

T v M M R

MENSENRECHTEN MENSE
ECHTEN MENSENRECHTE
EN MENSENRECHTEN MENSEN
ECHTEN MENSENRECHTE
MENSENRECHTEN MENSEN
ECHTEN MENSENRECHTE
MENSENRECHTEN MENSEN
ECHTENRECHTEN MENSEN
MENSENRECHTEN MENSEN
ECHTEN MENSENRECHTE
ECHTEN MENSENRECHTEN
CHTEN MENSENRECHTEN
EN MENSENRECHTEN MENS
ECHTEN MENSENRECHTEN
ECHTEN MENSENRECHTEN
ECHTEN MENSENRECHTEN
ECHTEN MENSENRECHTE
ECHTEN MENSENRECHTEN
ECHTEN MENSENRECHTEN

veertiende jaargang • januari-februari-maart 2016 • nr. 1
driemaandelijke uitgave
TvMR is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten v.z.w.

Inhoud	Update	2
	<ul style="list-style-type: none">• Amnesty International publiceert jaarrapport 2015/16• Voyeurisme en verspreiden van naaktbeelden voortaan strafbaar• Alle misdaden correctionaliseerbaar	
	Editoriaal	3
	<ul style="list-style-type: none">• Databank met álle vingerafdrukken: noch proportioneel, noch betaalbaar <i>Inès Gallala & Paul De Hert</i>	
Artikelen	4	
<ul style="list-style-type: none">• België legt examen mensenrechten af bij de VN en Raad van Europa: de pluspunten en knelpunten op een rijtje <i>Marijke De Pauw</i>• Accountability voor mensenrechtenschendingen in een geglobaliseerde wereld <i>Arne Vandenbogaerde</i>		
Interview	12	
<ul style="list-style-type: none">• “Grondrechten op een kruispunt van uitdagingen en opportuniteiten” TvMR sprak met Maya Hertig Randall <i>Lieselot Verdonck</i>		
Rechtspraak	15	
<ul style="list-style-type: none">• Communicatiegeheim: werkgever mag professionele elektronische communicatie controleren <i>Ronny Saelens</i>		

Afgiftekantoor: 9000 Gent 1
Bg TvMR PA3A9108
Afzendingadres: Liga voor Mensenrechten
Gebroeders De Smetstraat 75
9000 Gent
V.U.: Jos Vander Velpen
Gebroeders De Smetstraat 75
9000 Gent



LIGA VOOR
MENSENRECHTEN
WWW.MENSENRECHTEN.BE

TvMR

Tijdschrift voor Mensenrechten
Driemaandelijks uitgave
Verschijnt vier keer per jaar
Aanbevolen citeerwijze: TvMR

ISSN 1379-0250

Redactie

Hoofdredacteur: Paul de Hert
Eindredactie: Caroline De Geest
Redactie: Benfquih-Mohammed Yousra,
Charline Daelman, Willem Debeuckelaere,
Dominique De Meyst, Marijke De Pauw,
Annelies D'Espallier, Yves Haec, Aagje Leven,
Veronique Joosten, Laurens Lavrysen, Koen
Lemmens, Michael Merrigan, Salla OualdChaib,
Paul Pataer, Maxime Stroobant, Astrid
Thienpont, Jozefien Van Caeneghem, Catherine
Van De Heyning, Arne Vandenbogaerde,
Nathalie Van Leuven, Andy Van Pachtenbeke

Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten vzw.

Abonnement op TvMR? Bel 09/223.07.38

Redactiesecretariaat

Liga voor Mensenrechten vzw
Gebroeders De Smetstraat 75, 9000 Gent
tel: 09 223 07 38 – fax: 09 223 08 48
e-mail: info@mensenrechten.be
website: www.mensenrechten.be

Redactionele samenwerking en disclaimer

Het Tijdschrift voor Mensenrechten is een initiatief van de Liga voor Mensenrechten vzw. De redactie heeft een volstrekt autonoom statuut. Het TvMR strekt tot het aanmoedigen van het onderzoek naar actuele mensenrechtenthema's en het verspreiden van de kennis hierover. Voor publicatie aangeboden teksten, arresten en vonnissen en te bespreken boeken mogen rechtstreeks naar het redactiesecretariaat worden gestuurd. De redactie behoudt zich alle rechten voor de publicatie van ingezonden artikels, werken, advertenties, ed. te weigeren. Aan de totstandkoming van deze publicatie is de uiterste zorg besteed. Voor informatie die nochtans onvolledig of onjuist is opgenomen, aanvaarden de redactie en de uitgever geen verantwoordelijkheid. Elke auteur is verantwoordelijk voor zijn/haar eigen redactionele bijdragen.

Lidmaatschap Liga voor Mensenrechten en jaarabonnements

Lid + abonnement op Tijdschrift voor Mensenrechten: 35 €
Lid + abonnement op Fatik, tijdschrift voor Strafbeeld en Gevangeniswezen: 40 €
Lid + abonnement op beide tijdschriften: 70 €
Steunend lid + abonnement op beide tijdschriften: 96 €
Lid zonder abonnement: 5 € per jaar

rek.nr. BE34 0011 2701 3290

Het is ook mogelijk om, losgekoppeld van het lidmaatschap, een abonnement op de tijdschriften te bekomen.
Meer informatie bij Liga voor Mensenrechten.

TvMR online

Je kan TvMR online raadplegen. De laatste vier nummers zijn beschikbaar voor abonnees. Vraag een login via tvmr@mensenrechten.be. Surf naar tvmr.mensenrechten.be

© Niets uit deze publicatie mag worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, elektronische gegevensdragers of welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande, uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van de uitgever.

Uit respect voor mens en milieu wordt TvMR gedrukt op kringlooppapier en zonder Vluchtige Organische Stoffen door Druk in de Weer, Gent.

Amnesty International publiceert jaarrapport 2015/16

"De internationale bescherming van de mensenrechten staat op de helling", zo oordeelt Amnesty International n.a.v. de publicatie van haar jongste jaarrapport. Het lijvige rapport geeft een update van de mensenrechtensituatie in meer dan 160 landen wereldwijd. "Overheden treffen kortzichtige en draconische maatregelen ter bescherming van de nationale veiligheid of andere nationale waarden", klinkt het resoluut. België scoort ondermaats als gevolg van de ingrijpende anti-terreurmaatregelen en de ontoereikende behandeling van het aantal asielaanvragen. Ook de overbevolking in de Belgische gevangenissen en de onvoldoende zorg voor geïnterneerden blijven pijnpunten in het landenoverzicht. Ter bestrijding van discriminatie, meer bepaald wat het boerkaverbod en de wettelijke erkenning van transgenders betreft, heeft ons land nog extra inspanningen te leveren. Amnesty reageert wel positief op de veroordelingen in de zaak Jonathan Jacob en het nationaal actieplan ter bestrijding van (huiselijk) geweld tegen vrouwen.

Het volledige rapport is raadpleegbaar via www.amnesty.org.

Voyeurisme en verspreiden van naaktbeelden voortaan strafbaar

In Frankrijk staan sinds kort zware straffen op het zonder toestemming verspreiden van beeldmateriaal op sociale media van kinderen door hun ouders. In België zijn daar voorsnog geen specifieke regels over maar privacyschendingen geven wel steeds vaker aanleiding tot nieuwe strafbaarstellingen. De Wet van 1 februari 2016 tot wijziging van diverse bepalingen wat de aanranding van de eerbaarheid en het voyeurisme betreft, stelt voortaan voyeurisme – binnen een expliciet seksuele context - strafbaar onder artikel 371/1 Sw. In eenzelfde beweging wordt ook het verspreiden van naaktbeelden (foto-, film- en video-opnamen of opnamen met een ander middel) strafbaar. Opmerkelijk hierbij is dat de eerdere instemming van de betrokkene tot het maken van de beelden van geen tel meer is. Hiermee wil de wetgever vooral het verspreiden van beelden "uit wraak", bv. na een stukgelopen relatie, tegengaan.

Alle misdaden correctionaliseerbaar

De voorbehouden lijst met correctionaliseerbare misdaden is niet meer. Voortaan zijn alle misdaden correctionaliseerbaar, wat inhoudt dat een correctionele rechter i.p.v. het Hof van Assisen zich over de strafmaat kan buigen. Voorwaarde is wel dat er verzachtende omstandigheden aanwezig zijn en dat de geschiktheid om de zaak voor de correctionele rechter te brengen gunstig wordt beoordeeld door het parket en de onderzoeksgerechten of door de rechter ten gronde. Voor het Hof van Assisen betekent de maatregel een daling in de werklast, maar ook de toegenomen druk op juryleden binnen een assisenzaak wordt als reden voor de nieuwe procedurereguleering genoemd. De wetsartikelen die de wijziging moeten mogelijk maken traden op 29 februari 2016 in werking en zijn bovendien onmiddellijk toepasbaar.

Databank met álle vingerafdrukken: noch proportioneel, noch betaalbaar

Minister van Binnenlandse Zaken Jan Jambon (N-VA) zorgde tijdens zijn bezoek aan Marokko voor heel wat ophef met zijn uitspraken over het bijhouden van vingerafdrukken van alle burgers in een nationale Belgische databank. Jambon, die dergelijke Marokkaanse databank tijdens zijn bezoek heeft kunnen zien, stelde dat diegene die niets te verbergen heeft, ook geen bezwaar zou moeten hebben om in het systeem te worden opgeslagen.

De reacties waren niet mals. De Privacycommissie achtte het voorstel meteen onwettig. Volgens haar is het in strijd met artikel 8 EVRM, dat de bescherming van de privacy waarborgt. Vanuit politieke hoek lieten Open VLD en CD&V weten dat het een disproportionele maatregel was, onpraktisch en te duur. Bovendien zou het ook een schending van het vermoeden van onschuld inhouden, aangezien men de facto zou uitgaan van de schuld van alle burgers om dan vervolgens de onschuld te moeten bewijzen. Staatssecretaris Tommelein, bevoegd voor privacy, stelde zich vragen bij het voorstel en liet weten niet te zijn geraadpleegd in deze zaak.

Wat zegt de wet, op nationaal en Europees niveau, hier echter over? Momenteel bestaat er in België geen formele wet over het afnemen, het opslaan of het bijhouden van vingerafdrukken in een nationale databank. Aangezien een vingerafdruk echter informatie is over een geïdentificeerd of identificeerbaar persoon, wordt het als een persoonsgegeven beschouwd en geniet het bijgevolg de bescherming van de wet van 8 december 1992 tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer ten opzichte van de verwerking van persoonsgegevens.

