



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Horizontale werking van grondrechten

Vos, B.J. de

Citation

Vos, B. J. de. (2010, October 14). *Horizontale werking van grondrechten. Meijers-reeks*. Maklu, Apeldoorn. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16040>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16040>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

7 | Element tot convergentie?

Horizontale werking als katalysator tot Europese harmonisatie is een tot op heden zelden aangestipt punt.¹ In het kader van de euforie die deze rechtsfiguur omringt, treft dit als een bevreemdende omissie.² Immers, louter theoretisch beschouwd herbergt dit denkbeeld behoorlijk wat potentieel. Het mag dan weliswaar de ambitie ontbreken uit te groeien tot een illustre monument dat zich op de welbekende codificatiegrandeur beroepen kan, doch juist hierdoor ontsnapt het ook aan de cynische kritiek en praktische bezwaren waarmee de Europese codificatiegedachte wel geconfronteerd wordt. *De primo visu* lijkt de verhoogde oriëntatie op grondrechten zoals ze bij een aanzienlijk deel van de Europese nationale rechtbanken vast te stellen is, onafwendbaar op convergentie aan te sturen.³ Immers, deze grondrechten, als manifeste exponent van enkele bewogen hoofdstukken uit de Europese geschiedenis, zijn terecht reeds veelvuldig (en frequent in bijna lyrische bewoordingen) aangeduid als onze gemeenschappelijke juridische wortels.⁴ Constitutionalisering, of beter gesteld horizontale werking, verschijnt hier als een herbronning op de gedeelde Europese grondwaarden terwijl het anderzijds ook de mogelijkheid biedt te ontsnappen aan onaangepaste, ongewenste of simpelweg rigide nationale rechtsregels. In die functie opereren grondrechten onbetwistbaar

1 Een enkele aanzet bestaat in Ciacchi 2006a (en tot op zekere hoogte evenzeer Ciacchi 2005 (zie verder tevens Cherednychenko 2007; Smits 2008a, p. 11-16; Smits 2008b en Mak 2007; vgl. Study Group on Social Justice in European Private Law 2004, p. 667-668)), doch overtuigt niet. Het bestaan van gelijklopende *fundamental rights talk* in een gelimiteerd aantal rechterlijke uitspraken volstaat niet om te bewijzen dat horizontale werking een autonoom convergerend vermogen heeft. Daarenboven zijn de door haar vermelde *Fallgruppen* die deze these dienen te staven bijzonder twijfelachtig.

2 Bij Kull 2007, p. 36 heet het bevreemdend genoeg nochtans dat '[t]he question about the horizontal effect of fundamental rights and freedoms and constitutional principles on private relationships has again become topical in connection with discussions over the objectives and methods of the harmonisation process of European contract law'.

3 Vgl. Mirabelli 2000, p. 235.

4 Vgl. Kumm 2005, p. 320 *et seq.* (alwaar tevens dit aan naakte grondrechten geliëerd idee wordt bekritiseerd en de focus wordt verlegd naar de aan deze grondrechten onderliggende conceptie en historiek als Europees bindmiddel ('thick constitutional patriotism')).

zowel als helder baken op weg naar en evenzeer als middel tot een gemeenschappelijk Europees recht.⁵

Een loutere verwijzing naar de verticale sfeer lijkt deze hypothese reeds voldoende te onderbouwen. De verwezenlijkingen terzake teweeggebracht bij monde van het EHRM behoeven geen nadere toelichting. Daarenboven dient daarbij onderstreept te worden dat *qua* competentie het EHRM een behoorlijk expansionistische politiek voert waardoor ook de horizontale dimensie geaffecteerd wordt (waarbij voornamelijk gedacht dient te worden aan de *positive obligation doctrine*⁶). Het arrest *Pla* uit 2004 vormt een treffende illustratie.⁷

Pla betrof de interpretatie van een clausule in een notarieel testament daterende uit 1939 volgens dewelke C.P. Oller, moeder van een zoon en twee dochters, haar nalatenschap had vermaakt aan haar zoon, Francesc-Xavier, onder voorwaarde dat deze het op zijn beurt overdragen zou aan een zoon of kleinzoon uit een wettig en canoniek huwelijk. Voor de Andorraanse rechtbank werd beargumenteerd dat de onderwijl overleden Francesc-Xavier hierbij in gebreke was gebleven door als uiteindelijke erfgenaam aan te duiden zijn (weliswaar binnen een wettig en canoniek huwelijk) geadopteerde zoon, met als resultaat dat de erfenis toe diende te komen aan descendanten van een der zusters. Immers, zo werd gesteld, met de voornoemde frase kon de erfflater nooit de bedoeling gehad hebben hieronder ook adoptiekinderen te verstaan; dergelijke rechtsfiguur was immers (zo goed als) onbekend in Andorra ten tijde van de redactie van het testament alsook was de latere conceptie van adoptie onverenigbaar met de intentie die achter het legaat schuil ging. Waar dergelijke overweging inderdaad op instemming rekenen kon vanwege het Andorraanse hooggerechtshof, werd deze beslissing verketterd door het EHRM (art. 8 *jo.* 14 EVRM). Deze laatste instantie stelde onomwonden dat de frase volkomen duidelijk was en geen interpretatie behoefde. Daarenboven, mocht hiertoe wel een noodzaak bestaan, dan diende de interpretatie hierbij afgestemd te worden op *the Convention as interpreted in the Court's case-law*.

Deze uitspraak van het EHRM doet bijzonder teleologisch aan.⁸ In eerste instantie treft de conclusie dat de clausule uitgesproken duidelijk is als behoorlijk dubieus: dit was althans niet de opvatting die het *Tribunal des Batlles* en

5 Daarbij dient aangestipt te worden dat grondrechten hiertoe juist geschikt zijn doordat zij in de huidige conceptie, een specifiek Europa-centrisch karakter bezitten. Ze transcenderen dus weliswaar het nationale niveau, doch niet het Europese (of beter gesteld 'westerse'). Het *débat* bij de neo-kolonialistische export van grondrechten is welom bekend, doch ook fijnmazigere voorbeelden zijn *legio*. Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar het onvermogen een voor alle partijen bevredigende oplossing te vinden voor het debat terzake de toelaatbaarheid van hoofddoeken binnen onderwijsinstellingen (cf. Gallala 2006).

6 Zie o.a. Garlicki 2005, p. 132 *et seq.*

7 EHRM 13 juli 2004 (*Pla and Puncernau v Andorra*), NJ 2005, 508.

8 Terecht kritisch Cherednychenko 2006, p. 203 *et seq.*; De Boer 2005; Kay 2005; Luijten & Meijer 2006.

het Hooggerechtshof van Andorra toegedaan waren,⁹ die niettemin overeenkomstig de traditionele EHRM-doctrine toch beter geplaatst zijn dit te beoordelen.¹⁰ Terzake het adagium hanteren dat een 'duidelijke' tekst geen interpretatie behoeft, zou getuigen van een schrijnende myopie. Anderzijds kan ook de assertatie dat niet slechts de intentie van de erflaatster doch evenzeer de gewijzigde sociale realiteit de richtlijn dient de vormen bij de interpretatie van een testament niet onmiddellijk terugbuigen op enige begrijpelijke grondslag.¹¹ De indruk ontstaat alvast dat het EHRM doelbewust ingegrepen heeft in een preciaire horizontale verhouding onder de dekmantel slechts een staatsorgaan terecht te wijzen.¹² Hoe dan ook, reeds bij gebreke van dergelijke intentie toont dit arrest (*ex multis*) duidelijk het effect van EHRM-rechtspraak op horizontale verhouding en in het verlengde daarvan ook het inherente vermogen van grondrechten als instrument tot convergentie.

Evenwel lijkt de vrees gerechtvaardigd dat deze conclusie niet zomaar getransponeerd kan worden naar de louter nationaal-horizontale dimensie. Uiteraard is het reeds zo dat ook bij de resultaten van de EHRM rechtspraak enige kritische randbemerkingen te plaatsen zijn. Zo is deze rechtspraak beperkt tot het uitzetten van slechts grove lijnen, impliceert (de inconsistente invulling van)¹³ de *margin of appreciation* doctrine een ruime speling¹⁴ en dient daarenboven in rekening te worden genomen dat deze rechtspraak niet

9 Hoewel beide instanties een tegenstrijdige conclusie bereikten was er eensgezindheid over de noodzaak tot interpretatie. Het Hooggerechtshof concludeerde op basis van een brede analyse van de ten tijde van de redactie van het testament heersende Andorraanse en Catalaanse juridische opvattingen zelfs dat geen enkel argument voorhanden was dat in het voordeel van de geadopteerde pleitte.

10 Het is immers gevestigde rechtspraak dat het in de eerste plaats aan de nationale autoriteiten toekomt het interne recht te interpreteren en toe te passen, ook in die gebieden waar de Conventie de desbetreffende regels 'incorporeert' (o.a. EHRM 24 oktober 1979 (*Winterwerp v The Netherlands*), NJ 1980, 114, § 46; EHRM 25 maart 1985 (*Barthold v Germany*), NJ 1987, 900, § 48; EHRM 27 november 1991 (*Kemmache v France nr. 3*), NJ 1995, 576, § 37). Dit punt werd overigens evenzeer in *Pla and Puncernau* onderschreven met dan nog de toevoeging dat het principe zelfs bij uitstek van toepassing is bij de interpretatie van een bijzonder privaat instrument zoals een testamentaire clausule (§ 46). Zie tevens Garlicki 2005, p. 140.

11 Immers, dergelijke anachronistische interpretatie ondergraaft de basisfilosofie die achter de testeervrijheid schuil gaat. De testeervrijheid, die reeds zozeer beperkt is door het fenomeen van de legitieme portie, kan slechts recht gedaan worden wanneer enkel uitdrukking wordt gegeven aan de intentie van de testator zoals die bestond ten tijde van het opstellen van het testament. In deze zin tevens Luijten & Meijer 2006, p. 39. Contra De Boer 2005, nr. 6.

12 Cf. de *dissenting opinion* afgeleverd door L. Garlicki.

13 Greer 2003, p. 426 *et seq.*

14 Noteer dat deze factor daarenboven in bijzonder speelt in litigaties met een horizontale karaktertrek. Het EHRM houdt immers aan dat deze marge ruim dient te worden geïnterpreteerd wanneer de klacht een tekortkoming in een *positive obligation* betreft, wanneer het aangeklaagde nadeel in essentie veroorzaakt werd door een private actor en/of indien een potentiële botsing van grondrechten voorligt (Phillipson & Fenwick 2000, p. 665).

steeds nageleefd of zelfs maar in kennis genomen wordt.¹⁵ Fundamenteler is evenwel de louter empirische vaststelling dat, zoals voorheen reeds aangestipt, transnationaal gelijkaardige zaken die met gelijkaardige grondrechten opgelost worden niet noodzakelijk tot hetzelfde resultaat leiden (terwijl nationale privaatrechtelijke bepalingen niettemin geen obstructie vormen).¹⁶ Ook hiervan zijn de meest evidente verklaringen reeds aangestipt: hetzij betreft het hier retorisch gebruik van grondrechten, hetzij geeft het grondrecht *an sich* weinig richtlijn.¹⁷ Essentieel in deze laatste optie is bijgevolg de vraag in hoeverre bij de applicatie en interpretatie van grondrechten de bereidheid bestaat terug te grijpen naar rechtsvergelijking: het gebruik van grondrechten biedt de mogelijkheid te ontsnappen aan strikte bepalingen van nationaal recht, doch beschikt slechts over een vermogen tot convergentie wanneer de invulling geschiedt aan de hand van een Europees gedeelde oriëntatie. Onderscheid dient hierbij gemaakt te worden tussen eigenlijke rechtsvergelijking, nl. transnationaal, en een supranationale variant, waarbij de EHRM-rechtspraak het oriëntatiepunt biedt.

7.1 TRANSNATIONALE REFERENTIE

7.1.1 Globale appreciatie

In principe zou verwacht kunnen worden dat rechtsvergelijking bij uitstek in *Drittwirkung* rechtspraak bloeit. In de eerste plaats verschaft uiteraard de ongedefinieerdheid van grondrechten en, althans bij hun toepassing in de privaatrechtelijke dimensie, het ontbreken van een strikt theoretisch kader enerzijds de *reden* en anderzijds de *vrijheid* tot rechtsvergelijking. Daarenboven kennen verscheidene nationale grondrechtencatalogi een rechtsvergelijkende oorsprong: kruisbestuiving tussen Constituties is geen onbekend gegeven op het Europese vasteland.¹⁸ Het lijkt evident dat dit aansluitend ook ruimte

15 Zoals bijvoorbeeld in Frankrijk valt te constateren, hoewel daar recentelijk enige verandering in schijnt te komen (zie § 3.3.2.2 en verder o.a. Heuschling 2003, p. 35 *et seq.* en de referenties aldaar; Cohen-Jonathan 1989, p. 261 *et seq.*; Gouttes 1995, p. 605-614; De Bellescize 2005, p. 244 *et seq.*).

16 Zie § 6.2.2.

17 Overigens kan hieraan ook nog gevoegd worden dat achter een enkele Europees gedeelde waarde veelal ook specifieke nationale preoccupaties schuilen die de werkelijke inhoud daarvan bepalen (zie Bell 2002, p. 243).

18 De invloed van de Franse *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (1789) is illustrer (zie bijvoorbeeld Jeanneau 1992, p. 657-672; secundair Ségur 2004, p. 23; Sommermann 1999, p. 1024). Het Duitse *Grundgesetz*, opgesteld nadat het Derde Rijk een eind genomen had, is een overduidelijke inspiratiebron geweest voor de Portugese en Spaanse constituties zoals die geredigeerd werden na de dictatuur van Salazar respectievelijk Franco (Starck 1997, p. 1024; zie tevens Bon 1991b, p. 37; Landa 2000, p. 34 & Naranjo de la Cruz 2005, p. 400).

laat voor de import van een verwante interpretatie van deze grondrechten.¹⁹ Daarbij komt tevens dat grondrechten bij uitstek worden ingeschakeld in die zaken waar traditioneel ook het meest teruggegrepen wordt naar 'vrijwillige'²⁰ rechtsvergelijking, zoals ethische of socioculturele dilemma's.

Echter, een analyse toont aan dat de werkelijkheid niet volkomen aan dit beeld conformeert. Het aantal waarneembare referenties aan buitenlandse rechtspraak blijkt behoorlijk beperkt. Slechts op een van oudsher voor rechtsvergelijking vruchtbare grond, zoals vrijheid van meningsuiting versus privacy,²¹ of op een hoogst gecontesteerd vlak, zoals *wrongful life* vorderingen, wordt met enige regelmaat over de nationale grenzen heen gekeken.²² Erkend

19 Alvast kan bij verscheidene constitutionele hoven een bereidheid geconstateerd worden om bij de interpretatie en aanwending van grondrechten terug te grijpen naar buitenlandse rechtspraak (Bauer & Mikulaschek 2005, p. 1110; Starck 1997, p. 1024).

20 I.e. waar geen rechtstreekse aanleiding bestaat zoals die bijvoorbeeld aanwezig is bij de interpretatie van uniforme verdragsregels of in IPR litigaties.

21 In oudere Duitse *Drittwirkung* rechtspraak heeft rechtsvergelijking een zekere functie gehad in de erkenning van een recht op morele schadevergoeding bij inbreuken op privacy. Dit zou alvast impliciet het geval zijn geweest in de *Herrenreiter* zaak (14 februari 1958, 26 BGHZ 349, zie hoofdstuk 4, voetnoot 39; Unberath 2005, p. 311-312). Expliciete verwijzingen die op dit spoor inhaken zijn te vinden in BGH 19 september 1961, BGHZ 35, 363, BGH 5 maart 1963, BGHZ, 39, 124 en BVerfG 14 februari 1973, BVerfGE 34, 269. Buiten een enkele korte verwijzing naar Zwitserse rechtspraak blijven deze referenties echter beperkt tot onnauwkeurige verwijzingen naar eerder onbepaalde vergelijkbare rechtssystemen ('andere landen van de Westerse wereld', 'rechtssystemen waarin het individu evenzeer hooggeacht wordt als in het onze' etc.). Al te veel waarde dient hier dan ook niet aan toegekend te worden. Verder werd ook reeds in het befaamde *Lüth*-arrest (zie § 2.2.1) gerefereerd aan de Franse *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen* evenals aan een uitspraak van Cardozo (gewezen rechter bij het Amerikaanse *Supreme Court*) en dit meer bepaald ter staving van de hoge waarde die toegekend dient te worden aan de vrijheid van meningsuiting. Enige instrumentele waarde schijnt aan deze referentie niet toegeschreven te kunnen worden of daarvan is althans toch geen indicatie waarneembaar; zoals J.M. Mössner terecht opmerkt 'ein schöner Beleg für die Belesenheit der Verfassungsrichter, methodisch und argumentativ jedoch völlig wertlos' (Mössner 1974, p. 237). Noteer anderzijds dat in Engeland, waar de ontwikkelingen met betrekking tot het recht op privacy momenteel in de sinds onheuglijke tijden verhoopte stroomversnelling geraakt zijn, een opmerkelijke afwezigheid van transnationaal vergelijkende componenten te constateren valt. Meer nog, sommige auteurs gewagen zelfs van het minimale gebruik eerder als misbruik, namelijk om de creatie van een op zichzelf staande *tort of privacy* tegen te houden (Markesinis e.a. 2004, p. 134). In de marge kan ook verwezen worden naar HR (Strafkamer) 9 oktober 2001 (Danslessen), NJ 2002, 76. Hoewel het hier een strafzaak betreft (met name terzake de grenzen van artistieke expressie) is het opmerkenswaardig dat de A-G inspiratie zocht in o.a. het befaamde Duitse horizontaal effect arrest *Mephisto* (BVerfG 24 februari 1971, BVerfGE 3, 173). In beide zaken fungeerde een reëel persoon als inspiratiebron voor een weinig charmant romanpersonage. Zie tenslotte ook de Zuid-Afrikaanse uitspraak *National Media Ltd v Bogoshi*, 1998 (4) SA 1196 (SCA) (zie hoofdstuk 8, voetnoot 4).

22 Een schaars voorbeeld vreemd aan deze categorieën is te vinden in *Aston Cantlow and Wilmore v The Parochial Church Council of Aston Cantlow and St Martin*, [2003] UKHL 37 waarin zowel Lord Hope of Craighead als Lord Rodger of Earlsferry verwijzen naar de rechtspraak van het *Bundesverfassungsgericht* met betrekking tot de vraagstelling in hoeverre kerkelijke autoriteiten kunnen aanzien worden als publieke organen. De verwijzing heeft

dient te worden dat deze louter formele vaststelling evenwel niet vermog het gehele beeld te schetsen: het ontbreken van referenties in rechtspraak impliceert niet noodzakelijk dat geen buitenlandse rechtspraak in aanmerking is genomen of zelfs invloed heeft gehad.²³ Daarbij dient aangestipt te worden dat de eigen nationale stijl van rechtspraak soms weinig ruimte laat voor het uitdrukkelijk opnemen van rechtsvergelijkende beschouwingen.²⁴ Dit effect wordt daarenboven versterkt wanneer, zoals bijvoorbeeld het geval is in Frankrijk,²⁵ evenzeer de rapporten van de adviserende instanties bij de hoogste rechtshoven niet of zelden openbaar worden gemaakt. Frequent is het immers hier waar de rechtsvergelijkende beschouwingen te vinden zijn waar het Hof in kwestie slechts impliciet naar verwijst.²⁶ Echter, zelfs dit feit verdisconteerd, blijft de conclusie dat de rechtsvergelijkende activiteit in horizontaal effect rechtspraak redelijk gering blijkt.²⁷ Uiteraard is dit in enkele gevallen te verklaren doordat in zekere stelsels rechterlijke rechtsvergelijking in het algemeen op weinig bijval rekenen kan, zoals bijvoorbeeld het geval is in Italië.²⁸ Ontluisterend is echter dat evenzeer een verklarende factor gevonden kan worden die juist gerelateerd is aan de natuur van de grondrechten zelf. Wanneer overwegingen van nationale trots rechtsvergelijking reeds parten spelen in *louter* privaatrechtelijke aangelegenheden, geldt dit voorzeker wanneer grondrechten, als meest essentiële draagstructuur van het eigen rechtssysteem, aan de orde zijn. In het bijzonder voor landen als Frankrijk,²⁹ zelfverklaard vaderland van de mensenrechten, of Duitsland, exporteur van de *Drittwirkung*-theorie, is een

een ondersteunende functie, hoewel ze naast de gelijkkluidende conclusies overeenkomstig de extensieve interpretatie van het Engelse recht en EHRM-rechtspraak uiteraard nog maar weinig gewicht in de schaal vermog te leggen. Zie verder voetnoten 71 tot 74 voor illustraties uit de Nederlandse rechtspraak en wat België betreft kan worden verwezen naar Arbrb. Verviers 20 maart 2002, *J.T.T.* 2002, 183 (m.b.t. schending van de privacy van een werknemer wegens controle van diens e-mail door de werkgever) waarin een uitspraak van het Franse hof van cassatie nagevolgd wordt en Hof Gent 6 juni 2005, *A&M* 2005, 444 (referentie aan Franse rechtspraak m.b.t. de grenzen van toelaatbare satire).

²³ Starck 1997, p. 1024.

²⁴ De Franse rechtspraak, en in het bijzonder de frequent gehekeld (o.a. Touffait & Tunc 1974) gecomprimeerde stijl van het Franse *Cour de Cassation* (zie verder o.a. Lasser 2005 p. 1003-1004 en verwijzingen aldaar), vormt een uitstekend voorbeeld. Hoewel occasioneel wel gerefereerd wordt aan EHRM-rechtspraak (zie § 3.3.2.2) bestaat geen ruimte voor verwijzingen naar buitenlandse jurisprudentie (cf. Canivet 2005, p. 187).

²⁵ Heuschling 2003, p. 43; Lasser 2005, p. 1006.

²⁶ Zie tevens E. Özüdö 2003, p. 231.

²⁷ Opgemerkt dient trouwens te worden dat sommige auteurs bijzonder terughoudend zijn om rechtsvergelijkende adviezen vanwege de A-G zonder meer in rekening te nemen (zie bijvoorbeeld Drobnig 1996, p. 67 die slechts voorstaat de uitspraak als rechtsvergelijkend te beschouwen wanneer het Hof expliciet verwijst naar het corresponderende comparatieve deel uit de conclusie).

²⁸ Cf. Alpa 2005, p. 199.

