sup>359</sup>

Deze leer kan aanvullend werken ten opzichte van proportionaliteitstoetsing en de beperkingsvoorwaarden uit art 11 §2 EVRM. Volgens deze leer bevatten grondrechten een 'kern' waarvan niet mag afgeweken worden en dat bijzondere bescherming geniet.<sup>360</sup>

De wortels van dit principe leiden naar het Duitse Grondwettelijk recht: Zo luidt artikel 19 tweede lid *Grundgesetz*: "Soweit nach diesem Grundgesetz ein Grundrecht durch Gesetz oder auf Grund eines

<sup>357</sup> ZIE C. WAALDIJK en R.A.P. TIELMAN, "Een model voor de afweging van botsende grondrechten", *NCJM Bulletin* 1984, X.

<sup>358</sup> Hoewel het voorbeeld gezien de actuele maatschappelijke opvatting voorbijgestreefd is geeft hun kernboodschap een interessante ratio om *mutatis mutandis* te worden toegepast op de grondrechtbeperkende rechtshandeling.

<sup>359</sup>R. DE LANGE, "Botsing van grondrechten: wat moet de rechter doen?" in S. PARMENTIER (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 272.

<sup>360</sup> Zie .J. NIEUWEHUIS, "De kernbenadering bij grondrechten", *TVCR* 2012, 138-158.

*Gesetzes eingeschränkt werden kann, muß das Gesetz allgemein und nicht nur für den Einzelfall gelten. Außerdem muß das Gesetz das Grundrecht unter Angabe des Artikels nennen. (...)”.*

NIEUWENHUIS merkt op dat het idee van kernrecht ‘*substance meme*’ ook in de rechtspraak van het EHRM naar voren komt en dat zulks minstens suggereert “*dat binnen de reikwijdte van veel rechten onderscheid gemaakt kan worden tussen een bij uitstek beschermd centrum en een minder sterk beschermde periferie*”.<sup>361</sup>

Eenzijds kan wanneer wordt geoordeeld dat de kern van een grondrecht in het geding is de beperking aan een strengere proportionaliteitstest onderworpen worden. Hierdoor zal sneller tot een ongeoorloofde grondrechtbeperking kunnen worden besloten.

Anderzijds kunnen er bepaalde gevallen zijn waarbij een grondrecht zodanig in haar kern wordt aangetast zodat een proportionaliteitsafweging *a priori* nutteloos omdat men kan besluiten dat een absolute ondergrens bereikt is.

Dit heeft belang bij de beoordeling of een grondrechtbeperking een schending uitmaakt. (*i.e. mutatis mutandis* een grondrechtbeperkende rechtshandeling ongeoorloofd is)

Beargumenteed kan aldus worden dat de kernbenadering perspectieven biedt met betrekking tot beperkingen ten aanzien van art 6 EVRM (toegang tot de rechter) en art. 12 EVRM (recht om te huwen)

### **Conclusie op het oog met wat volgt**

De beperkingssystematiek uit artikel 8-11 lid 2 EVRM leent zich voor een *mutatis mutandis* doortrekking zodat het systeem als ratio kan fungeren bij de beoordeling van een grondrechtbeperkende rechtshandeling in de (zuiver) horizontale sfeer. Zo kan de doorwerking het materieel aspect van het legaliteitsbeginsel ons inziens de rechtszekerheid bij het grondrechtbeperkend handelen in de (zuiver) horizontale sfeer verhogen. Zo kunnen rechtssubjecten die potentieel een grondrechtbeperking van een ander rechtssubject wenst te bekomen die mogelijkheid voorzien in een schriftelijk document. Ook het rechtssubject dat zelf overgaat tot het beperken van haar grondrechten wordt geadviseerd om deze beperking op schrift te stellen. Net omdat de toestemming bij grondrechtbeperkende rechtshandelingen streng wordt beoordeeld.

Ook de voorwaarde dat een statelijke grondrechtbeperking steeds een legitiem doel moet nastreven kan ons inziens doorwerken in de (zuiver) horizontale verhouding. Indien het rechtssubject zelf afstand doet van haar rechten in een horizontale rechtsverhouding stelt het EHRM dat deze beperking niet mag indruisen tegen een “*important public interest*”. De precieze invulling van deze notie is niet heel duidelijk. Aangenomen mag worden dat dit begrip niet samenvalt met het algemeen belang in de zin van statelijke grondrechtbeperkingen. Rechtssubjecten hebben een andere kijk op het begrip algemeen ‘belang’.

---

<sup>361</sup>J. NIEUWENHUIS, “De kernbenadering bij grondrechten”, *TVCR* 2012, 138-158.

Tot slot wordt beargumenteerd dat de voorwaarde noodzakelijk in een democratische samenleving kan doorwerken bij de beoordeling van een grondrechtbeperkende rechtshandeling. Het grondrechtbeperkend handelen in een (zuiver) horizontale sfeer zal dan aan een martialere proportionaliteitstoetsing onderworpen worden. Het EHRM laat zeker voor een zuivere horizontale grondrechtbeperking een ruime appreciatiemarge aan de nationale autoriteiten. Toch is een mutatis mutandis EHRM-conforme beoordeling van de grondrechtbeperkende rechtshandeling aangewezen. Om de proportionaliteitsafweging te rationaliseren kunnen enkele modellen van het leerstuk over de botsende grondrechten als aanknopingspunt fungeren.

**CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN BIJ DEEL 4**

Bij de beoordeling van grondrechtbeperkingen in een verticale rechtssfeer toetst het EHRM systematisch aan de legaliteit, legitimiteit en proportionaliteit om uit te maken of de beperking of inmenging geen schending van het betrokken grondrecht uitmaakt. In een horizontale rechtsverhouding ontbreekt een systematisch toetsingskader. Wij beargumenteren dat een *mutatis mutandis* horizontalisering van deze beperkingssystematiek aangewezen is bij de beoordeling van de grondrechtbeperkende rechtshandeling.