Op Europees niveau riskeert het voorstel op heel wat protest vanuit Straatsburg te stuiten. In 2008, in de zaak *S. & Marper t. Verenigd Koninkrijk*, nam het Hof een belangrijk standpunt in betreffende het bewaren van persoonlijke gegevens en formuleerde het een opmerking, die de Vilvoordse burgemeester Bonte (SPA) in het kader van de politieke discussie over de nationale databank vingerafdrukken ook maakte. Hij gaf aan het voorstel van minister Jambon te steunen en juridisch niet het verschil te zien tussen het bijhouden van ieders foto en van ieders vingerafdrukken. In haar beslissing maakte het Hof ook de vergelijking tussen de vingerafdrukken en een foto van een persoon, aangezien beiden extern zichtbare eigenschappen aangeven van een persoon zodat een identificatie mogelijk wordt. Het Hof verduidelijkt in haar uitspraak echter dat het op gesystematiseerde wijze opslaan en bijhouden van persoonlijke gegevens, ook al zijn deze beschikbaar in het publieke domein omdat zij extern zichtbaar zijn, echter een volledig ander risico inhoudt voor de privacy van de burgers.

Er bestaat dus geen twijfel over het feit dat dergelijke databank een inmenging van het privéleven inhoudt. Dit kan volgens de toetsing van het EHRM gerechtvaardigd worden indien de maatregel die de inmenging veroorzaakt aan bepaalde voorwaarden voldoet. Deze moet voorzien zijn bij de wet, een legitiem doel nastreven, noodzakelijk zijn in een democratische maatschappij en proportioneel zijn. Indien er een wet over zou worden gestemd, zou er een wettelijke grondslag zijn waarbij voldaan zou worden aan de eerste vereiste. Het doel dat zou worden nagestreefd zou voornamelijk in het teken staan van de bestrijding van criminaliteit en het verbeteren van de veiligheid. Dit kan als legitiem doel worden beschouwd, waarbij ook meteen aan de tweede voorwaarde zou worden voldaan. De derde voorwaarde betreft de noodzakelijkheid in een democratische maatschappij. Hier kan het schoentje eventueel al beginnen knellen. Wat echter volledig problematisch lijkt, is de toetsing aan het proportionaliteitsbeginsel.

Zoals vicepremier en minister De Croo (Open VLD) reeds liet weten, is het bijhouden van een databank van vingerafdrukken van een bevolking van 11 miljoen burgers disproportioneel in vergelijking met het nagestreefde doel. Zij het niet omwille van juridische, dan wel om praktische redenen. Het opzetten en beheren van dergelijke databank kost geld, tijd en manschappen. Drie dingen waarvan duidelijk blijkt dat daar momenteel bij Justitie geen middelen voor beschikbaar zijn.

De voorgestelde databank vingerafdrukken blijkt zo niet enkel disproportioneel te zijn, en bijgevolg het recht op privacy te schenden, maar praktisch ook onhaalbaar.

Inès Gallala* & Paul De Hert**

* *Inès Gallala is doctoraal onderzoeker Metajuridica VUB, Research groups LSTS & FRC.*

** *Paul De Hert is professor aan de VUB en hoofdredacteur Tijdschrift voor Mensenrechten.*

België legt examen mensenrechten af bij de VN en Raad van Europa: de pluspunten en knelpunten op een rijtje

Marijke De Pauw *

België heeft recent maar liefst twee internationale beoordelingsprocedures doorlopen aangaande de eerbiediging van de rechten van de mens; het Universeel Periodiek onderzoek (UPR) binnen het kader van de VN-Mensenrechtenraad enerzijds en het bezoek en rapport van de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa anderzijds. Beide beoordelingsprocedures werpen een belangrijk licht op de geboekte vooruitgang qua beleid, wetgeving en praktijk, maar voornamelijk ook op de aanhoudende knelpunten inzake de bescherming van de mensenrechten in ons land.

Op 20 januari 2016 werd het mensenrechtenbeleid in België doorgelicht binnen het kader van het UPR. Sinds 2008 wordt binnen de VN-Mensenrechtenraad namelijk iedere lidstaat om de vier à vijf jaar beoordeeld wat betreft de naleving van de mensenrechten in dat land¹. Ter voorbereiding van de UPR stelden zowel België, de relevante VN-organen als de Ngo-gemeenschap een rapport op waarin de mensenrechtensituatie wordt beoordeeld. Dit rapport werd nadien toegelicht tijdens een sessie van de Mensenrechtenraad in Genève door de Belgische delegatie - waaronder minister Didier Reynders - en verder besproken door de overige lidstaten. Op basis hiervan werd een (voorlopig) rapport opgesteld met specifieke aanbevelingen met oog op de verbetering van de mensenrechtensituatie in België.

Daarnaast werd het rapport van de Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa - Nils Muižnieks - over zijn bezoek aan België voorgesteld

op 28 januari 2016. Van 14 tot 18 september 2015 ontmoette de Mensenrechtencommissaris ministers van de verschillende regeringen, vertegenwoordigers van mensenrechtenorganen en Ngo's. Hij bezocht ook, onder meer, detentiefaciliteiten voor asielzoekers, de psychiatrische afdeling van een gevangenis en woonfaciliteiten voor personen met een handicap. Het rapport focust voornamelijk op de rechten van personen met een handicap, migranten, asielzoekers en Roma in België.

Ratificatie belangrijke mensenrechteninstrumenten blijft uit

Tijdens de UPR-sessie werd de Belgische delegatie gefeliciteerd met de ratificatie van een aantal internationale verdragen. België werd sinds de vorige review, onder meer, partij bij het internationaal Verdrag inzake de Bescherming van alle Personen Tegen Gedwongen Verdwijning; het Facultatief Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake Economische, Sociale en Culturele Rechten; en het Facultatief Protocol bij het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind². Er zijn echter nog steeds verschillende belangrijke mensenrechtenverdragen die tot op heden niet werden geratificeerd. Eén van de meest geformuleerde aanbevelingen betrof dan ook het Facultatief Protocol bij het VN Verdrag tegen Foltering en andere Wrede, Onmenselijke of Onterende Behandeling of Bestrafing (OPCAT)³. Ook tijdens de eerste UPR in 2011 drongen verschillende landen al aan op toetreding door België⁴. Het Protocol roept

* Marijke De Pauw is doctoraatsonderzoeker aan de Vrije Universiteit Brussel en Universit  Saint-Louis-Bruxelles. Dit onderzoek werd gefinancierd door het Federaal Wetenschapsbeleid via het Programma Interuniversitaire Attractiepolen, meer bepaald het IUAP "The Global Challenge of Human Rights Integration: Towards a Users' Perspective" (www.hrintegration.be).

1 Ter voorbereiding van de UPR stellen zowel de lidstaat zelf, de relevante VN-organen als de Ngo-gemeenschap een rapport op waarin de mensenrechtensituatie wordt beoordeeld. Nadien wordt het rapport besproken tijdens een sessie van de Mensenrechtenraad in Genève, waarbij zowel andere VN lidstaten als Ngo's de kans krijgen opmerkingen te maken en vragen te stellen aan de delegatie van het land onder review. Op basis hiervan wordt nadien een rapport opgesteld met specifieke aanbevelingen aan dat land met oog op de verbetering van de mensenrechtensituatie.

2 De twee laatste roepen een individueel klachtrecht in het leven.

3 UN Human Rights Council (HRC), Summary of stakeholders' information, 6 november 2015, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/BEL/3, para. 1; HRC, Draft report of the Working Group on the Universal Periodic Review, 22 januari 2016, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/L.6, aanbeveling 138.2-138.17.

4 Zie HRC, Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Belgium, 11 juli 2011, UN Doc. A/HRC/18/3.

enerzijds een controlesysteem in het leven waarbij het Sub-comité ter Preventie van Foltering (SPT) plaatsen bezoekt waar personen gedetineerd worden⁵. Concreet betekent dit extra controle op de gevangenen, maar ook op politiebureaus, detentiecentra, gesloten jeugdinstituten en psychiatrische centra. Anderzijds vereist het Protocol de oprichting van een onafhankelijk nationaal preventiemechanisme (NPM) dat permanent toekijkt op de behandeling van personen in detentie⁶. Hierin verschilt OPCAT dus van bestaande VN-toezichtsmechanismen; in plaats van periodieke rapportage baseert het SPT zich op landenbezoeken en samenwerking met het NPM. Het permanente karakter van het toezicht door het NPM onderscheidt zich dan weer van de periodieke bezoeken door het Europese Comité inzake de Voorkoming van Foltering⁷. De Belgische overheid aanvaardde de aanbevelingen hieromtrent en stelde intussen zelf zo snel mogelijk partij te zullen worden bij het Protocol⁸. Hetzelfde geldt voor het Verdrag van de Raad van Europa inzake het Voorkomen en Bestrijden van Geweld tegen Vrouwen en Huiselijk Geweld (Verdrag van Istanbul)⁹. Tot op heden is er echter weinig vooruitgang wat betreft het Europees Kaderverdrag inzake de Bescherming van Nationale Minderheden¹⁰ en het VN Verdrag ter Bescherming van alle Arbeidsmigranten en van hun Gezinsleden (ICRMW), ondanks de aanbevelingen daartoe tijdens zowel de vorige als de huidige UPR¹¹.

