

De *Drittwirkung* van grondrechten

Retorisch curiosum of vaandel van een paradigmatische omwenteling in ons rechtsbestel?

Stefan Somers

1 Inleiding

Ons rechtssysteem ondergaat vandaag de dag fundamentele omwentelingen. Tegen de achtergrond van de internationalisering van het recht lijken de grenzen tussen privaatrecht en publiekrecht stilaan te vervagen. Binnen deze evolutie neemt de *Drittwirkung* – de doorwerking van grondrechten in private relaties – een bijzondere plaats in. Dit concept lijkt een instrument dat deze omwentelingen aandrijft. De vraag stelt zich echter of dit werkelijk zo is en of de *Drittwirkung* niet eerder een irrelevante spitsvondigheid is.

Geopperd wordt dat de *Drittwirkung* eigenlijk niets wezenlijks verandert aan ons rechtssysteem. Zo omschrijft De Vos de invloed die de mensenrechten via de *Drittwirkung* op het privaatrecht uitoefenen als ‘bloemsuiker’ dat over het privaatrecht wordt uitgestrooid.¹ Vanuit een ander perspectief kan dan weer geargumenteed worden dat de opkomst van de *Drittwirkung* wijst op een paradigmatische omwenteling in ons rechtssysteem.² In de ogen van de voorstanders zal de *Drittwirkung*, die na de Tweede Wereldoorlog is ontstaan om het privaatrecht in te bedden in een mensenrechtelijk kader, de fundamentele normen en waarden van onze samenleving beter tot haar recht doen komen dan het vaak starre en formalistische privaatrecht. De vraag welke van deze twee visies het bij het rechte eind heeft en welke gevolgen dit meebrengt voor de wenselijkheid van de *Drittwirkung*, vormt het onderwerp van onderliggend artikel. In wat volgt, wordt in de eerste plaats dan ook nagegaan of de *Drittwirkung* meer om het lijf heeft dan een sausje retoriek. Hierbij zal speciaal aandacht worden besteed aan de verschillende wijzen waarop mensenrechten in het privaatrecht kunnen doordringen. Vanuit deze achtergrond wordt vervolgens de vraag gesteld of de doorwerking van mensenrechten in horizontale relaties – ongeacht haar concrete impact – een noodzakelijkheid vormt in een constitutionele democratie. Na een positief antwoord op deze vraag, behandelt het artikel de meerwaarde die een publiekrechtelijke bescherming van grondrechtelijke waarden biedt ten aanzien van een privaatrechtelijke. Hierbij wordt achtereenvolgens kort ingegaan op substantiële, methodologische

1 Bart Jan De Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek* (Apeldoorn: Maklu, 2010), 176–77.

2 Het concept van de paradigmatische omwenteling stamt van Thomas Kuhns baanbrekende werk *The Structure of Scientific Revolutions* dat intussen beschouwd moet worden als een van de klassiekers in de wetenschapsfilosofie. Thomas Kuhn, *The Structure Of Scientific Revolutions*, tweede druk (Chicago: The University of Chicago Press, 1970 [1963]).

en institutionele aspecten. Doorheen het artikel wordt een poging ondernomen een nieuwe aanpak uit te werken om de aard en de wenselijkheid van de *Drittwirkung* te benaderen. Hierbij wordt geen exhaustieve studie of omsluitende theorie beoogd. Slechts de krachtlijnen zullen in het bestek van dit artikel uitgeklaard worden en zullen uitmonden in een hernieuwd pleidooi voor de indirecte werking van grondrechten.

2 De directe en de indirecte *Drittwirkung*

Vooraleer op het eigenlijke onderwerp in te gaan, is het belangrijk om – in lijn met de meeste studies over de *Drittwirkung*³ – stil te staan bij het onderscheid tussen directe (*unmittelbare*) en indirecte (*mittelbare*) horizontale doorwerking van grondrechten. Daar waar de indirecte doorwerking van grondrechten de toepassing van grondrechten in het privaatrecht slechts aanvaardt door het invullen van open normen (zoals de openbare orde of de goede trouw) door rechters of door het uitwerken van positieve verplichtingen van de wetgever in privaatrechtelijke wetgeving, stelt de directe leer voorop dat grondrechten ook toegepast kunnen worden op situaties die door concrete privaatrechtelijke normen gereguleerd worden.⁴ Volgens de leer van de directe werking kunnen rechters privaatrechtelijke normen dus terzijde schuiven wanneer deze indruisen tegen grondrechten.

De voordelen van de *directe* doorwerking moeten allicht gezocht worden op proceseconomisch vlak en bij haar meer efficiënte rechtsbescherming. Bij een directe doorwerking van grondrechten kan een partij immers in elke fase van een privaatrechtelijk geschil en ongeacht het bestaan van contracten en wetgeving, de schending van een mensenrecht door een andere private partij inroepen. De leer kan echter bekritiseerd worden doordat ze de rechtszekerheid op de helling zet. Immers, indien een rechter wetgeving terzijde kan schuiven omdat een van de partijen de mensenrechten van de tegenpartij schendt, dan verliest het rechtssubject elk houvast om zijn handelingen juridisch te enten. Een doorgedreven directe horizontale werking kan aldus het rechtsverkeer op losse schroeven zetten.

In de praktijk lijkt het onderscheid tussen beide doctrines echter weinig relevant te zijn. Zo doet De Vos⁵ de discussie tussen beide stromingen af als een ‘onderge-

3 Voor een omstandige bespreking van theorieën over directe en indirecte horizontale werking zie bijv.: De Vos, *Horizontale werking van grondrechten*, 81–91; Chantal Mak, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England* (Alphen aan den Rijn: Kluwer, 2008), 46–146; Karel Rimanque & Patrick Peeters, ‘De toepasselijkheid van grondrechten in de betrekkingen tussen private personen. Algemene probleemstelling,’ in *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, red. Karel Rimanque (Antwerpen: Kluwer, 1982), 15–24.

4 Dit is slechts een korte schets van het onderscheid tussen de twee doctrines. Voor een omstandige bespreking zie bijvoorbeeld: Mak, *Fundamental Rights*, 46–57.

5 De Vos, *Horizontale werking van grondrechten*, 9. Zie in dezelfde lijn Jan Smits, ‘Private law and fundamental rights: A sceptical view,’ in *Constitutionalization of Private Law*, red. Tom Barkhuyzen & Siewert Lindenberg (Leiden: Brill, 2006).

Stefan Somers

schikte schermutseling' en geeft Kumm⁶ een uitgebreide uiteenzetting om aan te tonen dat beide leerstukken *de facto* tot dezelfde resultaten leiden.⁷ De argumentatie die beide auteurs aanvoeren is echter verschillend. De Vos haalt aan dat het opdelen van de wijzen van horizontale werking in indirecte en directe varianten tot begripsverwarring leidt. De doorwerking van grondrechten kan via een veelvoud van methoden gebeuren⁸ waardoor de definitie die wordt gegeven aan directe en indirecte doorwerking, verschilt van auteur tot auteur.⁹

Meer fundamenteel beargumenteert Kumm dat wanneer bijvoorbeeld de Duitse grondwetgever de indirecte doorwerking van grondrechten zou inruilen voor de directe, dit in de praktijk nauwelijks iets zou veranderen. Hij is immers van mening dat het privaatrecht (net als het publiekrecht) ook bij een indirecte doorwerking van grondrechten beheerst wordt door grondrechtelijke principes.¹⁰ Kumm argumenteert dat grondrechten, ondanks het gegeven dat ze in principe slechts spelen in de relatie overheid-burger, in het Duitse recht ook in private geschillen aan bod komen. De indirecte werking van grondrechten, zoals die sinds *Lüth*¹¹ door het *Bundesverfassungsgericht* wordt gepredikt, is immers gebaseerd op de idee dat een rechtbank een publieke overheid is en aldus gebonden door grondrechten. Deze vaststelling volgt logisch uit de positieve verplichtingen die voortvloeien uit grondrechten.¹² Wanneer rechters gebonden zijn om grondrechten te beschermen, kan een private partij die betrokken is in een geschil voor de rechtbank zich op deze verplichting beroepen en de rechter dwingen het privaatrecht conform de grondrechten te interpreteren. De rechter moet dan via open normen een afweging van grondrechten maken waarbij hij vaak 'gedwongen' wordt beroep te doen op de rechtspraak van grondwettelijke hoven of het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

Maar zelfs in de hypothese dat het geschil opgelost kan worden via concrete privaatrechtelijke normen die niet voor interpretatie vatbaar zijn, zullen de grondrechten volgens Kumm een rol spelen. Dit omdat niet alleen de rechter maar ook de wetgever gebonden is door de grondrechten. Indien een rechter aldus geconfronteerd wordt met een wet die de grondrechten schendt, zal hij deze wet – in een stelsel waarin dit mogelijk is (maar zelfs in stelsels waar hij niet over deze mogelijkheid beschikt zal hij wellicht tot gelijkaardige resultaten komen door zich

6 Mattias Kumm, 'Who is Afraid of the Total Constitution? Constitutional Rights as Principles and the Constitutionalization of Private Law,' *German Law Journal* 7 (2006): 352–59.