²⁹ Welke rechtspraak traditioneel terughoudend staat ten aanzien van rechtsvergelijking, hoewel daar recent enige verandering in lijkt te kunnen worden waargenomen (cf. Canivet 2005, p. 181-193; Heuschling 2003, p. 38 *et seq.*).

zeker gevoel van superioriteit terzake moeilijk verenigbaar met rechtsvergelijking.³⁰ Ook trouwens in Engeland, waar rechtsvergelijking (althans binnen de vertrouwde *common law* familie)³¹ al bijna eerder regel dan uitzondering kan worden genoemd, is op dit vlak misschien niet zozeer een aversie, maar dan toch een zekere hesitatie merkbaar die wel eens dieper geworteld zou kunnen zijn dan men in eerste instantie durft vermoeden.³²

Een bijkomend element is dat niet slechts kan worden volstaan met een loutere observatie van het aantal referenties, maar deze evenzeer op hun intrinsieke waarde dienden geëvalueerd te worden. Louter formele referenties maken immers geen rechtsvergelijking uit.³³ Een exhaustieve analyse is vanzelfsprekend onmogelijk, doch verondersteld mag worden dat een lakmoesproef op het vlak van de voornoemde *wrongful life* vorderingen voorzeker een neutraal, zelfs eerder optimistisch beeld schetsen kan (ter recapitulatie: *wrongful life* betreft deze vorderingen waarbij het gehandicapte kind zelf (morele) schadevergoeding vraagt voor het feit van geboorte,³⁴ en valt dus te onderscheiden van de – normaliter samenhangende – *wrongful birth* vordering waar deze actie vanwege de ouders tot vergoeding van de onderhouds- en opvoedingskosten van het gehandicapte kind ingesteld wordt, en voorzeker *wrongful pregnancy alias wrongful conception* waarbij door ouders schadevergoeding wordt

30 In dergelijke richting evenzeer Heuschling 2003, p. 26 respectievelijk Örüci 2003, p. 231.

31 Cf. o.a. Örüci 1999, p. 257 (& 293).

32 Denk bijvoorbeeld aan het vurige pleidooi dat William Pitt (the younger) meer dan 200 jaar geleden, in het brandpunt van het Engels-Napoleontische conflict, oreerde voor het parlement: 'You have it stated in the subsequent declaration of France itself, that it is not against your commerce, it is not against your wealth, it is not against your possessions in the East or colonies in the West, it is not against even the source of your maritime greatness, it is not against any of the appendages of your empire, but against the very essence of your liberty, against the foundation of your liberty, against the foundation of your independence, against the citadel of your happiness, against your constitution itself, that their hostilities are directed. They have themselves announced and proclaimed the proposition, that what they mean to bring with their invading army is the genius of their liberty [...] and the annihilation of British liberty, and the obliteration of everything that has rendered you a great, a flourishing and a happy people' (B. MacArthur (ed.), *The Penguin Book of Historic Speeches* (Penguin: Londen etc., 1995), 191). Eenzelfde ethos weerklonk meer dan 200 jaar nadien in vredige bewoordingen in strijd tegen de introductie van de HRA; zie hoofdstuk 2, voetnoot 336.

33 Cf. Samuel 2005a, p. 253.

34 Zie bijvoorbeeld Genicot 2002, p. 80 ('une action introduite par l'enfant, ou plus généralement par les parents en son nom, en vue de l'indemnisation du préjudice qui lui cause son état de personne handicapée'); Granchi 2002, p. 1265 ('the child, through his parents, brings an action against the physician, claiming that "but for the negligence of the defendants, he would not have been born to suffer with an impaired body"'); Monteiro 2003, p. 221 ('le dommage souffert par l'enfant lui-même, du fait qu'il soit né avec de graves handicaps physiques ou mentaux'); Sluijters 2004, p. 53; Stolker 1997, p. 195 ('Het gaat dan niet om de vordering van de ouders (hun claim heet *wrongful birth*), maar steeds om de vordering van een gehandicapt geboren kind'); Stolker & Sombroek-Van Doorm 2003, p. 227 ('demande d'indemnisation du préjudice d'un enfant né handicapé'); Trouet 1998-1999, p. 285 ('de schadevergoeding van een kind wegens zijn onrechtmatig leven').

geëist wegens een ten gevolge van medische fout toegelaten geboorte van een gezond doch ongewenst kind).³⁵ Uiteraard dient hierbij de gedateerde Britse³⁶ en Duitse³⁷ rechtspraak buiten beschouwing te worden gelaten, deze zou wegens in een te ver verleden geworteld immers een vertekend beeld kunnen opleveren.³⁸

7.1.2 Casestudy: *Wrongful life*

De uitspraak van het Oostenrijkse Hooggerechtshof (1999)³⁹ vertoont alvast een opvallende rechtsvergelijkende karaktertrek. Door middel van talrijke

35 Merk op dat het onderscheid tussen *wrongful birth* enerzijds en *wrongful conception* hetzij *wrongful pregnancy* anderzijds niet systematisch gehanteerd wordt, in welk geval beide onder de noemer *wrongful birth* begrepen worden (zie in Nederland bijvoorbeeld de *wrongful conception* arresten HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 en HR 9 augustus 2002, RvdW 2002, 132 die in de literatuur veelal als 'Wrongful birth I' resp. 'Wrongful birth II' geduid worden) en dus geen onderscheid meer gemaakt wordt of het geboren kind al dan niet gehandicapt is (zie bijvoorbeeld uitdrukkelijk Whitfield 1999, p. 688: 'A claim by parents arising out of an unplanned or unwanted birth, whether or not the child suffers from a disability' of Trouet 1998-1999, waar het onderscheid wel wordt vermeld doch niet gehanteerd (p. 284, voetnoot 5), maken wel het onderscheid o.a. De Meuter 1991, p. 62-66 (*et seq.*); Genicot 2002, p. 81, 82 (*et seq.*); Granchi 2002, p. 1264-1266; Kerr 1998, p. 720 (kritisch); Morris & Saintier 2003, p. 167; Hermann & Kern *n.a., n.f.*; Ter Heerdt 2001-2002, p. 250-251; Vikingstad 2007, p. 1065-1066). Anderzijds blijken sommige auteurs m.b.t. deze gehele terminologie zelf aan verwarring ten prooi, zo beschrijft Lindenbergh 2003, p. 365-366 in een exact op dit onderwerp toegesneden stuk *wrongful birth* inhoudelijk exclusief als *wrongful pregnancy* ('Bij *wrongful birth* gaat het om de geboorte van een kind na een ongewenste conceptie en zwangerschap. Daaraan kunnen verschillende oorzaken ten grondslag liggen, zoals een niet werkend anti-conceptiemiddel, een niet adequate sterilisatie, een verkrachting en/of een mislukte abortus') wijl hij onder de noemer *wrongful life* zowel de *wrongful birth* als eigenlijke *wrongful life claim* schaaft ('De term *wrongful life* heeft betrekking op een kind dat doorgaans niet het resultaat is van een ongewenste zwangerschap, maar dat met ernstige handicaps wordt geboren'); een lapsus die geen steun in andere doctrine vindt (ook al beschrijft hij de termen als afkomstig uit de Verenigde Staten, toch hebben deze ook daar dezelfde dekking als *supra* gerapporteerd, zie bijvoorbeeld Granchi 2002, p. 1264-1266; Vikingstad 2007, p. 1065-1066 en verwijzingen aldaar) en teleurstellend is daar in deze aangelegenheden de centrale discussie juist de sprong van de veelal geaccepteerde *wrongful birth* naar de veelal gecontesteerde *wrongful life* vordering betreft.

36 *McKay and another v Essex Area Health Authority and another*, [1982] 1 QB 1166.

37 BGH 18 januari 1983, JZ 1983, 447.

38 Beide dateren van voor de periode waarin de doctrine van horizontale werking haar volle ontplooiing kende en waarin binnen Europa weinig vergelijkend materiaal aangaande *wrongful life* vorderingen kon worden ontleend. Volstaan kan worden met de opmerking dat de rechtsvergelijking zich in beide gevallen richtte naar de USA. Tevens werd in de Duitse uitspraak evenzeer gerefereerd aan *McKay*. Waar in de Britse zaak enige invloed van de rechtsvergelijking kan worden onderkend, lijkt dit evenwel niet het geval in de uitspraak van het Bundesgerichtshof, waar de referenties eerder terloops lijken en weinig terzake doende (Illustratief voor de teneur is reeds de frase dat 'Ausländische Entscheidungen, die aber schon wegen der verschiedenen Rechtsgrundlagen nur beschränkt für das inländische Recht Bedeutung haben können [...]').

39 OGH 25 mei 1999 (1 Ob 91/99k), Jbl 1999, 593 (zie in *globo* o.a. Bydlinski 2000, p. 29-66).

referenties wordt duidelijk aansluiting gezocht bij de reeds gevestigde Duitse rechtspraak. Voorzeker wat betreft de eigenlijke *wrongful life* vordering recapituleert het Oostenrijkse *Oberster Gerichtshof* expliciet de hierin geponeerde argumentatie⁴⁰ en onderschrijft deze ook in duidelijke bewoordingen.⁴¹ De invloed is zelfs van die aard dat de Oostenrijkse uitspraak *quasi* een transscriptie uitmaakt van het leidende arrest van het *Bundesgerichtshof* (1983).⁴²

Anderzijds levert de uitspraak van het Portugese *Supremo Tribunal de Justiça* (2001) een heel eenvoudig beeld op: na de eigenlijke claim reeds afgewezen te hebben, kan de verwijzing naar Amerikaanse rechtspraak met betrekking tot de onmogelijkheid tot schadebegroting weinig meer dan een louter ornamentele functie bezitten.⁴³

40 Samengevat betekent dit dat het feit dat de arts de handicap van het kind niet veroorzaakt heeft en dat hij geen verplichting heeft de geboorte te verhinderen maakt dat er geen contractuele noch extra-contractuele aansprakelijkheid ten aanzien van het kind kan bestaan. De fout van de arts bestaat slechts in een tekortkoming in zijn contractuele plichten ten aanzien van de ouders. Slechts wanneer de arts is tekortgeschoten in de verplichtingen die door een van het contract afgeleide beschermende werking ten voordele van het kind worden opgelegd, bestaat ten aanzien van deze laatste een mogelijke aansprakelijkheid.

41 Zie bijvoorbeeld de frase 'Die deutsche Rechtsprechung verneint einen derartigen Anspruch mit überzeugenden Argumenten' en verder 'Dieser in jeder Weise überzeugenden Argumentation des Bundesgerichtshofs vermögen die Befürworter eines eigenen Ersatzanspruchs des Kindes letztlich nichts wirklich Stichhaltiges entgegenzuhalten'.

42 Vgl. 'Das Urteil über den Wert menschlichen Lebens als höchststrangigen Rechtsguts steht dem Arzt nicht zu. Auch die Pflicht, das Leben schwer Behinderter zu erhalten, darf nicht vom Urteil über den Wert des erhaltbaren Lebenszustandes abhängig gemacht werden. Es geht hier nicht um jene Grenzfälle, in denen sich die Frage stellt, ob trotz der völligen Aussichtslosigkeit, den Leidenszustand zu bessern, noch einzelne Lebensfunktionen durch künstliche Maßnahmen aufrecht erhalten werden sollen. Weder die Ermöglichung noch die Nichtverhinderung von Leben verletzt ein geschütztes Rechtsgut. Es entzieht sich den Möglichkeiten einer allgemein verbindlichen Beurteilung, ob das Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative, nicht zu leben, überhaupt einen Schaden im Rechtssinn oder aber eine immer noch günstigere Lage darstellt.' (OGH) en 'Das Urteil über seinen Wert steht keinem Dritten zu. Daher ist auch anerkannt, daß die Pflicht, das Leben eines Erkrankten oder schwer Verletzten zu erhalten, nicht von dem Urteil über den Wert des erhaltbaren Lebenszustandes abhängig gemacht werden darf. Nur bei der Frage, inwieweit nur noch einzelne Lebensfunktionen durch künstliche Maßnahmen ohne Hoffnung auf Besserung aufrecht zu erhalten sind, mag dieser Grundsatz eine gewisse Grenze finden [...] Weder die Ermöglichung noch die Nichtverhinderung von Leben verletzt (anders, soweit die Qualität dieses Lebens durch Tun oder Unterlassen erst beeinträchtigt wird) ein nach § 823 Abs. 1 BGB geschütztes Rechtsgut. [...] Vor allem nämlich entzieht es sich, eben weil es nicht um ein Integritätsinteresse geht, den Möglichkeiten einer allgemein verbindlichen Beurteilung, ob Leben mit schweren Behinderungen gegenüber der Alternative des Nichtlebens überhaupt im Rechtssinne einen Schaden oder aber eine immer noch günstigere Lage darstellt [...].' (BGH).

43 STJ 19 juni 2001, nr. 1008/01-1. Zie verder Correia 2004.

In schril contrast met deze summiere verwijzing stond de benadering van het Franse Hooggerechtshof in de zaak *Perruche (II)* (2002):⁴⁴ deze verzocht geheel uitzonderlijk⁴⁵ het Franse Instituut voor Rechtsvergelijking om een onderzoeksrapport. De neerslag hiervan is duidelijk naspeurbaar in de adviezen van *Conseiller Sargos* en *Avocat Général Sainte-Rose*. Beiden betrekken zowel *common law* rechtspraak als een arrest van het Duitse Constitutionele Hof in hun analyse. Evenwel vertonen deze comparatieve annotaties eerder een teleologisch dan een oriënterend karakter: slechts weergegeven wordt wat duidelijk past binnen de teneur der (onderling strijdige) adviezen. Zo schrijft Sargos de overvloed aan *common law* rechtspraak, dewelke een duidelijke contra-indicatie vormt voor zijn pleidooi ten voordele van de *wrongful life* vordering, vrij soepel van de hand als weinig terzake doende. Enig sofisme is aan de onderliggende redenering trouwens niet vreemd: beweerd wordt dat deze rechtspraak veronachtzaamd dient te worden daar ze frequent gebaseerd is op prohibitieve regelgeving. Echter, zelfs met enige terughoudendheid kan gesuggereerd worden dat juist in het bestaan van deze regelgeving zelf een argument *a contrario* de *wrongful life* vordering schuilt. Slechts wanneer aangetoond wordt dat voornoemde wetgeving geïnspireerd werd door factoren die aan de eigenlijke natuur van de vordering vreemd zijn, is het legitiem op deze basis zowel de regelgeving als de daarop gebaseerde rechtspraak als irrelevant te proclameren. Passend genoeg blijft echter heel dit aspect onderbelicht, terwijl niettemin wel een binnen het pleidooi geschikte atypische uitspraak van het hooggerechtshof van New Jersey wordt uitvergroot. Ook wat betreft de invulling van het schadebegrip worden de gunstige elementen beklemtoond, de ongunstige eerder veronachtzaamd: de focus wordt gelegd op een waarneembare inschikkelijkheid tot erkenning van materiële schade, terwijl het voor *wrongful life* meer precaire punt van morele schadevergoeding slechts indirect aangestipt wordt.⁴⁶ In contrast zijn de rechtsvergelijkende

44 Cass. ass. plén. 17 november 2000 (*Epoux X c. Mutuelle d'assurance du corps sanitaire français et alia*), J.C.P 2000. II. 10438, rapport P. Sargos, conclusies A-G J. Sainte-Rose. Bevestigd in Cass. ass. plén. 13 juli 2001, J.C.P 2001.II.10601, concl. A-G J. Sainte-Rose, noot F. Chabas (3 arresten); Cass. ass. plén. 28 november 2001, R.G.A.R. 2002, nrs. 13471 & 13472 (2 arresten).

45 Canivet 2005, p. 191 vermeldt dat dergelijks slechts twee maal geschiedde.

46 'Certes, l'arrêt *Mc Kay v. Essex area health authority*, rendu en 1982 par la juridiction suprême du Royaume-Uni, prohibe une telle action, mais la situation de ce pays n'est pas significative car c'est une loi de 1976 – encore que sa portée soit contestée par certains – qui fait obstacle à l'action de l'enfant. De même ne sont pas significatives les décisions de cours et tribunaux d'États des USA qui ont une législation interdisant ce type d'action. Mais, à notre connaissance, il n'y a pas de décisions de juridictions suprêmes étrangères équivalentes à la Cour de cassation qui rejettent ou acceptent par principe une telle action en *wrongful life*. Par contre des décisions de cours de quelques États des USA, certes minoritaires, admettent de réparer le préjudice de l'enfant consistant dans le coût, notamment médical, induit par son handicap. On évoquera ainsi l'arrêt de la Cour suprême du New Jersey (*Procanik v. Cillo*), [...]: "We need not become preoccupied ... with ... metaphysical considerations. Our decision to allow the recovery of extraordinary medical

annotaties van Sainte-Rose, die zich als manifest opponent van de vordering profileerde, van een geheel andere teneur: diens advies draagt de bijna pijnlijk eenvoudige boodschap dat de overweldigende quasi-unanimiteit waarmee de geanalyseerde buitenlandse rechtspraak (en regelgeving) de vordering afwijst een duidelijke illustratie vormt van de inherente incoherentie van dergelijke vordering.⁴⁷ Hoewel ze een enigszins empathische formulering kent, kan niet ontkend worden dat deze weergave een meer objectief beeld verschafte dan de corresponderende beschrijving door Sargos. De lering die het *Cour de Cassation* er niettemin uit getrokken heeft is welbekend; haar uitspraak honoreerde de *wrongful life claim* en profileerde zich aldus diametraal tegenover het verkregen comparatieve materiaal.⁴⁸

Dit arrest van het *Cour de Cassation* fungeerde evenwel op haar beurt als element in de uitspraak van haar Italiaanse equivalent (2004).⁴⁹ Hierin werd expliciet verwezen naar *Perruche* en de daaropvolgende wetgeving,⁵⁰ doch

expenses is not premised on the concept that non-life is preferable to an impaired life, but it is predicated on the needs of the living. We seek to respond to the call of the living for helping bearing burden of their affliction". La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne dans un arrêt du 12 novembre 1997, si elle pose comme principe que l'existence humaine ne peut être considérée comme un préjudice (point sur lequel il y a d'ailleurs un consensus général que nous partageons), admet cependant que les coûts particuliers nécessités par l'alimentation de l'enfant handicapé donnaient droit à indemnisation.'

47 'On comprend pourquoi certaines juridictions ou législations étrangères s'opposent au principe même de l'action en wrongful life. Des éléments d'information que nous avons pu recueillir, il ressort que, dans sa quasi-totalité, les décisions de la justice américaine ont rejeté les revendications formées au nom de l'enfant, les juges refusant que l'on puisse se plaindre d'être né ou toute comparaison entre la vie même diminuée et l'inexistence, les incohérences de l'action étant également fustigées. Plusieurs États des États-Unis prohibent l'action de l'enfant. La jurisprudence québécoise témoigne, elle aussi, de cette réserve: 'Il est impossible, a estimé la cour d'appel, de comparer la situation de l'enfant après la naissance avec la situation dans laquelle il se serait trouvé s'il n'était pas né; le seul énoncé du problème montre l'illogisme qui l'habite'. Dans un arrêt *Mc Kay* de 1977, la Cour d'appel d'Angleterre a jugé que le procès pour 'vie non désirée' est contraire à l'ordre public et constitue une violation de la règle de la primauté de la vie humaine. Ce type de procès est d'ailleurs interdit par une loi, le Congenital Disabilities (Civil Liability) Act de 1976. Statuant de la responsabilité contractuelle du corps médical dans le domaine du diagnostic prénatal et anticonceptionnel, la Cour constitutionnelle de Karlsruhe a jugé, le 12 novembre 1997, qu'il y a lieu de distinguer entre l'existence humaine qui ne pouvant être considérée comme un préjudice est insusceptible d'un quelconque dédommagement et l'obligation d'entretien qui incombe aux parents de l'enfant handicapé.' Zie tevens Sainte-Rose 2001, p. 320.

48 Daarbij ten onrechte suggererende dat de uitspraak regelrecht volgde uit nationale precedenten, aldus Chabas 2000, p. 2310.

49 Cass. 29 juli 2004, *Danno e resp.* 2005, 379, nr. 4.2.

50 Zoals bekend introduceerde de zgn. *Loi Kouchner* (Officieel *Loi relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé*, JORF 5 maart 2002) onderwijl het principe dat 'Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance' (actueel L. 114-5 *Code de l'action sociale et des familles*) (zie terzake o.a. Jourdain 2002, p. 891-893 waar interessant genoeg geduid wordt dat deze wetgeving slechts uit electorale overwegingen, maar in feite tegen de werkelijke zin van de wetgever in, tot stand kwam).

het blijft bij een korte beschrijving. De referentie is eerder gemotiveerd door het feit dat de *Perruche* uitspraak duidelijk aanleiding heeft gegeven tot het heropleven van het Italiaanse debat *terzake*.⁵¹ Enige meer concrete impact is evenwel niet naspeurbaar. De argumentatie van het *Corte di Cassazione* ontrolt zich binnen een uitvoerig uitgewerkte omlijsting van interne wetgeving, theorievorming en rechtspraak⁵² en resulteert in een onverbiddelijke afwijzing van de vordering, waarbij de onderliggende verantwoording uiteraard geen echo van het tegenstrijdige arrest *Perruche* in zich draagt.⁵³ Evenwel dient erkend te worden dat een deel van de argumentatie van het *Corte di Cassazione* herinnert aan een redenering die het *Bundesgerichtshof* in haar arrest van 1983 had neergelegd:⁵⁴ aan de overeenkomst tussen de moeder en de gynaecoloog kan het kind zekere rechten ten aanzien van de gynaecoloog ontnemen (*Verträge mit Schutzwirkung für Dritte*), de informatieplicht echter richt zich enkel tot de moeder. Hierin een onmiddellijke invloed constateren is mogelijk echter voorbarig: deze *Schutzwirkung*-theorie dwaalt reeds sinds 1993 door het Italiaanse recht.⁵⁵

Perruche maakte eveneens opwachting in twee uitspraken van de Brusselse rechtbank. In de eerste uitspraak (2002)⁵⁶ werd in summere bewoordingen

51 De conclusie is slechts: 'Questa sentenza della corte francese ha riaperto il dibattito sul diritto dell'handicappato di "non nascere se non sano"'. Significatief lijkt daarenboven dat reeds in de daaropvolgende frase de focus wordt verlegd en de interne aanleiding en mogelijke evolutie wordt benadrukt: 'Segnatamente in Italia, il dibattito dottrinale è stato alimentato non solo dalla suddetta sentenza francese, ma anche come ritenuto possibile sviluppo di elementi tratti dalla sentenza di questa Corte 10.5.2002, n. 6735' (vrij vertaald: In het bijzonder in Italië is het doctrinaire debat niet slechts gevoed door voornoemde Franse uitspraak, doch ook als een mogelijke ontwikkeling van elementen onttrokken uit de beslissing van dit Hof [...]).

52 Een enkele referentie aan de figuur *Verträge mit Schutzwirkung für Dritte* (nr 2.1, zie hoofdtekst) en verdere referenties naar Franse wetgeving (nr. 4.8 en 5.2, zeer summier en slechts om te onderscheiden van het Italiaanse rechtssysteem) uitgezonderd.