Nationaal Mensenrechteninstituut laat op zich wachten

Een tweede heikel punt is het uitblijven van een nationaal mensenrechteninstituut (NHRI), conform de Principes van Parijs.¹² Tijdens de vorige beoordelingsprocedure

riepen Amnesty International, verschillende VN-verdragsorganen en lidstaten al op tot oprichting van dergelijke instelling.¹³ Gezien de beperkte vooruitgang, was het gebrek aan een NHRI dan ook een belangrijk punt op de agenda en werden opnieuw een groot aantal aanbevelingen hieromtrent gemaakt.¹⁴ Problematisch is voornamelijk de verdeling van bevoegdheden in ons land. Volgens de Principes van Parijs moet het mandaat van een NHRI namelijk zo breed mogelijk zijn. In plaats van een eenvormig, overkoepelend beleid zijn mensenrechten in België echter verspreid over de bevoegdheden van de verschillende federale, communautaire en gewestelijke overheden.¹⁵ In 2014 werd het Centrum voor Gelijkheid van Kansen wel hervormd tot het Interfederaal Gelijkheidscentrum, dat door het Hoog Commissariaat voor de Mensenrechten van de VN geaccrediteerd werd met een B-statuut.¹⁶ Zo werden enerzijds de bevoegdheden rond de strijd tegen discriminatie uitgebreid tot die van de gewesten en gemeenschappen en anderzijds werden de opdrachten rond migratie toevertrouwd aan een aparte federale instelling.¹⁷ De hervorming zorgde voor overeenstemming met de EU-vereisten en het Belgisch grondwettelijk recht, maar de respectieve bevoegdheden van de twee instellingen blijven echter te beperkt om volledig in overeenstemming te zijn met de Principes van Parijs.¹⁸ België beloofde tijdens deze UPR opnieuw dat het instituut er zo snel mogelijk komt zoals voorzien in het regeerakkoord, en meer bepaald tegen het einde van de huidige legislatuur.¹⁹

5 Artikel 1 OPCAT.

6 Artikel 17 en 19 OPCAT.

7 K. Meuwissen en J. Wouters, 'België en de VN-Mensenrechtenraad: naar een betere bescherming van mensenrechten in binnen- en buitenland?' in VRG Almuni (red.) *Recht in Beweging -23ste VRG-Alumnidag, Antwerpen-Apeldoorn, Maklu, 2016 (te verschijnen)*, p. 115.

8 HRC, *National report submitted in accordance with paragraph 5 of the annex to Human Rights Council resolution 16/21, Belgium, 9 november 2015, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/BEL/1, para. 7.*

9 HRC, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/L.6, *aanbeveling 138.18-138.21*; HRC, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/BEL/1, *para. 7.*

10 *België heeft dit verdrag in 2001 wel al getekend, maar er blijft onenigheid tussen de regionale overheden over de juiste definitie van 'nationale minderheid'. Zie aanbevelingen 140.2-140.3, die door de Belgische overheid zullen worden onderzocht.*

11 *Zie aanbevelingen 141.2-141.7, die niet door België werden aanvaard. De aanbeveling om het UNESCO Verdrag ter Bestrijding van Discriminatie in Onderwijs te ratificeren (8.8) werd voorlopig ook niet aanvaard.*

12 *De Principes formuleren specifieke richtlijnen voor staten die nationale mensenrechteninstellingen (NHRI) willen oprichten. Ze garanderen zo de legitimiteit en onafhankelijkheid van NHRI's.*

13 HRC, *Summary prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights in accordance with paragraph 15 (c) of the annex to Human Rights Council resolution 5/1, Belgium, 16 February 2011, UN Doc. A/HRC/WG.6/11/BEL/3, para. 5*; HRC, *Compilation prepared by the Office of the High Commissioner for Human Rights in accordance with paragraph 15 (b) of the annex to Human Rights Council resolution 5/1, Belgium, 21 February 2011, UN Doc. A/HRC/WG.6/11/BEL/2, para. 14*; HRC, UN Doc. A/HRC/18/3, *aanbeveling 100.9.*

14 HRC, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/BEL/3, *para. 5*; *Aanbevelingen 138.22-138.52.*

15 K. Meuwissen en J. Wouters, p. 108, 115-117.

16 *Dus niet volledig in overeenstemming met de Principes van Parijs.*

17 *Dit is het federaal Centrum voor de analyse van de migratiestromen, de bescherming van de grondrechten van vreemdelingen en de strijd tegen mensenhandel.*

18 *Amnesty International, 'België onder niveau: beleid en praktijk voorzien onvoldoende bescherming van mensenrechten', Bijdrage Amnesty International aan het VN universeel periodiek onderzoek januari-februari 2016, p. 6. Onder het toekomstige overkoepelende nationale mensenrechteninstituut zou ook nog het Instituut voor de gelijkheid van vrouwen en mannen ondergebracht worden.*

19 HRC, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/BEL/1, *para. 8.*

Onrustwekkend aantal gevallen van racisme, discriminatie en seksueel geweld

Wat betreft de strijd tegen racisme en discriminatie werd verwezen naar verschillende positieve ontwikkelingen, zoals het interfederaal actieplan tegen homofobie en transfoobie geweld. Het hoge aantal klachten over racisme en discriminatie in ons land, voornamelijk op basis van religie, werd echter als bijzonder zorgwekkend beschouwd. Bovenop de prevalentie van 'islamofobie', is België ook één van de Europese landen met het hoogste aantal gevallen van anti-semitisme.²⁰ Het hoofddoekenverbod werd tevens beschouwd als een belangrijk obstakel voor vrouwen tot onderwijs en tewerkstelling.²¹ Ook werd gewezen op verschillende gevallen van politiegeweld, voornamelijk ten opzichte van migranten, onder meer geregistreerd via de Observatoire des violences policières en Belgique (ObsPol) en door het Interfederaal Gelijkekansencentrum.²² Een aanzienlijk aantal landen bevelen België dan ook aan bijkomende stappen te ondernemen tegen intolerantie, discriminatie en xenofobie, waaronder het uitwerken van een nationaal actieplan.²³ De aanbevelingen om het verbod op het dragen van religieuze symbolen op te heffen werden echter voorlopig niet aanvaard.²⁴ Ondanks de strengere wetgeving rond partnergeweld,²⁵ die werd geprezen, uitten verschillende delegaties ook hun bezorgdheid rond de gevallen van geweld tegen vrouwen. Zo werd opgemerkt dat in 2014, maar liefst een kwart van de Belgische vrouwen die deelnamen aan een enquête meldden dat ze het slachtoffer waren van seksueel geweld door hun partner en maar liefst 13 procent aangaf het slachtoffer te zijn van verkrachting door iemand anders dan de partner.²⁶ Ook werd gewezen op verschillende gevallen van vrouwelijke genitale verminking en gedwongen huwelijken in ons land. België wordt dan ook aangespoord verder werk te maken van de strijd tegen seksueel geweld en, onder meer, strikt toe te zien op de toepassing van wetgeving inzake de rechten van de vrouw, waaronder ook het verbod op genitale verminking.²⁷

Asiel en migratie: detentiebeleid vergt aanpassingen

Een veelbesproken en actueel onderwerp tijdens zowel de UPR als in het rapport van de Mensenrechtencommissaris, was de aanhoudende vluchtelingencrisis. Enerzijds werd de aanzienlijke toename van de opvangcapaciteit voor asielzoekers, het verbod op detentie van niet-begeleide minderjarige asielzoekers en het verblijf van gezinnen met kinderen in open familie-units verwelkomd.²⁸ Anderzijds werd de stelselmatige detentie van asielzoekers aan de grens,²⁹ het gebrek aan systematische gerechtelijke controle van de legaliteit van detentie en het scheiden van ouders en kinderen in de terugkeercentra als een ernstige tekortkoming beschouwd.³⁰

Wat betreft minderjarige asielzoekers in het bijzonder werd erop gewezen dat men zich niet enkel op de medische methode mag baseren voor het bepalen van de leeftijd.³¹ Hoewel minderjarige asielzoekers momenteel niet in gesloten opvangcentra worden geplaatst, gebeurt dit wel bij ernstig getraumatiseerde personen, personen met een handicap, ouderen en zwangere vrouwen.

Verder wordt België ook aanbevolen de omstandigheden en behandeling van migranten en asielzoekers in detentie beter op te volgen³² en af te zien van maatregelen die de toegang van vluchtelingen beperken tot een aantal voordelen of uitkeringen op gelijke voet met Belgische inwoners. Daarentegen moeten verdere integratiemaatregelen worden ontwikkeld, waaronder de inclusie van kinderen van vreemde origine in het onderwijssysteem.³³

Rechten van personen met een handicap

Zoals eerder vermeld, werd door de Mensenrechtencommissaris bijzondere aandacht besteed aan de rechten van personen met een handicap. Eerste punt op de agenda was de rechtsbekwaamheid. Ondanks het feit dat de wet niet volledig in overeenstemming is met

20 HRC, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/BEL/3, para. 10.

21 *Ibid.*, para. 37.

22 De website "Observatoire des violences policières" (ObsPol), werd in maart 2013 gelanceerd als alternatief voor slachtoffers van geweld die niet met hun klacht naar de politie durven stappen; HRC, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/BEL/3, para. 14-17.

23 Zie aanbevelingen 138.6-138.74, aanvaard door België. Zie aanbevelingen 141.28-141.29.

24 Zie aanbevelingen 141.28-141.29.

25 Zie de Wet van 15 mei 2012 betreffende het tijdelijk huisverbod in geval van huiselijk geweld, B.S. 1 oktober 2012.

26 HRC, Summary of stakeholders' information, 6 november 2015, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/BEL/3, para. 24.

27 Zie aanbeveling 138.54-138.56; 138.86-138.95.

28 De Rapporteur is echter wel bezorgd dat families met kinderen in de toekomst opnieuw in gesloten centra zullen worden vastgehouden, mits de nodige aanpassingen en voor beperkte tijd, zoals nog steeds is toegelaten onder de huidige wetgeving.

29 Asielzoekers die vastgehouden worden aan de grens worden namelijk geacht het land niet te zijn binnengekomen en krijgen een bevel om het grondgebied te verlaten. Raad van Europa, Rapport door Nils Muižnieks, Mensenrechtencommissaris van de Raad van Europa, naar aanleiding van zijn bezoek aan België van 14 tot 18 september 2015, Straatsburg, 28 januari 2016, p. 8.

30 HRC, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/BEL/3, paras 70-71; Raad van Europa, Rapport door de Mensenrechtencommissaris, 28 januari 2016, pp. 5-17.

31 HRC, UN Doc. A/HRC/WG.6/24/BEL/3, para. 73.

32 Onder meer door ratificatie van het Optioneel Protocol bij het VN Verdrag tegen Foltering en andere Wrede, Onmenselijke en Onterende Behandeling of bestraffing en het oprichten van een Nationaal Preventie-Mechanisme voor de Preventie van Foltering (NPM), zoals voorzien in het Protocol.

33 Raad van Europa, Rapport door de Mensenrechtencommissaris 28 januari 2016, pp. 5-17.

Artikel 12 van het VN Verdrag inzake de Rechten van Personen met een Handicap (VRPH)³⁴ werd het nieuwe beschermingsstatuut van 2014 als belangrijke positieve ontwikkeling beschouwd.³⁵ Er werd wel gewezen op het gebrek aan training en financiële middelen van de vrederechters, die de nieuwe wetgeving moeten toepassen.