7 Het onderscheid wordt overigens ook geminimaliseerd door bijvoorbeeld Chantal Mak e.a. Zie: Mak, *Fundamental Rights*, 158–59.

8 Chantal Mak is dan ook van mening dat de verschillende methoden best los van elkaar besproken kunnen worden. Mak, *Fundamental Rights*, 50–56.

9 De Vos, *Horizontale werking van grondrechten*, 81–91.

10 Kumm, 'Total Constitution,' 352.

11 BVerfG 15 januari 1958, BVerfGE 7, 198.

12 Voor een uitgebreide bespreking zie Nathalie Van Leuven, *Contracten en mensenrechten. Een mensenrechtelijke lezing van het contractenrecht* (Antwerpen: Intersentia, 2009), 39–65.

te beroepen op een heel extensieve interpretatie)¹³ – buiten toepassing laten in het aanhangige geschil.¹⁴ Kumm concludeert dan ook dat grondrechten in privaatrechtelijke geschillen ingeroepen kunnen worden, ongeacht of ze directe dan wel indirecte werking hebben.¹⁵

We kunnen dan ook concluderen dat het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking van grondrechten op het eerste gezicht weinig relevant is. De positieve verplichtingen maken immers dat het privaatrecht hoe dan ook in overeenstemming moet zijn met de door grondrechten beschermde waarden.

3 De *Drittwirkung*: een retorische oefening of een paradigmatische omwenteling?

Net zoals we ons kunnen afvragen of het inschrijven van de leer van de directe horizontale werking van grondrechten in de constitutie *de facto* enige invloed zou hebben, kan de vraag gesteld worden of de *Drittwirkung* van grondrechten als dusdanig invloed heeft op de wijze waarop privaatrechtelijke geschillen afgehandeld worden. Zowel Kumm als De Vos lijken hier negatief op te antwoorden. Beiden gaan ze immers – impliciet respectievelijk expliciet – uit van de idee dat grondrechten en privaatrecht dezelfde waarden (kunnen) beschermen.

Kumm laat deze mening impliciet merken door te stellen dat de toepassing van mensenrechten in privaatrechtelijke geschillen niet tot een specifieke uitkomst zal leiden. Hij is van mening dat het bestaande privaatrecht niet in conflict komt met de grondrechten indien het vertrekt vanuit hetzelfde rechtsparadigma. *A contrario* zullen de grondrechten wel enige invloed uitoefenen indien beide rechtstakken verschillende basisassumpties hanteren. Als het privaatrecht zich te veel zou richten op bijvoorbeeld een paternalistische bescherming van consumentenrech-

13 Deze mogelijkheid werd reeds geopperd toen de *Human Rights Act* nog maar net in werking was getreden: Jane Wrights, *Tort Law and Human Rights* (Oxford: Hart Publishing, 2001), 20–21. Daarenboven geeft bijvoorbeeld de *Wilson v. First Country Trust*-zaak aan dat de Engelse rechters wetgeving ook effectief aan het Europees Verdrag voor de rechten van de mens toetsen. Niettemin merkte het *House of Lords* in deze casus op dat de rechterlijke macht bij het herzien van wetgeving moet uitkijken niet in de huid van de wetgever te kruipen. Zie hierover Mak, *Fundamental Rights*, 135–41.

Eenzelfde houding zien we overigens ook in de Verenigde Staten waar mensenrechten in principe alleen de staat binden. Niettemin zijn er in de VS ook casussen waarin grondwettelijke principes wel degelijk invloed hebben op het privaatrecht. Zie Van Leuven, *Contracten en mensenrechten*, 81–85.

Overigens zijn de VS, waar anders dan in het Verenigd Koninkrijk wel de mogelijkheid bestaat om wetgeving aan de grondwet te laten toetsen, exemplarisch om de invloed van constitutioneel recht op het privaatrecht waar te nemen. Zo werd wetgeving in het aansprakelijkheidsrecht reeds in de eerste helft van de negentiende eeuw aan deelstatelijke grondwetten getoetst. Zie bijv. John Fabian Witt, 'The long history of state constitutions and American tort law,' *Rutgers Law Journal* 36 (2005) 1159-1199.

14 Kumm, 'Total Constitution,' 357.

15 Om die reden omschrijft Kumm het privaatrecht als 'applied constitutional law': 'Total Constitution,' 359.

Stefan Somers

ten of langs de andere kant te veel zou uitgaan van een libertarisch uitgangspunt, dan kunnen de grondrechten een structuur bieden om deze problematiek op een juridische manier te formuleren en kunnen ze op die manier invloed uitoefenen op het privaatrecht.¹⁶

De Vos van zijn kant stelt de vraag naar de invloed van de mensenrechten op het privaatrecht heel expliciet. Deze vraag vormt de rode draad doorheen zijn kritiek op de horizontale werking van grondrechten.¹⁷ Hij geeft aan dat de toepassing van grondrechten in privaatrechtelijke geschillen weinig meer betekent dan het overgieten van het privaatrecht met een sausje van mensenrechtenretoriek.¹⁸ Het aanwenden van grondrechten in privaatrechtelijke geschillen gebeurt volgens De Vos meestal op een lichtzinnige wijze. Rechters zouden volgens hem, ook wanneer er geen beroep wordt gedaan op grondrechten, tot dezelfde beslissing komen.¹⁹ De reden ligt voor de hand. Het privaatrecht is altijd al doordeesemd geweest door maatschappelijke fundamentele normen en waarden. Bovendien maakte het bestaan van open normen het altijd al mogelijk om het privaatrecht aan de maatschappelijke evoluties van deze normen en waarden aan te passen.²⁰ Zo tonen bijvoorbeeld de recente *Thor Steinar*-zaken van het Duitse *Bundesverfassungsgericht* aan dat privaatrechtelijke begrippen zoals bedrog dermate ruim geïnterpreteerd kunnen worden dat ze zonder de grondrechten te vermelden de bescherming bieden die in sommige rechtsstelsels misschien via de *mittelbare Drittwirkung* gezocht zou moeten worden.²¹

Hoewel de invloed van de mensenrechten op het privaatrecht dus eerder een eventualiteit lijkt, is er wel degelijk iets meer aan de hand. Het verschil tussen de benadering van De Vos en Kumm wijst op een pijnpunt. Beiden hanteren immers een heel andere definitie van *Drittwirkung*.²² Daar waar De Vos van mening is dat het invoeren van mensenrechtelijke principes in wetgeving geen voorbeeld van horizontale doorwerking is, voert Kumm dit juist aan als een argument om te illustreren dat het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking van

16 Ibid., 363.

17 Dit kan bijvoorbeeld blijken uit de opzet van zijn boek over de horizontale werking van grondrechten: De Vos, *Horizontale werking van grondrechten*, 4.

18 Ibid., 133–202.

19 'De toenemende overvloed aan horizontale werking litigaties dient niet in eerste plaats toegeschreven te worden aan het innoverend, compenserend of anderszins substantieel effect dat hierin schuilgaat zou, maar aan verleidingen van een meer basale aard. Wat appelleert is met name het retorisch vermogen van fundamentele rechten, en dit zowel voor de advocatuur als voor de zittende magistratuur.' Ibid., 202.

20 De Vos refereert hier doorheen zijn gehele boek aan. Uitgangspunt is dat de mensenrechten in privaatrechtelijke geschillen onbeduidend is. Ibid., 109–10.