## **DEEL V. EEN BLIK OP DE TOEKOMST**

### **HOOFDSTUK 1. Naar een Europeesrechtelijk (privaatrechtelijk) juridisch kader voor de (zuiver) horizontale grondrechtenbeperking?**

#### **AFDELING 1. Inleiding**

209. In wat voorafging werd reeds beargumenteerd dat het door het EHRM ontwikkelde toetsingskader als richtsnoer kan fungeren wanneer de nationale rechter de geoorlooftheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling moet beoordelen. In dit vijfde deel en huidig hoofdstuk wordt bestudeerd op welke wijze een eventuele Europeanisering van het privaatrecht een dienst kan bewijzen bij het beoordelen van de geoorlooftheid van de grondrechtbeperkende rechtshandeling.

210. Om de Europeesrechtelijke privaatrechtelijke principes ter zake te bestuderen, zal het "*Draft common frame of reference*" (DCFR) als uitgangspunt worden genomen.<sup>362</sup>

Dit gemeenschappelijk referentiekader van het verbintenissen- en goederenrecht in de Europese Unie, opgesteld door een groep Europese rechtswetenschappers, is een optioneel instrument met materiële vermogensrechtelijke regels in de enge zin (goederen- en verbintenissenrecht) van de EU-lidstaten.<sup>363</sup> De algemene principes, modelregels en definities van het DCFR, bestaande uit tien boeken over een veelheid aan privaatrechtelijke onderwerpen, heeft als referentiekader veel weg van een Europese codificatie.<sup>364</sup> Per hoofdstuk is voor de verschillende lidstaten gemeenschappelijke opvatting vooropgesteld. Het DCFR is op zichzelf geen rechtgevend document maar kan fungeren als basismodel voor een eventuele latere europeanisering van het privaatrecht.<sup>365</sup>

Het fundament van het Europees privaatrecht heeft vier onderliggende principes: vrijheid, zekerheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid.<sup>366</sup>

211. Verondersteld wordt dat de afstand van een recht valt binnen de sfeer van de persoonlijke vrijheid van een individu. Om te bestuderen op welke wijze het privaatrecht de afstand van grondrechten kan benaderd worden, bespreken we aantal fundamentele Europeesrechtelijke privaatrechtelijke principes uit DCFR: wilsautonomie en contractsvrijheid (afdeling 2), doelmatigheid (afdeling 3), zekerheid (afdeling 4), en rechtvaardigheid (afdeling 5).

#### **AFDELING 2. Wilsautonomie en contractvrijheid in DCFR**

##### **§ 1. Wilsautonomie onder DCFR**

212. Ook vanuit de principes die voortkomen uit DCFR zal immers de rechtsgeldigheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling de wils- of persoonlijke autonomie als uitgangspunt nemen.

<sup>362</sup> De volledige DCFR-versie kan worden teruggevonden in het zes boekdelen omvattende C. VON BAR en E. CLIVE (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 6563 p. (DCFR 2009). Zie ook: C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), outline edition.

<sup>363</sup> P.C.J. DE TAVERNIER en J.A. VAN DER WEIDE, "Naar een Europees Burgerlijk Wetboek? Het Draft Common Frame of Reference (DCFR)", *MvV* 2011, afl. 5, 121.

<sup>364</sup> A.L.M. KEIRSE en P.M. VEDER, *Europeanisering van vermogensrecht. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2010*, Deventer, Kluwer, 2010, 95.

<sup>365</sup> De volledige DCFR-versie kan worden teruggevonden in het zes boekdelen omvattende C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), München, Sellier, 2009, te raadplegen op: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)

<sup>366</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), München, Sellier, 2009, 60 en volgende te raadplegen op: [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/european-private-law_en.pdf)

Vanzelfsprekend zal dit moeten worden afgewogen tegenover andere (grondrechtelijk beschermde) belangen.

## § 2. Contractvrijheid onder DCFR

213. Contractsvrijheid veronderstelt dat partijautonomie gerespecteerd moet worden, tenzij er een goede reden is om ervan af te wijken.<sup>367</sup> Onder de legitieme beperkingen van de contractsvrijheid, brengt de DCFR onder meer beperkingen met betrekking tot schadelijke contracten voor derden en de maatschappij in het algemeen, *i.e.* interventies wanneer de toestemming gebrekkig is.<sup>368</sup>

De beperkingen aan de contractsvrijheid in de zin dat contracten schadelijk zijn voor derden en de maatschappij in het algemeen houdt het recht van de wetgever in om contracten ongeldig te maken die schade toebrengen aan derden of aan de samenleving als geheel (bijvoorbeeld in strijd met de openbare orde).<sup>369</sup> Met betrekking tot de wettigheid van de inbreuk op de contractvrijheid op basis van een gebrekkige toestemming, moet het volgende voorop worden gesteld. Het stellen van een verplichting en de afstand van rechten hebben beiden betrekking op de toestemming en de afstand van een recht. Een gebrekkige toestemming kan als een gebrekkige afstand van grondrechten worden gezien in de zin dat een individu afstand doet in een contract van zijn rechten en verplichtingen. In het DCFR is de gebrekkige toestemming erkend als een grond van ongeldigheid van het contract. De gebrekkige toestemming kan verkeerd zijn (bijvoorbeeld het resultaat van nood, oneerlijke uitbuiting, fraude of fout).<sup>370</sup> Net als de positieve verplichting van een staat om de vrijheid van de wil van de mens in grondrechten te vrijwaren, brengen de auteurs van het DCFR naar voren dat de ongeldigheidsgronden worden uitgelegd in termen van rechtvaardigheid en ontworpen zijn om de contractuele vrijheid in wezen te beschermen.<sup>371</sup>

214. Volgens het principe van contractsvrijheid moeten de beperkingen minimaal zijn.<sup>372</sup> Wat betreft de verhouding van de grondrechten en de contractsvrijheid, maakt de contractsvrijheid deel uit van de grondrechten. De betekenis van de contractsvrijheid als een substantieel element van het privacy recht is groot, zowel wat betreft de inhoud alsook in het bijzonder de gevolgen voor uitzonderingen in het nationaal recht met betrekking tot dit recht.<sup>373</sup> Dit betekent dat het EVRM de wettelijkheidstest voor de afstand van grondrechten, in het bijzonder de vereisten voortvloeiend uit artikel 8, para. 2 EVRM toepasbaar is, is vanuit het privaatrecht perspectief.