De Mensenrechtencommissaris kwam tevens tot het besluit dat België er niet in slaagt hun recht om zelfstandig te wonen en deel uit te maken van de maatschappij - zoals voorzien door Artikel 19 VRPH - te waarborgen. De grootschalige plaatsing van personen met een handicap in instellingen en zorgcentra speelt hierin een grote rol. Er zijn nog steeds onvoldoende alternatieve vormen van opvang en zorg en het huidige systeem van het persoonlijke-assistentiebudget (PAB) komt niet tegemoet aan alle noden.³⁶ De geleidelijke omschakeling in Vlaanderen van een model gebaseerd op institutionalisering naar een persoonsvolgend financieringssysteem werd dan ook als positief beschouwd.³⁷

Verder werd het grote aantal kinderen met beperkingen in het bijzonder onderwijs aangekaart. Zij behalen geen diploma en worden zelden gere-integreerd in het algemeen onderwijs. Tot slot kwam ook de detentie van personen met een mentale beperking in de psychiatrische afdeling van gevangenis opnieuw ter sprake. Dit blijft een aanhoudend probleem waarvoor België al verschillende malen veroordeeld is door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Ons land wordt dan ook aangespoord zo snel mogelijk bijkomende forensisch psychiatrische centra te openen, zoals dat in Gent reeds is gebeurd.³⁸

Situatie van de Roma en woonwagenbewoners in België

Wat betreft de Roma en woonwagenbewoners werd voornamelijk verwezen naar de Nationale Strategie voor de Integratie van de Roma van 2012. Volgens de Mensenrechtencommissaris ontbreken hierin duidelijke doelstellingen, een tijdschema voor de uitvoering en verdeling van verantwoordelijkheden, een geloofwaardig systeem voor het toezicht op de vooruitgang en budgettaire toewijzingen. De marginalisering en armoede van een aantal Roma-families werd tevens als zorgwekkend beschouwd. Sinds de toetreding van nieuwe EU lidstaten ontvangen zij namelijk niet langer de opvang waar personen zonder verblijfsrecht

aanspraak op maken. Er zijn ook gevallen gesignaleerd waarin Roma de inschrijving in de gemeente wordt geweigerd, waardoor zij geen toegang hebben tot bepaalde sociale dienstverleningen. Doelgerichte sociale hulpverlening via bemiddelaars, zoals reeds toegepast in Gent, moet een voorbeeld zijn voor het ontwikkelen van duurzame oplossingen om de situatie van de Roma te verbeteren. Verder werd aanbevolen het aantal standplaatsen voor woonwagenbewoners uit te breiden en de oververtegenwoordiging van Roma-kinderen en kinderen van woonwagenbewoners in het bijzonder onderwijs aan te pakken. Tenslotte werd ook opgemerkt dat er regelmatig meldingen zijn van vijandigheid ten opzichte van Roma en er wordt daarom aanbevolen alle vormen van 'hate speech' en discriminatie streng te veroordelen.³⁹

Conclusie

De voorbije jaren werden in België verschillende belangrijke stappen ondernomen ter verbetering van de bescherming van de mensenrechten in ons land, zowel qua beleid als specifieke wetgeving. Die cruciale ontwikkelingen werden dan ook uitdrukkelijk verwelkomd door de internationale gemeenschap en de Mensenrechtencommissaris. Noemenswaardig is ook de samenwerking van België op vlak van toezicht op de mensenrechten. België is namelijk één van de weinige landen zonder achterstand in het indienen van periodieke rapporten inzake mensenrechten aan de VN-verdragsorganen.

Dit neemt uiteraard niet weg dat er nog veel werk aan de winkel is om ten volle de rechten van de mens te beschermen en te garanderen. De uitkomst van de twee beoordelingsprocedures brengt belangrijke tekortkomingen aan het licht. Extra aandacht werd besteed aan de ratificatie van OPCAT en de oprichting van een NHRI gezien België er niet in geslaagd is de aanbevelingen hieromtrent te implementeren. Die focus toont echter ook de efficiëntie van de UPR aan, in die zin dat ook de vooruitgang sinds de vorige beoordelingsronde wordt opgevolgd. Of België er deze keer wel in slaagt de aanbevelingen voldoende te implementeren en de obstakels van de Belgische bevoegdheidsverdeling te overwinnen zal onder meer opnieuw bekeken worden tijdens de volgende UPR beoordelingsprocedure. Er is uiteraard alvast veel belang bij, niet in het minst gezien België de komende twee jaar zelf zetelt in de VN-Mensenrechtenraad.

34 Artikel 12 bepaalt, onder meer, dat personen met een handicap op voet van gelijkheid met anderen in alle aspecten van het leven rechtsbekwaam zijn.

35 Zie de Wet van 17 maart 2013 tot hervorming van de regelingen inzake onbekwaamheid en tot instelling van een nieuwe beschermingsstatus die strookt met de menselijke waardigheid, B.S. 14 juni 2013, 38132.

36 Meer informatie over het PAB is beschikbaar op de website van het Vlaams Agentschap voor Personen met een Handicap; [http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/10526-Persoonlijke-assistentiebudget+\(PAB\).html](http://www.vaph.be/vlafo/view/nl/10526-Persoonlijke-assistentiebudget+(PAB).html).

37 Een eerste stap hiertoe werd genomen op 25 april 2014 met het Vlaamse Decreet houdende de persoonsvolgende financiering voor personen met een handicap en tot hervorming van de wijze van financiering van de zorg en de ondersteuning voor personen met een handicap.

38 Raad van Europa, Rapport de Mensenrechtencommissaris, 28 januari 2016, pp. 18-26.

39 Ibid., pp. 27-32.

Accountability voor mensenrechtenschendingen in een geglobaliseerde wereld:

Wanneer hebben staten mensenrechtenverplichtingen buiten hun grenzen?

Arne Vandenbogaerde *

Vandaag hebben niet-statelijke actoren, in het bijzonder bedrijven en internationale organisaties alsook andere (buitenlandse) staten, een invloed op de besluitvorming in een staat. Een treffende illustratie van die herverdeling van de macht is de wereldwijde economische crisis van 2008. Die crisis heeft de onderlinge afhankelijkheid tussen staten bevestigd alsook de macht en invloed van niet-statelijke actoren op de realisatie van mensenrechten, in het bijzonder van economische en sociale rechten (ES rechten). Het is nu duidelijk dat onder andere de privatisering van de sociale sectoren, de liberalisering van de handel en de invloedssfeer van internationale instellingen in een snel tempo vorm geven aan de aard van de bedreigingen voor ES rechten. In de afgelopen decennia hebben er ook veel juridische ontwikkelingen op het gebied van ES rechten plaatsgevonden. Het wetenschappelijk onderzoek rond ES rechten is sterk toegenomen, er is een einde gekomen aan het debat rond de afdwingbaarheid van ES rechten (met inbegrip van een groeiende erkenning van die rechten op nationaal niveau) en we hebben nu ook een internationale klachtenprocedure die schendingen van ES rechten kan behandelen. Toch schieten die juridische ontwikkelingen tekort in het beschermen van individuen in onze geglobaliseerde wereld. Het internationale recht van de mensenrechten dat we vandaag kennen, faalt namelijk grotendeels in het controleren van degenen die invloed uitoefenen op de realisatie van mensenrechten.

zoals (transnationale) bedrijven en internationale (financiële) instellingen. De verplichtingen van buitenlandse staten, in het bijzonder verplichtingen met betrekking tot ES rechten, worden onvoldoende erkend en bijgevolg onvoldoende nageleefd. Mensenrechtenorganen en -hoven erkennen wel in toenemende mate de extraterritoriale toepassing van mensenrechtenverdragen maar de jurisprudentie is qua reikwijdte nog steeds beperkt. Internationale mensenrechtenhoven zoals het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) benadrukken namelijk dat extraterritoriale verplichtingen enkel in 'uitzonderlijke omstandigheden' kunnen worden erkend (zie hieronder). Bovendien is de jurisprudentie beperkt tot burgerlijke en politieke rechten, waardoor er nog veel onduidelijkheid is over de extraterritoriale verplichtingen van staten op het gebied van ES rechten. De opkomst en macht van niet-statelijke actoren is niet inherent schadelijk voor de realisatie van mensenrechten, of een ontwikkeling die alleen kan worden toegeschreven aan de huidige (neoliberale) vorm van globalisering. De negatieve impact van die actoren mag niet automatisch leiden tot een oproep tot de ontbinding van de macht van bijvoorbeeld transnationale bedrijven en internationale financiële instellingen. Integendeel, aangezien veel actuele mondiale problemen (klimaatverandering, armoede, ...) alleen kunnen worden opgelost door mondiale actie lijkt het nodig om sterke internationale organisaties te hebben die dergelijke actie kunnen ondersteunen. Ook (transnationale) bedrijven kunnen bijdragen tot de realisatie van mensenrechten gezien ze belastinginkomsten genereren, banen creëren en nieuwe technologieën ontwikkelen. Als die organisaties echter een (belangrijke) rol spelen bij de realisatie van mensenrechten dan moeten zij ook verantwoording afleggen op het gebied van mensenrechten. Niet-statelijke actoren hebben echter nog steeds geen directe (mensenrechtelijke) verplichtingen. Nochtans is de erkenning van de negatieve invloed van die actoren op de realisatie van mensenrechten zeker niet nieuw. Reeds in de jaren 1980 wezen experts bijvoorbeeld

Recht vs. realiteit

Een van de belangrijkste hedendaagse kwesties in het recht van de mensenrechten is de verantwoordelijkheid aangaande schendingen en de realisatie van mensenrechten van 'buitenlandse staten' (staten die buiten hun grenzen handelen) en niet-statelijke actoren,

* Arne Vandenbogaerde is postdoctoraal onderzoeker aan de onderzoeksgroep Recht en Ontwikkeling van de Universiteit Antwerpen. Dit artikel is een aangepast uittreksel uit zijn doctoraatsthesis. Arne Vandenbogaerde, *Contours and viability of a multi-duty-bearer accountability framework in the field of economic, social and cultural rights*, Antwerpen, Universiteit Antwerpen 2015.

op de nadelige gevolgen van de structurele aanpassingsprogramma's van de Wereldbank en het IMF op het genot van ES rechten.¹ Verder is de discussie rond bedrijven en mensenrechten ook al decennia aan de gang binnen de Verenigde Naties (VN). Een analyse van de bestaande *accountability* mechanismen in het internationale en regionale mensenrechtensysteem leert ons echter dat de grote meerderheid van die mechanismen alleen 'indirecte verantwoordelijkheid' kunnen verschaffen: de territoriale staat wordt verantwoordelijk gehouden voor handelingen van die actoren, niet de actoren zelf. Kortom, andere actoren dan de territoriale staat worden nog steeds niet (voldoende) juridisch verantwoordelijk gehouden wanneer zij mensenrechten schenden. Met andere woorden, er is een spanning tussen het bestaande recht van de mensenrechten en de dagelijkse realiteit. Het huidige recht en de bijhorende klachtenmechanismen bieden onvoldoende of geen bescherming tegen de schadelijke acties van andere actoren dan de territoriale staat. Zoals De Feyter heeft opgemerkt: het regime van mensenrechten lijkt in afwezigheid van zijn belangrijkste overtreders (de territoriale staat) niet te werken.² Dit heeft als gevolg dat de geleverde bescherming door het recht van de mensenrechten in toenemende mate een fictie wordt en bijgevolg ondoeltreffend in de context van hedendaagse schendingen.