53 Erkend werd dat het kind bescherming kon ontnemen aan het contract tussen de gynaecoloog en de moeder. Evenwel betreft de tekortkoming van de gynaecoloog in diens informatieplicht enkel de moeder die aldus in haar keuzerecht werd geschaad, doch niet het kind (Vgl. *Perruche*: 'Attendu, cependant, que dès lors que les fautes commises par le médecin et le laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec Mme X avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues'). Daarenboven zou een *diritto a non nascere* (een recht om niet geboren te worden), een recht zonder houder zijn: art. 1 *Codice Civile* voorziet slechts rechtscapaciteit vanaf het moment van geboorte, terwijl na geboorte dit recht verdwijnt. Evenzeer bestaat geen *diritto a non nascere se non sano* (recht om niet geboren te worden indien niet gezond) daar dit principes van eugenetica en prenatale euthanasie onderschrijft die onverenigbaar zijn met art. 2 Constitutie (principe van solidariteit) en art. 5 *Codice Civile* (onvervreemdbaarheid van het lichaam).

54 BGH 18 januari 1983, JZ 1983, 447.

55 Cass. 22 november 1993 (nr. 11503), *Giur. It.*, 1995, I, 1, c. 550. Zie tevens Trib. Genova 3 januari 1996, *Danno e resp.* 1997, 94.

56 Rb. Brussel 7 juni 2002, *T.B.B.R.* 2002, 483.

expliciet (doch zonder bronvermelding) aangesloten bij de Franse rechtspraak.⁵⁷ In de tweede uitspraak (2004)⁵⁸ werd *Perruche* expliciet genoemd,⁵⁹ doch meer dan een terloopse verwijzing hield dit niet in. Wel werd uitvoerig gerefereerd aan de Franse doctrine die zich rond het *wrongful life* vraagstuk, en *Perruche* in het bijzonder, ontwikkeld had. De tekst van het vonnis wijst op een goede kennis van deze doctrine die ongetwijfeld een rol speelde in de besluitvorming van de enige in deze zaak zetelende rechter. De Franse referenties doorweven de gehele argumentatie en worden niet onderscheiden van Belgische bronnen. Geheel bijzonder is dit echter niet: Belgische jurisprudentie blikte wel eens meer naar deze romaanse buur wiens rechtssysteem het geërfd heeft. Net zoals in Frankrijk werd de claim trouwens toegewezen.⁶⁰ Of het *Perruche* arrest zelf hierin een noemenswaardige rol heeft gespeeld is twijfelachtig of op zijn minst onzeker, doch invloed van de Franse doctrine staat buiten kijf.

Rest nog de beslissing van de Hoge Raad in de zaak *Kelly* (2005).⁶¹ Ook hier zijn rechtsvergelijkende annotaties waar te nemen, namelijk in het advies van A-G Hartkamp hetwelk overladen is met extensieve referenties aan Amerikaanse, Belgische, Britse, Duitse, Franse en zelfs Israëlische rechtspraak.⁶² Voor zover waarneembaar hebben deze echter geen rechtstreekse impact gehad

57 'Le tribunal se ralliera à cet égard à la tendance dégagée par la jurisprudence française selon laquelle "... l'enfant né handicapé peut demander la réparation du préjudice résultant de son handicap si ce dernier est en relation de causalité directe avec les fautes commises par le médecin dans l'exécution du contrat formé avec sa mère et qui ont empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse ;'"

58 Rb. Brussel 21 april 2004 [foutief afgedrukt als 2001], *T.B.B.R.* 2006, 108.

59 Er werd trouwens ook kort gerefereerd aan *McKay* en Hof 's-Gravenhage 26 maart 2003, *Juristenkrant* 2003, liv. 69, 8 (=NJ 2003, 249).

60 Samengevat werd het kind geoordeeld geschaad te zijn in een recht dat voor hem het verlengde is of meer bepaald een onderdeel van het recht van de moeder, met wie hij onlosmakelijk een eenheid vormde ten tijde van zijn verwekking, om de zwangerschap te onderbreken onder de voorwaarden bepaald in art. 350 Strafwetboek. Op zijn minst verleent voornoemde wetsbepaling aan het te geboren worden kind het belang niet in een situatie terecht te komen waarin het met een zeer ernstige en ongeneeslijke handicap leven moet. Op dit belang kan het kind zich, eens geboren, beroepen tot herstel van de geleden schade. Juist door zwangerschapsafbreuk zonder tijdslimiet toe te laten in geval het kind dat geboren zou worden lijden zou aan een uiterst zware en ongeneselijke kwaal heeft de wetgever zelf erkend dat afwezigheid van leven in zekere gevallen de voorkeur geniet boven een ernstig aangetast leven evenals dat het enkele feit te leven de aan een handicap gelieerde schade niet uitwist. Het feit dat de schadevergoeding niet mogelijk maakt dat het kind teruggeplaatst wordt in de staat van niet bestaan is niet relevant aangezien schadevergoeding niet altijd en noodzakelijk tot functie heeft het slachtoffer terug te plaatsen in de staat die de zijne was voor de fout, doch zich soms beperkt tot het verzachten van de gevolgen van de uit de fout voortvloeiende nadelige toestand.

61 HR 18 maart 2005 (*Kelly*), *RvdW* 2005, 42.

62 Nr. 23-32.

op de beslissing van de Hoge Raad of zelfs de conclusie van Hartkamp.⁶³ Wel lijkt de toegevoegde waarde van dit verkennend onderzoek erin bestaan te hebben de kritische punten van dergelijke vordering tijdig te onderkennen en de afgeleverde motivering hierop in voldoende mate toe te spitsen.⁶⁴

Aldus de genealogie van de *wrongful life* vordering, tak Europa. Er zijn duidelijke sporen van rechtsvergelijking waarneembaar, zowel impliciet als expliciet, formeel als substantieel. Legt men over dit patroon het diafragma van grondrechten, dan wordt het beeld verhelderend. Onder deze uitspraken hebben immers slechts twee een daadwerkelijk *Drittwirkung*-karakter, namelijk de Portugese en de Italiaanse.⁶⁵ Het zijn echter deze laatste die (relatief gezien) juist ondermaats scoren op het vlak van rechtsvergelijking. Zelfs wanneer men de terminologische fout⁶⁶ begaat ook ongedefinieerde polemieken aangaande menselijke waardigheid onder de noemer horizontale werking te scharen wijzigt het beeld niet manifest. Weliswaar duikt hierbij de bijzondere equivalentie tussen de Duitse en Oostenrijkse rechtspraak op (waar menselijke waardigheid, onder meer in herinnering aan de eugenetica-praktijken uit de jaren dertig, indirect benaderd wordt via het credo dat de waardeschatting van een individueel menselijk leven *in se* nimmer en zeker niet in algemene termen aan derden behoort toe te komen),⁶⁷ doch in perspectief geplaatst naast de

63 Integendeel valt op dat de traditionele struikelblokken in strikte verwijzing naar het Nederlandse positieve recht opgelost worden (zie bijvoorbeeld het reguliere argument van onmogelijkheid tot schadeberekening hetwelk gepareerd wordt met verwijzing naar 6:97 BW (nr. 4.15) of het debat m.b.t. de aansprakelijkheidsgrond zelf (7:453 *jo.* 6:162 BW, nr. 4.13)). Indicatief is evenzeer de commentaar van het Hof van 's-Gravenhage (26 maart 2003, *NJ* 2003, 249) in deze zaak met betrekking tot de verscheidene rechtsvergelijkende argumenten aangedragen door de procespartijen (zie nrs. 16, 34 & 38): '[w]at daarvan zij, dit hof is van oordeel dat er naar Nederlands recht [...] thans geen doorslaggevende argumenten bestaan om dergelijke claims geheel te willen belemmeren' (nr. 38).

64 Het lijkt hierbij niet onlogisch in analogie te verwijzen naar het advies van A-G Vranken in HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 betreffende de aan *wrongful life* nauw verwante *wrongful birth* vordering. Ook hierin werd uitgebreid gerefereerd aan buitenlandse (nl. Belgische, Duitse, Engelse, Franse, Zwitserse en Zuid-Afrikaanse) rechtsbronnen (nrs. 11-23). Omtrent de waarde van deze referenties was Vranken behoorlijk duidelijk: '[h]et lijkt goed hieraan in deze conclusie aandacht te besteden, niet om de daar gevonden oplossingen over te nemen – het aansprakelijkheidsrecht in de genoemde landen is op onderdelen soms wezenlijk verschillend-, maar om mij te scherpen aan de argumenten die gewisseld zijn' (nr. 11). In de uitspraak van de Hoge Raad is dan ook niet echt een invloed naspeurbaar (noteer anderzijds evenwel dat Brunner een link waarnam tussen de redenering van de Hoge Raad en die van het *Bundesgerichtshof* (Brunner 1999, nr. 2.b)).

65 Het Portugese hanteert art. 24 (1) Grondwet teneinde superieure waarde van het menselijk leven te benadrukken; het Italiaanse art. 2 Grondwet (zie voetnoot 53).

66 Zie § 3.1.1.

67 Zie *supra* voetnoot 42, en specifiek wat het eugenetica-argument betreft de uitspraak van het BGH r.o. B.II.2.a: 'Allgemein erlaubt gerade die durch die Erfahrung mit der nationalsozialistischen Unrechtsherrschaft beeinflusste Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland aus gutem Grund kein rechtlich relevantes Urteil über den Lebenswert fremden Lebens'. Vgl. in deze bijvoorbeeld ook de, in referentie aan latere Bundesverfassungsrechtspraak (zie o.a. BVerfG 22 oktober 1997, *NJW* 1998, 523 alwaar gesteld wordt dat strijdig

Frans-Belgische interactie, in welke uitspraken het bezwaar tegen de *wrongful life* vordering op basis van menselijke waardigheid niet⁶⁸ of slechts summier en overigens terecht⁶⁹ met weinig genegenheid behandeld wordt ('qu'en

zou zijn met art. 1 GG het bestaan van een kind als schade te beschouwen), Duitse meerderheidspositie summerende notitie van Klose alsdat, onafhankelijk van andere meer technisch juridische bezwaren, 'verbietet es die jedem Menschen innewohnende Menschenwürde, aus der Nichtverhinderung der Geburt, und sei es auch "nur" für ein kurzes und schmerzgeprägtes Leben, einen ersatzfähigen Schaden abzuleiten [...] Objektive, rechtlichfassbare Maßstäbe für die Definition eines lebenswerten Lebens gibt es nicht und darf es auch nicht geben [...]'. (Klose 2002, p. 188).

- 68 Cass. ass. plén. 17 november 2000, *J.C.P.* 2000.II.10438. Wel wordt het argument opgeworpen in het naar eindresultaat gevolgde rapport van P. Sargos, nr. 18, 41-50 (eveneens gepubliceerd te *J.C.P.* 2000. II. 10438), doch zonder hierin werkelijk obstructie te bespeuren. Hoewel een veelvoud aan Franse auteurs aangedragen en geciteerd wordt waar waarschuwingen voor eugenetica de toon bepalen, de ethische spanning onderkend wordt in het gegeven schadevergoeding te eisen voor een feit dat uiteindelijk tot de eigen geboorte geleid heeft en Sargos concludeert dat 'l'Assemblée plénière pourrait s'arrêter à cette position et rejeter le pourvoi', is het uiteindelijke oordeel als zou de *wrongful life* vordering met de menselijke waardigheid strijdig zijn, ontkennend. Het eugenetische argument wordt bestempeld als puur demagogisch en kwetsend, dergelijke praktijk immers een collectieve noodzakelijk criminele dimensie vooropstellend, waar bij de *wrongful life* actie daarentegen juist de gefnuikte uitoefening van een – gezien de abortuswet van 17 januari 1975 – legitieme en uiterst eenzame ('solitude épouvantable') keuzevrijheid van de vrouw centraal staat. Samengevat komt het eugenetische argument dan neer op een verholde doch directe ontkenning van een bij wet veroorloofde keuzevrijheid *ergo* een verwensing van dit principe zelf en niet zoals behoort een argument binnen de grenzen daarvan ('dire qu'en acceptant d'indemniser l'enfant de son préjudice la Cour de cassation encouragerait l'eugénisme ressort de l'imprécation – pour rester courtois – et non de la discussion'). Van de legitimiteit van deze keuzevrijheid uitgaand, gekoppeld aan het evenzeer onbetwiste grondprincipe van aansprakelijkheidsrecht, nl de verplichting de door fout aan een ander veroorzaakte schade te herstellen, kan de actie in feite dan ook vanuit oogpunt der menselijke waardigheid niet aan twijfel worden onderworpen, immers 'considérer le handicap supporté par l'enfant comme inhérent à sa personne pour en déduire une non-réparation n'est-ce pas nier l'atteinte au potentiel humain qui résulte du handicap et nier par là même son préjudice?'. In ieder geval is het zo, aldus Sargos, dat uitsluitend de *wrongful birth* vordering erkennen een interne contradictie uitmaken zou als vinden beide hun schade in dezelfde fout en ook '[e]n indemnisant les parents, on accepte nécessairement l'idée de faire abstraction de la vie qui, sans la faute commise, n'aurait pas existé'. Dat aldus de schadevergoeding zou toegekend worden met de suggestie dat sommige levens niet waard zijn te worden geleefd, een argument getypeerd als eerder ontsproten uit verbeelding dan rede, wordt, ietwat stromanachtig, door *conseiller* Sargos afgestreden met de *locus classicus* dat juist de schadevergoeding werkelijk de persoonlijke ontplooiing mogelijk maakt en aldus meer aan de menselijke waardigheid recht doet ('Où est le véritable respect de la personne humaine et de la vie: dans le refus abstrait de toute indemnisation, ou au contraire dans son admission qui permettra à l'enfant de vivre, au moins matériellement, dans des conditions plus conformes à la dignité humaine sans être abandonné aux aléas d'aides familiales, privées ou publiques?').

- 69 Zie in deze zin bijvoorbeeld ook Fordham 2005, p. 402 ('arguably outdated notion that the right to life is something which must be protected at all costs', resultante van 'old religious and moral norms' die aan de contemporaine visie – getuige daarvan o.a. het recht op euthanasie of vruchtafdriving – niet meer conformeren); Hermann & Kern *n.a., n.f.* ('human dignity may better be relied on to sustain the claim of the disabled, than to oppose it').

autorisant l'avortement sans limite de temps, en cas d'affection d'une particulière gravité et incurable, le législateur [...] a lui-même accepté l'idée que l'absence de vie peut, dans certains cas, être préférable à une vie gravement altérée'),⁷⁰ lijkt de invloed meer terug te buigen op het bestaan van juridische familiebanden dan op de gehanteerde ethische concepten. Neem daarbij tevens de *Kelly* uitspraak in rekening, waarbij de desbetreffende overwegingen duidelijk geen rechtsvergelijkende impact dragen, en de gehele suggestie m.b.t. convergerend vermogen van het leerstuk der horizontale werking schijnt ook wat betreft een traditioneel wingewest zoals *wrongful life* afgeschreven te kunnen worden.

7.1.3 Conclusie

Samengevat lijkt rechtsvergelijking binnen *Drittwirkung*-rechtspraak geen hoge toppen te scheren. De comparatieve actie is beperkt en weinig gerelateerd aan het 'horizontale' karakter zelf; de aanwending van grondrechten schijnt geen waarneembare rol te spelen die tot rechtsvergelijking zou aansporen of deze zou vergemakkelijken.

Wat specifiek de Nederlandse rechtspraak betreft kan aangestipt worden dat deze geen slecht figuur slaat: een zekere bereidheid tot rechtsvergelijking is alvast aanwezig. Wel zijn de exercities vaak formeel van natuur,⁷¹ of maken ze, wanneer ze van een meer substantiële aard zijn, een toevoeging ten overvloede (of een interessant 'fait divers') uit naast voldoende bronnen van Nederlandse origine.⁷² Een enkele, doch belangrijke uitzondering bestaat in

70 Rb. Brussel 21 april 2004 [foutief afgedrukt als 2001], *T.B.B.R.* 2006, 108.

71 HR 10 december 1982 (Binderen/Kaya), *NJ* 1983, 687, advies A-G Ten Kate (Een enkele (formele) referentie aan een Amerikaanse uitspraak (zonder nadere toelichting en geplaatst tussen andere referenties)); HR 30 oktober 1987, *NJ* 1988, 277 (Referentie (onmiskenbaar deels op instigatie van een der procespartijen) aan Belgische en Duitse doctrine en Franse rechtspraak (m.b.t. de notie 'portret') doch zonder enig manifest effect. Noteer tevens dat een voorbehoud bij de horizontale aard van deze uitspraak dient gemaakt te worden: enkel de A-G verwijst naar grondrechten); HR 4 maart 1988, *NJ* 1989, 361, advies A-G Franx, nr. 70 (Referentie (onmiskenbaar deels op instigatie van een der procespartijen) aan een Frans, een Duits en een Amerikaans werk maar zonder implicatie); HR 18 juni 1993 (Aids-test), *NJ* 1994, 347, advies A-G Koopmans, nr. 9 (Een enkele verwijzing naar een Duits werk te midden van Nederlandse bronnen terzake de botsing van grondrechten *in abstracto*); HR 21 oktober 1994 (Rails), *NJ* 1996, 346, advies A-G Koopmans, nr. 5 & 6 (Eenvoudige referentie aan Amerikaanse jurisprudentie respectievelijk een Belgisch werk).

72 HR 27 januari 1984, *NJ* 1984, 803 (*stricto sensu* geen horizontaal effect zaak, doch vaak aldus bestempeld), advies A-G Franx, nr. 7.1 (Verwijzing, in een litigatie m.b.t. beledigende uitlatingen in een TV-uitzending, naar BVerfG 14 februari 1973, *BVerfGE* 34, 269 tot legitimatie van de parameter dat het feit dat de beschuldigde de indruk had gegeven als een onpartijdige instantie op te treden in diens nadeel uitwerken kan. Echter, deze parameter kon ook uit Nederlandse rechtspraak afgeleid worden en werd bijvoorbeeld reeds gehanteerd in de uitspraak die *in casu* juist voor de Hoge Raad aangevochten werd); HR 16

de erkenning van een algemeen persoonlijkheidsrecht in het *Valkenhorst*-arrest:⁷³ deze stap werd overduidelijk door een uitspraak van het *Bundesverfassungsgericht* geïnspireerd.⁷⁴

7.2 SUPRANATIONALE REFERENTIE

Het ontginningsgebied voor supranationale referenties (i.e. naar EHRM-rechtspraak) blijft tot op heden beperkt. In praktijk gaat het hier slechts om Nederland en Engeland die op basis van reeds voornoemde motieven⁷⁵ in *Dritt-wirkung* rechtspraak bij uitstek EVRM-rechten hanteren,⁷⁶ zich hiermee afzet-

oktober 1987, NJ 1988, 850 (Zakelijk telefoongesprek tussen twee managers werd opgenomen en ten processe afgespeeld. Discussie m.b.t. de bewijskracht en legitimiteit in relatie tot het recht op privacy. A-G Asser refereerde (nr. 4.10) aan BGH 24 november 1981, NJW 1982, 277 'Die Zulässigkeitsgrenze für die Verwertung einer von dem Gesprächspartner Heimlich aufgenommenen Tonbandaufnahme als Beweismittel im Zivilprozess lässt sich nicht generell, sondern nur für den jeweiligen konkreten Streitfall abstecken'. Dergelijke conclusie kon echter evenzeer uit de in dit advies reeds geciteerde Nederlandse bronnen onttrokken worden. (Zie tevens nr. 5.13: korte referentie aan en verwerping van BGH 20 mei 1958, BGHZ 27, 284 waarnaar door een der advocaten verwezen was)); HR 21 januari 1994 (Ferdie E.), NJ 1994, 473, advies A-G Vranken, nr. 20 (Conceptie principes horizontale werking is gelijkaardig in Duitsland; zie daarenboven nr. 27-28 m.b.t. tot het recht op de eigen afbeelding versus vrijheid van meningsuiting waarbij evenzeer naar Duits recht gekeken wordt). Zie tevens voetnoten 61 & 64.

73 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608.

74 In het advies van A-G Koopmans (nr. 18) heet het: 'Een belangwekkende redenering is te vinden in een arrest van het Duitse Bundesverfassungsgericht uit 1989 (NJW 1989 p. 891), waarin het recht van het kind op kennis van de eigen afstamming wordt afgeleid uit door het Grundgesetz beschermde waarden, nl. het recht op vrije ontplooiing van de persoonlijkheid in combinatie met de menselijke waardigheid (resp. art. 2 lid 1 en art. 1 lid 1). Deze beide grondrechten waarborgen ieder individu, aldus het gerecht, "einen autonomen Bereich privater Lebensgestaltung, in dem er seine Individualität entwickeln und wahren kann"'. Zie § 3.3.2.2.

75 Zie § 3.3.2.2.

76 Ondergeschikt kan tevens naar de Belgische rechtspraak worden verwezen. Zie daarin onder meer Rb. Brussel 6 november 1996, *Journ. Proc.* 1996, nr. 316, 26 (m.b.t. 'voorzien bij wet' art. 10 (2) EVRM); Rb. Antwerpen 21 december 2000, *R.W.* 2000-01, 1460 ('Een beperking van de vrijheid van meningsuiting in het raam van art. 10.2 EVRM kan mede beoordeeld worden in het licht van art. 8 EVRM (ECRM 20 februari 1995, *Neves t/ Portugal*, appl. 20683/92, onuitg.)'); Voorz. Rb. Brussel (kg.) 24 oktober 2001, *A&M* 2002, 177 (referentie op instigatie procespartij aan *Bergens Tidende v. Noorwegen*, waaraan echter weinig ontleend wordt 'Il ne semble pourtant pas que la conclusion de la Cour dans l'espèce citée puisse purement et simplement être transposée à la présente action'); Hof Brussel 21 december 2001, *A&M* 2002, 180 ('La vérification du caractère "nécessaire dans une société démocratique" de l'ingérence litigieuse impose de rechercher si celle-ci correspond à un "besoin social impérieux" si elle est proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs fournis pour la justifier sont pertinents et suffisants (arrêt C.E.D.H. *Bergens Tidene c. Norvège* 2 mai 2000, considérant no. 48)'); Arbrb. Nijvel 8 februari 2002, *J.T.T.* 2002, 181 (eerder formele aspecten); Rb. Antwerpen 23 juni 2005, *A&M* 2005, 455 ('Het Europese Hof heeft aangaande deze problematiek nogmaals gesteld dat de vrijheid van expressie en informatie in een

tend tegen de overgrote meerderheid der overige Europese landen die de voorkeur aan de eigen grondrechtencatalogus geven.⁷⁷ Landen als Zweden, waar de eigen 'grondwet' slechts een beperkt perspectief inzake horizontale werking biedt,⁷⁸ en Frankrijk, waar recentelijk EVRM-rechten in toenemende mate naast de nationale grondrechten geciteerd worden,⁷⁹ mogen dan een zekere belofte aangaande inhouden, doch deze blijft voorlopig ongematerialiseerd.