<sup>367</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 61.

<sup>368</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 63-65.

<sup>369</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 64-65.

<sup>370</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 65.

<sup>371</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 65.

<sup>372</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 68.

<sup>373</sup> H. J. SNIJDERS, "Privacy of Contract" in K. S. ZIEGLER (ed.), *Human Rights and Private Law. Privacy as Autonomy*, Oxford, Hart Publishing, 2007, 116.

### **AFDELING 3. Doelmatigheid onder DCFR**

215. Doelmatigheid heeft betrekking op de effectiviteit van de beschikbare middelen (liefst zonder rechterlijke tussenkomst) om iets te doen aan tekortkoming van een ander.<sup>374</sup> Het heeft als onderliggend principe in het Europees privaatrecht twee overlappende aspecten. Doelmatigheid ten behoeve van de partijen voor het gebruik van de regelgeving, en doelmatigheid voor bredere publieke doeleinden.<sup>375</sup> Doelmatigheid voor bredere publieke doeleinden is bedoeld voor het beter functioneren van markten en de bevordering van de economische welvaart.<sup>376</sup> Bijvoorbeeld, regelgeving inzake consumentenbescherming is niet enkel voor de bescherming van kwetsbare personen, maar bevordert ook de algemene welvaart aangezien het leidt tot betere concurrentie, en dus een betere werking van de markt.<sup>377</sup> Doelmatigheid voor doeleinden van de partijen omvat minimale formele en procedurele beperkingen. Minimale inhoudelijke beperkingen en verstrekking van doelmatigheidsstandaardregels.<sup>378</sup> De notie van doelmatigheid lijkt analoog aan enerzijds de negatieve verplichting om het privéleven te respecteren en anderzijds de positieve verplichting om het genot van het recht op privéleven te vergemakkelijken. Met andere woorden, kan worden geconcludeerd dat de staat de positieve verplichting heeft onder het EVRM om privaatrechtelijke regulering te bieden die het functioneren van de privérelaties waarborgt.

### **AFDELING 4. Rechtvaardigheid en zekerheid als privaatrechtelijke principes voor een rechtsgeldige afstand van grondrechten voortvloeiend uit de persoonlijke autonomie**

216. De andere twee onderliggende principes van het Europees privaatrecht (i.e. rechtvaardigheid en zekerheid) bevatten ook relevante aspecten van het privaatrecht met betrekking tot de rechtsgeldigheid van de afstand van grondrechten.

#### **§ 1. (Contractuele) zekerheid**

217. De (contractuele) zekerheid bestaat uit de vrijheid voor partijen om onderling afspraken te maken, maar juist ook de gevallen waarin die beperkt behoort te worden.<sup>379</sup> Het bevat onder meer de verplichte bindende kracht van het contracteren, de verplichtingen voortvloeiend uit de contractuele loyaliteit, het recht om de uitvoering van de contractuele verplichtingen te handhaven, de beschikbaarheid van voldoende rechtsmiddelen wegens niet-nakoming van de contractuele verbintenis.<sup>380</sup> Bovendien moeten deze rechten en verplichtingen afdwingbaar zijn. Voor het onderwerp van de masterthesis inzake de afstand van grondrechten is het van belang om te vermelden dat al deze begrippen de afstand waarborgen, of met andere woorden de menselijke wil. Bijvoorbeeld, als een afstand wordt toegestaan in ruil voor een voordeel, moet dit voordeel worden gehandhaafd. In een private verhouding, fungeert het eigenbelang in het contract als hoedster van

<sup>374</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Reasearch Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 94-95.

<sup>375</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Reasearch Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 94.

<sup>376</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Reasearch Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 96.

<sup>377</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Reasearch Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 97.

<sup>378</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Reasearch Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 94-95.

<sup>379</sup> DCFR Principles, 61.

<sup>380</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Reasearch Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 72.



de legaliteit voor een afstand. Ook in een publieke verhouding kan dit worden gevonden: bijvoorbeeld in het leger, waar de soldaten afzien van hun rechten, brengt de bijzondere verplichting van de staat om de rechten van soldaten te beschermen.

218. Volgens SMITS zijn beperkingen van de contractsvrijheid gerechtvaardigd in tweeërlei situaties.<sup>381</sup> Ten eerste, indien het vrijwillig contracteren verschillende gevolgen heeft voor de toekomstige vrijheid van de persoon, wordt de vrijheid onnodig beperkt.<sup>382</sup> Ten tweede, in het geval van het eigenbelang in het contract voorziet een zwakke bescherming tegen onnodige vrijheidsbeperkingen<sup>383</sup> en beperkt het de vrijheid disproportioneel.<sup>384</sup> Het recht die de contractsvrijheid van het individu beperkt door het verbieden van onnodige of disproportionele beperkingen van de vrijheid is gerechtvaardigd omdat de staat individuen niet moet helpen de vrijheid onterecht te beperken.<sup>385</sup> Het ontbreken van wederkerigheid in een rechtsverhouding kan dus bijkomende waarborgen vereisen. De wettelijkheidstest van het EHRM geeft uitdrukking aan dezelfde visie. Bijvoorbeeld, in het arrest *Scoppola v. Italy* heeft het EHRM geoordeeld dat indien de beschuldigde afstand heeft gedaan van het recht op een eerlijk proces in ruil van een voordeel, dat de intrekking van dit voordeel door de staat ontoelaatbaar is en het rechtszekerheidsbeginsel zou schenden.<sup>386</sup>