Macht = accountability

Niettegenstaande de wetenschappelijke ondersteuning voor een uitbreiding van de plichtdragers in het recht van de mensenrechten blijft de juridische bouw van die oplossing onderontwikkeld. Het grootste deel van het onderzoek in het laatste decennium heeft zich gericht op de loutere erkenning van mensenrechtenverplichtingen van buitenlandse staten en niet-statelijke actoren in het bestaande recht. Er is minder gefocust op mogelijke regels voor de toekenning en verdeling van de verplichtingen en verantwoordelijkheid van die actoren. Met andere woorden: hoe het recht er zou moeten uitzien (*lex ferenda*). De doelstelling van *accountability* (rekenschaps-plichtigheid) is het controleren of beheren van macht. Macht is van essentieel belang voor het concept van *accountability*: zodra er macht is moet er *accountability* zijn. Die doelstelling van *accountability* is compatibel met de notie dat mensenrechten zich fundamenteel bekommeren om de controle van macht. Het zijn normen en bijhorende procedures die de macht ter verantwoording roepen. Bovendien bepaalt bovenstaande erkenning niet wiens macht moet worden gereguleerd: *accountability* is 'actor neutraal'. Bijgevolg betekent *accountability* voor het mensenrechtenkader dat we het idee moeten verlaten dat het recht van de mensenrechten uitsluitend of

hoofdzakelijk als doel heeft te beheersen van de macht van de territoriale staat. De argumenten voor een uitbreiding van de plichtdragers in het recht van de mensenrechten is gebaseerd op het feit dat macht rekenschapsplichtigheid inhoudt. Met andere woorden, als buitenlandse staten of niet-statelijke actoren macht uitoefenen, moeten ze daarvoor ook ter verantwoording worden geroepen. Dit leidt natuurlijk tot de vraag: welk soort macht leidt precies tot de verplichtingen van die actoren? We zullen in dit artikel bij die vraag stilstaan, en in het bijzonder bij de vraag wanneer buitenlandse staten dergelijke verplichtingen hebben. Vooral dat laatste is nog altijd zeer controversieel.

Rechtsmacht

Of staten onder het recht van de mensenrechten verplichtingen hebben, hangt af van het antwoord op de vraag of zij 'jurisdictie' of rechtsmacht hebben. Wanneer een staat rechtsmacht heeft, kan hem verplichtingen worden toegewezen. De achtergrond voor de controversie omtrent rechtsmacht of jurisdictie is de spanning tussen het streven naar een universele eerbiediging van de mensenrechten en de mogelijkheid voor plichtdragers om te voldoen aan hun (extraterritoriale) verplichtingen. Men kan toch moeilijk een staat verantwoordelijk houden voor alles wat buiten zijn grondgebied gebeurt? Er zijn geen inherente procedurele of inhoudelijke beperkingen in de verschillende *accountability* mechanismen die de mensenrechtenverplichtingen van staten *a priori* beperken tot wat er binnen hun grondgebied gebeurt. De meeste internationale en regionale mensenrechtenorganen (zoals de VN comités) hebben een breed mandaat dat hen toelaat om extraterritoriale verplichtingen van staten te behandelen. De reikwijdte van de internationale en regionale individuele klachtenprocedures (zoals onder het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en Fundamentele Vrijheden) zijn ook niet inherent territoriaal beperkt. In de praktijk worden de jurisdictionele clausules echter gebruikt om de toekenning van extraterritoriale verplichtingen (restrictief) af te bakenen. Tot op zekere hoogte erkennen mensenrechtshoven en comités dat staten een verantwoordelijkheid dragen voor hun daden en/of nalatigheden buiten hun grenzen. Rechtsmacht is volgens die mechanismen fundamenteel verbonden met het grondgebied van een staat en enkel in uitzonderlijke gevallen kan een staat verplichtingen worden toegewezen buiten zijn grondgebied. Die uitzonderlijke omstandigheden doen zich voor wanneer een staat controle uitoefent over een grondgebied of over personen buiten zijn grenzen. Laten we eerst even stilstaan bij het zogenaamde territoriale karakter van rechtsmacht, vooraleer we ingaan op de controletest voor het toewijzen van verplichtingen. Een territoriale

¹ Zie bijvoorbeeld: R. M., Abouharb; D. Cingranelli, *Human Rights and Structural Adjustment*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.

² K. De Feyter, *Human rights: Social Justice in the Age of the Market*, London, Zed Books, 2005, p. 22.

'aarding' van mensenrechten-verplichtingen moet worden afgewezen om twee belangrijke redenen. Ten eerste wordt op grond van de universele realisatie van mensenrechten een geografische basis onhoudbaar geacht. De herhaalde verklaringen van staten tot het realiseren van mensenrechten voor iedereen en overal kunnen enkel worden geschraagd door universele mensenrechtenverplichtingen. Bijgevolg lijkt het 'exceptionality' argument te moeten worden omgedraaid: mensenrechtenverdragen gelden overal en zijn slechts in uitzonderlijke gevallen beperkt tot het grondgebied (dat is wanneer er een specifieke territoriale beperking voorzien is in het verdrag). Ten tweede moet men de territoriale aarding van de verplichtingen ook afwijzen op louter empirische gronden. We leven in een geglobaliseerde wereld waar grenzen elke dag onbeduidender worden en waar andere actoren dan de territoriale staat invloed uitoefenen op de realisatie van mensenrechten. Het verankeren van mensenrechtenverplichtingen in het grondgebied van een staat is niet compatibel met de werkelijkheid. Een laatste argument voor het 'de-territorialiseren' van rechtsmacht is het feit dat het onderscheid tussen territoriale en extraterritoriale verplichtingen in het kader van directe verplichtingen voor bedrijven of internationale organisaties zinloos is. Als men effectief gaat naar een mensenrechtenkader met meerdere plichtendragers zal de toekenning van verplichtingen door 'niet-territoriale' factoren moeten gebeuren, daar actoren zoals bedrijven geen grondgebied hebben. Kortom, het verwerpen van de traditionele notie dat rechtsmacht fundamenteel territoriaal is, lijkt dus essentieel indien we andere actoren ter verantwoording willen roepen.

ES Rechten en rechtsmacht?

Kan me dan ook niet verder met de - in het bijzonder door het EHRM - uitgewerkte controletest over personen en grondgebied voor het toewijzen van verplichtingen? Hier moeten twee zaken worden opgemerkt. Ten eerste zijn de rechtsmachtprincipes van effectieve controle over grondgebied of controle over personen enkel toepasbaar in een beperkt aantal gevallen. Veel schendingen van mensenrechten, in het bijzonder ES rechten, vallen buiten de beperkte scenario's van 'effectieve controle'. Buitenlandse staten hebben namelijk vaak geen controle over het grondgebied of over de betrokken personen wanneer ze mensenrechten in het buitenland schenden (bv. schendingen veroorzaakt door economische maatregelen). Ten tweede bemoeilijken ES rechten de toerekening van extraterritoriale verplichtingen, daar het Internationaal Verdrag inzake Economische,

Sociale en Culturele rechten (IVESCR) staten verreichende positieve extraterritoriale verplichtingen oplegt. Meer in het bijzonder gaat het om situaties waar er geen eerdere link bestaat tussen een individu en de plichtendragers. Dit is bijvoorbeeld het geval bij de verplichting tot het scheppen van een internationaal gunstig klimaat voor de realisatie van de mensenrechten of de verplichting om internationale hulp en samenwerking te verstrekken. Die (positieve) verplichtingen worden ook wel verplichtingen met een globaal karakter genoemd. Dit gaat dus verder dan de koppeling van mensenrechtenverplichtingen aan de negatieve gevolgen van het handelen of nalaten van een staat. Dergelijke verplichtingen met een globaal karakter kunnen niet worden toegekend op een feitelijke basis (zoals *de facto* controle over het grondgebied) omdat er gewoon geen dergelijke basis of voorafgaande link is. Rechtsmachtprincipes die steunen op controle (zoals fysieke controle over personen) lijken alleen te werken in een beperkt aantal gevallen waarin een staat moet afzien van directe inmenging in de realisatie van mensenrechten buiten haar grenzen (de extraterritoriale verplichting tot eerbiedigen). Bovendien heeft het gebruik van de controletest tot onbevredigende resultaten geleid in de jurisprudentie aangezien er discussie is over wat 'controle' juist betekent.³ Aangezien bij de verplichtingen die voortvloeien uit het IVESCR de bovenstaande invulling van rechtsmacht enkel beperkt bruikbaar is, heeft men geopperd om rechtsmacht niet te gebruiken in de context van ES rechten. Er is dan ook geen verwijzing naar rechtsmacht in het IVESCR. Dit wil echter niet zeggen dat het concept niet zal worden gebruikt. Ten eerste is het vastgelegd in het protocol dat een klachtenprocedure voorziet voor schendingen van het IVESCR. Ten tweede leert de praktijk ons dat zelfs wanneer in het klachtenmechanisme (bijvoorbeeld in een interstatelijke klachtenprocedure) niet is voorzien in een rechtsmachtvereiste, dit vereiste toch zal worden gebruikt om verplichtingen toe te wijzen. Het gebruik van de notie rechtsmacht lijkt met andere woorden, onvermijdelijk.