21 Zie Sanne Jansen, 'The defect of consent deceit, information duties and discrimination legislation: The Thor Steinar cases applied in Belgian law,' *ERPL* 3–4 (2011): 372–393.

22 We moeten immers erkennen dat niet enkel het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale doorwerking van grondrechten geen vaste definiëring heeft. Ook de inhoud van de term 'horizontale werking' *as such* staat open voor verschillende interpretaties. Roel De Lange, 'Bot-sing van grondrechten: wat moet de rechter doen?' in *Mensenrechten tussen retoriek en realiteit*, red. Stephan Parmentier (Gent: Myns en Breesch, 1994), 265–66.

grondrechten eerder artificieel is. Wat voor Kumm onder indirecte *Drittwirkung* valt, is volgens De Vos helemaal geen horizontale doorwerking. In de benadering van Kumm kan de wetgever een rol spelen bij de horizontale werking van grondrechten doordat partijen in private geschillen zich kunnen beroepen op de positieve verplichtingen van de wetgever. De Vos is echter van mening dat de leer van de horizontale doorwerking van grondrechten (dewelke zich in zijn definitie enkel toespitst op rechtspraak) en die van de positieve verplichtingen – in bijvoorbeeld het Europees Verdrag voor de rechten van de mens – niet met elkaar verward mogen worden.²³

Strikt genomen heeft De Vos natuurlijk gelijk.²⁴ Maar dat neemt niet weg dat beide figuren aan elkaar verwant zijn en in vele gevallen samenvallen. We zagen immers al dat het onderscheid tussen directe en indirecte werking van grondrechten beperkt is, net omdat rechters bij de indirecte werking van grondrechten de positieve verplichtingen van de overheid zullen aanhalen om wetgeving buiten toepassing te laten of om via interpretatie tot bijna hetzelfde resultaat te komen.²⁵ Wanneer we ons dus beperken tot een enge lezing van de *Drittwirkung* en enkel de doorwerking via de rechter in overweging nemen, dreigen we een belangrijk deel van de invloed van mensenrechten op het privaatrecht te negeren en een deel van de doctrine buiten beschouwing te laten. Zo vat Velaers de indirecte werking van grondrechten bijvoorbeeld primair op als het bestaan van de positieve inspanningsverplichting van de wetgever om de mensenrechten te respecteren en hierbij aansluitend het bestaan van de inspanningsverplichting van de rechter om het recht volgens de mensenrechten te interpreteren.²⁶ Dit houdt volgens Velaers geenszins in dat wetgever of rechter, om aan deze verplichting tegemoet te komen, de mensenrechten ook expliciet moeten vernoemen.²⁷

We moeten dan ook concluderen dat de vraag naar de wenselijkheid van de *Drittwirkung* gekaderd moet worden in een ruimere opvatting rond de doorwerking van mensenrechten in het privaatrecht en dat het voorhanden zijn van horizontale doorwerking niet per se iets verandert aan de inhoud van het privaatrecht. In principe zal het privaatrecht dezelfde normen en waarden beschermen als de grondrechten. Het gegeven dat Duitsland zowel een pionier is op het vlak van de

23 Zie bijv. De Vos, *Horizontale werking van grondrechten*, 85.

24 De strikte scheiding die De Vos maakt tussen de leer van de positieve verplichtingen en de horizontale werking van grondrechten wordt dan ook door andere auteurs gevolgd. Het probleem is evenwel dat ook deze scheiding tot begripsverwarring leidt. Zo vat bijvoorbeeld Dean Spielmann de indirecte doorwerking van grondrechten op als een component van de leer van de positieve verplichtingen. Dean Spielmann, 'Obligations positive et effet horizontal des dispositions de la convention,' in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, red. Frédéric Sudre (Brussel: Bruylant, 1998), 135.

25 Vgl. voetnoot 14.

26 Jan Velaers, 'De horizontale werking van het discriminatieverbod in de antidiscriminatiewet, enkele constitutionele beschouwingen,' in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet* (Antwerpen: Maklu, 2003), 296. Zie ook Wim Voermans, 'Applicability of fundamental rights in private law: what is the legislature to do?' in *Constitutionalization of Private Law*, Barkhuysen & Lindenberg (Leiden: Brill, 2006), 36–37.

27 Velaers, 'Horizontale werking van het discriminatieverbod,' 293–94.

Stefan Somers

doorwerking van grondrechten in het privaatrecht als dat het een ruime interpretatie geeft inzake privaatrechtelijke rechtsfiguren om fundamentele waarden van de samenleving te beschermen, kan dit allicht illustreren. Dit zal echter enkel het geval zijn indien, zoals Kumm benadrukt, beide rechtsstelsels uitgaan van eenzelfde paradigma. Hoewel de *Drittwirkung* dus niet per definitie veel invloed uitoefent op het privaatrecht, bestaat de mogelijkheid wel. De *Drittwirkung* kan eventueel meer invloed op het privaatrecht uitoefenen dan een louter retorische.

4 De *Drittwirkung* als constitutionele noodzakelijkheid

De vaststelling dat de *Drittwirkung* meer inhoudt dan louter retoriek, zegt natuurlijk nog niets over de wenselijkheid van het weerspiegelen van grondrechtelijke normen en waarden in het privaatrecht. Vanuit een historisch standpunt lijkt deze vraag bijna instinctmatig negatief beantwoord te moeten worden. Traditioneel werden grondrechten immers opgevat als afweerrechten van de burger om zijn private sfeer te vrijwaren van overheidsinmenging. Grondrechten golden enkel ten aanzien van de overheid en dienden dan ook geen enkele invloed op het privaatrecht uit te oefenen.²⁸

Op een meer theoretisch niveau is dit echter niet zo vanzelfsprekend. Vertrekende vanuit het contractdenken, dat aan de wieg van het modern constitutiona- lisme stond, kan immers het omgekeerde standpunt verdedigd worden. Het contractdenken gaat uit van de idee dat de staat het product is van een contract dat alle burgers van een samenleving met elkaar afsluiten (om een einde te maken aan een strijd van allen tegen allen of om gemeenschappelijke projecten op touw te zetten) en waarin ze een deel van hun autonomie aan de overheid afstaan.²⁹ Iemand is echter alleen dan bereid om een groot deel van zijn autonomie af te staan als aan twee voorwaarden voldaan wordt.³⁰ Ten eerste wil hij zeker zijn dat hij inspraak zal krijgen in de wijze waarop de staat zal omgaan met zijn afgestane autonomie. Hij zal het contract dan ook maar aanvaarden onder de voorwaarde dat er democratische instellingen in het leven worden geroepen.

28 Deze visie wordt toegelicht in Velaers, 'Horizontale werking van het discriminatieverbod,' 290. Doch deze auteur volgt een andere visie.

29 Deze omschrijving komt neer op de idee dat een sociaal contract bedoeld is om de staat te creëren. Dit vormt het belangrijkste gemeengoed van het contractdenken. De verdere uitwerking kan sterk verschillen. Grosso modo kan gesteld worden dat er drie benaderingen zijn, met name die van Hobbes, Locke en Rousseau dewelke respectievelijk een normatieve grondslag vormen voor het absolutisme, de democratische rechtsstaat en de republiek. Murray Forsyth, 'Hobbes's contractarianism. A comparative analysis,' in *The Social Contract from Hobbes to Rawls*, red. David Boucher & Paul Kelly (Londen: Routledge, 1994), 37. In wat volgt zal uitgegaan worden van de benadering van Locke gezien deze de grondslag vormt voor de democratische rechtsstaat.

30 Deze voorwaarden komen neer op de ideeën waarop Locke zijn weerstand tegen het absolutisme baseerde, met name dat 'government is founded on individual consent and that there are clear limits on what individuals will or may give their consent to'. Jeremy Waldron, 'John Locke: Social contract versus political anthropology,' in *Social Contract*, Boucher & Kelly, 54.

Ten tweede zal hij het contract alleen dan aanvaarden wanneer hij over enkele grondrechten kan beschikken die hem beschermen wanneer de meerderheid van de bevolking de democratische instellingen misbruikt om in zijn persoonlijke autonomie binnen te breken. Hij heeft misschien wel een deel van zijn private autonomie overgedragen aan de staat, maar dat neemt niet weg dat hij over de meest persoonlijke zaken nog steeds zelfstandig wil beslissen. Hij zal het contract dan ook maar aanvaarden indien rechterlijke instellingen zich van grondrechten kunnen bedienen om de democratische instellingen ervan te weerhouden in zijn persoonlijke levenssfeer binnen te dringen.