## **§ 2. Rechtvaardigheid onder DCFR**

219. Rechtvaardigheid kent geen duidelijke begripsomschrijving. Rechtvaardigheid is een allesdoordringend principe dat verschillende aspecten omvat. Verwijzing kan worden gemaakt naar het waarborgen van een gelijke behandeling, het niet toestaan/bestrafen van onwettig, oneerlijk of onredelijk gedrag, het niet toestaan om ten onrechte te profiteren van de zwakte, tegenslag of vriendelijkheid van anderen, en het nemen van verantwoordelijkheid voor bepaalde genomen risico'.<sup>387</sup> Nog belangrijker voor de masterthesis is dat rechtvaardigheid ook kan verwijzen naar beschermende gerechtigheid, waarbij bescherming wordt geboden aan diegenen in een zwakke of kwetsbare positie.<sup>388</sup>

## **CONCLUDERENDE BESCHOUWINGEN DEEL V**

220. Uit de bovenstaande analyse van de vier basisbeginselen uit het DCFR-referentiekader kan inspiratie worden geput bij het beoordelen van de geoorloofdheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling.

De onderliggende beginselen van de DCFR, namelijk vrijheid, zekerheid, rechtvaardigheid en doelmatigheid, kunnen als rode draad lopen fungeren bij het beoordelen van de geoorloofdheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling.

<sup>381</sup> S. A. SMITH, "Future Freedom and Freedom of Contract", *The Modern Law Review* 1996, vol. 59, 179-180.

<sup>382</sup> S. A. SMITH, "Future Freedom and Freedom of Contract", *The Modern Law Review* 1996, vol. 59, 180.

<sup>383</sup> S. A. SMITH, "Future Freedom and Freedom of Contract", *The Modern Law Review* 1996, vol. 59, 186

<sup>384</sup> S. A. SMITH, "Future Freedom and Freedom of Contract", *The Modern Law Review* 1996, vol. 59, 180

<sup>385</sup> S. A. SMITH, "Future Freedom and Freedom of Contract", *The Modern Law Review* 1996, vol. 59, 179.

<sup>386</sup> *Scoppola v. Italy* (No. 2), 17 September 2009, ECtHR, no. 10249/03, para. 135.

<sup>387</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, outline edition, 84.

<sup>388</sup> C. VON BAR et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, outline edition, 84.

221. Vanuit deze Europeesprivaatrechtelijke invalshoek wordt de contractsvrijheid vooropgesteld, maar kan ruimte worden gelaten wanneer één van de contractspartijen in een zwakkere positie verkeert.



## **BESLUIT**

### **ALGEMEEN SLOTBESLUIT**

222. Deze masterthesis heeft de principiële mogelijkheid, wenselijkheid en grenzen onderzocht bij grondrechtbeperkingen die door het rechtssubject zelf worden bedongen.

Het onderzoek bevond zich op een snijlijn tussen het publiek- en privaatrecht.

Aangenomen mag worden dat aan grondrechten niet langer een publiekrechtelijke dimensie toekomt maar dat deze ook ten volle gelding kunnen vinden in privaatrechtelijke verhoudingen.

Zowel vanuit een publiekrechtelijke invalshoek (en dan meer concreet de rechtspraak van het EHRM) alsook vanuit een privaatrechtelijke invalshoek (en meer concreet op basis van contractvrijheid, wilsautonomie en het zelfbeschikkingsrecht) werd beargumenteerd dat het rechtssubject principieel gerechtigd is om afstand te doen van grondrechten.

Beargumenteerd werd ook dat het rechtssubject door grondrechtbeperkend te handelen rechtgevolgen beoogt waardoor een afstand van grondrechten steeds een rechtshandeling impliceert. Naar Belgisch privaatrecht kan een rechtshandeling slechts geldig tot stand komen als voldaan is aan de geldigheidsvoorwaarden uit art 1108 BW. Problematisch in dat verband is de geoorloofdheid van het voorwerp en de oorzaak van de grondrechtbeperkende rechtshandeling. Beargumenteerd werd dat grondrechten gekwalificeerd kunnen worden als rechtsregels behorende tot de regels van openbare orde waardoor de grondrechtbeperkende rechtshandeling behept is met een eventuele nietigheidssanctie. Een restrictieve interpretatie van artikel 1108 en artikel 6 BW is evenwel om verschillende redenen niet wenselijk.

Een noodzakelijke tempering van deze klassieke privaatrechtelijke concepten is daarom aangewezen.

De onderzochte principiële mogelijkheid tot afstand van grondrechten en de noodzakelijke tempering betekenen evenwel niet dat iedere grondrechtbeperkende rechtshandeling zomaar geldig tot stand kan komen. Uit een grondige analyse van de geschiedenis en filosofie van de grondrechtontwikkeling blijkt immers dat grondrechten in essentie rechtssubjecten beogen te beschermen tegen macht en willekeur van de overheid en fungeren ter bescherming van de menselijke waardigheid en de democratische rechtsstaat. Het specifieke karakter van grondrechten noopt bijgevolg tot voorzichtigheid bij de beoordeling van de rechtsgeldigheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling.

Hoe het grondrechtbeperkend handelen door het rechtssubject op zijn geoorloofdheid en dus toelaatbaarheid moet worden getoetst in het recht is niet duidelijk. Noch de grondrechtcatalogi noch het Belgisch privaatrecht voorzien in een aangepaste regeling terzake.

Vanuit privaatrechtelijke principes (zoals het openbare orde karakter of de kwalificatie van grondrechten als persoonlijkheidsrechten) kan de rechter of een andere actor snel besluiten tot de ongeoorloofdheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling. Maar ook vanuit een publiekrechtelijke invalshoek kan de rechter of een andere actor relatief eenvoudig besluiten tot de schending van grondrechten bij het aangaan van een grondrechtbeperkende rechtshandeling in de horizontale sfeer.