7.2.1 Nederland

Vanuit een louter formeel oogpunt is binnen Nederlandse horizontale rechtspraak onmiskenbaar een overvloed aan EHRM referenties naspeurbaar.⁸⁰ Het is niettemin moeilijk de graad van substantiële invloed hierin vast te stellen. Uitspraken waarin expliciet effect van Straatsburgse rechtspraak op de geno-

democratische samenleving, waarbinnen er ook ruimte moet zijn voor inlichtingen en denkbeelden die kwetsend, aanstootgevend of rustversturend kunnen zijn, voortvloeit uit de vereisten voor pluralisme, tolerantie en openheid van geest zonder dewelke er geen democratische samenleving mogelijk is"); Rb. Brussel 28 oktober 2005, *A&M* 2006, 99 (louter truïsmen: dat grondrechten essentieel zijn aan een democratische maatschappij, dat de inperking van grondrechten proportioneel aan het beoogde doel dient te zijn, dat onderscheid gemaakt dient te worden tussen feiten en waardeoordelen *etc.*); evenals Rb. Nijvel 12 maart 2002, *A&M* 2003, 77; Rb. Brussel 25 maart 2003, *A&M* 2004, 73 en Hof Gent 6 juni 2005, *A&M* 2005, 444 (m.b.t. het *watchdog*-principe, het feit dat meningsuiting ook schokkende informatie dekt en een zekere mate van overdrijving toegestaan is).

77 Zie bijvoorbeeld wel Duitsland: AG Kamen 13 april 1995, *FamRZ* 1995, 1077 & AG Kamen 4 augustus 1995, *NJW-RR* 1996, 199 (zie hoofdstuk 3, voetnoot 251). Spanje: T.S. 29 april 2003 (nr. 431/2003) (zie hoofdstuk 4, voetnoot 65) (Referentie aan López Ostra v. Spanje. Het T.S. benadrukt weliswaar dat de voorliggende litigatie niet identiek is, maar de techniek van het EHRM (inschakeling van privacy binnen het kader van hinder) wordt door het T.S. duidelijk nagevolgd (in dergelijke zin wordt overigens ook gerefereerd aan Hatton v. VK) (zie FD 5 & 11); zie tevens Krisch 2008, p. 190 m.b.t. een andere uitspraak van dit casustype (T.C. 24 mei 2001 (nr. 119/2001)). Oostenrijk: OGH 27 mei 1998 (6 Ob 93/98i), *MR* 1998, 269 (enkele EHRM-uitspraak om aan te geven dat kritiek toelaatbaar kan zijn ook wanneer ze de eer van anderen aantast). Portugal: T.C. 26 november 2002 (nr. 491/02), *DR*, II, 22 januari 2003 verwijzende naar beslissing Europese Commissie.

78 Zie Cameron 1997.

79 Zie § 3.3.2.2.

80 Verwijzingen naar andere inter- hetzij supranationale gerechtshoven zijn zeldzaam. Een enkel voorbeeld is te vinden in Arr.-Rb. Rotterdam 8 januari 1979/ 16 december 1983, *NJ* 1979, 113/ *NJ* 1984, 341 (zie hoofdstuk 4, voetnoot 64) met referenties aan een beslissing van het Permanente Hof van Internationale Justitie uit 1929 en aan internationale staatsrechtelijke arbitrage. Noteer echter dat dit gebruik in hoger beroep werd veroordeeld (Hof 's-Gravenhage 10 september 1986, verhaald in HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 ('5.3 Het hof acht het onjuist de door de Rb. gehanteerde regels van ongeschreven volkenrecht, die geen rechtstreekse werking hebben doch zich uitsluitend tot staten als rechtssubjecten richten, toe te passen in een geschil tussen private personen als hier aan de orde is. Het hof zal mitsdien het geschil tussen pp. uitsluitend aan de hand van intern Nederlands recht beoordelen')).

men beslissing wordt onderkend zijn alvast schaars. Dit is voornamelijk toe te rekenen aan het feit dat voornoemde referenties doorgaans exclusief te vinden zijn in de adviezen van de Procureur- of Advocaat-Generaal voor de Hoge Raad, doch niet in deze uitspraken zelf. Expliciete referenties in de beslissingen van de Hoge Raad zijn dan ook weinig talrijk, terwijl lagere rechtsmacht (wegens evidente redenen) weinig geneigd zal zijn een excursie buiten het kader van strikt nationaal recht te maken wanneer dit niet volkomen noodzakelijk is.⁸¹

De expliciete referenties getuigen daarenboven overwegend van een teleurstellend formele natuur: hoewel EHRM rechtspraak wordt aangehaald en soms zelfs woordelijk wordt geciteerd, functioneert deze niet als leidraad doch bestaat de bijdrage er slechts in te onderstrepen dat het EHRM van een gelijkaardige overtuiging is als de oordelende instantie *etc.*⁸² Daarenboven dient verdisconteerd te worden dat dergelijke aanhalingen vaak voortvloeien uit de verschijning ervan in de voorgebrachte pleidooien en processtukken,⁸³ wat impliceert dat de verwijzing ook niet steeds relevant is. Integendeel zelfs, een zorgvuldig uitgewerkte jurisprudentiële referentie heeft vaak slechts tot doel de gesuggereerde EHRM rechtspraak te onderscheiden van de hangende litigatie.⁸⁴ Nochtans, hoe contradictorisch dit ook toeschijnen mag, hebben sommige van deze irrelevante referenties occasioneel de hoven aangezet tot een

81 Met uitzondering van Arr.-Rb. Breda 3 juni 1986, *NJ* 1987, 262; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450, *RvdW* 1989, 253; HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628; Ktr. Enschede 23 december 1991, *NJ* 1992, 537; HR 15 april 1994 (Braziliaans meisje), *NJ* 1994, 576 (nr. 3.3); HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608 (zie tevens Arr.-Rb. 5 maart 1991, *NJ* 1991, 370); Hof 's-Gravenhage 24 maart 1995, *NJ* 1995, 476; Hof Amsterdam 13 april 1995, *NJ* 1996, 240; HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 419; Hof 's-Gravenhage 13 september 1996, *NJ* 1997, 96; HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361; HR 10 augustus 2001, *RvdW* 2001, 140, *NJ* 2002, 278; HR 2 mei 2003, *NJ* 2004, 80; Gem. Hof Nederlandse Antillen en Aruba 27 juni 2003, *NJ* 2004, 124; Hof 's-Gravenhage 4 september 2003, *NJ* 2003, 664; Hof Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004, nr. 35. Zie tevens HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 97.

82 Typerend is dan ook de eerder vrijblijvende manier van verwijzen, gekenmerkt door terminologie als 'vergelijk', 'in gelijkaardige zin' *etc.* (zie bijvoorbeeld HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608 'vergelijk [...]'; HR 18 juni 1993 (Aidstest), *NJ* 1994, 347, advies A-G Koopmans, nr. 14 'deze opvatting spoort met [...]').

83 Zie de verwijzingen in voetnoot 84. Uiteraard geldt deze opmerking evenzeer terzake de adviezen van de A-G of P-G (zie in dit opzicht bijvoorbeeld HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850, advies A-G Asser nr. 5.15; HR 27 mei 1994, *NJ* 1994, 610, advies A-G Asser nr. 2.7-2.12).

84 Zie bijvoorbeeld HR 10 augustus 2001, *NJ* 2002, 278 (zie hoofdstekst); HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 491 (Een vader wiens kinderen bij een pleeggezin ondergebracht waren, verzocht inzage in het contactjournaal van de maatschappelijk werker die deze kinderen begeleidde en verwees hierbij naar EHRM 24 februari 1995 (McMichael), *NJ* 1995, 594. De HR beoordeelde deze referentie als irrelevant daar, in tegenstelling tot de McMichael zaak, het litigieuze document hier niet van essentieel procedureel belang was); Hof Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004, nr. 35 (zie hoofdstekst). Zie tevens Arr.-Rb. 5 maart 1991, *NJ* 1991, 370 (Technisch gezien niet teneinde te differentiëren, doch slechts met tot doel te duiden dat de EHRM rechtspraak terzake geen oplossing verschafte daar ze ruimte liet voor casuïstische belangenafweging); Hof 's-Gravenhage 24 maart 1995, *NJ* 1995, 476.

exploratie van de meer toepasselijke uitspraken van Europees niveau. Sommige van de meest extensieve overwegingen terzake werden aldus gegenereerd.

De uitspraak van de Hoge Raad van 10 august 2001 is behoorlijk illustratief.⁸⁵ *In casu* had een moeder alimentatie geëist van haar voormalige vrouwelijke partner voor het kind dat zij gezamenlijk hadden besloten te verkrijgen en op te voeden. Ze beriep zich op art. 8 EVRM en verwees in deze context naar een EHRM beslissing van 22 april 1997.⁸⁶ De Hoge Raad differentieerde laatstgenoemde uitspraak van het voorliggende feitenpatroon en zocht daarenboven toevlucht tot andere bronnen teneinde het eigen standpunt kracht bij te zetten. Meer bepaald proclameerde de Hoge Raad dat:⁸⁷

[...] de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens steeds het standpunt heeft ingenomen dat 'despite the evolution of attitudes towards homosexuality, a stable homosexual relationship between two women does not fall within the scope of the right to respect for family life ensured by Article 8 of the Convention' (zie o.m. ECRM 19 mei 1992, zaak 15 666/89, *Nemesis* Rechtspraak 1992, nr. 6, blz. 21, welke uitspraak de Commissie op 15 mei 1996, DR 85 in dezelfde bewoordingen nog eens heeft herhaald voor 'a stable homosexual relationship between two men'); 3) dat de ECRM in voormelde beslissing van 19 mei 1992 tevens heeft geoordeeld 'that the (...) positive obligations of a State under Article 8 do not go so far as to require that a woman (...) living together with the mother of a child and the child itself, should be entitled to get parental rights over the child.'; 4) dat het EHRM tot nu toe zich niet heeft uitgelaten over de vraag of in een geval als hier aan de orde sprake is van 'family life' van de moeder, haar vrouwelijke partner en het kind.

Illustratief is evenzeer het arrest van het Hof van Amsterdam *de dato* 5 augustus 2004, waarin de rechtmatigheid van een dwangsom, opgelegd aan een tijdschrift opdat de identiteit onthuld worden zou van een fotograaf die op een naaktstrand de eiseres gefotografeerd had, aangevochten werd.⁸⁸ Het tijdschrift argumenteerde dat dergelijke verordening niet strookte met art. 10 EVRM en refereerde in dit opzicht aan het arrest *Goodwin*.⁸⁹ Het Hof pareerde deze opwerping door erop te attenderen dat *Goodwin* in essentie de bescherming van de pers *in haar functie als watchdog* proclameerde, een functie waarvan in onderhavig geval geen sprake zijn kon. Op haar beurt bracht het Hof echter zelf het (voor de pers weinig flatterende) *Von Hannover* arrest⁹⁰ in stelling,

85 HR 10 augustus 2001, NJ 2002, 278.

86 ECHR Reports 1997-II/35, 619.

87 Overweging 3.7.2.

88 Hof Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004, nr. 35, (kritische) noot G.A.I. Schuijt.

89 EHRM 27 maart 1996 (*Goodwin*), NJ 1996, 577.

90 EHRM 24 juni 2004 (*Von Hannover*), NJ 2005, 22.

citeerde er uitgebreid uit⁹¹ en hanteerde het als richtlijn bij de besluitvorming.⁹²

Voornamelijk deze laatste uitspraak illustreert dat EHRM-rechtspraak niet van invloed op de Nederlandse horizontale rechtspraak gespeend is. Zoals reeds gesteld zijn zulke expliciete beschouwingen betreffende EHRM rechtspraak echter eerder zeldzaam en frequent oppervlakkig. Hiermee is evenwel niet gezegd dat de Straatsburgse rechtspraak amper sporen nagelaten heeft. Zoals aangehaald zijn in dit opzicht immers van cruciaal belang de gerelateerde beschouwingen in de adviezen voor de Hoge Raad. Vaak bevatten deze immers referenties naar EHRM-rechtspraak en hun impact op de uiteindelijke beslissing van de Hoge Raad is bekend. De daadwerkelijke invloed die deze aanbevelingen in een individuele zaak (of zelfs een cluster van zaken) hebben, is echter bijzonder moeilijk te determineren.⁹³ Daarenboven verschilt ook de aard van de referenties in deze adviezen: eigenlijk is het zelfs precair vast te stellen of het vergelijkend materiaal aangewend wordt als methode tot rechtsvinding⁹⁴ of slechts tot legitimatie van de geadviseerde beslissing.⁹⁵ Trouwens, ook in relatie tot deze laatste toepassing kan de referentie onderscheiden functies uitoefenen: louter formele referentie,⁹⁶ als argument om een zekere parameter

91 'The Court considers that a fundamental distinction needs to be made between reporting facts [...] capable of contributing to a debate in a democratic society relating to politicians in the exercise of their functions [...] and reporting details of the private life of an individual who, moreover, as in this case, does not exercise official functions. While in the former case the press exercises its vital role of 'watchdog' in a democracy [...] it does not so in the latter case. [...] As in other similar cases it has examined, the Court considers that the publication of the photos and articles in question, of which the sole purpose was to satisfy the curiosity of a particular readership regarding the details of the applicant's private life, cannot be deemed to contribute to any debate of general interest to society despite the applicant being known to the public. [...]'

92 'Vaststaat dat de foto's niet zijn gepubliceerd in het kader van een "debate of general interest" [...] aangezien het recht tot bronbescherming naar het voorlopig oordeel van het hof niet los kan worden gezien van het vervullen door de pers van de rol van "watchdog", waarvan in deze zaak geen sprake is, dient in beginsel het belang van Bloemen om te worden bekend gemaakt met de bron teneinde het opnieuw publiceren van de foto's te voorkomen zwaarder te wegen'.

93 Idem Van Erp 1995, p. 34.

94 Zie bijvoorbeeld HR 11 september 1996, NJ 1997, 176 betreffende de prijs van aandelen in een uitkoopprocedure. De Hoge Raad oordeelde dat, in strijd met de suggestie van eisers, art. 1 eerste protocol ECHR niet impliceert dat de verschuldigde aandelenprijs niet de daadwerkelijke prijs is doch deze die overeenkomstig een (theoretische) berekening het hoogste resultaat opleveren zou. Deze conclusie was duidelijk gebaseerd op het advies van A-G Mok die ter staving in essentie refereerde aan EHRM 21 februari 1986 (*James and Others*), Series A no. 98 (meer specifiek ro. 54) (nr. 4.2.4.5).

95 Cf. HR 6 januari 1995 (V.G./Parool), NJ 1995, 422, advies A-G Vranken, nr. 47 & 48.

96 Zie bijvoorbeeld HR 31 mei 2002, NJ 2003, 589, advies A-G Strikwerda nr. 24 ('Het recht op informationele privacy valt, eveneens als het recht op relationele privacy onder art. 8 EVRM. Zie EHRM 26 maart 1987, NJCM-Bulletin 1988, p. 148').

in de besluitvorming te incorporeren,⁹⁷ teneinde een EHRM beslissing te onderscheiden van de voorliggende zaak (ook hier kan de referentie voorliggen op aandrang van een der procespartijen),⁹⁸ *etc.* Evenwel is occasioneel ook reëel effect naspeurbaar.⁹⁹

Terzake kan onder meer verwezen worden naar een beslissing van de Hoge Raad *de dato* 4 juni 1982.¹⁰⁰ Deze zaak betrof de weigering van een vader toestemming te geven aan het voorgenomen huwelijk van zijn dochter zoals vereist bij toenmalig art. 1:36 BW.¹⁰¹ Meer specifiek was de vraag of een rechtbank plaatsvervangende toestemming geven kon wanneer de weigering van de ouder niet of onredelijk gegrond werd bevonden. De feitenrechter had een negatief antwoord gegeven door zichzelf hiertoe incapabel te verklaren. In zijn aanbeveling voor de Hoge Raad honoreerde de Procureur-Generaal Berger de beslissing van de feitenrechter als zijnde volkomen trouw aan de intentie van de wetgever, doch verdedigde niettemin het standpunt dat in het licht van gewijzigde juridische opvattingen deze visie niet meer houdbaar was. In deze context refereerde hij aan rechtspraak van de Hoge Raad zelf, die voordien reeds een hint in deze richting gegeven had, en meer uitgebreid aan een 'internationale rechtsontwikkeling' (lees: art. 12 EVRM¹⁰²). Het was in bijzonder deze tweede verwijzing die het meest aan de P-G appelleerde. Meer specifiek benadrukte hij dat een strike interpretatie van voornoemd art. 1:36 BW geenszins als een rechtmatige beperking beschouwd worden kon van het recht te huwen overeenkomstig art. 12 EVRM. Deze beperkingen kunnen immers nimmer van dergelijke aard zijn dat ze de essentie van het fundamenteel recht zelf bedreigen. Hierbij citeerde de P-G extensief uit een beslissing van de Europese Commissie *de dato* 13 oktober 1977 (en indirect uit de rechtspraak van het EHRM)¹⁰³ en betrok uit deze beslissing de eindconclusie dat een recht-

97 Zo bijvoorbeeld terzake de afgrenzing van vrije meningsuiting (o.a. HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361 (zie voetnoot 104)).

98 HR 16 oktober 1987, *NJ* 1988, 850, advies A-G Asser, nr. 5.15.

99 Zie tevens voetnoot 94.

100 HR 4 juni 1982, *NJ* 1983, 32.

101 Zie m.b.t. dit casustype § 4.3.

102 Art. 23 IVBPR werd initieel evenzeer genoemd, doch genegeerd ten voordele van art. 12 EVRM (zie terzake Alkema 1983a, nr. 2-4).

103 'Aan het vorenstaande zou ik een citaat willen toevoegen uit de beslissing van de Europese Commissie voor de rechten van de mens d.d. 13 okt. 1977 inzake Hamer tegen het Verenigd Koninkrijk (Yearbook of the European Convention on Human Rights – 1978 -blz. 334): "8. The Commission recalls the jurisprudence of the European Court of Human Rights in relation to the question of limitations on the right to education under Art. 2 of Protocol No. 1, and on the right of access to a court under Art. 6 (1). It recalls in particular that the Court held that a measure which regulates the exercise of a right must not injure the substance of the right itself (See *Belgian Linguistics* case, Judgment of 23 July 1968, Series A, No. 6, p. 32, para. 5; *Golder* case, Judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18, pp. 18-19, para. 38). It is true that in the present case there was no legal impediment on the applicant's marriage and that, in a sense, his ability to exercise his right was merely delayed. However this does not necessarily exclude the possibility of an injury to the substance of

bank in geval van onredelijke of ongegronde weigering toestemming geven kan *loco* de ouder. Een identieke denkwijze als voorgesteld door de P-G werd nadien gehanteerd in het arrest van de Hoge Raad.

Globaal beschouwd is substantiële invloed voornamelijk onderkenbaar in de demarcatie van de grenzen aan vrije meningsuiting¹⁰⁴ en de exacte interpretatie van de notie 'family life'.^{105/106} In het bijzonder in dit laatste veld

his right to marry. In this connection the Commission recalls that the Court also held in the Golder case that: "Hindrance in fact can contravene the Convention just like a legal impediment;" and that: "...hindering the effective exercise of a right may amount to a breach of that right, even if the hindrance is of a temporary character." (Golder case, sup. cit., para. 26)." Op grond van het vorenstaande meen ik te kunnen stellen, dat, indien in art. 36 lid 2 een absoluut vetorecht van de betrokken ouder besloten ligt, deze regeling van zodanige aard is dat daardoor het recht zelf om te huwen in zijn wezen wordt aangetast'. Zie betreffende het belang van deze referentie Alkema 1983a, nr. 3 en, secundair, A-G Leijten in conclusie bij HR 11 oktober 1985, *NJ* 1986, 54, te p. 206.

104 Zie bijvoorbeeld HR 21 oktober 1994 (Rails), *NJ* 1996, 346, advies A-G Koopmans, nrs. 5-6 (Referentie aan EHRM 24 mei 1988 (Müller), *NJ* 1991, 685 (expressie betreffende kunst of mode resorteert evenzeer onder vrije meningsuiting); EHRM 29 oktober 1992 (Open Deur), *NJ* 1993, 544 (Vrije meningsuiting behelst evenzeer informatie of ideeën die enige sector van de bevolking beledigen, choqueren of verontrusten); EHRM 25 maart 1985 (Barthold), *NJ* 1987, 900 (Pers als *public watchdog*); EHRM 26 april 1979 (Sunday Times), *NJ* 1980, 146 (Beperking enkel in geval van 'pressing social need')); HR 13 juni 1997, *NJ* 1998, 361 ('Daarbij heeft de president klaarblijkelijk tevens in aanmerking genomen dat, nu het in deze procedure gaat om reacties op openbare uitlatingen van een politieke partij, het door art. 10 EVRM beschermde belang van een open publieke discussie over politieke aangelegenheden meebrengt dat de grenzen van een aanvaardbare kritiek zowel ten aanzien van de inhoud als ten aanzien van de vorm ruim moeten worden gesteld (vgl. o.m. EHRM 23 mei 1991, Serie A nr. 204, *NJ* 1992, 456; zie in het bijzonder §§ 57-59). Aldus heeft de President – en, zich ermee verenigend, het Hof – een juiste maatstaf aangelegd'); Hof Amsterdam 5 augustus 2004, *Mediaforum* 2004, nr. 35, (kritische) noot G.A.I. Schuijt (zie *supra*, in het bijzonder voetnoot 92); HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 274 (relevantie voldoende feitelijke basis zelfs bij oordeel omtrent legitimiteit van een waardeoordeel ('vgl. onder meer EHRM 19 december 2006, nr. 18235/02' (r.o. 3.4.2)); belang *public watchdog* (r.o. 3.7) en ruime interpretatie van het begrip 'pers' hetwelk ook andere bronnen van publieke meningsuiting (*in casu* een op internet gepubliceerde open brief) dan enkel de georganiseerde en als zodanig erkende 'pers' kan insluiten (zonder specifieke referentie naartoe het EHRM in het arrest zelf, wel in conclusie A.-G. (nr. 8-9))); Rb. Amsterdam 21 februari 2008, *LJN*: BC4882 (*public watchdog*).