Welnu, indien wordt aangenomen dat een burger een dergelijk contract slechts sluit onder de voorwaarde dat de overheid zijn private sfeer zal respecteren, dan kan toch moeilijk aangenomen worden dat hij het contract zou sluiten zonder de garantie dat niet alleen de democratische instellingen maar ook andere private personen zijn private sfeer niet kunnen schenden. Burgers nemen in hun contract dus niet alleen de voorwaarde op dat de staat als emanatie van de meerderheid zich niet mag inmengen in de private sfeer van individuele mensen, maar zal ook vereisen dat andere burgers hun grondrechten niet mogen schenden. Dit was overigens de oorspronkelijke motivatie om het contract aan te gaan. Zo schrijft Locke:

‘If man in the state of nature be so free, as has been said; if he be absolute lord of his own person and possessions, equal to the greatest, and subject to no body, why will he part with his freedom? Why will he give up this empire, and subject himself to the dominion and control of any other Power? To which it is obvious to answer, that though in the state of nature he hath such a right, yet the enjoyment of it is very uncertain, and constantly exposed to the invasion of others: for all being kings as much as he, every man his equal, and the greater part no strict observers of equity and justice, the enjoyment of the property he has in this state is very unsafe, very unsecure.’³¹

Locke somt vervolgens drie noden van de mens in de natuurtoestand op waaraan het sociaal contract moet verhelpen. In de eerste plaats haalt hij aan dat mensen in de natuurtoestand verlangen naar een gekende en gedeelde wet die kan dienen als maatstaf om geschillen tussen mensen te beslechten. Ten tweede behoeven mensen in de natuurtoestand volgens Locke een onafhankelijke rechter en tot slot wijst Locke op de nood aan een kracht die het recht kan afdwingen. De drie staatsmachten zijn dus de noodzakelijke instrumenten om de onzekere vrijheid van mensen in de natuurtoestand te ruilen voor een – zij het beperktere – zekere vrijheid.

Omdat het sociaal contract dus in de eerste plaats bedoeld was om aan een oorlog van allen tegen allen een einde te maken, zijn het in de eerste plaats de burgers die ertoe moeten komen elkaars grondrechten te respecteren. De staat is slechts

31 John Locke, *Two Treatises of Government* (Londen: Whitmore and Fenn, 1821), book 2, chapter 9, 294–95.

Stefan Somers

het noodzakelijk kwaad om deze verbintenissen af te dwingen. En om dat kwaad binnen de perken te houden, werden de eerste twee voorwaarden in het contract ingeschreven. Wanneer burgers elkaars grondrechten schenden, mag de staat, wil hij zijn bestaansreden niet loochenen, geen – in de woorden van Velaers – ‘Pontius Pilatus-houding’ aannemen.³² Wetgever en rechterlijke macht moeten via bijvoorbeeld het strafrecht en het dwingend privaatrecht actief ingrijpen om ervoor te zorgen dat burgers in hun onderlinge relaties de grondrechten respecteren.³³

Het bestendigen van zowel de private levenssfeer als de democratische instellingen vormt zo de basisvereiste van het moderne constitutionalisme. Het behoeft dan ook geen verwondering dat beide volgens Habermas *gleichursprünglich* zijn en dat een evenwicht tussen beide noodzakelijk is om de democratie in stand te houden.³⁴ Dat een democratie behoefte heeft aan publieke autonome (met name democratische) instellingen om de wil van de meerderheid tot uiting te laten komen, behoeft weinig betoog. Maar daarnaast heeft de democratie in de ogen van Habermas ook nood aan private autonomie. Indien immers het individu geen ruimte heeft om zijn eigen visies over de samenleving te ontwikkelen, dan heeft hij zich in feite maar neer te leggen bij de wil van de meerderheid. Elke vorm van debat wordt op die manier onmogelijk gemaakt. De democratie heeft dus nood aan zowel publieke als private autonomie. Hoewel tussen beide principes een zekere spanning heerst, moet naar een evenwicht tussen beide gezocht worden. Het is volgens Habermas dan ook in het belang van de democratie dat verschillende instellingen – waaronder grondwettelijke hoven – zich in de eerste plaats richten op de instandhouding van de voorwaarden voor democratische besluitvorming.³⁵

32 Velaers, ‘Horizontale werking van het discriminatieverbod,’ 290.

33 Hoewel traditioneel dus werd aangenomen dat het contract zich enkel tegen de inmenging van de overheid richt, is deze visie eigenlijk onverzoenbaar met de basisassumpties van het contractdenken. Nancy Rosenblum merkt dan ook terecht op dat het contract – in bijv. de opvattingen van Locke en Madison – net bedoeld was om orde te scheppen binnen de gevolgen van ongelijke machtsverhoudingen in private relaties. Nancy Rosenblum, *Another Liberalism: Romanticism and the Reconstruction of Liberal Thought* (Cambridge, MA: Harvard University Press, 1987), 60.

Overigens moet opgemerkt worden dat de staat de enige instelling is die over de capaciteit beschikt om regels af te dwingen indien het rechtssysteem niet in het *talio*-principe wil hervallen. Vanuit deze optiek kunnen we Peeters & Rimanque dan ook begrijpen wanneer ze zeggen dat ‘[e]lke rechtsbescherming in onze samenleving impliceert inderdaad een gezagsuitoefening door de overheid. Dit geldt ook wat betreft de conflictregeling tussen de burgers. In iedere “horizontale” relatie ligt dus in zekere zin een latent “verticaal” element besloten.’ Rimanque & Peeters, ‘Toepasselijkheid van grondrechten,’ 13.

34 De opvattingen van Habermas zijn uiteraard dermate rijk en verfijnd dat ze hier niet in detail besproken kunnen worden. De kern van de achterliggende ideeën wordt echter kort omschreven in Jürgen Habermas, ‘On the Internal Relation between the Rule of Law and Democracy,’ in *The Inclusion of the Other. Studies in Political Theory* (Cambridge: Polity Press, 1999), 252–64.

35 De rol van grondwettelijke hoven in Habermas’ democratieopvattingen bespreekt hij zeer omstandig in twee hoofdstukken van het boek *Between Facts and Norms: Jürgen Habermas, Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy* (Cambridge: Polity Press, 1996), 194–264.

De vraag of mensenrechten enige invloed behoren te hebben op het privaatrecht hangt bijgevolg af van hoe het vereiste evenwicht tussen private en publieke autonomie binnen de democratie tot stand komt. We moeten dan op zoek gaan naar de fundamentele van de democratie. Om hier een – zij het beknopt – antwoord op te formuleren, kunnen de opvattingen van De Tocqueville enige verlichting brengen. Volgens De Tocqueville is de democratie een van de politieke uitingvormen van de gelijkheid of de ‘*égalité des conditions*’.³⁶ Daar waar de aristocratie de politieke uiting was van een samenleving die zich door de concentratie van macht bij een aristocratische klasse baseerde op de ongelijkheid, kenmerkt de democratie zich door een tamelijk evenwichtige spreiding van macht doorheen de samenleving. Dat de onderlinge relaties tussen burgers dus een essentieel bestanddeel uitmaken van de democratie, kan in de opvattingen van De Tocqueville moeilijk ontkend worden. De Tocqueville gaf niet enkel aan hoe een democratische samenleving zich kenmerkt door het doordringen van gelijkheid³⁷ in verhoudingen tussen pachters en grondbezitters,³⁸ werknemers en werkgevers,³⁹ mannen en vrouwen,⁴⁰ en ouders en kinderen.⁴¹ Hij beschouwde deze veranderende verhoudingen en de rol van het privaatrecht daarin ook als een van de meest fundamentele oorzaken waardoor de democratie kon ontstaan.⁴²

Uit dit alles kunnen we concluderen dat het moderne constitutionnalisme niet alleen ten aanzien van de overheid geldt maar dat zijn beginselen ‘tevens uitdrukking zijn van fundamentele beginselen die aan de rechtsorde als geheel ten grondslag liggen’.⁴³ Vanuit een constitutioneel en democratisch oogpunt is het dus

36 Voor een meer uitgebreide bespreking hierover zie Pierre Manent, *Tocqueville and the Nature of Democracy* (Lanham: Littlefield Publishers, 1996), 3 e.v.