Er zijn immers een veelheid van privaatrechtelijke en publiekrechtelijke principes, figuren en denkpatronen die aangewend kunnen worden bij de beoordeling van de grondrechtbeperkende rechtshandeling.

223. Teneinde bij de beoordeling van de grondrechtbeperkende rechtshandeling met het oog op de bevordering van de rechtszekerheid enige structuur en systematiek te brengen, werd beargumenteerd dat het door het EHRM ontwikkelde toetsingskader dat momenteel wordt gebruikt om uit te maken of statelijk grondrechtbeperkend handelen al dan niet een schending uitmaakt naar analogie kan worden toegepast om de geoorloofdheid van een grondrechtbeperkende rechtshandeling in een (zuiver) horizontale rechtsverhouding *mutatis mutandis* te beoordelen. In de verticale rechtsverhouding kunnen grondrechten slechts beperkt worden indien voldaan is aan een legaliteitsvoorwaarde, legitimitetsvoorwaarde en proportionaliteitsvoorwaarde.

224. Om verschillende redenen is een zuivere horizontalisering van de verticale toetsing systematiek niet wenselijk. Rechtssubjecten hebben een ruimere vrijheid om grondrechtbeperkend te handelen. Rechtssubjecten zullen ook andere belangen dan het algemeen belang nastreven bij het grondrechtbeperkend handelen. De legitimitetstoetsing en de proportionaliteitstoetsing zullen dus een marginale rechterlijke toetsing impliceren. De rechter zal steeds *in concreto* een evenwicht moeten vinden tussen individuele belangen van het rechtssubject en de grondrechtbescherming. Bij de beoordeling kan de rechter zich laten inspireren door de rechtspraak van het EHRM, bepaalde principes die voortkomen uit de doctrine inzake 'botsing van grondrechten' en de onderliggende principes die voortkomen uit het DCFR.

Concluderend kan de masterthesis treffend worden afgesloten: "Recht is een kunst van evenwicht".





**SUGGESTIE VOOR VERDER ONDERZOEK**

Deze masterproef heeft eerder een algemene benaderingswijze gevolgd. Hierbij werd abstractie gemaakt van andere rechtstakken dan het algemeen privaatrecht en het publiekrecht. Verder onderzoek naar de grondrechtbeperkende rechtshandeling waarbij ook onderzoek wordt gevoerd naar de implicaties in andere rechtstakken, bijvoorbeeld het sociaalrechtelijk en strafrechtelijk luik, is aanbevelingswaardig. De grondrechtbeperkende rechtshandeling kan daarbij worden onderverdeeld in verscheidene luiken subonderdelen waarbij doorgedreven onderzoek wordt gevoerd naar de diverse soorten grondrechtbeperkende rechtshandeling die in het actuele rechtsverkeer voortkomen. Het strekt *prima facie* tot aanbeveling om het onderzoek per 'type' grondrechtbeperkende rechtshandeling op een geïndividualiseerde wijzen te voeren.





## **BIBLIOGRAFIE**

### **WETGEVENDE AKTEN**

#### *Internationale verdragen*

- Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden van 4 november 1950, *BS* 19 augustus 1955, 5029.
- Internationaal Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten van 19 december 1966, *BS* 6 juli 1983, 8815.
- Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele rechten van 19 december 1966, *BS* 6 juli 1983, 1776.
- Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind van 20 november 1989, *BS* 17 januari 1992, 805.
- Handvest van de grondrechten van de Europese Unie van 7 december 2000, *Pb.L.* 18 december 2000.

#### *Nationale wetgeving*

- Belgisch Burgerlijk Wetboek
- Gecoördineerde Grondwet van 17 februari 1994, *BS* 17 februari 1994.

#### *Voorbereide werken*

- Adv. RvS nr. 31.441/AV-AG en 31.442/AV-AG van 20 juni 2001, *Parl.St.* Senaat 2000-01, nr. 1244/21.
- Adv. RvS nr. 30.462/2 van 21 december 2000, *Parl. St.* Senaat 2000-01, nr. 2-12/5.

### **RECHTSPRAAK**

#### *Supranationale rechtspraak*

- EHRM 27 juni 1968, nr. 1936/63, *Neumeister t. Oostenrijk*.
- EHRM 18 juni 1973, nr. 2832/66, *De Wilde, Ooms en Versyp t. België*.
- EHRM 6 februari 1976, nr. 5614/72, *Swedish engine Drivers union t. Zweden*.
- EHRM 27 februari 1980, nr. 6903/75, *Deweert t. België*.
- ECRM 3 mei 1983 nr. D. 9322/81, *X t. Nederland*.
- EHRM 10 februari 1983, nr. 7299/75, *Albert en Le Compte t. België*.
- EHRM 29 april 1999, nr. 25088/94, *Chassagnou en anderen t. Frankrijk*.
- EHRM 29 april 2002, nr. 2346/02, *Pretty t. Verenigd Koninkrijk*.
- EHRM 17 februari 2004, nr. 44158/98, *Gozelik t. Polen*.
- EHRM 20 maart 2007, nr. 5410/03, *Tysiac t. Polen*.
- EHRM 3 februari 2009 nr. 31276/05, *Women on Waves t. Portugal*.