105 Arr.-Rb. Breda 3 juni 1986, *NJ* 1987, 262; HR 15 mei 1987, *NJ* 1988, 654, advies A-G Moltmaker (nr. 2 & 3.2); HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628; Ktr. Enschede 23 december 1991, *NJ* 1992, 537; HR 11 juni 1993, *NJ* 1993, 560, advies A-G Moltmaker, (*passim*); HR 25 februari 1994, *NJ* 1994, 438 (adoptie door stiefouder); HR 15 april 1994 (Braziliaans meisje), *NJ* 1994, 576 (nr. 3.3); HR 22 december 1995, *NJ* 1996, 419 (Conclusie dat het enkele feit van biologische verwantschap niet volstaat teneinde te besluiten tot het bestaan van 'family life' relatie expliciet gemaakt in het licht van EHRM 21 juni 1988 (Berrehab), *NJ* 1988, 746; EHRM 26 mei 1994 (Keegan), *NJ* 1995, 247 en EHRM 27 oktober 1994 (Kroon), *NJ* 1995, 248); Hof Amsterdam 13 april 1995, *NJ* 1996, 240 (Eénouderadoptie. Overeenkomstig de beslissing van de Europese Commissie Mensenrechten dd 10 maart 1981, *D&R* 24, p. 176 impliceert de notie 'family life' dat het recht een familie te stichten overeenkomstig art. 12 EVRM niet enkel natuurlijke doch evenzeer adoptief-kinderen behelst); HR 19 mei 2000, *NJ* 2000, 545, advies A-G Moltmaker (nr. 2.1.1); HR 29 maart 2002, *NJ* 2002, 269, advies A-G Molt-

is de invloed van Straatsburgse rechtspraak significant geweest, het maakte zelfs dat de Hoge Raad expliciet haar voorgaande¹⁰⁷ houding ten aanzien van omgangsrecht herriep.¹⁰⁸ Opmerkenswaardig was dat de invloed van de EHRM-rechtspraak niet van aard was de actieradius van het fundamenteel recht te verruimen, doch integendeel te beperken. Voorheen werd de relatie tussen een kind en zijn biologische vader automatisch aangemerkt als ressorterende onder de notie 'family life'. Echter, onder invloed van het EHRM arrest van 21 juni 1988,¹⁰⁹ oordeelde de Hoge Raad dat dit enkele element niet meer volstond.¹¹⁰

maker (nr. 2.1 *et seq.*). De meerderheid van deze zaken betreft het omgangsrecht tussen een (biologische) vader of ('sociale') grootouders met hun (klein)kind(eren). Daarbij wordt in het bijzonder verwezen naar het Marckx arrest en naar de arresten Berrehab, Keegan en Kroon (referenties *supra*).

106 Familierecht in het geheel schijnt het veld te zijn waarin de Straatsburgse rechtspraak het best vertegenwoordigd is. Zie (benevens de referenties in voetnoot 105) HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 450 ('Een wettelijke bepaling als de onderhavige, die het onder alle omstandigheden onmogelijk maakt dat een wettig kind door zijn vader wordt erkend zolang deze gehuwd is, sluit een concrete belangenafweging als vorenbedoeld uit en miskent het door het Europese Hof tot uitdrukking gebrachte evenredigheidsvereiste'); HR 15 april 1994 (Valkenhorst), *NJ* 1994, 608 (Verkrijgen informatie m.b.t. afstamming. Mogelijke invloed van het Gaskin arrest (EHRM 7 juli 1989, *NJ* 1991, 659) (zie tevens Arr.-Rb. Breda 5 maart 1991, *NJ* 1991, 370 en Hof 's-Hertogenbosch 18 september 1991, *NJ* 1991, 796)); Hof 's-Gravenhage 13 september 1996, *NJ* 1997, 96 (Vader had zekerenschap verkregen dat een kind binnen zijn huwelijk geboren niet door hem verwekt was. Termijn tot ontkenning van vaderschap was verlopen); HR 26 september 2003, *NJ* 2004, 97 (Uithuisplaatsing, belang van het kind primeert over belang ouders (referentie aan EHRM 27 april 2000 (K&T/Finland))). Zie tevens Gem. Hof Nederlandse Antillen en Aruba 27 juni 2003, *NJ* 2004, 124 (Natuurlijk kind begeerde zekerheid met betrekking tot de identiteit van haar biologische vader. De vermoede vader was evenwel overleden tijdens de rechtsgang. ('Blijkens de rechtspraak van het Europese Hof voor de rechten van de mens, kan een vaderschapsvaststelling in elk geval (bij ontbreken van "family life") worden gebaseerd op "private life" als bedoeld in artikel 8 EVRM. In de zaak Mikulic v. Croatia overwoog het Europese Hof onder meer (§ 53): "There appears, furthermore, to be no reason of principle why the notion of "private life" should be taken to exclude the determination of the legal relationship between a child born out of wedlock and her natural father"; en (§ 64): "In the Court's opinion, persons in the applicant's situation have a vital interest, protected by the convention, in receiving the information necessary to uncover the truth about an important aspect of their personal identity. On the other hand, it must be borne in mind that the protection of third persons may preclude their being compelled to make themselves available for medical testing of any kind, including DNA testing"). In mindere mate zie tevens HR 30 juni 2000, *NJ* 2001, 103, advies A-G Moltmaker, nr. 2.4.

107 Zie HR 22 februari 1985, *NJ* 1986, 3; HR 10 mei 1985, *NJ* 1986, 5; HR 15 juli 1985, *NJ* 1986, 6 en HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 627.

108 HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 628. Zie o.a. Martens 2000a, p. 754-755.

109 EHRM 21 juni 1988 (Berrehab), *NJ* 1988, 746.

110 Meer specifiek stelde de Hoge Raad betreffende de ontvankelijkheid van een eis tot vaststelling van een omgangsregeling dat het enkele feit dat een vader een kind heeft verwekt niet volstaat om aan te nemen dat tussen hen een als 'family life' aan te merken betrekking bestaat. De verhouding tussen de ouders komt hierbij in rekening: in geval van huwelijk of een relatie die in voldoende mate met die van een huwelijk op één lijn te stellen valt,

Ook minder radicale effecten zijn veelal te vinden in het familierecht.¹¹¹ Dit is geen toeval. Familierecht is immers het veld bij uitstek waar in 'horizontale' zaken de horizontale en verticale as regelmatig een neiging tot convergentie vertonen.¹¹² Zelfs in horizontale zaken zijn het frequent de aan verticaal effect gerelateerde aspecten in relatie tot dewelke referentie aan EHRM-rechtspraak wordt gemaakt.¹¹³ De EHRM invloed op deze horizontale zaken lijkt tot op zekere hoogte eenvoudigweg een proces van pure osmose. In het licht van deze conclusie lijkt het dan ook redelijk te veronderstellen dat de invloed van EHRM jurisprudentie op Nederlandse horizontale rechtspraak voorbij de grenzen van empirische evaluatie ligt. De aanzienlijke receptie van EHRM jurisprudentie in het Nederlandse rechtssysteem gecombineerd met het feit dat impliciet comparatieve rechtspraak geen onbekend gegeven is,¹¹⁴ maakt het goed mogelijk dat de Nederlandse horizontale rechtspraak volkomen doorweven is met onnaspeurbare elementen van Straatsburgse origine.

In conclusie, EHRM jurisprudentie heeft onmiskenbaar een invloed op de Nederlandse horizontale rechtspraak. Het scala van invloed is behoorlijk ruim, doch substantieel effect is voorzeker overtroffen door het aantal eerder formele

kan het bestaan van een 'family life' relatie verondersteld worden. Anders zijn bijkomende elementen vereist. Daarenboven kan deze relatie (tussen biologische vader en kind) voornoemde kwalificatie door latere gebeurtenissen verliezen. De Hoge Raad week hiermee af van het advies van A-G Ten Kate die geen herziening van toenmalige rechtspraak noodzakelijk achtte. De aard van de relatie was immers een element hetwelk, overeenkomstig de voorgaande rechtspraak van de Hoge Raad, in rekening diende te worden genomen enkel in de fase van feitelijke evaluatie doch niet in de overwegingen m.b.t. de toelaatbaarheid. Daarenboven achtte hij voornoemd arrest van het EHRM niet voldoende relevant wegens een verschil op het feitelijke niveau.

¹¹¹ Zie *supra* voetnoten 105 & 106.

¹¹² In die zin dat in het familierecht betwistingen tussen private partijen vaak neerkomen op een aanvechting van wetgeving *et vice versa*.

¹¹³ HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (taxibus), advies A-G Strikwerda, nr. 53 (betreffende de 'positive obligation'); HR 2 mei 2003, NJ 2004, 80 (rechtmatigheid van een uitzendverbod uitgevaardigd in een horizontale context); HR 26 september 2003, NJ 2004, 97, advies A-G Keus nr. 3.1.10 (bevoegdheid en verantwoordelijkheid van de rechter in zaken m.b.t. ondertoezichtstelling). Tot op zekere hoogte ressorteren hieronder ook overwegingen betreffende de grenzen van fundamentele rechten *in abstracto*: zie bijvoorbeeld HR 18 juni 1993 (Aidstest), NJ 1994, 347, advies A-G Koopmans, nr. 14 (standpunt dat art. 6:162 BW een wettelijke grondslag biedt voor de beperking van een grondrecht is in overeenstemming met de visie van het EHRM); HR 17 december 1993, NJ 1994, 274, advies A-G Koopmans, nr. 12 ('Ik wijs er nog op dat de bescherming van de rechten van anderen een van de beperkingsgronden is die door art. 10 lid 2 EVRM worden toegelaten. Het Europese Hof voor de rechten van de mens stelt geen overdreven hoge eisen aan de vaststelling dat zulk een bescherming noodzakelijk is. Zie EHRM 20 nov. 1989, NJ 1991, 738 (Markt intern), en de noot daarbij van E.A. Alkema. Vgl. Ook EHRM 22 mei 1990, Serie A vol. 178 (NJ 1991, 740, m.nt. EAA; red.) [...]').

¹¹⁴ Hartkamp 2004, p. 231-232.

referenties.¹¹⁵ Een corrigerende factor bestaat hierin dat invloed evenzeer impliciet, zelfs onbewust zijn kan. Hierbij in rekening genomen de aanzienlijke doorwerking dewelke in Nederlandse verticale rechtspraak aan EHRM jurisprudentie gegeven wordt enerzijds, en de frequent nauwe interactie tussen de verticale en horizontale as in horizontale rechtspraak anderzijds, lijkt dergelijke impact niet imaginair.

7.2.2 Engeland

7.2.2.1 Impressie, deel 1

Ook in de Engelse rechtspraak wordt voorzeker sinds de introductie van de HRA met een zekere standvastige, hoewel niet altijd trefzekere, regelmaat verwezen naar EHRM-rechtspraak. Hiermee wordt *expressis verbis* gevolg gegeven aan art. 2 HRA waarin voorgeschreven wordt in elk geding met betrekking tot conventierechten de relevante dicta van het Europese Hof en de Commissie in rekening te nemen. De onbestemdheid van dit voorschrift (van enige *verbindende* kracht van deze Straatsburgse jurisprudentie wordt immers geen gewag gemaakt)¹¹⁶ zet zich ook door in de rechtspraak: *in globo* is achter de spreiding, frequentie en impact van de referenties geen tactisch meesterplan te onderkennen.

Net als in de Nederlandse rechtspraak blijkt een deel van de referenties een replek op irrelevante verwijzingen vanwege een der procespartijen.¹¹⁷

115 Daarbij is in rekening te nemen dat substantiële referenties veelal vergezeld gaan met referenties aan interne Nederlandse jurisprudentie (of doctrine) die in dezelfde richting wijzen. Bij gevolg is het mogelijk dat ook in een aantal zaken waar substantieel effect present wordt geacht, dit effect in feite onbestaande is en de referentie aan de EHRM-rechtspraak slechts fungeert als een argument ten overvloede.

116 De rechter is door deze rechtspraak dan ook niet gebonden (o.a. Fenwick 1999, p. 500; Klug 2007, p. 706; Lord Hoffmann 1999, p. 162; Phillipson & Fenwick 2000, p. 669; Wadham 1997, p. 85; anders Wright 1999, p. 115; zie tevens Klug 1999, p. 250-252 waar geïllustreerd wordt dat de wetgever dergelijke binding onwenselijk achtte). Noteer daarenboven dat Engelse rechters ook wanneer ze geconfronteerd worden met onverenigbare Straatsburgse rechtspraak (behoudens geheel uitzonderlijke omstandigheden) gebonden blijven aan de *rule of precedent* (*Kay v Lambeth LBC*, [2006] UKHL 10, para 40-45 *per* Lord Bingham; zie tevens Hughes & Davis 2006, p. 536-538). De uitzondering bestaat hierin wanneer de rechtspolitieke overwegingen die een precedent schaarden compleet zijn achterhaald en incompatibel met de HRA (Lord Bingham zelf stond echter slechts één enkele dergelijke zaak voor; vgl. Arden 2004, p. 178).

117 Zie bijvoorbeeld *Komercni Banka AS v Stone and Rolls Limited, Zvonko Stojevic*, [2003] EWCA Civ 311, *per* Potter LJ, nr. 17; *CA Webber (Transport) Ltd v Railtrack Plc* alias *CA Webber (Transport) Ltd v Network Rail Infrastructure Ltd (formerly Railtrack Plc)*, [2003] EWCA Civ 1167, [2004] 1 W.L.R. 320, [2004] 3 All E.R. 202, nr. 45; *Copsey v WWB Devon Clays Ltd*, UKEAT/0438/03/SM, nr. 29 en 30; *Ali v Lord Grey School Governors* alias *A v Headteacher and Governors of Lord Grey School*, [2004] EWCA Civ, 382; [2004] Q.B. 1231; [2004] 2 W.L.R. 1442; [2004] 4 All E.R. 628, nr. 49; *Ghaidan v. Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, *per* Lord

Een dialectische reactie zoals in de Nederlandse¹¹⁸ rechtspraak is niet naspelbaar. Eerder integendeel toont de Engelse rechterlijke macht zich soms bijzonder afhankelijk van informatie terzake door de procespartijen aangebracht.¹¹⁹ Frappant hierbij is de incidenteel gebrekkige kennis van EHRM-rechtspraak bij sommige leden van de zittende magistratuur. Een treffende illustratie vormt *Marcic v Thames Water Utilities Ltd*¹²⁰ waarin Marcic de uitbater van het rioolnetwerk¹²¹ aanklaagde wegens ontoereikendheid van het rioolsysteem hetwelk er reeds frequent toe had geleid dat bij hevige regenval zijn landgoed overspoeld werd door riool- en grondwater met desastreuze gevolgen voor huis en tuin tot resultaat. De claim van Marcic op art. 8 en art. 1 Eerste Protocol EVRM, een vanzelfsprekende aanspraak voor eenieder met een minimale kennis van de materie,¹²² ontlokte bij de zittende rechter de wel bijzonder openhartige verklaring dat: 'In the absence of authority, I would have thought that those articles had nothing to do with the case. But I would have been wrong. There is clear authority that matters of this kind do fall within those articles'¹²³ ...

Op het meer substantiële niveau is duidelijk dat de grootste cluster referenties een formeel of (uitgesproken) negatief karakter heeft: de referenties betekenen een ijverige oefening in het proclameren van loutere truïsmen,¹²⁴ onder-

Nicholls of Birkenhead, nr. 21 en 23. Zie tevens *Evans v Amicus Healthcare Ltd, Hadley v Midland Fertility Services Ltd*, [2004] 2 W.L.R. 713, nr 265.

118 Zie voetnoten 85 en 88 en bijbehorende hoofdtekst.

119 Zie bijvoorbeeld ook *Evans v Amicus Healthcare Ltd, Hadley v Midland Fertility Services Ltd*, [2004] 2 W.L.R. 713, para 248 waarin de weergegeven referenties van de *Secretary of State* eenvoudigweg laconiek worden onderschreven (para 229-233).

120 *Marcic v Thames Water Utilities Ltd* [2002] EWCA Civ 64.

121 Een *public authority* overeenkomstig de HRA 1998 (cf. nr. 59), doch dit technisch aspect doet niets af aan de geldigheid van de illustratie.

122 Denk bijvoorbeeld aan de *locus classicus* *López Ostra* (EHRM 9 december 1994, NJ 1996, 506).

123 Merk trouwens op dat fundamentele rechten uiteindelijk relatief weinig impact hadden, geoordeeld werd immers dat Marcic reeds op loutere *common law* grond (*nuisance*) aanspraak op schadevergoeding kon maken. Deze assertatie werd trouwens afgestraft door het House of Lords *Marcic v Thames Water Utilities Ltd* [2003] UKHL 66, [2004] 2 A.C. 42 (zie o.a. Stallworthy 2005, p. 12-33) waar Marcic's eis in zijn volledigheid werd verworpen. Met betrekking tot de *fundamental rights* claim werd geoordeeld dat de toepasselijke regelgeving een evenwichtige balans uitmaakte tussen de belangen van de gemeenschap en de belangen van de individuen die met wateroverlast af te rekenen kregen en bijgevolg volkomen in harmonie is met het EVRM en de EHRM-rechtspraak dat terzake een brede appreciatie-bevoegdheid overlaat aan de nationale autoriteiten (vgl. Howarth 2004, p. 260; zie overigens de opmerking van Pugh & Criddle 2004, p. 112-113 alsdat 'the decision must sound a note of caution as to the readiness with which the courts will allow human rights challenges to succeed in the future'). Daarenboven had Marcic nagelaten de bevoegde klachten-instantie aan te spreken.

124 Zoals daar zijn het feit dat art. 1 Eerste Protocol EVRM drie onderscheiden voorschriften behelst (*Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank and Another*, [2003] UKHL 37, per Lord Hope of Craighead, nr. 67); Het feit dat art. 8 EVRM ook seksuele geaardheid en gerelateerde gedragingen betreft (*X v Y (Employment: Sex Offender) alias X v Y (Unfair Dismissal)*, [2004] EWCA Civ 662, per Mummery LJ, nr. 38-39 en 55 –

strepen wat de Conventie *niet* vereist,¹²⁵ bevestigen de afdoendheid van *common law*,¹²⁶ bestaan erin de eigen autonomie te beschermen door te refereren aan de *margin of appreciation* die het EHRM laat,¹²⁷ dienen tot afwijzing van de *fundamental rights claim*¹²⁸ etc.

Dit laat echter onverlet dat ook bepaalde *Fallgruppen* naspeurbaar zijn waarin met regelmaat naar EHRM-rechtspraak verwezen wordt en substantiële invloed automatisch lijkt aangenomen te kunnen worden. Voornamelijk gaat het hier om de afgrenzing van het concept 'functional public authority' en meer nog om het paradepaardje van de HRA: bescherming van *privacy*. Echter, de zaken liggen iets complexer dan dat. *The pure and simple truth is rarely pure and never simple...*¹²⁹

7.2.2.2 Intermezzo: 2 Casestudies

7.2.2.2.1 Functional public authority

In deze litigaties maakt het publieke karakter van een der procespartijen voorwerp van discussie uit. Hoewel dergelijk debat in principe tot het terrein van verticale werking van grondrechten lijkt te behoren, kan die stelling niet

ten overvloede weze trouwens opgemerkt dat uiteindelijk werd besloten dat art. 8 *in casu* helemaal geen werking toekwam); Het feit dat vrijheid van religie niet impliceert dat anderen diezelfde overtuiging ook dienen toegedaan te zijn of er geen kritiek op mogen leveren (*Church of Jesus of the Latter Day Saints v Price*, [2004] EWHC 3245, nr. 189); Het feit dat ras, religie of seksuele geaardheid in principe geen rechtmatige basis vormt voor een onderscheid in behandeling (*Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, *per* Lord Nicholls, nr. 9).

125 Zie bijvoorbeeld *Ghaidan v Godin-Mendoza* [2004] UKHL 30, *per* Lord Nicholls, nr. 6: 'Article 8 does not require the state to provide security of tenure for members of a deceased tenant's family. Article 8 does not in terms give a right to be provided with a home: *Chapman v United Kingdom* (2001) 33 EHRR 399, 427, para 99. It does not "guarantee the right to have one's housing problem solved by the authorities": *Marzari v Italy* (1999) 28 EHRR CD 175, 179.'

126 *R. (on the application of ProLife Alliance) v BBC* [2002] EWCA Civ 297 *per* Simon Brown LJ: 'The importance of freedom of expression in the context of political speech is hard to exaggerate. I have already cited the *Bowman* case [...] but in truth it is unnecessary to travel to Strasbourg to find statements of compelling force at the highest level emphasising the vital importance of free political communication. The principle is resoundingly articulated by the House of Lords in *R v Secretary of State for the Home Department* [...], *Reynolds v Times Newspapers* [...] and *McCartan Turkington Breen v Times Newspapers Ltd* [...]'.

127 *Evans v Amicus Healthcare Ltd*, *Hadley v Midland Fertility Services Ltd*, [2004] 2 W.L.R. 713, nr 229-233 (de aangehaalde paragrafen bevatten weliswaar een uiteenzetting van de argumenten neergelegd door de *Secretary of State for Health* (welke intervenieerde), doch ze vinden instemming bij het Hof (nrs. 248 *et seq.*) en maken aldus zowel structureel als substantieel deel uit van het vonnis); *Konodo v Kirby*, [2006] EWCA Civ 1055, nr. 14; *Jameel v Wall Street Journal Europe SPRL* (No. 3), [2006] 3 W.L.R. 642, nr. 20 & 99; *Marcic v Thames Water Utilities Ltd*, [2004] 2 A.C. 42, nr. 84-85.

128 *Copsey v WWB Devon Clays Ltd*, UKEAT/0438/03/SM, nr. 27 (zie verder Collins 2006, in bijzonder p. 625-631).

129 Oscar Wilde, *The Importance of Being Earnest*.

volkomen worden hooggehouden. De waarheid is zoals steeds genuanceerder. De discussie ontspringt uit de formulering van de HRA zelf: s. 6 (3)(b) bepaalt dat het verbod te handelen in strijd met EVRM-rechten zich niet enkel richt tot *public authorities* in de strikte betekenis van het woord, doch dat onder deze term evenzeer begrepen dient te worden ‘any person certain of whose functions are functions of a public nature’.¹³⁰ De incorporatie van deze zogenaamde functionele of hybride publieke autoriteiten was voornamelijk geïnspireerd door de toenemende privatisering van staatstaken; hoewel het hier in essentie private entiteiten betreft, werd het niet opportuun geacht de HRA-bescherming af te laten hangen van het eerder arbitraire criterium of de dienstverlening nu geschiedt door de daarvoor verantwoordelijke publieke overheid hetzij door een daartoe vanwege de verantwoordelijke publieke overheid verzochte (onder)contractant.¹³¹ Het hoeft amper betoog dat voornoemde frase, hoezeer ook ingegeven door overwegingen van noodzakelijke flexibiliteit en vermogen om casuïstisch op de omstandigheden van het geval in te spelen, een ruime interpretatievrijheid laat. Meer zelfs, in onderhavig geval zou het zelfs passender zijn om te gewagen van een interpretatienoodzaak.¹³² De gehanteerde terminologie is immers vrij abstract en voorzeker het onderscheid met louter brede maatschappelijke dienstverlening bijzonder vaag.