Verplichtingen en verantwoordelijkheid

Bijgevolg dringt een heroverweging van de invulling van de notie rechtsmacht zich op. Ngo's, samen met academici en mensenrechtenexperten, hebben geprobeerd jurisdictie te herinterpreteren zodat het compatibel is met de volledige reikwijdte van verplichtingen op het gebied van ES rechten. De meest uitvoerige poging om dit te doen is te vinden in de Maastricht Principles on Extra-Territorial Obligations in the Area of Economic, Social and Cultural Rights (ETO Principles).⁴ Die ETO principes erkennen de spatiale of

³ Zie in het bijzonder: EHRM, 12 december 2001, *Bankovic et al. tegen België (et al)*.

⁴ De principes en commentaar van de drafters hierbij kunnen hier worden gevonden: O. De Schutter, e.a., "Commentary to the Maastricht Principles on Extra-Territorial Obligations of States in the area of Economic, Social and Cultural Rights", (2012) Vol. 34, nr. 4, *Human Rights Quarterly*, p. 1084-1169. Voor een bespreking zie ook: W. Vandenhole en A. Vandenbogaerde, "Voorbij de Territoriale Staat: De Maastricht Principles over Extraterritoriale Mensenrechtenverplichtingen" (2012), nr 2, *TVMR*, p. 9-12.

persoonlijke controletest maar gaan verder door *inter alia* te stellen dat een staat ook verplichtingen heeft in situaties waarin hij beslissende invloed kan uitoefenen of maatregelen kan nemen om economische, sociale en culturele rechten extraterritoriaal te realiseren (ETO Principe 9c). Dit gaat duidelijk veel verder dan de huidige rechtspraak en omvat heel veel situaties waarin staten verplichtingen zouden hebben (telkens wanneer de staat maatregelen kan nemen). Wat echter problematisch is, is dat ook die progressieve ETO principes vertrekken vanuit dezelfde uitgangspunten als de mensenrechtenhoven en -comités: ze kennen verplichtingen toe naargelang de feitelijke of reële capaciteit van de plichtendrager om die te vervullen. Dit lijkt misschien logisch: een staat kan immers niet verantwoordelijk zijn voor alle individuen en dus moet rekening worden gehouden met de realistische naleving van de verplichtingen van die staat. Die uitgangspunten leiden er echter toe dat ze niet geschikt zijn om verplichtingen toe te kennen aan buitenlandse staten. Men kan rechtsmacht namelijk niet gebruiken om geen onrealistische verplichtingen op te leggen aan staten. Rechtsmacht bepaalt niet de inhoud van verplichtingen enkel wanneer een staat verplichtingen heeft. Bovendien beperkt de werkelijke capaciteit van een staat om maatregelen te nemen niet de verplichtingen van die staat, maar zijn verantwoordelijkheid. De toewijzing van verplichtingen gaat vooraf aan elke bepaling van verantwoordelijkheid (zoals verstaan onder artikel twee van de International Law Commission's Draft Articles on State Responsibility) van een staat. Rechtsmacht zegt niets over de verantwoordelijkheid van een staat voor een schending. De verantwoordelijkheid van een staat wordt bepaald door de beoordeling van diens werkelijke capaciteit (bv. de financiële mogelijkheden van de staat). Met andere woorden, als men verantwoordelijkheid toeschrijft, moet men een onderscheid maken tussen het onvermogen van een staat en zijn onwil om te voldoen aan zijn verdragsverplichtingen. Indien we tegelijkertijd principes op basis van daadwerkelijke capaciteit gebruiken voor de bepaling van de verplichtingen én verantwoordelijkheid dan leidt dit tot een conceptuele warboel. Wat nu? Als rechtsmachtsprincipes niet kunnen worden gebaseerd op de werkelijke capaciteit van een plichtendrager, zoals de controle over grondgebied of financiële mogelijkheden, op wat moet het dan wel gebaseerd zijn?

Respect, protect, fulfil

In het domein van de ES rechten is er een drievoudige typologie van verplichtingen: de verplichting tot eerbiedigen (respect), beschermen (protect), en vervullen (fulfil). We stellen dat de verplichting om te eerbiedigen, een basisverplichting, altijd toe te schrijven

is. Die verplichting volgt gewoon de activiteiten van een buitenlandse staat. Wij zijn het oneens met de afwijzing door EHRM's van de stelling dat '*anyone adversely affected by an act imputable to a Contracting State, wherever in the world that act may have been committed or its consequences felt, is thereby brought within the jurisdiction of that State for the purpose of Article 1 of the Convention*'.⁵ Wanneer een buitenlandse staat actie onderneemt, dan moet hij ervoor zorgen dat hij geen negatieve invloed uitoefent op de realisatie van mensenrechten. Een staat kan zijn verplichtingen tot het respecteren van mensenrechten niet achterlaten aan zijn grenzen. Belangrijk daarbij is dat het irrelevant is of een buitenlandse staat al dan niet rechtmatig handelt (binnen zijn juridische capaciteit) op het grondgebied van een andere staat. Het zijn de activiteiten van een buitenlandse staat op dat grondgebied die ons in staat stellen verplichtingen toe te wijzen. Dit maakt natuurlijk dat de toewijzing van gedrag (*attribution of conduct*) een belangrijk aspect wordt in het toewijzen van verplichtingen in grensoverschrijdende situaties.

Wat met de positieve verplichtingen van staten om mensenrechten te beschermen en te vervullen? In situaties waar er geen eerdere link is tussen de buitenlandse staat en het individu (zie hierboven, verplichtingen met een globaal karakter), zou de toekenning van de (positieve) verplichtingen gebeuren op basis van de vraag of staten een wettelijke bevoegdheid (juridische capaciteit) hebben om te handelen. Dit impliceert een '*can implies ought*' positie: wanneer het internationaal recht een staat toelaat op te treden en zijn verplichting uit te voeren moet hij dit (proberen te) doen. Bijgevolg kan de verplichting te beschermen en te vervullen binnen de grenzen van het internationale recht toegeschreven worden aan een buitenlandse staat. Als bijvoorbeeld een bedrijf op het grondgebied van een staat is geregistreerd, dan heeft die staat de wettelijke bevoegdheid om het gedrag van dat bedrijf te reguleren en kan de verplichting van die staat tot beschermen worden toegeschreven op grond van zijn juridische capaciteit. Simpel gezegd: wanneer het internationaal recht een staat toelaat op te treden en zijn positieve verplichtingen te implementeren moet die staat dat proberen te doen. Dit betekent niet dat een buitenlandse staat automatisch verantwoordelijk zal worden gesteld indien hij niet gehandeld heeft. Indien de staat kan bewijzen dat hij niet in staat is om zijn verplichtingen te vervullen door een gebrek aan middelen (de feitelijke capaciteit van een staat), dan kan hij niet verantwoordelijk worden gesteld. Dit betekent echter niet dat hij geen verplichtingen heeft buiten zijn grenzen.

5 *Banković and others v. Belgium and others, Admissibility Decision, European Court of Human Rights, (Application no. 52207/99, 2001b), para. 75.*

Grondrechten op een kruispunt van uitdagingen en opportuniteiten

TvMR sprak met Professor Maya Hertig Randall over mensenrechten in tijden van telecommunicatie, multiculturalisme en terreur

Lieselot Verdonck*

Prof. Hertig Randall (Universiteit van Genève) is een autoriteit op het gebied van internationaal en rechtsvergelijkend constitutioneel recht, en is in het bijzonder geïnteresseerd in de diversiteitsproblematiek. Het is bijgevolg niet verwonderlijk dat ze ook lid is van de Zwitserse Commissie tegen Racisme en van het Internationaal Comité van het Rode Kruis. In december 2015 was Prof. Hertig Randall als gastspreker in Gent.¹

TvMR: Is de verhouding tussen internationale en nationale mensenrechten geëvolueerd de laatste jaren?

Prof. Hertig Randall: Hoewel internationaal recht in toenemende mate wordt geïntegreerd in nationale rechtspraak, vrees ik dat er ook een tegenbeweging is, waarbij vooral de politieke machten zich verzetten tegen een grotere invloed van het internationaal recht. Veel burgers voelen zich immers gedestabiliseerd en wensen eenvoudige antwoorden. Dat de politieke machten de integratie van internationale mensenrechten door de gerechtelijke macht in vraag stellen is eigenlijk geen nieuw, maar een terugkerend fenomeen. Eenzelfde golfbeweging doet zich ook voor in andere rechtsverhoudingen, zoals tussen federaal en deelstatelijk recht. Eind de jaren '80 was er één kanton in Zwitserland waar vrouwen nog geen stemrecht hadden voor de regionale verkiezingen. Niettegenstaande het argument van het kanton dat de regionale grondwet superieur is, greep het Hooggerechtshof in de jaren '90 toch in, waardoor het debat over de verhouding tussen regionaal en federaal recht nieuw leven werd ingeblazen.

TvMR: Dankzij telecommunicatie kent informatie geen landsgrenzen meer. Kijken ook rechters naar andere jurisdicties bij het beoordelen van mensenrechtenkwesties?

Prof. Randall: Het korte antwoord op deze befaamde vraag naar rechterlijke dialoog is "zeker", maar dit geldt niet voor alle rechtbanken. Opmerkelijk is dat vooral jongere rechtbanken buitenlandse en internationale rechtspraak raadplegen. Zuid-Afrika is een mooi voorbeeld. Het *Makwanyane* arrest, waarin het Grondwettelijk Hof de doodstraf ongrondwettelijk verklaarde, verwijst naar rechtspraak uit o.a. India, Hongarije, de Verenigde Staten (VS) en Duitsland. In de VS zijn verwijzingen naar internationaal of buitenlands recht daarentegen zeldzaam wegens politiek gevoelig.

Er is ook meer rechterlijke dialoog over morele kwesties. In een Zwitserse rechtszaak rees bijvoorbeeld de vraag of men veroordeeld kan worden tot het betalen van een schadevergoeding, wanneer een ongewenste zwangerschap te wijten is aan een mislukte sterilisatie. Het Hooggerechtshof consulteerde rechtspraak uit Duitsland, Oostenrijk en Nederland. Een ander voorbeeld is euthanasie. In het *Pretty* arrest citeerde het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) het Canadese Hooggerechtshof. Het Japanse Hooggerechtshof heeft zich dan weer laten inspireren door het *Marckx* arrest van het EHRM.

Niet enkel wie dialogueert, en waarover, is interessant, maar ook welke rechtspraak het meest wordt geciteerd. Een aantal rechtbanken, zoals het Duitse Grondwettelijk Hof en het Amerikaanse Hooggerechtshof, hebben duidelijk meer aanzien. Ik hoop in ieder geval dat rechters hun dialoog voortzetten, zeker nu rechtspraak zo vlot raadpleegbaar is, bijvoorbeeld online.