- EHRM 16 December 2010, nr. 33579/04, *Borotyuk t. Oekraïne*.
- VN Mensenrechtencomité 15 juli 2002 nr. CCPR/C/75/D/854/1999

#### *Nationale rechtspraak*

- GwH 12 februari 2009, nr. 17/2009.
- Cass. 27 mei 1971, Pas. 1971, 959.
- Cass. (3e k.) .AR C.06.0443.F, 29 september 2008.
- Cass. 29 maart 2010, S.08.0147.N, *JTT* 2010-11, 241.
- Arbh. Brussel 13 september 2005, AR nr. 46.114. Te raadplegen op: [http://jure.juridat.just.fgov.be/view\\_decision.html?justel=N-20050913-35](http://jure.juridat.just.fgov.be/view_decision.html?justel=N-20050913-35).
- Arbh. Antwerpen 23 december 2011, *Or.* 2012, 61.
- Kh. Ieper 21 december 1990, *T.B.H.* 1991, 351.
- Vred. Roeselare 1998, *T. Vred.* 1998, 319.

#### **RECHTSLEER**

- ADAMS, M., "De Raad van State, Euthanasie en het EVRM", *RW* 2001-2002, 1077-1079.
- ANDRIES, K., VERMANDER, F., "Contractuele bedingen en toegang tot de rechter" in VAN OEVELEN, A., RUTTEN, S., ROZIE, J. (eds.), *Recht op toegang tot de rechter*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 93-134.
- BERGAMIN, R., *Rechten jegens de overheid: het begrip publiekrechtelijke subjectieve rechten*, Nijmegen, Ars aequi libri, 1995, 315 p.
- BOSSUYT, M., "De inroepbaarheid van verdragsbepalingen of wat is er 'rechtstreeks' aan de 'rechtstreekse werking'" in WOUTER, J., *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2006, 652 p.
- BRUGMANS, E., *Filosofie van de mensenrechten*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2010, 278 p.
- BREMPS, E. HENARD, K. DE R. LANGE, *Botsing van grondrechten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2008, 86 p.
- BURKENS, M.C., *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1989, 238 p.
- CARAIS, C.W., "Grundrechte und Privatrecht", *Archiv für die civilistische Praxis* 1984, vol. 184, 201.
- CAUFFMAN, C., "Een sinterklaasgeschenk. Over loterijen, beloften in de reclame en verbintenisscheppende eenzijdige wilsuitingen" (noot onder Antwerpen 6 december 1999), *TBBR* 2000, 536-547.
- CHEREDNYCHENKO, O., "EU Fundamental Rights, EC Fundamental Freedoms and Private Law", *European Review of Private Law* 2006, vol. 1, 23-61.

- CLAESSENS, B en PEETERS, N., "Verbintenissen onder voorwaarde", in ROODHOOF, J. (Ed.), *Bestendig handboek verbintenissenrecht*, Antwerpen, Kluwer, 1998, losbl., III.1-1 - III.1.
- CORNELIS, L., *Algemene theorie van de verbintenis*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 997 p.
- DE CONINCK, J., "Toetsing van de geoorloofdheid van een overeenkomst: de openbare orde herbekeken", *TBBR* 2004, 301-323.
- DE DECKER, H., "De subjectieve plechtige rechtshandeling: onbekend maakt onbemind?" in BAEL, J., BOCKEN, H. (eds), *Liber Amicorum Christian De Wulf*, Brugge, Die Keure, 2003, 441.
- DE GROOTE, B. en DE CORTE, R., *Privaatrecht in hoofdlijnen 2*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 464 p.
- DE HERT P. en HENRARD K. (eds.), *Bronnen internationale bescherming van de rechten van de mens*, Mortsel, Intersentia, 2010, xv+ 815 p.
- DELBEKE, E. *Juridische aspecten van zorgverlening aan het levenseinde*, Antwerpen Intersentia, xxi + 1249 p.
- DE LANGE R., "Botsing van grondrechten: wat moet de rechter doen?" in PARMENTIER, S., (ed.), *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, Gent, Mys & Breesch, 1994, 259-281.
- DE PAGE, H., *Traité élémentaire de droit civil belge*, I, Brussel, Bruylant, 1962, 1367p.
- DE VOS, B., *Horizontale werking van grondrechten een kritiek*, Apeldoorn, Maklu, 2010, 417 p.
- DEN HEIJER, M., HINS, A.W. en NIEUWENHUIS, A.J., *Hoofdstukken grondrechten*, Nijmegen, Ars Aequi Libri, 2014, 256 p.
- DEN HOUDIJKER, F.M.J., *Afweging van grondrechten in een veellagig rechtssysteem. De toepassing van het proportionaliteitsbeginsel in strikte zin door het EHRM en het HvJ EU*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2012, 708 p.
- DEWAELE, A. en LEMMENS, P., "De grondrechten in de Europese Gemeenschappen, en de gemeenschappelijke verklaring van het Europese Parlement, de Raad en de Commissie van 5 april 1977", *Jura Falconis* 1977-1978, 308-309.
- DIRIX E., noot onder Turnhout 4 september 1989, *RW* 1988-1989, 687.
- DIRIX, E., "Grondrechten en overeenkomsten" in RIMANQUE, K. (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 35-93.
- DIRIX, E., VAN PAUL VAN ORSHOVEN, P., TILLEMANN, B. (red.) *De valks juridisch woordenboek*, Antwerpen, Intersentia, 2010, xi +621 p.
- GEWIRTH, A., "Are there any absolute rights?", *The Philosophical Quarterly* 1981, vol. 31, nr. 122, 1-16.