In de House of Lords beslissing *Aston Cantlow*,¹³³ tot recent de leidende autoriteit terzake, werd hiertoe aanknoping gezocht bij uitspraken van het EHRM en de commissie.¹³⁴ De onderliggende redenering van deze aansluiting kan, enige details terzijde gelaten, worden samengevat tot een baarljke simplicité. Uitgangspunt is het doel van de HRA, namelijk dat slachtoffers van inbreuken op verdragsrechten voor dewelke de Staat aansprakelijk is ten overstaan van het EHRM zich de rechtsgang tot Straatsburg zouden kunnen besparen doordat ze hun aldus gegarandeerde rechten reeds voor de nationale rechtbanken zouden kunnen afdwingen. Hieruit volgt dat als adressanten van de HRA dienen worden aangemerkt die lichamen dewelke dergelijke functies uitoefenen waarvoor de Staat ten aanzien van het EHRM ter verantwoording kan worden geroepen. Conclusie is bijgevolg dat de rechtspraak van het EHRM

130 Evenwel met die uitzondering dat ‘In relation to a particular act, a person is not a public authority by virtue only of subsection (3)(b) if the nature of the act is private’ (HRA s. 6 (5)).

131 Dit is te beschouwen als een officieel eufemisme, het argument werd alvast niet in laatste instantie gemotiveerd door het feit dat een gebrekkige dienstverlening van de contractant eventueel de aansprakelijkheid van de Staat zou engageren.

132 Vgl. anderzijds Howell 2007, p. 619 waar in relatie tot de interpretatie van het begrip ‘public authority’ in het algemeen geduid wordt op inconsistenties in de rechtspraak, eventueel zelfs een klaarblijkelijk gebrek aan besef van het belang van deze vraagstelling of althans een onwil het probleem rechtstreeks aan te kaarten.

133 *Aston Cantlow and Wilmcote with Billesley Parochial Church Council v Wallbank and Another*, [2003] UKHL 37, [2004] 1 A.C. 546, [2003] 3 W.L.R. 283, [2003] 3 All E.R. 1213.

134 *Holy Monasteries v Greece* (1995) 20 EHRR 1 en *Hautanemi v Sweden* (1996) 22 EHRR CD 156.

rechtmatig als gezaghebbende leidraad kan worden gebruikt voor de interpretatie van de privaat/publiek-distinctie die ten aanzien van de HRA dient te worden gehanteerd.¹³⁵ Kortom, de logica zelfe.

Nochtans is dit niet het hele verhaal. Een functionele analyse van *Aston Cantlow* toont aan dat in weerwil van de expliciete referenties aan de Europese uitspraken, hoewel deze behoorlijk passend vergelijkend materiaal verschaffen¹³⁶ en hoewel ze niettemin de richtlijn bij interpretatie dienen te vormen,¹³⁷ de impact ervan eerder beperkt lijkt. Illustratief in dit opzicht is reeds dat ze slechts in een kleine meerderheid van de door de Law Lords neergelegde opinies worden aangehaald en slechts in een minderheid ook daadwerkelijk het niveau van louter ornamentele functie overstijgen.¹³⁸ Niettemin doken in navolging van *Aston Cantlow* dergelijke referenties aan EHRM rechtspraak ook op in recentere uitspraken terzake.¹³⁹ Doch bij nader toezien bleef ook hier een daadwerkelijk substantiële invloed uit.

135 Zie tevens *R. (on the application of West) v Lloyd's of London*, [2004] EWCA Civ 506, [2004] 3 All. E.R. 251, nr. 36.

136 *Aston Cantlow* betrof de vraagstelling naar de status van een parochiaal bestuur (gezien de in het geding zijnde belangen tot op zekere hoogte op te vatten als *pars pro toto* voor de Church of England). *Holy Monasteries* betrof abdijen geïncorporeerd in de Grieks-orthodoxe Kerk, dewelke bijzonder sterke banden heeft met de Griekse Staat (zo maken staatsvertegenwoordigers deel uit van het bestuur). *Hautanemi* betrof de Zweedse Kerk en haar parochies dewelke volgens Zweeds recht corporaties van publiek recht uitmaakten. In beide gevallen werd een functionele test toegepast en het publieke karakter ontkend op basis van een argumentatie die zonder veel omhaal evenzeer in *Aston Cantlow* toepasbaar geweest zijn zou.

137 'That is not to say that the case law on judicial review may not provide some assistance as to what does, and what does not, constitute a "function of public authority" within the meaning of section 6(3)(b). It may well be helpful. But the domestic case law must be examined in the light of the jurisprudence of the Strasbourg court as to those bodies which engage the responsibility of the State for the purposes of the Convention' *dixit* Lord Hope of Craighead in *Aston Cantlow*, nr. 52. Soortgelijke frase is te vinden in *R. (on the application of West) v Lloyd's of London*, nr. 36 en een duidelijke echo kan evenzeer onderkend worden in *R. (on the application of Beer t/a Hammer Trout Farm) v Hampshire Farmer's Markets Ltd* [2003] EWCA Civ 1056, [2004] 1 WLR 233, nr 25 en 28 en *R. (on the application of Johnson) v Havering LBC*, [2006] EWHC 1714, nr. 35-36.

138 Functionele referenties zijn te vinden in de opinies neergelegd door Lord Hope of Craighead (nrs. 49-52) & Lord Rodger of Earlsferry (nrs. 163-165). Lord Hobhouse of Woodborough beperkt zich tot een minimale verwijzing (nr. 86 en nr. 87) en in de opinies van Lord Nicholls of Birkenhead evenals van Lord Scott of Foscote is helemaal geen impact naspeurbaar.

139 *R. (on the application of West) v Lloyd's of London*, [2004] EWCA Civ 506, [2004] 3 All. E.R. 251, nr. 37; *R. (on the application of Mullins) v Jockey Club Appeal Board (No. 1)*, [2005] EWHC 2197, para 41. *Aston Cantlow* indachtig werd de relevantie en superioriteit van EHRM rechtspraak aangaande evenzeer expliciet erkend in *R. (on the application of Beer t/a Hammer Trout Farm) v Hampshire Farmer's Markets Ltd* [2003] EWCA Civ 1056, [2004] 1 WLR 233, nr 25 en 28 zonder evenwel enige concrete impact (de betwiste entiteit kwalificeerde reeds op basis van de oude restrictievere *amenability to judicial review*-test als publieke autoriteit en bijgevolg was een toetsing aan EHRM-rechtspraak overbodig).

Er blijkt dus een vreemde terughoudendheid te constateren om het niveau van een loutere EHRM-gerichte loyauteitsverklaring te overstijgen. De oorzaak lijkt voor de hand te liggen: de gedateerde publiek/privaat-distinctie van de conventie kan niet rechtstreeks vertaald worden naar de contemporaine ambivalente entiteiten die functionele publieke autoriteiten in feite zijn. Het EVRM kent slechts de mutueel exclusieve kwalificaties publiek en privaat; hybriden niet toegelaten. Dit enkele feit is op zichzelf echter niet onoverkomelijk, ook in de HRA s. 6(3)(b) gaat het er juist om geïsoleerde functies onder een van deze twee kwalificaties te catalogeren.¹⁴⁰ Wat evenwel tot enige terughoudendheid zou nopen is dat in de afwegingen van het EHRM een contaminerende factor te bespeuren valt. Binnen het raamwerk van het EVRM betekent de kwalificatie van een entiteit als publiek dat deze hierbij ook de mogelijkheid verliest *zelf* een beroep te doen op de bescherming van fundamentele rechten. Het EHRM is dan ook bijzonder terughoudend deze kwalificatie toe te kennen.¹⁴¹ Strikt genomen maakt dit voor de geldigheid van de redenering neergelegd in *Aston Cantlow* nochtans geen verschil. Echter, wanneer de lijn van het EHRM standvastig zou worden aangehouden in de Engelse rechtspraak, zou wel het gevaar bestaan dat de publieke kwalificatie al te snel wordt afgewezen en aldus de potentiële horizontale gelding van het HRA aanzienlijk wordt ingeperkt.¹⁴² De geconstateerde terughoudendheid lijkt dus afdoende verklaarbaar door een zuivere logica die slechts tot doel heeft een ruime derdenwerking aan de HRA te garanderen.

Dit prachtige idealistische beeld strookt evenwel in het geheel niet met de werkelijkheid. Integendeel, de rechtspraak heeft de geboden interpretatieruimte, in weerwil van de klare wensen terzake vanwege de regering,¹⁴³ juist steeds in het bijzonder aangegrepen teneinde het toepassingsgebied van de HRA zo sterk mogelijk in te perken. Aldus werd de kwalificatie als functioneel publieke autoriteit aan bijzonder strenge vereisten onderworpen.¹⁴⁴ Ondubbel-

140 Wel dient opgemerkt te worden dat alvast in de doctrine een licht paniekerige onzekerheid heeft postgevat met betrekking tot de impact die het principe van mutuele exclusiviteit *an sich* binnen het HRA-raamwerk zou kunnen hebben. Onverkorte toepassing zou immers betekenen dat bij een ruime interpretatie van het begrip functioneel publieke autoriteit de aldus gecatalogeerde entiteiten zelf een schending van hun fundamentele rechten zouden kunnen aandragen. Lord Nicholls poneerde in *Aston Cantlow* (nr. 11) evenwel reeds dat ook hier de hybride logica eenvoudigweg doorgetrokken dient te worden: functionele publieke autoriteiten kunnen zich op hun verdragsrechten beroepen in hun private, doch niet in hun publieke capaciteit (instemmend Sunkin 2004, p. 654). Niettemin heeft dit punt critici gesterkt in de overtuiging dat de eenzijdige Straatsburgse rechtspraak slechts van weinig assistentie is binnen de dynamische HRA (Zie o.a. Cane 2004, p. 46).

141 Quane 2006, p. 121.

142 Quane 2006, p. 122.

143 Zie bijvoorbeeld HL Deb. 3 november 1997, kol. 1232 (Lord Irvine L.C.).

144 Befaamd zijn de *Court of Appeal* uitspraken *Poplar Housing and Regeneration Community Association Ltd v Donoghue* [2001] EWCA Civ 595, [2002] QB 48, [2001] 3 W.L.R. 183 (uitbestede (daklozen)opvang door een (door de lokale autoriteit gecreëerde) erkende sociale huisvestingsmaatschappij) en *R. (on the application of Heather and others) v Leonard Cheshire*

zinnige kritiek vanuit de doctrine¹⁴⁵ en een herhaalde noodroep vanwege het *Joint Committee on Human Rights*¹⁴⁶ ressorteerden geen effect.¹⁴⁷ Dit diepere judiciële ressentiment tegen een doorsijpeling van derdenwerking door middel van s. 6(3)(b), lijkt anderzijds wel (althans gedeeltelijk) de terughoudende aanwending van de *Aston Cantlow* oriëntatie te verklaren. Typerend is hierbij het argument van irrelevantie van EHRM-rechtspraak voor de HRA-divisie. Immers, zo wordt gesteld, het EHRM kent geen onderscheiden aansprakelijkheid voor diverse publieke autoriteiten en daarenboven maakt het ook weinig uit: voor het EHRM is de Staat voor enige tekortkoming toch aansprakelijk onafhankelijk van de private hetzij publieke status van de uitvoerende entiteit.¹⁴⁸ Uiteraard is dit correct, doch dit betekent niet dat EHRM-rechtspraak geen relatief belang kan hebben om althans de 'bringings rights home'-ideologie¹⁴⁹ te effectueren. Door de terugkoppeling aan de EHRM-rechtspraak echter in de mate van het mogelijke te onthouden blijft de discussie geïsoleerd in de verticale sfeer, daarbij enige daadwerkelijke horizontale werking zoveel

Foundation and another [2002] EWCA Civ 366, [2002] 2 All E.R. 936 (uitbesteedde gehandicaptenopvang bij liefdadigheidsinstelling). In *Donoghue* werd *per* Lord Woolf CJ geponereerd dat het enkele feit dat een private entiteit in uitbesteding prestaties verricht die *in se* tot het takenpakket van een publieke overheid behoren alvast niet betekent dat deze verrichtingen plaatsgrijpen binnen het kader van de vervulling van een publieke functie; slechts wanneer duidelijke merktekens het publiekelijke karakter aangeven (zoals *statutory authority* terzake de geleverde prestaties, uitgebreide supervisie door een publiek lichaam (met voorbehoud wat betreft *public regulatory bodies*), een inherente vervlochtenheid van deze prestaties binnen de actieradius van een publieke entiteit, *etc.*) kan dergelijke conclusie getrokken worden. In *Cheshire* werd hieraan onder meer toegevoegd dat publieke financiering alvast geen beslissende factor uitmaakt.

145 Craig 2002, p. 556 *et seq.*; Donnelly 2005, p. 805; Markus 2003, p. 92 *et seq.*; McDermont 2003, p. 114 *et seq.*; Sunkin 2004, p. 643-658.

146 Respectievelijk in het zevende rapport van zitting 2003-04 (HL 39/HC 382) en het negende van zitting 2006-2007 (HL 77/HC 410), beide getiteld *The Meaning of Public Authority under the Human Rights Act*.

147 Momenteel lijkt het debat een nieuwe fase in te gaan met de procedure geïnitieerd in *R. (on the application of Johnson) v Havering LBC*, [2006] EWHC 1714 terzake de uitbesteding van bejaardenzorg inclusief infrastructuur met betrekking tot taken waartoe normaliter de publieke autoriteit gehouden is overeenkomstig s. 21 National Assistance Act 1948. Significants genoeg werd hierin geïntervenieerd door de *Secretary of State for Constitutional Affairs* (verantwoordelijk voor de implementatie van de HRA) met als doel een meer flexibele interpretatie van s. 6(3)(b) te forceren. In eerste aanleg bleek evenwel niet te ontsnappen aan de verstikkende invloed van *Donoghue* en *Cheshire* (zie noot 144) en ook in beroep werd geen succes geboekt ([2007] EWAC Civ 26). De *Secretary of State* verklaarde zich alvast bereid de zaak te bepleiten tot voor het House of Lords.

148 *R. (on the application of Johnson) v Havering LBC*, [2007] EWAC Civ 26, para 55-61 *per* Buxton L.J. (die zoals gekend niet al te veel op heeft met horizontale werking, zie Buxton 2000); Oliver 2004, p. 334. Zie tevens Cane 2004, 45-46. Contra Quane 2006, p. 107 *et seq.*

149 Nl. '[R]ights and freedoms which the United Kingdom has undertaken to guarantee to its citizens should be enforceable by those citizens here in the United Kingdom. It makes no sense, and, I suggest, does not make for justice that those seeking to enforce their rights have to exhaust all their domestic remedies here before embarking on the long and costly trail to Strasbourg' (Lord Bingham, HL Deb 3 november 1997, kol. 1245).

mogelijk in het ongewisse gelaten en aldus de uitbreiding daarvan ook effectief uitgesteld...

Samengevat illustreert de lijdensweg van s. 6(3)(b) hoe onder de vredige aanschijn van EHRM-referenties perfect een complexe verstrengeling van motieven kan schuilgaan waarbij men horizontale werking helemaal niet zo genegen is als verondersteld zou worden. Daarenboven blijkt hier eens te meer hoe op een schijnbaar onbezwaard terrein eenvoudige transpositie van Straatsburgse rechtspraak bezwaarlijke implicaties kan herbergen die horizontale werking juist zouden afremmen. En ten slotte hoe deze ingenieus kan worden gehanteerd teneinde (een debat omtrent) daadwerkelijke (directe) *Drittwirkung* af te houden.

7.2.2.2.2 Privacy

Ten tijde van de redactie van de HRA kende het Engelse rechtssysteem geen autonome *tort of privacy*. Aantastingen dienden afgeweerd of geredimeerd te worden door middel van gerelateerde *ersatz* acties, zoals *defamation*, *malicious falsehood* of *breach of confidence*. De situatie werd vanuit verscheidene hoeken als uiterst onbevredigend ervaren.¹⁵⁰ Deze surrogaten, oorspronkelijk ontwikkeld voor een ander toepassingsgebied dan loutere *privacy* schendingen en bijgevolg ook aan bijzondere en soms eerder ongelukkige voorwaarden gebonden,¹⁵¹ betoonden zich immers meermaals ontoereikend.¹⁵² Het was dit punt, de reputatie van de Engelse rioolpers indachtig,¹⁵³ dat maakte dat het fundamentele recht van privéleven een wel heel bijzondere aandacht kreeg bij de redactie van de HRA. De perslobby, na een campagneslag tegen de

150 Notoir is *Kaye v Robertson* [1991] F.S.R. 62 waarin het Engelse recht niet in staat bleek de publicatie te verhinderen van foto's en een interview afgenomen van de (na een ernstig verkeersongeval) ten hospitaal opgenomen acteur Gordon Kaye die op dat moment dermate verdoofd was dat van een geïnformeerde toestemming tot het interview absoluut geen sprake kon zijn. De uitspraak, hoewel technisch correct, werd in de doctrine overwegend kritisch onthaald (zie o.a. Elliott 1990; Kaganas & Sherman 1991; Markesinis 1990; Prescott 1991).

151 Zo is *breach of confidence* van nature een strikt contractuele actie. Aan de grondslag diende in principe een (eventueel stilzwijgende) overeenkomst te liggen om bepaalde informatie geheim te houden. Wanneer evenwel een der partijen nooit de intentie gehad heeft de desbetreffende informatie uit de openbaarheid te weren, en van een onderliggende overeenkomst bijgevolg geen sprake zijn kan, betekent dit in principe ook dat in dergelijk geval de *breach of confidence* allegatie geen kans op slagen heeft (Fenwick & Phillipson 2006, p. 736). Hoewel de actie gaandeweg opgerokken werd teneinde aan de maatschappelijke vraag naar een degelijke *privacy* bescherming te voldoen (zie voetnoot 183) blijft de nalatenschap van deze origine ook in contemporaine litigaties voelbaar (zie bijvoorbeeld *Teakston* in voetnoot 188).

152 Zie nochtans Oliver 2007, p. 82 welke voor de Engelse literatuur nogal afwijkend poneert alsdat '[d]espite the absence of an explicit statutory right to privacy in English law, by 2000, when the HRA came into effect, the courts had developed various torts which gave increasingly broad, if not complete, protection to privacy'.

153 Zie bijvoorbeeld Lord Mishcon in HL Deb. 3 november 1997, kol. 1252.

mogelijke invloed van art. 8 EVRM, boekte weliswaar een overwinning met de expliciete incorporatie van art. 12(4) HRA (waarin voorgeschreven wordt in litigaties met betrekking tot vrijheid van meningsuiting hieraan steeds bijzondere aandacht te besteden),¹⁵⁴ doch vanuit de rechtsleer weerklonk de vreugdevolle assertatie dat de creatie van een *tort of privacy* in de nabije toekomst een der belangrijkste uitkomsten van de nieuwe HRA zou worden.¹⁵⁵

Actueel blijkt de *tort of privacy* eerder wat weg te hebben van Godot, doch de bescherming van *privacy* onderging niettemin wel een opmerkelijke transformatie. Een transformatie die (zo goed als) exclusief toegeschreven werd aan de incorporatie van het EVRM.¹⁵⁶ En inderdaad, in de post-HRA rechtspraak betoonden talrijke rechters zich al snel toegewijde discipelen. Referenties aan art. 8 en 10 EVRM waren van een ongekennde schering en inslag. Zelfs in de rechtspraak werd al spoedig, doch weliswaar overmoedig, geproclameerd dat een autonoom recht op *privacy*, met fenixiaanse allures verzeen uit de *breach of confidence* actie, zijn intrede in het Engelse recht had gedaan.¹⁵⁷ Kortom, lofliederen, die welbekende 'mist in het verstand waardoor de deugden van het onderwerp vele malen vergroot lijken',¹⁵⁸ ten overvloede.

Wat evenwel in hoofdzaak gebeurde, voornamelijk in de eerste jaren, was dat de fundamentele rechten met veel instemming geciteerd werden, doch daarnaast de rechtspraak zich simpelweg doodgemoedereerd verder op het *common law* pad ontwikkelde.¹⁵⁹ De reguliere technieken en voornamelijk

154 Moreham 2001, p. 772, voetnoot 32; Rogers & Tomlinson 2003, p. 38; Wade 2000, p. 223. Zie tevens Amelung & Vogenauer 2002, p. (360-)361.

155 Wade 2000, p. 223. Buxton 2000, p. 64 (kritisch); Leigh 1999, p. 87 (kritisch); Phillipson 2003b, p. 54 (retrospectief); zie tevens Bradshaw 1999, p. 61.

156 Cf. McDonald 2006, p. 232.

157 Zie bijvoorbeeld Sedley LJ in *Douglas and others v Hello! Ltd.*, [2001] 2 All ER 289, nr. 110-111, die daarmee de voorpagina van *The Times* (22 december 2000) haalde. Deze boude bewering werd echter niet kritiekloos omarmd. Lindsay J., evenzeer oordelend in de *Douglas* procedureslag, plaatste de kritische bemerking dat het bestaan van een tort met dergelijke reikwijdte overgelaten diende te worden aan de wetgevende macht (*Douglas v Hello! Ltd.* (nr. 6) [2003] EWHC 786 (Ch), nr. 229; zie tevens Smith 2004, p. 127-128). Mummery LJ ontkende zowel het bestaan als de wenselijkheid ervan (*Wainright v Home Office* [2002] Q.B. 1334, nr. 57-60). Buxton LJ. attendeerde op het gebrek aan ondersteunende autoriteit en oordeelde evenzeer dat dergelijke creatie, de ongekennde draagwijdte en gerelateerde beleidsimplicaties onderkend, overgelaten diende te worden aan de wetgevende macht (*Wainright v Home Office* [2002] Q.B. 1334, 96-114; zie tevens Buxton 2000, p. 64-65). Een zelfde tendens weerklonk in *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22, para 27 per Ouseley J en illustratief is evenzeer de vingerwijzing van Lord Woolf CJ in *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(vi): 'It is most unlikely that any purpose will be served by a judge seeking to decide whether there exists a new cause of action in tort which protects privacy'. Zie tevens Strachan & Singh 2002, p. 156.