37 De these van De Tocqueville dat de vrijheid een soort onomkeerbare kracht is die zich in een democratische samenleving steeds verder zal doorzetten, wordt omstandig omschreven in Fernand Tanghe, ‘Tocqueville en de neverending story van de gelijkheid,’ in *Vrijheid en gelijkheid. De horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel en de nieuwe antidiscriminatiewet* (Antwerpen: Maklu, 2003), 78–114.

38 De Tocqueville, *Over de Democratie in Amerika. Integrale editie* (Rotterdam: Lemniscaat, 2011), 615–23.

39 Ibid., 626–28.

40 Ibid., 647–50.

41 Ibid., 629–40.

42 ‘Maar het was het erfrecht dat de gelijkheid haar laatste stap deed zetten. Het verbaast mij dat oude en moderne auteurs aan de wetten op het gebied van het erfrecht geen grotere invloed op de loop van de menselijke aangelegenheden hebben toegekend. Deze wetten behoren weliswaar tot de civiele orde, maar zij zouden boven alle politieke instellingen moeten worden geplaatst, want zij hebben een ongelooflijke invloed op het sociale bestel van de volken waarvan de constitutionele wetten niet anders zijn dan de uitdrukkingvorm. (...) afhankelijk van haar constitutie verzamelt zij [het erfrecht], concentreert zij, groepeerd zij rond een bepaalde persoon het eigendom en al spoedig daarna de macht; zij doet als het ware de aristocratie uit de grond opschieten. Wordt zij geleid door andere principes en op een ander spoor in beweging gezet, dan boekt zij nog sneller resultaat; zij verdeelt, zij deelt toe, zij verspreidt goederen en macht.’ Ibid., 64–65.

43 De Lange, ‘Botsing van grondrechten,’ 266. Deze argumentatie voor een horizontale doorwerking van grondrechten wordt wel vaker gegeven. Zie o.m. Rimanque & Peeters, ‘Toepasselijkheid van grondrechten,’ 1–34; Van Leuven, *Contracten en mensenrechten*, 68–79.

Stefan Somers

wenselijk dat mensenrechtelijke waarden hun weerslag vinden in het privaatrecht.

5 Kritiek op de *Drittwirkung* anders bekeken

Toch zou deze redenering velen niet kunnen overtuigen. Vanuit een sceptisch perspectief rijst immers de vrees dat wanneer het privaatrecht onderwerp wordt van mensenrechtelijke overwegingen, er een ‘totale constitutie’ verrijst; een samenleving waarbinnen het gehele maatschappelijke leven gejuridiseerd wordt en politieke besluitvorming verwordt tot een totalitaire *juristocracy*.⁴⁴ Matthias Storme is in deze context bijvoorbeeld bezorgd dat de juridisering van de sociale verhoudingen ertoe zal leiden dat de ‘ruimte voor een door de burgerlijke maatschappij ontwikkelde moraliteit wordt vervangen door een door het recht opgelegde moraliteit’.⁴⁵ Bovendien is Storme van mening dat het non-discriminatiebeginsel en de daarmee gepaard gaande toepassing van mensenrechten in private relaties als het ware een ‘koevoet’ is waarmee ‘de leefwereld van de bevolking en zijn sociale instituties worden opengebrouwen’.⁴⁶

De vrees dat een horizontale doorwerking van grondrechten eerder zal leiden tot een soort van totale constitutie is op het eerste gezicht vreemd. Eerder zagen we immers dat het privaatrecht aan dezelfde normen en waarden uiting kan geven als het publiekrecht. Storme geeft dit ook enigszins aan. De horizontale werking van grondrechten is bij hem slechts een voorbeeld van een – in zijn ogen – ruimer probleem: de juridisering van de samenleving die tevens een privaatrechtelijke aangelegenheid is. Immers, ook het aansprakelijkheidsrecht creëert telkens nieuwe gedragsregels die het individu in zijn handelen beknotten.

Kritieken op de horizontale werking van grondrechten moeten dan ook nauwkeurig ontleed worden. Daar waar de kritiek van De Vos op de horizontale werking van grondrechten gericht is op een bepaald rechterlijk instrument, richt de kritiek van Storme zich in feite op een ideologische invulling van het privaatrecht en het recht meer in het algemeen. Daarbij speelt in zijn visie de idee dat niet elk geschil in een mensenrechtelijke context uitgedrukt moet worden. Dit lijkt een terechte bekommernis. We zagen immers dat mensenrechten slechts de bedoeling hebben de fundamentele vereisten van de private en publieke autonomie te beschermen. Indien iets niet fundamenteel is, moet aangenomen worden dat dit geen mensen-

44 Ik ontleen deze term aan Kumm. Oorspronkelijk werd de term door Böckenförde bedacht en in de Angelsaksische literatuur geïntroduceerd door Hirschl. Zie Kumm, ‘Total Constitution,’ 343.

45 Mathias Storme, ‘De weerslag van de juridisering op vrijheid en gelijkheid in de verhoudingen van de burgerlijke maatschappij,’ in *Vrijheid en gelijkheid*, 181.

46 Ibid. Merk overigens op dat ook De Vos de horizontale werking van grondrechten in gelijkaardige zin omschrijft als ‘trojan’. Hij is daarentegen van mening dat de horizontale werking, omdat het niet veel nieuws met zich brengt, deze rol zeker niet waarmaakt: De Vos, *Horizontale werking van grondrechten*, 277–79.

recht is.⁴⁷ Toch heeft deze problematiek op het eerste gezicht weinig te maken met de wenselijkheid van de *Drittwirkung*. De vraag die we ons hier moeten stellen, is of het publiek recht – ongeacht zijn bekommernis om de democratische samenleving te bestendigen – wel werkelijk over betere middelen beschikt om de private autonomie te beschermen. Om deze bekommernis te kaderen zal achtereenvolgens gekeken worden naar substantiële, methodologische en institutionele deelaspecten.

5.1 *Substantiële bedenkingen bij de Drittwirkung*

Zoals reeds vermeld, lijkt de hypothese dat het privaatrecht de private autonomie beter beschermt dan het publiekrecht weinig gefundeerd. Mensenrechten zijn nu eenmaal bedoeld om de private autonomie van mensen te beschermen. De toepassing hiervan op het privaatrecht zou op het eerste zicht dan ook toegejuicht moeten worden. Een grondwettelijke interpretatie van het privaatrecht kan vanuit deze optiek immers garant staan voor het bestendigen van de grondvoorwaarden van de democratie, indien de rechter – in de lijn van de bevindingen van Habermas – in zijn rechtspraak de democratie in bescherming neemt.

Problematisch is evenwel dat het niet evident is vast te stellen welke de grondvoorwaarden van de democratie zijn. De opdracht om de grondvoorwaarden van de democratie te omschrijven lijkt de allure van een sisyfusarbeid aan te nemen. De reden daarvoor vinden we onder meer terug bij De Tocqueville. Daar waar de gelijkheid in zijn opvattingen gezien moet worden als de meest fundamentele bouwsteen van een democratische samenleving, kan de democratie niet simpelweg bestendig worden door zonder meer de gelijkheid haar doorgang te doen vinden. De doorwerking van de gelijkheid was een noodzakelijke voorwaarde om de democratie haar intrede te doen maken. Immers, in een aristocratische samenleving, waar het moderne constitutionalisme niet bestond, werd de vrijheid van de meesten ingeperkt door de vrijheid van enkelen. Om de private autonomie van de bevolking dus te vrijwaren van de inbreuken van de aristocratie diende de samenleving gelijkter te worden. Wanneer evenwel de gelijkheid ten volle zou worden doorgedrukt, iets waartoe elke democratie volgens De Tocqueville een zekere neiging vertoont,⁴⁸ dan zal de vrijheid daaraan teloorgaan. In een dergelijk geval zal de democratie plaats ruimen voor een almachtige staat.⁴⁹

47 Zie in deze lijn George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights* (Oxford: Oxford University Press, 2007), 126–30.