TvMR: Een actuele kwestie binnen het mensenrechtendiscours betreft de rol van ondernemingen. Hoe uit de verhouding tussen internationaal en nationaal recht zich in deze kwestie?

Prof. Randall: Ik ben geen expert inzake ondernemingen en mensenrechten, maar ik geloof dat

* Lieselot Verdonck is doctoraatsonderzoeker aan het Centrum voor Mensenrechten (UGent) en aspirant van het Fonds Wetenschappelijk Onderzoek.

¹ De conferentie werd georganiseerd in het kader van een interuniversitaire attractiepool onderzoeksnetwerk (www.hrintegration.be).

het internationaal recht een belangrijke bijdrage heeft geleverd aan het nationaal recht door de ontwikkeling van de 'beschermingsplicht'. Dit concept heeft in eerste instantie verduidelijkt dat mensenrechten ook effect hebben in betrekkingen tussen private actoren. Zeker in Zwitserland is dit een nieuw gegeven dat werd geïntroduceerd door het internationaal recht en rechtsvergelijking. Bovendien moet dit onderwerp aandacht krijgen op internationaal niveau, aangezien een louter nationale aanpak voor een transnationaal probleem niet zinvol is.

Internationale mensenrechten beïnvloeden ook de beoordeling van concrete incidenten met ondernemingen. Een voorbeeld is de rechtspraak van het EHRM inzake vrijheid van meningsuiting: kritiek op marktspelers krijgt dezelfde bescherming als politieke uitingen over zaken van algemeen belang, zodat controle aangemoedigd wordt.

TvMR: U heeft inderdaad een artikel gepubliceerd inzake maatschappelijk verantwoord ondernemen (MVO) en vrijheid van meningsuiting. Waarom vindt u dat kritiek op ondernemingen meer bescherming moet genieten dan 'commercial speech'? Speelt ook de overweging dat ondernemingen mensenrechtenverplichtingen hebben?

Prof. Randall: Het is niet omdat ondernemingen gebonden zijn door mensenrechten, dat ze mogen liegen over hun beleid. Mijn argument is eerder instrumenteel: ik meen dat waarheidsgetrouwe informatie die relevant is voor burgers en consumenten, maximaal beschikbaar moet zijn. Advertenties over MVO zijn goed, maar ondernemingen mogen geen onwaarheden verspreiden. De vraag is dus hoeveel foutmarge we aanvaarden. Strikte aansprakelijkheid kan contraproductief werken voor ondernemingen met ingewikkelde productieketens, omdat er geen garantie is dat alle actoren in de keten het MVO-beleid respecteren. Toch moeten deze ondernemingen communiceren over hun MVO-beleid en tonen dat ze hun productieketen zodanig organiseren dat controle makkelijker wordt. Ik ben dus niet akkoord met het standpunt dat ondernemingen absolute vrijheid van meningsvrijheid genieten. Dit zou immers betekenen dat ondernemingen het recht hebben om te liegen, zoals ook ter sprake kwam in het proces *Nike v. Kasky* in de VS. Het is echter een illusie dat consumenten altijd de waarheid kunnen nagaan.

Bovendien is de redenering dat ondernemingen rechtspersoonlijkheid hebben, en dus dezelfde rechten genieten als individuen, fundamenteel onjuist, omdat ondernemingen geen zelfgevoel hebben. Neem bijvoorbeeld publieke beschuldigingen. Bij een individu

moet rekening gehouden worden met zijn of haar waardigheid en sociale status, zodat een evenwicht bereikt moet worden tussen twee fundamentele rechten: vrije meningsuiting en privacy. Ik ben akkoord dat ondernemingen een financieel belang hebben bij het beschermen van hun reputatie, maar dit zijn instrumentele argumenten om een beperking op vrije meningsuiting te rechtvaardigen, die geen mensenrechtelijke belangen doen rijzen.



TvMR: Sinds 2012 zetelt u ook als deskundige in de Zwitserse Commissie tegen Racisme. Onze huidige samenleving is zeer multicultureel, maar vaak ook intolerant. Welke trends vergen onze aandacht?

Prof. Randall: Sociale media vormen één van de belangrijkste uitdagingen. Haatboodschappen worden tegenwoordig vooral online verspreid, zodat de aanstoker moeilijk op te sporen is. Recent was er bijvoorbeeld een dispuut tussen

Twitter en Frankrijk, omdat de overheid toegang wou tot de gegevens van personen die haat-tweets de wereld in sturen. De strijd tegen discriminatie op sociale media vraagt echter bewustmaking en geen verboden. Wanneer ik spreek met mijn studenten, merk ik dat ze niet goed beseffen dat online berichten enorme schade kunnen veroorzaken en snel worden verspreid. Jongeren moeten dus beter geïnformeerd worden. Een goed initiatief is de 'Geen Haat' campagne van de Raad van Europa.

Een interessant punt van discussie blijft ook de criminalisering van haatboodschappen. In Zwitserland bijvoorbeeld zijn er altijd wel politici die de strafbepaling willen schrappen. Volgens de Commissie tegen Racisme wordt de vrije meningsuiting niet onnodig beperkt. Uit onze databank, die elke zaak registreert, blijkt immers dat het overgrote merendeel betrekking heeft op onverholen haatboodschappen. Uiteraard zoeken juristen graag naar randgevallen om de strafbaarstelling aan de kaak te stellen en vinden ook de media zo'n zaken meer nieuwswaardig.

Dit brengt mij naadloos naar een volgende uitdaging, zijnde hoe de pers rapporteert over racisme. De Commissie heeft de beeldvorming rond Roma in de Zwitserse pers onderzocht. Daaruit blijkt dat de Roma in Zwitserland het nieuws halen bij negatieve gebeurtenissen, waardoor termen als 'bedelaars', 'smerige mensen' en 'dieven' domineren. Anderzijds benadrukken berichten over de Roma in andere landen wel het probleem van structurele discriminatie. Het is nu eenmaal gemakkelijker om discriminatie waar te nemen buiten je eigen samenleving. Daarom is toezicht door mensenrechtenorganisaties, die meer verwijderd zijn

van de nationale context, onontbeerlijk voor kwetsbare groepen.

Hoe dan ook, de grootste uitdaging momenteel is de islamofobie, die welig tiert in veel landen. De boodschap dat de Islam niet gelijk staat aan terrorisme en fundamentalisme, komt maar niet over. Ik hoop dat het wantrouwen vlug vervaagt. Dertig jaar geleden stonden mensen vijandig tegenover de Italianen die naar Zwitserland kwamen werken. Daarna wantrouwde men de migranten uit de Balkan en nu de moslims. We moeten ons ervan bewust zijn dat de slachtoffergroep gemakkelijk verschuift.

TvMR: U zei daarstraks dat haatboodschappen in Zwitserland strafbaar zijn. Recent besliste de Grote Kamer van het EHRM dat de veroordeling van *Perinçek* wegens zijn weigering om de gebeurtenissen in het Ottomaanse Rijk te erkennen als een genocide in strijd is met het recht op vrije meningsuiting. Hoe voelt u zich bij dit arrest?

Prof. Randall: De Commissie tegen Racisme is eigenlijk blij dat het arrest de strafbepaling op zich niet in vraag stelt en erkent dat de strijd tegen haat en racisme een rechtmatige doelstelling is. Eerlijk, ik weet dat *Perinçek* een randgeval was. Niettemin denk ik dat het Hof Zwitserland een grotere appreciatiemarge had kunnen gunnen. Men kan uitspraken vanuit verschillende hoeken interpreteren: kijk je naar de spreker, de doelgroep of de inhoud? De wijze waarop de Zwitserse rechtbanken *Perinçek's* uitlatingen beoordeelden, was niet ongegrond.

Ik vind ook een aantal argumenten problematisch. Moet de geografische context van uitlatingen een belangrijke factor zijn in de beoordeling? Toen het arrest uitkwam, was ik een lezing over vrije meningsuiting en het internet aan het voorbereiden, en ik besepte meer dan ooit dat verklaringen geuit in Zwitserland ook onmiddellijk in Turkije beschikbaar zijn. Ook het tijdsargument is betwistbaar: betekent dit dat holocaustontkenning over pakweg twintig jaar niet meer strafbaar mag zijn?

Anderzijds ben ik opgelucht dat de Grote Kamer de redenering van de Kamer inzake het consensus argument niet heeft gevolgd. De beslissing van het EHRM kan dus niet gelezen worden als een oordeel dat er geen genocide heeft plaatsgevonden, een argument dat Turkije waarschijnlijk gebruikt zou hebben. Die laatste opmerking houdt eigenlijk verband met een meer algemeen probleem in de strijd tegen racisme. Wanneer een rechtbank in een concrete zaak beslist dat er geen misdrijf werd gepleegd, betekent dit niet dat de uitspraken ook moreel correct en verdedigbaar zijn. Strafrecht is er enkel voor de ergste incidenten. Vorig jaar oordeelde het Zwitserse Hooggerechtshof bijvoorbeeld dat een agent die een asielzoeker een "vuile buitenlander" had genoemd, geen misdrijf had begaan, omdat haatboodschappen gericht zijn tegen

een specifieke etnische groep, wat 'buitenlanders' niet zijn. Op zich is dit onderscheid al betwistbaar, maar verontrustend is vooral dat in de media de boodschap werd verspreid dat de uitlating oké was.

TvMR: De laatste vraag is ingegeven door de huidige terreurdreiging. Stemmen voor bijzondere antiterreurwetten klinken steeds luider en incidenten van 'ethnic profiling' door ordehandhavers nemen toe. Zijn onze waarden in gevaar?

Prof. Randall: In tijden van terreur is overreageren altijd een risico. Achteraf is het gemakkelijk om te zeggen dat we onze waarden te vlug hebben opgegeven. Toch zouden we lessen moeten trekken uit het verleden. Neem bijvoorbeeld subversieve uitspraken. In de jaren '40 waren er gevangenisstraffen van kracht voor communisten in de VS, ook al was er geen enkele reële kans dat ze ooit aan de macht zouden komen. Waarom maken we dezelfde fout telkens opnieuw? Gelukkig geven mensenrechtenorganisaties een beetje weerwerk, zoals het EHRM tegen de detentie van terreurverdachten voor onbepaalde duur.