158 A. Bierce, *The Enlarged Devil's Dictionary*.

159 Zoals Mackenzie 2002 terecht beweert is trouwens ook een aanzienlijk deel van de in de doctrine heersende 'hysterie' terzake de zogenaamde ongekennde (r)evolutie tot de bescherming van *privacy* op basis van de *breach of confidence* leer verklaarbaar door een gebrek aan kennis omtrent de bijdrage die deze actie reeds voor de introductie van de HRA in

de bij uitstek gehanteerde *breach of confidence* actie, functioneerden niet slechts als vehikel waarbinnen de EVRM doctrine volkomen geïncorporeerd werd (zoals binnen de lijn der verwachtingen lag), doch oefenden integendeel een dermate concentrische kracht uit op art. 8 EVRM dat juist van deze laatste weinig nalenschap naspeurbaar was.¹⁶⁰ Onder de banier van het EVRM was het de *common law* die de marsrichting aangaf, zowel terzake wat onder privacy, *sensu lato*, diende te worden verstaan als met betrekking tot de uitbalancerings van privacy versus vrijheid van meningsuiting. De *breach of confidence* actie vormt zelf de meest treffende illustratie.

a. *Privacy*

De *breach of confidence* actie was oorspronkelijk ontwikkeld ter bescherming van industriële en commerciële geheimen en had bijgevolg van nature weinig voeling met de protectie van informatie uit de persoonlijke levenssfeer. Traditioneel kon informatie, overeenkomstig de conventioneel gehanteerde *Coco*-test,¹⁶¹ slechts beschermd worden in zoverre deze 'the necessary quality of confidence' heeft. Waar dergelijke frase zich weliswaar betrekkelijk goed leent voor het initiële toepassingsgebied van deze actie, is ze aanzienlijk minder praktisch ten aanzien van het concept privacy. Aangenomen kan immers worden dat geestelijke vruchten van noeste arbeid, waarvan de exploitatie een aanzienlijke som opleveren kan, en die slechts aan vertrouwelingen overgeleverd worden (een veronderstelling waarvoor dan meestal ook talrijke indicaties, zoals bijvoorbeeld non-concurrentiebedingen, voorhanden zijn), een duidelijk vertrouwenskenmerk behelzen.¹⁶² Geheel anders is het echter met details omtrent het persoonlijke leven, waarvan de waarde meestal *nihil* is (behalve uiteraard voor de betrokkene(n)) en de overdracht van oudsher behoort tot het roddelcircuit (sociaal cohesiemiddel bij uitstek). Een nadere richtlijn was dan ook gewenst. Te midden van al het EVRM geweld werd deze niet in Straatsburg of zelfs Europa gevonden, doch in de oude vertrouwde *common law* familie. Aansluiting werd met name gezocht bij de Australische zaak *Lenah Game Meats*,¹⁶³ waarin het criterium werd voorop gesteld dat informatie als privaat dient te worden beschouwd wanneer de onthulling ervan 'would be highly offensive to a reasonable person of ordinary sensibilities'.¹⁶⁴

dit opzicht had betekend.

160 In deze zin tevens Phillipson 2003a.

161 Ontleend aan *Coco v A.N. Clarck (Engineers) Limited* [1969] RPC 41.

162 Voor illustraties zie o.a. Wilson 1990, p. 44-45.

163 *Australian Broadcasting Corporation v Lenah Game Meats Pty Ltd* [2001] HCA 63, [2001] CLR 199.

164 *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2002] E.M.L.R. 30, para 41, per Morland J; *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2003] Q.B. 633, nr. 48 et seq. per Lord Phillips; *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(vii) per Lord Woolf CJ (doch kent hier geen directe toepassing); *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] 2 A.C. 457, nr. 94-96 per Lord Hope. Zie echter de kritische commentaar van Lindsay J in *Douglas v Hello! Ltd (No. 6)* alias *Douglas v Hello!*

In deze keuze toont zich de eigenlijke waarde van voornoemde EVRM-referenties; ze fungeren eerder als symbool dan als daadwerkelijke rechtsregels. Immers, wanneer de ambitie erin bestaat effect te verlenen aan art. 8 EVRM, geeft het geen pas de invulling daarvan te ontlelen aan een rechtsstelsel dat op een geheel andere grondrechtencatalogus en bijhorende theorievorming gebaseerd is; voorzeker niet wanneer in dit stelsel een noemenswaardig equivalent van art. 8 EVRM ontbreekt.¹⁶⁵ Dit bleek evenwel in het geheel niet bezwaarlijk; de vraagstelling naar de conformiteit van deze test aan art. 8 EVRM scheen zelfs onbeduidend.¹⁶⁶ Verketterd hoeft dit criterium daarom nochtans niet te worden: anno 2003 concludeerde een der voornaamste autoriteiten terzake dat het alvast meer bijgedragen had aan de ontwikkeling van de *breach of confidence*-doctrine tot een *privacy remedy* dan enig welk aan art. 8 EVRM ontleend principe ook.¹⁶⁷ Het illustreert anderzijds wel de voornamelijk ornamentale functie van voornoemd artikel, terwijl dit laatste niettemin voor de oppervlakkige toeschouwer met de eer ging lopen.

Geleidelijk aan heeft echter ook een andere test meer terrein gewonnen,¹⁶⁸ dewelke zelfs actueel primeert, namelijk de 'reasonable expectation of privacy'-test: de persoon die de informatie publiceert weet of behoort te weten dat de tegenpartij redelijkerwijze kon verwachten dat de desbetreffende informatie vertrouwelijk zou blijven.¹⁶⁹ Deze strookt alvast aanzienlijk meer met de

Ltd (Trial Action: Breach of Confidence) (No. 3), [2003] EWHC 786, nr. 191 waarin zowel de relevantie als het vermogen van deze test worden ontkend.

165 In deze zin tevens Phillipson 2003a, p. 734 en tot op zekere hoogte Aplin 2007, p. 26. Het criterium zelf is oorspronkelijk immers van V.S. origine (*Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] 2 A.C. 457, nr. 94 *per* Lord Hope) waar het recht op privacy een andere status heeft dan binnen het kader van het EVRM. Daarenboven wordt het eveneens gehanteerd in Nieuw-Zeeland (*P v D* [2000] N.Z.L.R., 591, 601; *Hosking v. Runting and others* [2003] 3 N.Z.L.R., 385 HC (zie in detail Sims 2005, p. 40 *et seq.*)).

166 Indicatief is bijvoorbeeld dat het argument inhoudende dat het criterium 'highly offensive' te streng is daar het een onderschatting van het aan art. 8 EVRM toe te kennen gewicht betekent, door het Hof behoorlijk laconiek van de hand werd gedaan met de stelling dat het adjectief 'highly' weinig toevoegt en in praktijk geen verschil uitmaakt, zonder dat hierbij trouwens aan art. 8 werd gerefereerd (*Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2003] Q.B. 633, nr. 51 *per* Lord Phillips, het argument zelf is te vinden op p. 644).

167 Phillipson 2003a, p. 731. Zie tevens Masterman 2005, p. 922.

168 Daarnaast wordt ook een 'obviously private'-test onderkend (op het gevaar te vervallen in uiterst banale pedanterie: informatie die als onmiskenbaar privaat aangemerkt dient te worden). Hier kan echter nauwelijks van een (relevante) test worden gesproken: wanneer de informatie evident privaat is, is geen test in de eigenlijke zin van het woord nodig, anderzijds, wanneer de informatie niet aan dit criterium beantwoordt, kan nog steeds naar een der overige tests teruggegrepen worden. De test bevindt zich met andere woorden slechts in het hinterland van de overige. (Zie in detail terzake deze test o.a. Moreham 2005, p. 633-634; Aplin 2007, p. 25-26).

169 Noteer evenwel dat geen unanieme omschrijving bestaat. Varianten zijn o.a. te vinden in *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(ix) *per* Lord Woolf CJ; *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] 2 A.C. 457, nr. 134 *per* Baroness Hale; *Douglas v Hello! Ltd (No. 6)* alias *Douglas v Hello! Ltd (Trial Action: Breach of Confidence) (No. 3)*, [2003] EWHC Civ 595, nr. 100; *HRH The Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd*, [2006] EWHC 522, para 99.

Straatsburgse rechtspraak.¹⁷⁰ Of ze hierin haar oorsprong kent is echter minder zeker. Ook hier lijkt m.i. *common law* invloed immers naspeurbaar: de test weerklinkt als een echo van de Amerikaanse landmarkbeslissing *Katz v. U.S.*,¹⁷¹ aan de gemiddelde Engelse jurist welbekend, zij het dan een beetje doorkneet om in de *breach of confidence* doctrine te passen. Daarenboven is hier een bijkomende factor in het geding: deze test betreft in essentie immers het tweede *Coco* criterium, namelijk de vereiste dat de desbetreffende informatie overgeleverd werd onder omstandigheden die een geheimhoudingsplicht impliceren. Hoewel deze test zich in praktijk vooreerst manifesteert op het vlak van afbakening van het begrip privacy zelf,¹⁷² sluit dit echter niet uit dat de convergerende kracht van de *breach of confidence* doctrine zich hier juist door de associatie met dit tweede criterium doorzetten kan. Een convergerende kracht die trouwens niet te onderschatten valt (zie *infra*).

b. Uitbalanceren

Ook wat de uitbalanceren van privacy versus meningsuiting betreft, ging onder de vredige referenties lang een tegenstrijdige waarheid schuil. De Europese benadering privacy en meningsuiting op voet van gelijkheid te behandelen, kreeg aanvankelijk geen voet aan wal op Engelse bodem. *Splendid Isolation*, ook hier. Net als in het Amerikaanse model, werd aan meningsuiting een duidelijke superioriteit toegekend.¹⁷³ 'Freedom of expression is the rule, and regulation of speech is the exception'.¹⁷⁴ Aldus werd meningsuiting gehanteerd als normatief uitgangspunt, in welke hoedanigheid het nagenoeg gold als een juridisch dogma, ongenaakbaar voor kritiek: de kwaliteit van de uiting deed *in se* immers niet terzake.¹⁷⁵ Voor Straatsburgse criteria als het onderscheid tussen politieke, artistieke of commerciële expressie was dan ook geen plaats, laat staan dat het 'watchdog' theorema in aanmerking werd genomen. Anderzijds betekende dit normatieve karakter evenzeer dat meningsuiting zich als usurpator gedroeg ten aanzien van privacy: voor art. 8 EVRM was slechts ruimte in zoverre het als legitieme uitzondering onder art. 10(2)

170 Cf. *McKennitt v Ash* [2005] EWHC 3003 (QB), para 58, per Eady J.

171 *Katz v. U.S.* 389 U.S. 347, 361 (1967): 'First that a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy and, second, that the expectation be one that society is prepared to recognize as reasonable'.

172 Zie bijvoorbeeld *Campbell v Mirror Group Newspapers Ltd* [2004] 2 A.C. 457, nr. 134 per Baroness Hale ('the exercise of balancing Article 8 and Article 10 may begin when the person publishing the information knows or ought to know that there is a reasonable expectation that the information in question will be kept confidential').

173 Idem Fenwick 2004, p. 899; Milmo 2003, p. 4 *et seq.*; Phillipson 2003b, p. (54-)72.

174 *Reynolds v Times Newspapers* [2001] 2 A.C. 127, 208 (pre-HRA).

175 Zie bijvoorbeeld *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(v) waarin Lord Woolf CJ aan andere rechters de richtlijn voorschrijft dat: 'Regardless of the quality of the material which it is intended to publish *prima facie* the court should not interfere with its publication'.

EVRM kon geconstrueerd worden.¹⁷⁶ Omgekeerd was voor een parallelle analyse vertrekken vanuit art. 8 binnen deze structuur geen plaats.¹⁷⁷ In feite hoeft deze veronderstelde superioriteit niet te verbazen. Art 12(4) HRA, 'The court must have particular regard to the importance of the Convention right to freedom of expression' *etc.*, leek (hoewel ten onrechte)¹⁷⁸ alvast een duidelijke aanzet in deze richting te geven,¹⁷⁹ daarenboven zagen sommige waarnemers (inclusief vertegenwoordigers vanuit de regering)¹⁸⁰ deze superioriteit zelfs vertegenwoordigd in de Straatsburgse rechtspraak.¹⁸¹ Geleidelijk aan heeft deze opvatting evenwel het veld moeten ruimen en actueel overheerst (althans theoretisch) het dictum van gelijkwaardigheid tussen beide fundamentele rechten.

Minstens zo belangrijk en onmiskenbaar standvastiger is evenwel de concentrische kracht die de *breach of confidence* doctrine tot op heden ook hier uitoefent. Deze kracht vloeit voornamelijk voort uit het reeds genoemde tweede criterium van de *Coco*-test. Volgens dit criterium dient de informatie 'have been imparted in circumstances importing an obligation of confidence'.¹⁸² Deze omstandigheden kunnen in principe afgeleid worden uit twee elementen: hetzij het bestaan van een noodzakelijkerwijze vertrouwelijke relatie tussen de toevertrouwer en de beweerdde vertrouweling (zoals tussen advocaat en cliënt of binnen een huwelijk), hetzij het bestaan van een (eventueel impliciete) overeenkomst tot *confidentiality*. Hoewel deze voorwaarden (juist met het oog op de ontwikkeling van een daadwerkelijke *privacy* bescherming) reeds in het pre-HRA tijdperk aanzienlijk opgerekt en uitgehold werden,¹⁸³ bleven ook

176 Zo bijvoorbeeld *Venables v News Group* [2001] Fam. 430; *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22 (para 25); *Re S.* [2003] EWHC 254; *A v B Plc* [2003] Q.B. 195 om slechts enkele te noemen.

177 Terecht kritisch terzake Phillipson 2003a, p. 752; Rogers & Tomlinson 2003, p. 50-52.

178 Dit is althans het officiële standpunt. De communicatie op dit punt was evenwel nogal diffuus en verwarrend. Noteer echter dat een amendement waarin automatische prioriteit van art. 10 over art. 8 werd vooropgesteld, afgekeurd werd (zie HL Deb 2 juli 1998, kol. 535, 542).

179 Zie terzake o.a. Feldman 2002, p. 320-321.

180 Zie bijvoorbeeld de toelichting van de toenmalige *Home Secretary*, Jack Straw, voor het House of Lords: 'On Second Reading, I gave notice that I would place in the Library and make available to Opposition members an abstract of various judgments made in the Strasbourg court, which spells out the extent to which that court time and again has come down in favour of press freedom as opposed to privacy and the right to family life' (HL Deb 2 juli 1998, kol. 535; in deze zin tevens HC Deb 16 februari 1998, kol. 777).

181 Zie o.a. Rogers & Tomlinson 2003, p. 40.

182 De *Coco*-test behelst nog een derde criterium, namelijk 'unauthorised use of that information to the detriment of the party communicating it'. In praktijk heeft dit echter nog weinig te betekenen: nadeel wordt spoorslags aangenomen hetzij het criterium eenvoudigweg genegeerd (Phillipson & Fenwick 2000, p. 670; Phillipson 2003a, p. 743, voetnoot 126; genuanceerder Coad 2001, p. 227).

183 Zie in detail Mackenzie 2002; Phillipson & Fenwick 2000, p. 670-672. De belangrijkste ingreep in dit opzicht was zonder twijfel de proclamatie vanuit het House of Lords dat een *duty of confidence* kon ontstaan ongeacht het ontbreken van transactie of enige andere relatie tussen de procespartijen wanneer althans de desbetreffende informatie als onmiskenbaar

onder de HRA elementen doorwerken die nauwelijks verenigbaar konden worden genoemd met het zo frequent geciteerde art. 8 EVRM. Een significant voorbeeld hiervan was *A v B Plc* waarin een bekend voetballer een publicatie omtrent zijn buitenechtelijke avonturen probeerde te verhinderen. Meer specifiek betrof het gewraakte artikel een 'obscene beschrijving van de sexuele betrekkingen van eiser' dewelke duidelijk bedoeld was voor een lezerspubliek van 'geilaards', aldus de rechter in eerste aanleg.¹⁸⁴ Dat gegeven kan evenwel terzijde worden gelaten, zoals reeds gesteld was (is) de kwaliteit van de expressie voor de Engelse rechtspraak immers van geen belang.¹⁸⁵ Wat (meer) terzake doet is dat deze gegevens niet beschermenswaardig waren, juist omdat ze betrekking hadden op een overspelige relatie. Vanuit een concept van privacy overeenkomstig een moderne interpretatie van art. 8 klinkt dit behoorlijk bezwarend,¹⁸⁶ vanuit een strikte toepassing van de *breach of confidence* doctrine echter niet. In *A v B Plc* klinkt het:

Thus Jack J states, undoubtedly correctly, that confidentiality applies to facts concerning sexual relations within marriage but then adds that 'in the context of modern sexual relations, it should be no different with relationships outside marriage'. This approach is objectionable because it makes no allowance for the very different nature of the relationship that A had, on his own account, with C and D from that which would exist within marriage. Quite apart from the recognition which the law gives to the status of marriage, there is a significant difference in our judgment between the confidentiality which attaches to what is intended to be a permanent relationship and that which attaches to the category of relationships which A was involved with here.¹⁸⁷

In andere woorden bepalen de soort en duur van de relatie (en zelfs de intentie van de partner) de aanspraak op een bescherming van privacy overeenkomstig art. 8 EVRM.¹⁸⁸ Wat echter nog het meest treft is dat pre-HRA rechtspraak deze

vertrouwelijk kon aangemerkt worden (*Attorney-General v Guardian Newspapers Ltd. (no 2) alias Spycatcher*, [1990] 1 A.C. 109, per Lord Goff of Chieveley, nr. 281). Aanmerkelijk genoeg oordeelde de Europese Commissie reeds in 1998 dat door middel van de *breach of confidence* actie het Engelse recht volkomen voldeed aan de eisen met betrekking tot bescherming van privacy als opgelegd door het EVRM (*Spencer v UK*, (1998) 25 EHRR CD 105).

184 *A v B Plc and another*, [2001] 1 W.L.R. 2341, para 16, per Jack J.

185 Zie voetnoot 175.

186 Evenzeer kritisch Fenwick & Phillipson 2006, p. 736.

187 *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 43(ii) per Lord Woolf CJ, zie tevens para 11(xi).

188 In diezelfde zin tevens *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22, per Ouseley J: De details met betrekking tot het bezoek van een BBC-presentator aan een bordeel werden door een der animeermeisjes aan de pers verkocht. Een poging de publicatie ervan te verhinderen faalde. Geoordeeld werd dat de vluchtige betrekking in een bordeel geen aanspraak maken kon op *confidentiality* ('Whilst the degree of intimacy is a very relevant factor, it cannot be taken in isolation from the relationship within which the physical intimacy occurs and from the other circumstances, particularly the location. [...] Sexual relations within marriage at home would be at one end of the range or matrix of circumstances to be protected from

benadering helemaal niet in dergelijke rigiditeit voorschrijft,¹⁸⁹ doch dat de zienswijze onder de gelding van de HRA juist verhard is. *In casu* schijnt de introductie van de HRA dus slechts geleid te hebben tot een doorslaan in de richting van *freedom of speech*, hetgeen een zekere auteur dan ook deed opmerken dat, alle verwachtingen ten spijt, de media zelfs nog een grotere handelsvrijheid had verkregen onder de HRA dan ervoor.¹⁹⁰

Een gelijkaardige evolutie deed zich trouwens (kortstondig) voor met betrekking tot de *public interest defence*: een bijkomend element in de *breach of confidence* doctrine is dat, ook wanneer de voorwaarden van de *Coco*-test reeds vervuld zijn, publicatie nog steeds toelaatbaar is wanneer dit verantwoord kan worden met een beroep op 'public interest'¹⁹¹ (een parameter die overigens expliciet in de HRA neergelegd werd¹⁹²). Waar voorheen deze exceptie gehanteerd werd om belangrijke mis(ver)standen aan te klagen,¹⁹³ en een duidelijk onderscheid werd gehandhaafd tussen het publiek belang en publieke belangstelling,¹⁹⁴ werd deze grens flagrant overschreden in de

most forms of disclosure; a one night stand with a recent acquaintance in a hotel bedroom might very well be protected from press publicity. A transitory engagement in a brothel is yet further away' (para 59-60)) Anderzijds, ook al mocht de presentator van de verwachting uitgaan dat deze omgang vertrouwelijk was, is dat irrelevant wanneer dat niet de overtuiging van de prostituee was die uit deze informatie munt wou slaan ('I can see no reason why the question of confidentiality should be judged solely from the point of view of one participant in the activities and in the relationship, if it can be so called. The prostitutes clearly took a different view of the confidentiality of what they had seen and done with the claimant. If a well known man has sexual relations with a prostitute in a brothel, and the desire on his part to keep their actions and their "relationship" confidential and the desire on the part of the other to exploit their actions and relationship commercially are irreconcilable' (para 64)).

189 *Stephens v Avery* [1988] 1 Ch. 499 (Details met betrekking tot een lesbische relatie overgeleverd aan de pers. De publicatie werd succesvol weerhouden met een beroep op *breach of confidence*. Het argument dat geen *duty of confidentiality* zou bestaan daar de feiten in strijd waren met goede zeden werd in duidelijke bewoordingen van de hand gewezen: 'there is no common view that sexual conduct of any kind between consenting adults is grossly immoral'). *Barrymore v News Group Newspapers* [1997] F.S.R. 600 (Details met betrekking tot een homoseksuele relatie overgeleverd door een der partners. Ook hier werd de publicatie in ondubbelzinnige bewoordingen weerhouden op basis van *breach of confidence*: 'The fact is that when people kiss and later one of them tells, that second person is almost certainly breaking a confidential arrangement').

190 Milmo 2003, p. 3. In dergelijke zin tevens Gibbons 2004, p. 250.

191 Phillipson & Fenwick 2000, p. 670.

192 HRA 12 (4)(a)(ii).

193 Zie bijvoorbeeld *Initial Services v Putterill* [1968] 1 Q.B. 396 (onrechtmatige handelspraktijken); *Hubbard v Vosper* [1972] 2 Q.B. 84, 95-96 per Lord Denning MR (risicovolle 'medische' praktijken); *Lion Laboratories Ltd v Evans and others* [1985] Q.B. 526 (onbetrouwbaarheid van de door de politie gehanteerde alcoholtesters); *W v Egdell* [1990] Ch. 359 (gevaar reïntegratie geestgestoorde meervoudige moordenaar).

194 *British Steel Corporation v Granada Television* [1981] A.C. 1096, 1168 per Lord Wilberforce ('But there is a wide difference between what is interesting to the public and what is in the public interest to make known'); *Francome v MGN* [1984] 1 W.L.R. 892, 898 per Sir Donaldson MR ('They [de media] are peculiarly vulnerable to the error of confusing the

aanvankelijke HRA-rechtspraak.¹⁹⁵ Summum was opnieuw *A v B Plc*. In *casu* werd met een perverse logica een gelijkstelling aangenomen tussen de belangstelling van het publiek voor bepaalde informatie en hun legitieme aanspraak daarop.¹⁹⁶ Met een eerder van commercieel cynisme getuigende luciditeit gewaagde Lord Woolf CJ zelfs te proclameren dat 'if newspapers do not publish information which the public are interested in, there will be fewer newspapers published which will not be in the public interest'.¹⁹⁷ Kortom, een manifeste vrijbrief om de meest saillante details met betrekking tot het privéleven van beroemdheden onbarmhartig te dissecteren en publiceren. De waarde van dergelijke assertaties is bekend: in de V.S. hebben gelijksoortige allegaties van *newsworthiness* de zogenaamde *tort of privacy* volkomen herleid tot een prachtige, doch voornamelijk *inhoudsloze* schelp.¹⁹⁸ Zover is het evenwel niet gekomen, recentere rechtspraak heeft de pre-HRA visie opnieuw omarmd.¹⁹⁹

Geconcludeerd kan worden dat de horizontale bescherming van private gegevens in Engeland de laatste jaren onmiskenbaar is verbeterd. Ironisch genoeg schijnt na een lange omzwerving de bescherming terug hetzelfde

public interest with their own interest'); *Lion Laboratories Ltd v Evans and others* [1985] Q.B. 526, 537.