48 De Tocqueville verwoordt dit als volgt: 'Bij democratische volken krijgen mensen gemakkelijk een zekere gelijkheid; zij kunnen nooit die gelijkheid bereiken die zij verlangen. Die wijkt steeds maar onttrekt zich nooit aan hun blikken, en door te wijken, zet zij hen aan tot achtervolging.' De Tocqueville, *Over de Democratie*, 574. Zie ook Fernand Tanghe, 'Tocqueville.'

49 De gelijkheid kan zich volgens de Tocqueville immers op twee manieren manifesteren: 'men geeft rechten aan elke burger of aan geen enkele'. De Tocqueville, *Over de Democratie*, 70. De verwijzingen van De Tocqueville naar de kans dat een democratie in een dictatuur vervalt zijn echter legio. Het vermijden hiervan is immers de grootste bekommernis in zijn werk. Een beknopte visie hiervan geeft hij wanneer hij de lessen die Amerika Europa leert uiteenzet. *Ibid.*, 337–41.

Stefan Somers

De taak van het moderne constitutionalisme wordt aldus erg verzaamd. Het dient niet alleen een evenwicht te vinden tussen de publieke autonomie van de politieke meerderheid en de private autonomie van het individu. Het moet daarbij ook op zoek gaan naar een evenwichtige balans tussen vrijheid en gelijkheid opdat de vrijheid niet geofferd zou worden op het altaar van de absolute gelijkheid of verdreven zou worden door een maatschappelijke aristocratie. Als dit ons al niet de moed in de schoenen doet zinken, dan lijkt de taak helemaal onbegonnen werk wanneer we inzien dat deze afweging telkens zal gebeuren met nieuwe maten en gewichten. Immers, zoals een heleboel maatschappelijke evoluties aan de wieg van de democratie stonden, zo kunnen toekomstige maatschappelijk evoluties diezelfde democratie bedreigen. In zijn tijd vreesde De Tocqueville bijvoorbeeld dat de democratie in Amerika wel eens teloor zou kunnen gaan door de aristocratische aspiraties van de rijke klasse die het licht zag met de opkomende industrialisering en sterk contrasteerde met de daarmee gepaard gaande verpaupering van de arbeider.⁵⁰ In onze hedendaagse kennismaatschappij zou dan bijvoorbeeld weer gewezen kunnen worden op de toegang tot kennis en onderwijs om een evenwichtige machtsbalans in de samenleving te behouden. Los van deze concrete beschouwingen over de vereisten van de democratie, toont dit meer in het algemeen aan dat er geen vaststaande inhoud gegeven kan worden aan de grondvoorwaarden van democratie.

We kunnen dan ook concluderen dat het grondrechtendiscours het gelijkheidsbeginsel niet mag verheffen tot een dogma dat elke maatschappelijke verhouding dient te beheersen. Het grondrechtendiscours dient de fundamentele voorwaarden voor de democratie te beschermen en deze worden niet gekenmerkt door eenduidigheid. Toch kan hieruit niet afgeleid worden dat de grondrechten deze taak slechter zouden uitvoeren dan het privaatrecht. Beide rechtstakken kunnen immers aan dezelfde paradigmata uitdrukking geven.

5.2 Methodologische bedenkingen bij de Drittwirkung

De vraag kan natuurlijk gesteld worden of de methodologie van het publiekrecht niet eerder zal leiden tot een absolute gelijkheid waardoor het publiekrecht de democratische vrijheid eerder zal schenden dan het privaatrecht. Methodologie kan immers een verschil maken. Zo is de kritiek van De Vos terug te voeren op de methodologie van de rechter. De Vos bekritiseert immers de onnauwkeurige wijze waarop de rechter de mensenrechten hanteert. De vage – deductieve – methode van de mensenrechten leidt volgens De Vos niet tot de precisie van het privaatrecht.⁵¹ Tegen dit argument kan ingebracht worden dat in zoverre privaatrechtelijke normen niet ingaan tegen de mensenrechten, er geen enkel probleem rijst. In deze situatie blijven de concrete regels van het privaatrecht gelden. Ook bij het interpreteren van open normen kan dit argument moeilijk ingeroepen worden omdat het privaatrecht hier zelf met vage normen te kampen heeft. Problema-

50 Ibid., 594–97.

51 Zie in dezelfde lijn Jan Smits, 'Private law,' 15–18.

tisch wordt het wanneer een private partij de verantwoordelijkheid draagt om de grondrechten na te leven tegen de bepalingen van privaatrechtelijke normen in.

Mijns inziens is dit niet zo problematisch als op het eerste gezicht lijkt. Zo wijst Kumm er bijvoorbeeld op dat wanneer mensenrechten van toepassing zijn in private relaties, dit geenszins betekent dat private personen aan dezelfde verplichtingen moeten voldoen als de overheid. Private personen zullen hun eigen mensenrechten immers kunnen inroepen en zo de proportionaliteitstoets meer in hun richting doen doorwegen dan de overheid dat kan.⁵² Bovendien kan opgeworpen worden dat deze problematiek ook het privaatrecht niet helemaal vreemd is. Zo kan iemand in het Belgisch aansprakelijkheidsrecht aansprakelijk gesteld worden ook als hij geen wetgeving schendt en zelfs wanneer hij een recht uitoefent.⁵³ Eigenlijk hoeft dit niet te verbazen. De figuur van het rechtsmisbruik in het aansprakelijkheidsrecht en de omvang van de mensenrechten zijn beide gefundeerd op de idee dat iemands vrijheid daar ophoudt waar de vrijheid van een ander begint, een principe dat reeds centraal stond in de 'Déclaration universelle des droits de l'homme'.⁵⁴

Tot slot moet ook opgemerkt worden dat het grondrechtendiscours net als het privaatrecht doctrines ontwikkelt om deze problemen op te lossen. Dat mensenrechten de precisie van het privaatrecht missen, is allicht eerder een kenmerk van een overgangsfase. Een kleine historische excursie kan dit beter duiden. De omwenteling die zich momenteel voordoet, heeft enkele kenmerken gemeen met de spanning tussen *Equity* en *Common Law* in het Engeland van de vroege zeventiende eeuw. Daar waar de *Common Law* toen al sinds mensenheugenis bestond en via rechtspraak een uitgebreid stelsel van concrete regels had ontwikkeld, baseerde de *Equity* zich in de *Court of Chancery* op principes van rechtvaardigheid en billijkheid. Deze rechtbank was in de zestiende eeuw in het leven geroepen net

52 Kumm, 'Total Constitution,' 362.

53 De figuur van het rechtsmisbruik komt in verschillende takken van het privaatrecht voor. Algemeen aangenomen wordt evenwel dat ze haar oorsprong in het eigendomsrecht kent. Zie bijv. Raymond Derine, Fernand Van Neste & Hugo Vandenberghe, 'Zakenrecht, Deel IA' in *Beginzelen van Belgisch privaatrecht* (Antwerpen: Standaard, 1974), 402–36; Sophie Stijns & Hendrik Vuye, 'Rechtsmisbruik en burenhinder: evenwichtsoefening op weg naar een evenwichtslaar,' in *Liber Amicorum Walter Van Gerven*, red. Herman Cousy et al. (Antwerpen: Kluwer, 2000), 302–12. Voor het contractenrecht zie bijv. Paul Alain Foirers, 'Observations sur le thème de l'abus de droit en matière contractuelle. Noot onder Cass. 30 juni 1992,' *Revue critique de jurisprudence belge* (1994): 189–240. Voor het buitencontractueel-aansprakelijkheidsrecht: Thierry Vansweevel & Britt Weyts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht* (Antwerpen: Intersentia, 2009), 137, 139, 173–74 en 312–14. Algemeen zie Annick De Boeck, 'Rechtsmisbruik' in *Bijzondere Overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer* (Mechelen: Kluwer, 2011, losbl.), deel IV Verbintenissenrecht, Titel III. Onrechtmatige daad, 119–40.

Het behoeft overigens geen betoog dat deze privaatrechtelijke figuur soms om dezelfde reden bekritiseerd wordt als de doorwerking van mensenrechten in het privaatrecht. Zie bijvoorbeeld Ludo Cornelis, *Algemene theorie van de verbintenis* (Antwerpen: Intersentia, 2000), 308–10.