- GROSHEIDE, F., "Constitutionalisering van het burgerlijk recht", *Rechtsgeleerd magazijn Themis* 2000, vol. 6, 203.
- GULDIX, E., en WYLLEMAN A., "De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Belgisch Privaatrecht, *TPR* 1999, 1589-1664.
- HAECK, Y., en BURBANO HERRERA, C., *Procederen voor het Europees Hof voor de Rechten van de Mens*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 468 p.
- HONDIUS, E. "Open normen en grondrechten", *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie* 1994, vol. 125, 535-536.
- HORBACH, N., LEFEBER, R., RIBBELINK, O. *Handboek Internationaal Recht*, Den Haag, T.M.C. Asser Press, 2007, 950 p.
- HUMBLET, P., *de gezagsuitoefening door de werkgever*, Antwerpen, Kluwer, 1994, 420 p.
- JANSEN, S., "Afstand van recht: een eenzijdige rechtshandeling", *TBBR* 2011, afl. 7, 333-343.
- JANSSENS, C., MIRGAUX, S., SMIS, S., VAN LAETHEM, K., *Handboek mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 660 p.
- KESTERMONT, L., SCHOUKENS, P., HENDRICKX, K. en TERRYN, E., *Rechtswetenschappelijk schrijven*, Leuven, Antwerpen, 2012, 136 p.
- KEIRSE, A.L.M., en VEDER, P.M., *Europeanisering van vermogensrecht. Preadviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht 2010*, Deventer, Kluwer, 2010, 163 p.
- LEMMENS, C. *Juridische aspecten van voorafgaande wilsverklaringen rond het levenseinde*, Intersentia, Antwerpen, 2014, 998 p.
- LENAERTS, K., VAN NUFFEL, P., *Europees recht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 745 p.
- MAES, G., *Afdwingbaarheid van sociale grondrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2003, 523 p.
- MAST, A., DUJARDIN, J., VAN DAMME, M. en VANDE LANOTTE, J., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Mechelen, Kluwer, 2014, xxxviii + 1457 p.
- MAVRONICOLA, N., "What is an Absolute Right? Deciphering Absoluteness in the Context of Article 3 of the European Convention on Human Rights", *Human Rights Law Review* 2012, (723) 729.
- MORELLI, E., en PLETS I., "Religieuze kenteken in de privésector: een commentaar bij de Belgische rechtspraak", *Or.* 2013, afl. 9, 221-230.
- MORRIS, G.S., "Fundamental rights: exclusion by agreement?", *Industrial Law Journal*, Volume 30, Issue 1, 2001, 49-71.
- MOWBRAY A., *The Development of Positive Obligations under the European Convention on Human Rights by the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2004, 255 p.

- NEHMELMAN, R. en NOORDLANDER, C.W., *Horizontale werking van grondrechten: over een leerstuk in ontwikkeling*, Deventer, Kluwer, 2013, 362 p.
- NIEUWEHUIS, A.J., "De kernbenadering bij grondrechten", *TVCR* 2012, 138-159.
- NOLLKAEMPER, A., *Kern van het internationaal publiekrecht*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2016, 526 p.
- PEERAER, F. en STIJNS, S., "De proportionaliteit van de nietigheid: de onwerkzaamheid of een nieuwe adem voor de onbestaanbaarheid?", *TBBR* 2017, afl. 7, 374-398.
- PEERAER, F., "De verhouding tussen openbare orde en dwingend recht sensu stricto in het Belgische verbintenissenrecht", *TPR* 2013, 2705-2805.
- POPELIER, P., "Laten we allemaal vriendjes zijn! Over de antidiscriminatiewet en de wetgevingsmethoden" in VELAERS, J. en VRIELINK, J. (eds.), *Vrijheid en gelijkheid: de horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet*, Antwerpen, Maklu, 2003, 245-286.
- RIMANQUE, K., en PEETERS, P., "De toepasselijkheid van de grondrechten in de betrekkingen tussen private personen" in K., RIMANQUE (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 1-35.
- SCHOKKENBROEK, J.G.C., *Toetsing aan de vrijheidsrechten van het van het Europees Verdrag bescherming van de Rechten van de Mens een onderzoek naar de toetsing aan beperkingsclausules bij de Europese vrijheidsrechten in Europese en de in de Nederlandse rechtspraak*, Leiden, Tjeenk Willink, 1996, 575 p.
- SENAEEVE, P., *Compendium van het personen-en familierecht*, Leuven, Acco, 2013, 700 p.
- SMITS, S.A., "Future Freedom and Freedom of Contract", *The Modern Law Review* 1996, vol. 59, 179-180.
- SMITS, J.M., "Private law and fundamental rights: a sceptical view" in BARKHUYSEN, T., en LINDENBERGH, S., (eds.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff, 2006, 5.
- SOMERS, S., "De horizontale werking van mensenrechten in het verticaal aansprakelijkheidsrecht", *TBP* 2014, 353-368.
- SOMERS, S., "De invloed van mensenrechten op het aansprakelijkheidsrecht" in VANSWEEVELT, T., en WEYTS, B., (ed.), *Actuele ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en verzekeringsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 45-80.
- STIJNS, S., *Verbintenissenrecht*, Boek 1, Brugge, die Keure, 2005, 268 p.
- SWAENEPOEL, E., *Toetsing van het contractuele evenwicht*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 822p.
- THEUNIS, J., "Het gelijkheidsbeginsel. Juridisch interpretatiekader, met bijzondere aandacht voor 'corrigerende ongelijkheden' en doorwerking in private rechtsverhoudingen" in ALEN,

A., en BOES., M., *Publiekrecht. De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Postuniversitaire cyclus Willy Delva 1996/1997, Gent, Mys en Breesch, 1997, 129-181.