195 *Theakston v MGN Ltd* [2002] E.M.L.R. 22, para 65-69, in bijzonder 66 waaruit blijkt dat Ouseley J juist een ruime interpretatie van de *public interest defence* aangewezen acht als tegengewicht voor de opreiking van de *breach of confidence* onder art. 8 EVRM ('the resolution of the conflict between Article 10 and Article 8 cannot be dependent on narrowly defined exceptions to the law of confidentiality appropriate for a more restricted concept and inapt for so greatly extended a protection'), *in casu* werd evenwel geen voldoende public interest vastgesteld; *A v B Plc* [2003] Q.B. 195.

196 *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(xii) *per* Lord Woolf CJ ('the public have an understandable and so a legitimate interest in being told the information'). Terecht kritisch Phillipson 2003b, p. 60-62; Markesinis e.a. 2004, p. 158-161.

197 *A v B Plc* [2003] Q.B. 195, para 11(xii) *per* Lord Woolf CJ (Vgl. P. de Wispelaere, *Het verkoelde alfabet*, Amsterdam: Arbeiderspers 1992, p. 184: 'Wat nieuws waarde heeft in een land is een barometer voor zijn cultuur. Wie het volk alleen cultureel afschraapsel toegooit, minacht dat volk').

198 Phillipson 2003b, p. 64-65 en de aldaar geciteerde referenties.

199 Zie in eerste instantie de weinig overtuigende (idem Phillipson 2003b, p. 63) poging van Lord Phillips in *Campbell v MGN* [2002] EWCA Civ 1373, para 40 om deze uitspraak van Lord Woolf te nuanceren en corrigeren onder het mom van loutere verduidelijking; *London Regional Transport v Mayor of London* [2003] EMLR 4, para 40 ('One can think of many stories that are published in the newspapers in which the public are interested. But it would be difficult for a journalist to say with a straight face that there is a public interest in them being published'); *Douglas v Hello! Ltd* (No. 6) alias *Douglas v Hello! Ltd* (Trial Action: Breach of Confidence) (No. 3), [2003] EWHC 786, nr. 231 *per* Lindsay J ('That the public would be interested is not to be confused with there being a public interest'). *HRH The Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd*, [2006] EWHC 522 (Ch), para 118, *per* Blackburne J ('[...] it is important not to overlook the fact that what may be in the public interest to know and thus for the media to publicise in exercise of their freedom of speech is not to be confused with what is interesting to the public and therefore in a newspaper's commercial interest to publish').

niveau te hebben bereikt als 150 jaar geleden.²⁰⁰ Het zou echter verkeerd zijn dit volkomen toe te schrijven aan de kracht van het EVRM. De HRA heeft voornamelijk het verzochte voorwendsel gegeven om de *common law* terzake, en in het bijzonder de *breach of confidence*, verder te ontwikkelen.²⁰¹ Deze evolutie zat eraan te komen ongeacht de incorporatie van het EVRM.²⁰² Door middel van de HRA heeft art. 8 EVRM hierbij echter (voornamelijk in haar symbolische waarde) kunnen fungeren als katalysator.²⁰³ De impact ervan als concrete rechtsregel is evenwel aanzienlijk minder geweest, hoewel de talrijke referenties anders zouden doen vermoeden. In verscheidene belangrijke uitspraken blinkt ze voornamelijk uit door een opvallende afwezigheid,²⁰⁴ of wordt ze schaamteloos overheerst door de verre van identieke *breach of confidence* doctrine. In dit kader is ook de rechtspraak van het EHRM slechts in beperkte mate kunnen doorsijpelen, hoewel de zaak *Peck*,²⁰⁵ waarin het

200 Zie *Prince Albert v. Strange* (1849) 1 Mac & G 25. Hierin werd verboden de publicatie van een catalogus met beschrijvingen van etsen gemaakt door prins Albert en Queen Victoria voorstellende onder andere hun kinderen en enkele favoriete honden. De etsen waren bij een drukker neergelegd opdat reproducties ervan aan enkele naaste vrienden van het koninklijk echtpaar konden worden geschonken. Evenwel was een medewerker van de drukker erin geslaagd enkele overdrukken te bemachtigen die uiteindelijk in het bezit kwamen van Strange, die ze wou exposeren en daartoe een catalogus had samengesteld. In essentie lijkt deze zaak sterk op het recente *HRH The Prince of Wales v Associated Newspapers Ltd*, [2006] EWHC 522 (Ch) betreffende de openbaarmaking van persoonlijke missie-verslagen (o.a. van de missie naar Hong Kong ten tijde van de overdracht ervan aan China) van de Prince of Wales. Deze verslagen werden slechts verspreid onder enkele tientallen vertrouwelingen (familie en vrienden), doch via een secretaresse van de Prins had ook de *Mail on Sunday* ze in haar bezit gekregen. De jurisprudentiële benadering in beide zaken verschilde voornamelijk hierin dat de contemporaine rechter geen genoegen meer nam met een loutere evaluatie van de wijze waarop de litigieuze documenten werden overgedragen (cf. *breach of confidence*), doch onder invloed van art. 8 en 10 EVRM ook de inhoud hiervan heeft geëvalueerd (Carboni 2006, s.f.). In zeker zin werd de claim op privacy bijgevolg aan hogere maatstaven onderworpen dan 150 jaar geleden. Opmerkenswaardig is daarbij trouwens dat *Prince Albert v. Strange* door middel van de analyse ervan in het legendarische artikel van Warren & Brandeis 1890 een aanzienlijke bijdrage heeft geleverd aan de ontwikkeling van *privacy* in het Amerikaanse recht (Strachan & Singh 2002, p. 129-130), terwijl het Engelse recht aangaande verzwakte.

201 Vgl. Leigh 1999, p. 87.

202 HL Deb. 3 november 1997, kol. 1230 en HL Deb 24 november 1997, kol. 784 (Lord Irvine L.C.). Zie tevens Wright 1999, p. 135.

203 Zoals in de lijn der verwachtingen lag (o.a. Coad 2001, p. 226; Milmo 2003, p. 3).

204 Idem Phillipson 2003a, p. 735; Fenwick & Phillipson 2006, p. 726 *et seq.*

205 *Peck v. UK* (44647/98) (2003) 36 EHRR 41. Dhr. Peck, allerminst een publiek persoon, had getracht op de openbare weg zijn polsen over te snijden en werd met het mes in zijn handen gefilmd door een der gemeentelijke bewakingscamera's. Hierdoor werd onrechtstreeks ook de politie in kennis gesteld die al snel intervenieerde teneinde Peck op te vangen. Het videomateriaal werd ter beschikking gesteld van de media met tot doel de waardevolle bijdrage die het gemeentelijke camerasysteem aan de openbare veiligheid kon leveren te onderstrepen. Hoewel hiertoe mondeling verzocht, nam de media onvoldoende maatregelen om in het gepubliceerde beeldmateriaal de identiteit van Peck te verhelen. Een klacht neergelegd bij de *Press Complaints Commission* werd afgewezen op onder andere de grond

V.K. veroordeeld werd, alvast een zekere deining veroorzaakte²⁰⁶ en recentelijk ook *Von Hannover* enigszins in rekening lijkt te worden genomen.²⁰⁷ Misschien ligt in deze laatste arresten ook een zekere mentaliteitswijziging besloten; de meer recente Engelse rechtspraak lijkt inderdaad in toenemende mate de EVRM richting op te gaan. Anderzijds dient aangemerkt te worden dat de reeds doorgemaakte ontwikkeling niet eenieder onverdeeld tot tevredenheid gestrekt heeft; de oprekking van de *breach of confidence* komt steeds meer onder vuur te liggen ten voordele van een daadwerkelijke autonome *tort of privacy*.²⁰⁸ Daarbij wordt niet slechts onderstreept dat de *breach of confidence* (nog) steeds een onvolkomen instrument tot bescherming van privacy uitmaakt,²⁰⁹ doch wordt evenzeer de meer fundamentele opmerking geuit dat de oprekking ervan ook het inherent coherente kader van deze actie vergokt

dat de feiten zich nu eenmaal op een openbare plaats hadden afgespeeld. Ook een beroep bij het *High Court* leverde geen resultaat op. Voor het EHRM werd het VK veroordeeld wegens schending art. 8 en 13 EVRM. Daarbij werd niet slechts het onvermogen van media-commissies (in het verleden door de pers meermaals als afdoende garantie tegen mediathieke privacy-inbreuken afgeschilderd) aangestipt, doch evenzeer het algehele falen van het *common law* lappendeken van *ersatz* privacy remedies onderstreept. De heersende stelling dat van privacy-bescherming geen sprake kon zijn omdat de feiten zich in een publieke ruimte hadden afgespeeld, werd te enggeestig bevonden. In het verlengde hiervan toonde zich ook het falen van de *breach of confidence*-doctrine: in onderhavig geval zou immers bezwaarlijk van een zekere vertrouwelijkheid van de informatie gewaagd kunnen worden. Daarenboven, eens het beeldmateriaal aan de openbaarheid is vrijgegeven staat een *breach of confidence* actie in principe volkomen machteloos tegen een oneindige reproductie ervan.

206 Zie o.a. Milmo 2003, p. 10-11; Singh & Strachan 2003, p. 19-24; Smith 2004, p. 127. Lindsay J in *Douglas v Hello! Ltd. (nr. 6)* 2003] EWHC 786 (Ch), nr. 229(iii) ('The recent judgment in Peck [...] shows that in circumstances where the law of confidence did not operate our domestic law has already been held to be inadequate. That inadequacy will have to be made good and if Parliament does not step in then the Courts will be obliged to. Further development by the Courts may merely be awaiting the first post-Human Rights Act case where neither the law of confidence nor any other domestic law protects an individual who deserves protection. A glance at a crystal ball of, so to speak, only a low wattage suggests that if parliament does not act soon the less satisfactory course, of the Courts creating the law bit by bit at the expense of litigants and inevitable delays and uncertainty, will be thrust upon the judiciary').

207 Zie in het bijzonder *McKennitt v Ash* [2005] EWHC 3003 (QB), para 57, *per* Eady J ('It is clear that there is a significant shift taking place as between, on the one hand, freedom of expression for the media and of the corresponding interest of the public to receive information, and, on the other hand, the legitimate expectation of citizens to have their private lives protected. As was made clear [in *Von Hannover*], even where there is a genuine public interest, alongside a commercial interest in the media in publishing articles or photographs, sometimes such interests would have to yield to the individual citizen's right to the effective protection of private life').

208 *Contra* Barber 2003, p. 604-610 (voornamelijk op basis van het recht op vrije meningsuiting en het idee dat waar nodig privacy meestal reeds beschermd is door andere 'etische' (lees: fundamentele) rechten).

209 Zo o.a. Markesinis e.a 2004, p. 153 *et seq.*; Morgan 2003, p. 469 *et seq.*; Singh & Strachan 2003, p. 15, 17 & 19; Strachan & Singh 2002, p. 155-156. Vgl. tevens McLean & Mackey 2007, p. 390.

heeft.²¹⁰ De actie zou met andere woorden verworpen zijn tot een onbestemd instrument, verminkt ten aanzien van haar initieel toepassingsgebied en niet veel beter af in haar nieuwe actieradius. Hoeft het daarbij te verbazen dat de blikken opnieuw naar de *common law* familie uitgaan en met name naar Nieuw-Zeeland²¹¹ dat recentelijk een zodanig begeerde autonome *tort* terzake heeft ontwikkeld?²¹²

7.2.2.3 Impressie, deel 2

Voornoemde casustypen illustreren hoe onder een schijn van EVRM- en EHRM-conformiteit een aanzienlijk verschillende realiteit schuil gaan kan. Dit ambigue karakter manifesteert zich doorheen het ganse scala van referenties in de Engelse horizontale rechtspraak. Waar dit in een aanzienlijk deel van de gevallen kan toegeschreven worden aan onwetendheid of een gebrek aan durf tot innovatie, lijkt het in enkele gevallen om een tactische keuze te gaan: referenties die het positieve Engelse recht onderschrijven worden aangegrepen terwijl tegenstrijdige (of althans in andere richtingen wijzende) EHRM-rechtspraak zorgvuldig buiten beschouwing wordt gelaten.²¹³

210 Sims 2005, p. 43-51.

211 *Hosking v. Runting and others* [2003] 3 N.Z.L.R., 385 HC (betreffende de voorgenomen publicatie van foto's, op een openbare plaats genomen, van de kinderen van een tv-presentator). Nieuw-Zeeland zette zich hiermee bewust en expliciet ('privacy and confidence are different concepts', para 48) af van de door Engeland met de *breach of confidence* ingeslagen weg (zie in detail Sims 2005, p. 35-43).

212 Zo o.a. Sims 2005, p. 51; Mulheron 2006.

213 Zie o.a. *A National Health Service Trust v D* [2000] 2 FR 677 en *NHS Trust A v Mrs M, NHS Trust B v Mrs H*, [2001] 2 W.L.R. 942 in de analyse van Maclean 2001. Een dergelijke tactische keuze lijkt m.i. bijvoorbeeld ook voorhanden in *S (A Child) (Contact: Promoting Relationship with Absent Parent)*, [2004] EWCA Civ 18 betreffende het omgangsrecht van een vader met diens dochter. De quotatie uit een enkel arrest van het EHRM onderschrijft de premisse van Engelse wetgeving dat in dergelijke litigaties het belang van het kind de ultieme factor is (het zgn. 'paramountcy principle': S. 1 Children Act 1989: '(1) When a court determines any question with respect to (a) the upbringing of a child [...] the child's welfare shall be the court's paramount consideration'), en daarmee lijkt de zaak afgehandeld, althans wat betreft de conformiteit aan de eisen van het EVRM. Deze heldere eenvoud verhuult niettemin geaccentueerde pijnpunten van het Engelse rechtssysteem. Feit is immers dat niet doorslaggevend is dat ook het EHRM het belang van het kind als ultieme factor in de belangenafweging erkent, doch eerder de vraag met welke exclusiviteit dit criterium dient te gelden. In de Engelse rechtspraak geldt dit beginsel immers niet als louter doorslaggevende overweging in de *eindfase* van de afweging van belangen, doch als normatief *vertrekpunt* (zie nr. 14). De inzet van het principe, dat als het ware als Moloch optreedt, vervormt dus de gehele afweging doordat automatisch wordt voorbijgegaan aan een parallelle articulatie van de rechten van ouders en kind overeenkomstig art. 8 EVRM. Dit is slechts een logisch gevolg van de in de Engelse rechtspraak overheersende (en vanuit de literatuur trouwens terecht gecontesteerde; zie o.a. Fortin 2006, p. 303-304 en de talrijke referenties aldaar) opvatting dat elke beslissing die conformeert aan het 'paramountcy principle' automatisch voldoet aan de voorschriften van art. 8(2) EVRM (vgl. Swindells 2000, p. 62 *et seq.*). Neem daarbij tevens in overweging dat de actuele afhandeling van litigaties met betrekking

Om te eindigen met een positieve noot: deze talrijke juridische nevelsluiers en verwante kunstgrepen laten anderzijds onverlet dat ook uitspraken voorhanden zijn waarin een daadwerkelijke EHRM invloed waarneembaar is. Net als in Nederland lijkt het kernpunt voornamelijk te liggen op het vlak van de interpretatie van de notie 'family life'²¹⁴ en met een zeker voorbehoud kan gesteld worden dat ook de evenwichtsoefening tussen privacy en vrijheid van meningsuiting deze weg lijkt op te gaan; immers, na de omzwervingen langs *common law* velden, is een tendens waarneembaar die in het EHRM de nieuwe poolster dienaangaande schijnt te (h)erkennen.²¹⁵

omgangsrecht in de laatste jaren behoorlijk onder vuur ligt (zie bij uitspraak CASC 2002, p 58-69) en de gebreken daarvan juist in dezelfde periode vanuit principes onttrokken aan EHRM-rechtspraak aan de orde werden gesteld (*Re D (A Child) (Intractable Contact Dispute: Publicity)* alias *F v M (Contact Orders)*, [2004] EWHC 727 (zie voetnoot 215)) en het schijnt duidelijk dat een toevallige omissie van minder binnen het kader passende EHRM-rechtspraak onwaarschijnlijk lijkt.

- 214 Zie bijvoorbeeld *L Teaching Hospitals NHS Trust v A*, [2003] EWCA 259. *In vitro* fertilisatie met sperma van verkeerde man leidde tot discussie m.b.t. het vaderschap. Alle betrokken partijen claimden de bescherming van art. 8 EVRM. Bijgevolg werd terzake de gevoelige afgrenzing van het concept family-life aansluiting gezocht bij uitspraken van zowel het Europese Hof als de Commissie.
- 215 Daarnaast kan ook verwezen worden naar *Patel v Pirabakaran*, [2006] EWCA Civ 685 (met betrekking tot evictie door een private verhuurder), nrs. 38-45 waar ten overvloede doch voor het overige in essentie substantieel van aard verwezen werd naar de EHRM beslissing in *Connors v UK* ('From the case of Connors I confidently derive the following: that an interpretation of section 2 of the 1977 Act which prohibits a landlord from exercising – otherwise than by proceedings in court – an alleged right of re-entry upon premises let for use as a dwelling as well as for business purposes is an interpretation which would be compatible with the tenant's rights under article 8; and, by contrast, that the opposite interpretation of it would be incompatible with them'). Zie tevens *Re D (A Child) (Intractable Contact Dispute: Publicity)* alias *F v M (Contact Orders)*, [2004] EWHC 727, een sterk voorbeeld van een uitspraak waar aan EHRM-rechtspraak gerefereerd werd teneinde met verhoogd gezag fundamentele tekortkomingen in de afhandeling van bepaalde (private) litigaties aan te kaarten. (*In casu* was deze uitspraak het eindresultaat van een van dermate Kafkaïaanse allures getuigende procedureslag, dat de eiser alle vertrouwen in het gerechtelijk apparaat verloren had. In empathische bewoordingen verhaalt de zittende rechter hoe recentelijk 'a wholly deserving father left my court in tears having been driven to abandon his battle for contact with his seven year old daughter'. De strijd had vijf jaar geduurd en had daarbij 43 zittingen geleid door 16 verschillende rechters in beslag genomen. De eindzitting zelf was reeds negen maal verdaagd geweest. Schijnbare oefeningen in lethargie hadden gemaakt dat acties zoals betreffende de behandeling van de door de moeder gefingeerde beweringen van huiselijk geweld, het aantrekken van experts evenals het benoemen van een voogd steeds werden uitgesteld. Vooral in de laatste twee jaar was de procedure voor de vader verworpen tot 'an exercise in absolute futility'. Terwijl de blaam bij de moeder en de rechterlijke macht lag, kwam de boete te liggen op de vader die zijn initieel contact met de dochter herleid zag tot gesuperviseerd contact, althans tot ook dat onmogelijk werd geacht. Herleiden van contact is immers de standaardprocedure die de Engelse rechterlijke macht bij dergelijke conflicten hanteert. Vanuit deze achtergrond ontwikkelde de uitspraak zich tot een krachtige aanklacht tegen het systeem. Het aangehaalde feitenspel stond immers niet geïsoleerd doch was eerder aan te merken als symptomatisch voor de ontoereikendheid van het gerechtelijk apparaat in deze. Na een visitatie van Engelse bronnen waarin de vinger

7.3 CONCLUSIE

Samengevat gelden fundamentele rechten in horizontale context zelden als element tot convergentie. Zoals uit de rechtspraak blijkt zijn naakte grondrechtsnormen daartoe alvast niet autonoom in staat, hetwelk onder meer voortvloeit uit het feit dat ze enerzijds te vaag, te onbepaald zijn en anderzijds meestal in een bepaalde nationale context geprangd zitten die, althans in privaatrechtelijke dimensies, hun werkelijke uitwerking definieert. Meer substantieel is evenwel dat zij, naar uit de studie van de collectie derdenwerkingrechtspraak blijkt, ook niet specifiek als *enabler* tot (mogelijk harmonisatie bewerkstelligende) rechtsvergelijking inspireren, zelfs niet in zogenaamde *hard cases* (slechts speelt daarbij de thematiek, niet de gehanteerde norm).

Wel dient opgemerkt te worden dat potentieel schuilt in de waargenomen oriëntatie op rechtspraak van het EHRM. Echter passen dienaangaande twee sterk relativerende aanmerkingen. In de eerste plaats is dergelijks afhankelijk van de horizontale toepassing van EVRM-normen en daaraan ontbreekt het nu meestal juist: in de meeste landen wordt tot *Drittwirkung* immers zo goed als exclusief de eigen nationale grondrechtscatalogus gehanteerd; Nederland, Engeland en België vormen daarop de exceptie. Ten tweede blijkt het leeuwendeel dezer referenties aan EHRM-rechtspraak van louter formele, gemeenplaatsige aard en dragen deze dus evenmin tot convergentie bij. *Vereinheitlichung* van juridisch Europa middels een via horizontale werking doorgrijpende EHRMblik betreft dus (vooral nog) eerder vermogen dan verwezenlijking. Evenwel past daarbij ook nog een positieve noot in die zin dat ook minder rechtane wegen naar Rome leiden: de *privacy*-ontwikkelingen in Engeland, hoewel niet overwegend aan EVRM invloed te danken zoals zo vaak en geëxalteerd wordt beweerd, maken duidelijk dat fundamentele rechten wel als koevoet naartoe een verlangde rechtalteratie kunnen worden gehanteerd, en waar dit, zoals voor de hand ligt, in de richting van de meer generale stroming geschiedt, wordt convergentie daarmee een indirect teweeggebracht resultaat.

evenzeer op de wonde werd gelegd, wordt de juridisch dwingende argumentatie voornamelijk (en bijna uitsluitend) ontleend aan EHRM-rechtspraak: op basis van een tental arresten (voornamelijk met als centrale boodschap dat het omgangsrecht tussen ouder en kind een uiterst fundamenteel karakter heeft, procedures terzake een bijzonder spoedeisend karakter hebben en de Staat verantwoordelijk is voor daadwerkelijke effectuering) van waaruit *in extenso* geciteerd wordt, klinkt de heldere en dwingend geformuleerde conclusie dat de situatie absoluut onhoudbaar is in het licht van de Straatsburgse opvattingen, en dat bijgevolg de pijnpunten zo snel mogelijk geremedieerd dienen te worden. (De uitspraak eindigt trouwens met enige suggesties aangaande). Zie verder tevens *Re T (Contact: Alienation: Permission to Appeal)* [2002] EWCA Civ 1736, nr. 25).