54 Art. 4. Niet toevallig merkt Cees Van Dam op dat de figuur van het rechtsmisbruik in Frankrijk op deze bepaling werd gebaseerd. Cees Van Dam, *European Tort Law* (Oxford: Oxford University Press, 2006), 50. Zie ook Walter Van Gerven, 'Principe de proportionnalité, abus de droit et droits fondamentaux,' *Journal des tribunaux* (1992): 305–9.

Stefan Somers

om tegemoet te komen aan de verzuchting dat de *Common Law* door haar starre formalisme de rechtvaardigheid vaak voorbijschoot.⁵⁵ Gezien het feit dat de *Equity* in een conflict met de *Common Law* voorrang kreeg, behoeft het niet te verbazen dat *Common Lawyers* deze evolutie bestreden.⁵⁶ Hierbij gebruikten ze vaak het argument dat de *Equity* arbitrair was en haar beslissingen werden genomen ‘according to the length of the Chancellor’s foot’. Naar het einde van de zeventiende eeuw bereikte de *Equity* echter al snel een rigiditeit en formalisme dat voor de *Common Law* niet moest onderdoen.⁵⁷

We kunnen dan ook concluderen dat de methodologie van de mensenrechten *an sich* niet problematischer is dan die van het privaatrecht. De doorwerking van grondrechten zal het privaatrecht immers niet helemaal terzijde schuiven en bovendien is ook het privaatrecht niet altijd eenduidig. Tot slot kan opgemerkt worden dat de beperktere precisie van de grondrechten wellicht een overgangsfase is.

5.3 Institutionele bedenkingen bij de *Drittwirkung*

Een laatste domein waar de *Drittwirkung* een verschil zou kunnen maken, ligt op het institutionele vlak. We zagen reeds dat bijvoorbeeld de opvattingen van Kumm, Velaers en De Vos net daarin verschilden dat De Vos de *Drittwirkung* louter opvatte als een jurisdictionele aangelegenheid, terwijl Kumm en Velaers een rol weglegden voor de wetgevende macht. Dat De Vos de *Drittwirkung* afdoet als een retorisch curiosum en de andere twee auteurs niet, zou dan ook hiermee te maken kunnen hebben. Daarnaast werd het vastleggen van de grens tussen de publieke en de private sfeer in het licht van een evenwichtige verhouding tussen vrijheid en gelijkheid hierboven omschreven als een sisyfusarbeid. Elke inhoudelijke afbakening van de private en de publieke sfeer zal immers eroderen onder maatschappelijke veranderingen. Maar dat mag ons niet ontmoedigen om de democratie telkens weer op te bouwen. Het gegeven dat we – net als Sisyfus – de zware rotsblok telkens opnieuw naar boven moeten hijsen, moet net een aanmoediging zijn om betere methoden te vinden. Het heruitvinden van het evenwicht tussen publieke en private autonomie is immers inherent aan de democratie. De democratie is nu eenmaal een samenlevingsmodel dat zich kenmerkt door haar voortdurende veranderingen.⁵⁸

Om een democratisch evenwicht te bekomen moeten we dus niet in de eerste plaats zoeken naar inhoudelijke argumenten maar naar een institutioneel sys-

55 Eric Ives & A. Manchester, ‘The development of Equitable jurisdiction,’ in *Law, Litigants and the Legal Profession*, red. Eric Ives & A. Manchester (Londen: History series nr. 36, 1983), 80–81.

56 Overigens merkt Alan Smith op dat er onder de vroege zeventiende-eeuwse *gentlemen* een diepgaande weerzin tegen elke verandering in het rechtssysteem heerste omdat ze meenden dat de stringentere *Common Law* hun maatschappelijke positie waarborgde. Alan Smith, *The Emergence of a Nation State. The Commonwealth of England 1529–1660* (Londen: Longman, 1997), 192.

57 Randall Lesaffer, *Inleiding tot de Europese Rechtsgeschiedenis* (Leuven, Universitaire Pers Leuven: 2004), 330; Marshall Knappen, *Constitutional and Legal History of England* (Hamden: Archon books, 1964), 286–89, 397–98 en 516.

58 Zie bijv. De Tocqueville, *Over de Democratie*, 263–67.

teem waarin dit evenwicht telkens opnieuw kan worden gevonden. De beste garantie om dit democratisch evenwicht in stand te houden moet wellicht gezocht worden in dit evenwicht zelf. Uit de opvattingen van De Tocqueville kan dit blijken. Daar waar de democratie ontstaan is doordat er binnen de aristocratie een evenwichtigere spreiding van macht ontstond, kan de democratie net door die machtenspreiding democratisch blijven. De gelijkheid mag er niet toe leiden dat alle mensen helemaal gelijk zijn. Aangezien de democratie de staat gebruikt om dit effect te bekomen, zal de staat hierdoor oppermachtig worden. In de democratische samenleving temperen verschillende machten elkaar opdat dit niet kan gebeuren. De bescherming van de private sfeer moet ervoor zorgen dat maatschappelijke machten zoals de pers, het bedrijfsleven en de *civil society* in de brede zin van het woord zich in de toekomst kunnen blijven vernieuwen en ontwikkelen. Tegelijkertijd moet er echter ook voor gezorgd worden dat het staatsgezag zelf een systeem is met *checks and balances*. Het is in deze context dat De Tocqueville onder meer verwijst naar de noodzaak van een onafhankelijke rechterlijke macht. En het wapen dat deze onafhankelijkheid het beste kan garanderen was volgens de Tocqueville net de grondwetstoetsing.⁵⁹

Natuurlijk kan geargumenteed worden dat de grondwetstoetsing in het Amerika dat De Tocqueville bezocht veel minder sterk ontwikkeld was dan in het hedendaagse Europa en dat hij dit schreef met de jakobijnse terreur in zijn achterhoofd. In een samenleving waar de interpretatie van rechten dermate ruim is dat zowat elk maatschappelijk debat in een juridisch debat gekaderd kan worden en waar deze rechten afgedwongen kunnen worden bij supranationale rechtbanken, kan omgekeerd de vraag gesteld worden of de politieke autonomie niet opgeofferd wordt aan een opkomende *juristocracy*.⁶⁰ Indien we dan de theorie van de *Drittwirkung* ingang doen vinden, leggen we dan geen 'koevoet' in de handen van een activistische rechterlijke macht?

Zonder deze problematiek exhaustief te willen bespreken, zijn enkele bedenkingen op hun plaats. Zoals reeds vermeld, is de democratie een nauwgezette evenwichtsoefening die niet gevat kan worden in een hiërarchisch kader. Men kan de rechterlijke macht misschien verwijten dat ze via grondrechten het laatste woord claimt in haast alle maatschappelijke kwesties, maar veel meer dan een claim is dit niet. Voor de grondwetgever gaat immers dezelfde vaststelling op. Ook de grondwetgever claimt het laatste woord. Het bestaan van deze – op het eerste gezicht onverzoenbare – claims moet aan een specifieke doelstelling toegeschreven worden. Het stelt beide instellingen immers in staat hun onafhankelijkheid te verdedigen.⁶¹ In de praktijk zullen deze onverzoenbare theorieën idealiter leiden

59 Ibid., 291.

60 Het is deze vraag die recent aangekaart werd in een ophefmakende paper: Michael Pinto-Duchinsky, *Bringing Rights Back Home. Making Human Rights Compatible with Parliamentary Democracy in the UK* (Londen: Policy Exchange, 2011).

61 Barber omschrijft suprematieclaims van constitutionele actoren dan ook als een vorm van 'constitutional self-defense'. Nick Barber, *The Constitutional State* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 170–71. Zie ook De Tocqueville bij voetnoot nr. 58.

Stefan Somers

tot een machtsevenwicht of wederzijdse ‘machtstempering’.⁶² Zelfs op het internationaal niveau, waar de wetgevende macht haast afwezig is, geldt dit. Daar moet opgemerkt worden dat internationale rechters slechts een beperkt aantal zaken kunnen behandelen en tegenwerking kunnen ondervinden van nationale rechtbanken.⁶³ Daarenboven kan de nationale wetgever ook in een internationale context druk uitoefenen op supranationale rechtbanken door te dreigen het verdrag te herzien, financiële middelen terug te schroeven of de conventie te verlaten.⁶⁴

Hieruit kan mijns inziens geconcludeerd worden dat de *Drittwirkung* wel degelijk een vaandel is van een paradigmatische omwenteling in ons rechtsbestel. Door middel van de *Drittwirkung* kan de rechterlijke macht zich bij het beschermen van de private autonomie van een burger tegen de inbreuk van een private partij beroepen op nationale of internationale constitutionele normen en bijgevolg op een institutioneel systeem dat een sterkere tegenmacht vormt tegen de wetgevende macht.