De moeilijkheid van *ethnic profiling* is dat we allemaal impliciete vooroordelen hebben. Uiteraard zegt iedereen geen racist te zijn, maar we moeten mensen wijzen op hun onbewuste vooringenomenheid. Dit geldt ook voor discriminatie op grond van geslacht, bijvoorbeeld. Uit onderzoek aan de Universiteit van Yale waarbij willekeurig een geslacht werd toegewezen aan curricula, bleek dat 'mannen' een veel grotere respons kregen dan 'vrouwen'. Mensen trachten hun stereotypen rationeel te rechtvaardigen. Een veelgehoord argument is dat het aantal allochtone gevangenen disproportioneel is. Men moet dergelijke vergelijkingen echter in het juiste perspectief plaatsen. Gevangenen komen meestal uit achtergestelde milieus. Wanneer het aantal autochtone en allochtone gevangenen wordt vergeleken rekening houdend met hun socio-economisch profiel, lopen misdaadcijfers gelijk.

Of rechters weerwerk kunnen bieden aan *ethnic profiling*, vooroordelen en het discours om fundamentele rechten terug te schroeven in de strijd tegen terrorisme, is sterk afhankelijk van het politieke en juridische systeem van een land. Ook de andere machten spelen immers een belangrijke rol. We moeten politici in het debat betrekken en hen wijzen op hun plicht om mensenrechten hoog te houden. Die verantwoordelijkheid kunnen ze niet gemakshalve doorschuiven naar rechters. Grondwettelijke hoven kunnen enkel standhouden indien de wetgever en de uitvoerende macht hun strijd voor het behoud van onze waarden steunen.

Communicatiegeheim: werkgever mag professionele elektronische communicatie controleren

Europees Hof voor de rechten van de mens, *Bărbulescu t. Roemenië*, arrest 12 januari 2016, appl. nr. 61496/08

Ronny Saelens*

De feiten

Bărbulescu, een ingenieur die instaat voor de verkoop, werd ontslagen omdat hij privéberichten verstuurde via Yahoo Messenger. Op verzoek van zijn werkgever had hij een Yahoo Messenger-account aangemaakt om met de klanten van het bedrijf te kunnen communiceren. Bărbulescu was op de hoogte van de ICT-policy binnen het bedrijf die ieder gebruik van bedrijfsmiddelen voor persoonlijke doeleinden verbodt. Op 13 juli 2007 bracht de werkgever Bărbulescu ervan op de hoogte dat de Yahoo Messenger-account tussen 5 en 13 juli werd gemonitord. Daaruit was gebleken dat Bărbulescu de Messenger-account gebruikt om privéberichten te versturen naar zijn verloofde en zijn broer. Een specifieke aanleiding voor de controle was er niet. De werkgever had de communicatie gevolgd in de veronderstelling dat Bărbulescu louter met klanten communiceerde. Voor de Roemeense rechter voerde de werknemer aan dat zijn recht op privacy was geschonden omdat de werkgever zonder zijn toestemming kennis had genomen van de inhoud van de berichten. Bărbulescu kreeg geen gelijk. Volgens de Roemeense rechter mocht zijn werkgever de communicatie onderzoeken aangezien de Messenger-account enkel voor zakelijke doeleinden werd aangemaakt en in het bedrijf elk persoonlijk gebruik ervan was verboden. Daarnaast werd de inhoud van de berichten niet openbaar gemaakt. Het Straatsburgse Hof volgt de visie van de Roemeense rechter. Volgens het Hof handelde de werkgever binnen de krijtlijnen van zijn disciplinaire bevoegdheid en was de toegang tot de berichten proportioneel (§ 57).

Redelijke privacyverwachting

Deze uitspraak is de eerste na het *Copland*-arrest van 2007 waarin het Mensenrechtenhof de bescherming van artikel 8 EVRM heeft uitgebreid naar e-mailberichten en internetgebruik op de werkplaats.¹ Hoewel het Hof met het onderhavige *Bărbulescu*-arrest niet volledig de kans grijpt om verfijningen aan het *Copland*-arrest aan te brengen, moeten we voor ogen houden dat er tegelijkertijd niet onbelangrijke verschillen zijn ten aanzien van de procedure voor het Hof en de context waarin de monitoring van de elektronische communicatie heeft plaatsgevonden. De eerste vraag die het Hof beantwoordt is of de Messenger-account onder de bescherming van artikel 8 EVRM, met name het recht op privacy, valt. Het Hof brengt in herinnering dat het recht om persoonlijke relaties aan te gaan ook geldt op de werkplek (§ 34).² Met verwijzing naar het *Copland*-arrest brengt het Hof in herinnering dat artikel 8 EVRM *prima facie* ook van toepassing is op e-mailberichten en het gebruik van het internet (§ 37). Wat de werkplaats betreft hanteert het Hof sinds het *Halford*-arrest van 1997 het criterium van de *reasonable expectations of privacy*.³ Dit vertaalt zich in de vraag of de werknemer vooraf was gewaarschuwd dat de werkgever de communicatie kon controleren. In het licht van de voorliggende situatie moest het Hof bijgevolg beoordelen of de heer Bărbulescu de redelijke verwachting mocht koesteren dat zijn Messenger-berichten niet zouden worden gecontroleerd. Het Hof stelt vast dat de werkgever zich toegang had verschafte tot de inhoud van de Messenger-account van Bărbulescu. Net zoals in de *Copland*-zaak kan de werkgever echter niet aantonen dat zijn werknemer vooraf is gewaarschuwd dat zijn communicatie kon worden gecontroleerd. Bijgevolg kan de werknemer een redelijke privacyverwachting op

* Ronny Saelens is onderzoeker bij de onderzoeksgroep Law, Science, Technology & Society Studies (LSTS), Vrije Universiteit Brussel.

1 EHRM, *Copland t. Verenigd Koninkrijk*, arrest van 3 april 2007, appl.nr., § 42; P. DE HERT en A. HOEFMANS, 'Het arrest Copland in het kader van de verdediging van de Europese rechtspraak op het gebied van privacybescherming', ECHR 2007, 996-674.

2 Zie respectievelijk EHRM P.G. en J.H. t. Verenigd Koninkrijk, arrest van 25 september 2001, appl. nr. 44787/96 en EHRM, *Köpke t. Duitsland*, arrest van 5 oktober 2010, appl. nr. 420/07.

3 EHRM, *Halford t. Verenigd Koninkrijk*, arrest van 25 juni 1997, appl. nr. 20605/92.

de Messenger-berichten claimen (§ 45).

Voorzienbaarheid

De tweede vraag betreft de wetmatigheid van de inbreuk op art. 8 EVRM. De *Bărbulescu*-zaak speelt zich af binnen een zuiver particuliere context.⁴ In de *Copland*-zaak daarentegen werd aangenomen dat de Universiteit, waar mevrouw Copland werkzaam was, als een publieke instelling moest worden beschouwd. Dat onderscheid is niet zonder belang. In de relatie burger-overheid onderzoekt het Hof een beperking van de privacy vanuit de traditionele negatieve verplichtingen van de overheid waardoor aan de wettelijke basis strenge kwaliteitseisen worden gesteld.

Zo moet de wettelijke regeling voldoende precies zijn zodat het voor de burger duidelijk is onder welke omstandigheden en voorwaarden zijn communicatie kan worden onderschept en gebruikt. Aangezien de *Bărbulescu*-zaak zich echter binnen een particuliere context afspeelt, wordt de inmenging in de privacy onderzocht in het kader van de positieve verplichtingen van de staat. Daarbij wordt nagegaan of er een redelijk evenwicht werd gezocht tussen de legitieme belangen van de partijen (§ 52). In het besproken arrest hecht het Hof belang aan het bestaan van een ICT-reglement op het bedrijf.

Een andere specifieke wettelijke regeling was (toen) niet voorhanden. Het bedrijfsreglement legt weliswaar een verbod op om de Messenger-account voor persoonlijke doeleinden te gebruiken, maar zegt niets over de omstandigheden en de voorwaarden waaronder monitoring van de communicatie mogelijk is.⁵ Welnu, het Hof oordeelt dat monitoring gerechtvaardigd is op grond van de algemene bevels- en gezagsbevoegdheid van de werkgever (§ 59).

Proportionaliteit

In de *Copland*-zaak kwam het Hof niet toe aan de beoordeling van de proportionaliteit van de maatregel, en dus ook niet aan de periode van de controle, omdat

de wetmatigheidstoets van de monitoring van het telefoon- en e-mailverkeer reeds strandde door het ontbreken van een wettelijke basis.

Niettemin merkt het Hof terloops op dat monitoring van de elektronische communicatie van de werknemer in "*certain situations*" niet is uitgesloten (§ 48). In dat verband valt op dat het Hof in het *Bărbulescu*-arrest geen aandacht schenkt aan de duur van de controle. De werkgever heeft de communicatie immers acht dagen gemonitord. Hier had het Hof toch enige verfijning aan het Copland-arrest kunnen aanbrengen, temeer omdat er geen enkele aanleiding of vermoeden was van (ernstig) ongeoorloofd gebruik van de Messenger-account.

Nabeschouwingen

Ook het besproken *Bărbulescu*-arrest kan niet worden beschouwd als een vrijgeleide voor monitoring van de *persoonlijke* communicatie van de werknemer. Wel lijkt het bestaan van een ICT-policy op het bedrijf niet zonder belang te zijn voor de wetmatigheid van de controle, met name wanneer geen specifieke wettelijke regeling voorhanden is. Hoge eisen lijkt het Hof echter niet aan zo'n reglement te willen stellen. Het valt ook op dat de bescherming van de privacy van de andere deelnemers aan de communicatie niet in het onderzoek wordt betrokken. Overigens een anomalie die geregeld in de rechtspraak opduikt. Daarnaast werpt de uitspraak enig licht op de heersende controverse en discussie in de Belgische rechtspraak en rechtsleer over de reikwijdte van het algemene gezags- en controlerecht van de werkgever. Er is namelijk geen eensgezindheid onder de Belgische rechters of dit algemene gezags- en controlerecht de monitoring van elektronische communicatie van de werknemer toelaat, noch dat daarbij duidelijk onderscheid wordt gemaakt tussen een zakelijke en persoonlijke account. Ondertussen wordt wel tijd- en plaats-onafhankelijk werken gepromoot, waardoor de scheidslijn tussen werk en privé nog dunner wordt.

⁴ Vgl. Köpke t. Duitsland, arrest van 5 oktober 2010, appl. nr. 420/07

⁵ Vgl. de partly dissenting opinion van rechter Pinto DE ALBUQUERQUE.