- THEUNIS, J., "Zin en onzin van directe werking: het Verdrag van Granada ter bescherming van het bouwkundig erfgoed van Europa als casus" in ACKAERT, J., DE BECKER, A., FOUBERT, P., TORFS, N., VAN HEUSDEN, B., VERBIST, S., (eds.), *Liber Amicorum Anne Mie Draye*, Antwerpen, Intersentia, 2015, 47-67.
- TJITERS, R.P.J.L., *Monografieën Nieuw BW 6 - Afstand van recht*, Deventer, Kluwer, 1992, xiiii + 111 p.
- VAN CROMBRUGGE, R., VANDEZANDE, N. en VAN DE VELDE, N., "Bescherming van persoonsgegevens: is er ruimte voor een horizontale toepassing van het legaliteitsbeginsel in artikel 22 Gw?", *RW* 2015, nr. 7, 243-252.
- VAN DALE, J.H., *Van Dale Groot woordenboek van de Nederlandse taal, deel 1*, Antwerpen, Van Dale Uitgevers, 2015, 1400 p.
- VAN DOOREN, M.I., *Inleiding in de mensenrechten*, Den Haag, Boom Juridische Uitgevers, 2002, 128 p.
- VAN GERVEN, W. en LIERMAN, S., "Algemeen Deel – 40 jaar later" in VAN GERVEN, W. en LIERMAN, S., *Beginselen van Belgisch privaatrecht, I, Algemeen Deel – Veertig jaar later*, Mechelen, Kluwer, 2010, 606 p.
- VAN GERVEN, W., "Het proportionaliteitsbeginsel", in STORME, M., DE CORTE, R., VAN GERVEN, W. en VAN ORSHOVEN, P., *De norm achter de regel: wet, doel en algemene rechtsbeginselen*, Gent, Story-Scientia, 1995, 3.
- VAN GERVEN, W., *Beginselen van Belgisch Privaatrecht, Algemeen deel*, Antwerpen, Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij, 1969, 519 p.
- VAN GERVEN, W., *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 2015, 728p.
- VAN LAETHEM, W., BAS, R., DECORTE, T., *Private politiezorg en grondrechten: de methoden van private bewaking en opsporing en de grondrechten van de mens*, Leuven, Universitaire pers, 1995, 358p.
- VAN LEUVEN, N., "De invloed van het EVRM op het contractenrecht" in VLAAMSE CONFERENTIE BALIE ANTWERPEN, *Mensenrechten in de praktijk*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 103-139.
- VAN LEUVEN, N., *Contracten en mensenrechten*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 582 p.
- VAN LEUVEN, N., "Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde" in WOUTERS, J., en VAN EECKHOUTTE, D., (eds.), *Doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2006, 167-192.
- VAN OEVELEN, A., "Eerbiediging van het grondrecht en het woonrecht" in COENE, M., DIRIX, E., COLAES, J., RIMANQUE, P., *De toepasselijkheid van grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen, Kluwer, 1982, 93-146.

- VAN OEVELEN, A., CATTOIR, B., COLPAERT, A., VAN LOON, M., VINCKX, R., VAN VALCKENBORGH, L., "De nietigheid van overeenkomsten wegens strijdigheid met de openbare orde of de goede zeden: algemene beginselen en een grondslagenonderzoek", *TPR* 2011, 1370-1371.
- VAN OMMESLAGHE, P., "Observations sur la théorie de la cause dans la jurisprudence et dans la doctrine moderne", (noot onder Cass. 13 november 1969), *RCJB* 1970, 328-367.
- VAN SLYCKEN, L., "Beschikkingsrecht van de minderjarige over eigen leven en lichaam" in VELAERS J., *Over zichzelf beschikken? Juridische en ethische bijdragen over het leven, het lichaam en de dood*, Antwerpen, Maklu, 1996, 243-303.
- VAN WISSEN, G.J.M., *Grondrechten*, Antwerpen-Apeldoorn, Kluwer, 1992, 167 p.
- VANDE LANOTTE, J. en HAECK, Y. (eds.), *Handboek EVRM: Deel 1: Algemene beginselen*, Antwerpen, Intersentia, 2005, 949 p.
- VANDE LANOTTE, J., GOEDERTIER, G., HAECK, Y., GOOSSENS en DE PELSMAEKER, T., *Belgisch Publiekrecht*, Brugge, die Keure, 2015, xxxii + 1594 p.
- VANWIJNGAERDEN, J.S., "De werking van grondrechten tussen particulieren geïllustreerd aan de hand van een voorbeeld" in *Jura Falconis*, 2007-08, 217-249.
- VELAERS, J. "De proliferatie van de zgn. klassieke "liberale" grondrechten in XXste en XXIste eeuw" in PEETERS B., VELAERS J. (eds.), *De grondwet in groothoekperspectief liber amicorum discipulumque Karel Rimanque*, Antwerpen, Intersentia 2007, 99-159.
- VELAERS, J., *De beperking van de vrijheid van meningsuiting*, Antwerpen, Maklu, 1991, 907 p.
- VERMANDER, F. *De opzegging van overeenkomsten*, Antwerpen, Intersentia, 2014, 1060 p.
- VERVACK, C., "De contractvrijheid als basisbeginsel in het verbintenissenrecht" in SAMOY, I. en STIJNS, S., (eds.), *De rol van de rechter in de precontractuele fase. Schadeherstel bij afgebroken onderhandelingen*, Brugge, Die Keure, 2015, 157 p.
- VON BAR., C., en CLIVE, E., (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, München, Sellier, 2009, 6563 p.
- VON BAR, C., et al. (eds.), *The Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR), outline edition.*
- WAALDIJK C., en TIELMAN, R.A.P., "Een model voor de afweging van botsende grondrechten", *NCJM Bulletin* 1984, X.
- WILLEMOT C., "Appartementsmede-eigendom - conventioneel vervreemdingsverbod - verbod om garages en/of autostaanplaatsen te verkopen - beperking op de principiële vrije overdraagbaarheid van goederen - gebrek aan legitiem doel - geen beperking in de tijd - nietigverklaring", *T.Not.* 2015, nr. 12, 860-886.



- WITHOFS, V., "Bevoegdheden als categorie van subjectieve rechten: afbakening, kenmerken en juridisch regime", *TPR* 2016, vol. 53, nr. 2, 433-488.

**ANDERE**

- Universele Verklaring van de Rechten van de Mens van de Algemene Vergadering van de Verenigde Naties (10 december 1948), UN Doc. A/RES/217 (1948).

# Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:  
**Afstand van grondrechten**

Richting: **master in de rechten-overheid en recht**  
Jaar: **2018**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

**Niesten, Frederik**

Datum: **3/01/2018**