6 Het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking van grondrechten opnieuw bekeken

We kunnen dus concluderen dat de *Drittwirkung* wenselijk is omdat het privaatrecht, dat in een democratische samenleving een fundamentele rol heeft te vervullen, via de *Drittwirkung* kan buigen op een evenwichtigere rechterlijke bescherming. Toch betekent dit niet dat we de *Drittwirkung* zonder meer kunnen toeuichen. Er zijn een aantal zaken op de *Drittwirkung* aan te merken.

Ten eerste moet opgemerkt worden dat de vrees dat de (supranationale) rechterlijke macht via de *Drittwirkung* de rol van de (nationale) wetgevende macht zal aantasten, nooit helemaal bevredigend opgelost kan worden. In de tweede plaats werd opgemerkt dat de methodologie bij grondrechten wellicht onnauwkeuriger is, maar dat de *Drittwirkung* het privaatrecht anderzijds niet helemaal terzijde schuift en er zich binnen de grondrechten ook nieuwe doctrines ontwikkelen. Tot slot werd geopperd dat hoewel de mensenrechten inhoudelijk niet per definitie verschillen van het privaatrecht, hun functie beperkter is. Hoewel al deze bedenkingen ons er niet van konden weerhouden de *Drittwirkung* als zodanig in vraag

62 Die ultieme autonomieclaims zijn dus slechts ‘nucleaire opties’ die – zoals in de koude oorlog – slechts dienen om de andere macht in haar invloedssfeer te houden. Deze idee werd ontleend aan een lezing van Martin Borowski op de workshop ‘The Role of Constitutional Courts in a Context of Multilevel Governance’ gehouden aan de Universiteit van Antwerpen op 27 mei 2011.

63 Denk bijvoorbeeld aan het *Lissabon-Urteil* (BVerfGE 30 juni 2009, 2 BvE 2/08) en *Görgülü* (BVerfG 14 oktober 2004, 2BvR 1481/04).

64 Dit werd althans geopperd door Armen Mazmanyan op de workshop ‘The Role of Constitutional Courts in a Context of Multilevel Governance’ gehouden aan de Universiteit van Antwerpen op 27 mei 2011. Wellicht is ook het herzien van de eerste *Lausti*-zaak door de grote kamer van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens hier een mooi voorbeeld van: EHRM (Grote Kamer) 18 maart 2011, zaak nr. 30814/06, *Lautsi t. Italië*.

te stellen, nopen deze kritieken ons er wel toe een indirecte vorm van *Drittwirkung* te onderschrijven.

Hoewel in het begin van dit artikel werd geargumenteed dat het onderscheid tussen directe en indirecte horizontale werking van grondrechten in de praktijk weinig verschil uitmaakt, moet hier toch geconcludeerd worden dat de indirecte variant wenselijker is dan de directe.⁶⁵ Deze voorkeur steunt op twee overwegingen. In de eerste plaats kent de indirecte doorwerking van grondrechten een grotere rol toe aan de wetgever. Vooreerst belast de indirecte *Drittwirkung* de wetgever met de positieve inspanningsverplichting om de grondrechten in private verhoudingen te beschermen. Het is de wetgever die bepaalt of hij open normen in wetgeving opneemt dan wel of hij de wetgeving verder specificiert. Daarnaast maakt de indirecte werking een duidelijker onderscheid tussen privaatrecht en mensenrechten. De rechter moet de mensenrechten respecteren maar moet dit in de eerste plaats doen via privaatrechtelijke normen. Door de rechtspraak in privaatrechtelijke geschillen (meestal) slechts impliciet op grondrechten te baseren, zal de aanwezigheid van het mensenrechtendiscours in privaatrechtelijke geschillen minder tastbaar zijn. De stap van het nationale naar het internationale recht blijft groter hetgeen de band tussen nationale en internationale rechters minder hecht maakt. Wanneer de civiele rechter grondrechten immers niet rechtstreeks toepast op een geschil maar slechts nagaat of wetgeving in overeenstemming is met grondrechten, blijft het eerste referentiepunt van de civiele rechter immers de wetgeving. Bovendien is het dan in de eerste plaats aan de wetgever om te bepalen in welke mate hij via open normen marge aan de rechter laat. Op die manier blijft de wetgever – in de lijn met de bedenkingen van Velaers – een sleutelrol spelen in de bescherming van mensenrechten in private relaties.

Ten tweede lijkt de indirecte werking een betere garantie te bieden tegen een te extensief mensenrechtendiscours. De mensenrechten zijn immers in de eerste plaats bedoeld om de fundamentele voorwaarden voor de democratische besluitvorming in stand te houden. De mensenrechteninterpretatie dient de grens tussen publieke en private autonomie te beschermen met het oog op een democratisch evenwicht tussen vrijheid en gelijkheid. De functie van mensenrechtentoezichting is aldus beperkt. We hebben gezien dat deze beperking geen invloed heeft op de vraag of mensenrechtelijke waarden ook in private relaties invloed dienen te hebben omdat het belang van een machtsevenwicht in private relaties een van de wezenskenmerken is van de democratie. Niettemin betekent dit niet dat elke privaatrechtelijke relatie van fundamenteel belang is voor de democratie. Hoewel deze tweede vraag *an sich* niet veel met de *Drittwirkung* te maken heeft, kan wel geopperd worden dat een te directe toepassing van de *Drittwirkung* ertoe zou kunnen leiden dat het mensenrechtendiscours uit haar voegen barst. Door het men-

65 Merk overigens op dat de leer van de *mittelbare Drittwirkung* in Duitsland ook beschouwd moet worden als een evenwichtig compromis tussen de tegenstanders van de horizontale doorwerking en de voorstanders van de directe doorwerking van grondrechten. Gert Brüggemeier, 'Constitutionalisation of Private Law – The German Perspective,' in *Constitutionalization of Private Law*, Barkhuysen & Lindenberg, 71.

Stefan Somers

senrechtendiscours immers direct tussen private partijen te laten spelen, zullen private personen de mensenrechten in rechtszaken vaker aanhalen waardoor de kans vergroot wordt dat de rechter hen hierin volgt. Het probleem is dan niet zozeer de juridisering van de samenleving, deze kan zich immers ook enten op bijvoorbeeld het aansprakelijkheidsrecht, maar een afname van de autoriteit van de grondrechten.⁶⁶ Dit risico bestaat natuurlijk altijd, maar kan door de indirecte doorwerking allicht enigszins getemperd worden.

7 Conclusie: de *mittelbare Drittwirkung* als baken van een evenwichtig institutioneel paradigma

In dit artikel werd geargumenteed dat de wenselijkheid van de *Drittwirkung* niet zozeer op inhoudelijk vlak ligt, maar gezocht moest worden in haar institutionele waarborgen voor een democratische samenleving. De traditionele visie dat grondrechten slechts gelden ten aanzien van de overheid, kan vanuit zowel constitutioneel als democratisch oogpunt moeilijk behouden worden. Niettemin kan de doorwerking van grondrechten niet zonder meer toegejuicht worden. Een te sterke doorwerking van grondrechten in het privaatrecht zou de rol van de wetgevende macht weleens kunnen schenden.

We kunnen dan ook concluderen dat door de terminologie van het privaatrecht niet gelijk te stellen met de mensenrechtelijke en door de wetgever een rol te geven in de manier waarop de normen en waarden van de samenleving zich in private verhoudingen moeten uiten, zonder evenwel de rechterlijke macht de mogelijkheid te ontnemen deze wetgeving naderhand te toetsen aan de grondrechten, er een evenwichtiger paradigma ontstaat waarop de grens tussen de private en de publieke autonomie, in een wereld waarin overheden hun handen niet in onschuld kunnen wassen, telkens opnieuw getrokken kan worden zonder te sterk in één ideologische richting geduwd te worden.

66 Zie De Vos, *Horizontale werking van grondrechten*, 282–85.