

B.J. de Vos

Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek

dissertatie Leiden, Apeldoorn/Antwerpen: Maklu 2010, 416p.,
ISBN 978-90-466-0369-7

C. MAK*

‘[N]aar deze studie tracht aan te tonen dient het globale effect van horizontale werking heel wat lager te worden ingeschat dan in deze voorstellingen het geval is. Niet betreft horizontale werking een hemelbestormende innovatie, maar een eerder zwak onderbouwd en diffuus leerstuk dat voornamelijk niet meer dan een terminologische wissel voorstaat (hertaling van belangen in fundamentele rechten), weinig van de haar toegedichte kwaliteiten werkelijk verwezenlijken kan en als kers op de taart zelfs malicieuze kantjes heeft.’

Dit schrijft De Vos in het inleidende hoofdstuk van het proefschrift dat hij half oktober 2010 in Leiden verdedigde. Zoals één van de opposanten tijdens de promotieplechtigheid opmerkte, heeft De Vos hiermee een opmerkelijke insteek gekozen voor de presentatie van zijn onderzoek. Niet vaak ondermijnt een promovendus op een zo eloquente en doorwrochte manier het onderwerp van zijn onderzoek als De Vos doet in zijn betoog over de toepassing van grondrechten tussen particuliere partijen. Zijn niet-alledaagse aanpak heeft geresulteerd in een fascinerend boek, dat getuigt van een grote belesenheid van de auteur (onder meer blijkend uit een overzicht van aangehaalde literatuur en jurisprudentie dat een kwart van het totaal aantal pagina's beslaat) en dat op indringende wijze de kernvragen met betrekking tot het leerstuk van horizontale werking opnieuw aan de orde stelt.

De toepassing van grondrechten, of fundamentele rechten, in privaatrechtelijke verhoudingen is niet vanzelfsprekend. Deze rechten zijn immers in eerste instantie bedoeld als verweermiddelen van burgers tegen de overheid. Zoals De Vos aangeeft, zijn deze in nationale constituties en internationale verdragen neergelegde rechten niettemin ‘en masse de Rubicon overgestoken’ en wordt in de meeste Europese rechtsstelsels een zekere ‘horizontale werking’ aan ze toegekend. Dat wil zeggen dat grondrechten niet meer alleen in de ‘verticale’ verhouding tussen burger en



boeken

* Dr. C. Mak is als universitair hoofddocent verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law (CSECL), Universiteit van Amsterdam.

Staat een rol spelen, maar dat in de civiele rechtspraak steeds vaker grondrechten worden toegepast ter beslechting van een geschil. Dit fenomeen heeft al langer de aandacht van staatsrechtgeleerden, maar is de laatste jaren ook steeds vaker voorwerp van privaatrechtelijk onderzoek.¹ Het lijkt erop dat De Vos kritisch staat tegenover zowel het leerstuk van horizontale werking zelf als de weergave ervan in de juridische literatuur. Hij richt zijn pijlen achtereenvolgens op: de historische ontwikkeling van de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht en de beschrijving daarvan in de doctrine; de terminologie en het analytisch kader dat veelal wordt gebruikt om de werking van grondrechten in het privaatrecht te verklaren en te onderbouwen; de vraag in hoeverre grondrechten daadwerkelijk 'effect' hebben gesorteerd in de civiele rechtspraak en de beantwoording van die vraag in de literatuur; de manier waarop verschillende actoren (procespartijen, rechters, rechtsgeleerden) al dan niet zorgvuldig omgaan met de toepassing van grondrechten op vragen van privaatrecht; de pluspunten en beperkingen van het leerstuk van horizontale werking; en de (on)mogelijkheid van Europese harmonisatie van privaatrecht op basis van grondrechten. De Vos onderwerpt elk van deze deelonderwerpen aan een kritische beschouwing. Daarin concentreert hij zich met name op de mogelijke meerwaarde die grondrechten zouden kunnen geven aan de overwegingen van de civiele rechter in vergelijking met een strikt privaatrechtelijke belangenafweging. Die meerwaarde wordt zijns inziens 'sterk overschat'.

De bijzonder goed gedocumenteerde hoofdstukken over de geschiedenis van het leerstuk van horizontale werking en toepassing ervan in de rechtspraak leveren veel interessante informatie op. Zo beschrijft De Vos hoe reeds voor de Tweede Wereldoorlog, in de Weimarrepubliek, een voorzichtig begin werd gemaakt met de toepassing van grondrechten op particuliere verhoudingen. In de rechtsvergelijkende weergave van de ontwikkeling van het leerstuk in een aanzienlijk aantal Europese landen (naast Duitsland ook Italië, Oostenrijk, Zwitserland, Nederland, Portugal, Spanje, België en Frankrijk) geeft hij vervolgens aan op welke manier de horizontale werking steeds meer terrein heeft gewonnen. Zijn overzicht van de *Fallgruppen* waarin de toepassing van grondrechten in het aansprakelijkheidsrecht, contractenrecht en familierecht kan worden ingedeeld, laat zien hoe deze rechten in de loop der tijd 'als bloemsuiker over het privaatrecht [zijn] uitgestrooid'.

De kritiek van De Vos lijkt met name gericht op het ongebreidelde enthousiasme dat volgens hem in de doctrine tentoon wordt gespreid ten aanzien van deze opmars van het leerstuk van horizontale werking. Een dergelijke optimistische kijk op de toepassing van grondrechten in het privaatrecht is zijns inziens misplaatst en bovendien zelfs gevaarlijk: De

¹ In Nederland is onder meer over de contractenrechtelijke aspecten van het leerstuk geschreven door O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party* (diss. Utrecht), München: Sellier 2007, en door mijzelf, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2008. Een meer algemeen privaatrechtelijk overzicht van het huidige debat is te vinden in T. Barkhuysen en S.D. Lindenbergh (red.), *Constitutionalisation of Private Law*, Leiden: Martinus Nijhoff 2006.

horizontale toepassing van grondrechten zou niet leiden tot een duidelijker articulatie van de 'aan recht en maatschappij onderliggende waarden', noch zou zij kunnen bijdragen aan de bescherming van zwakkere contractspartijen, of als katalysator kunnen werken voor verdere harmonisering van het contractenrecht in Europa. In het ergste geval zou zij zelfs kunnen uitmonden in een 'degeneratie van het vrijheidsbegrip zo de 'zwakke partij'-aspiratie zich effectief doorzet (werkelijke vrijheid vereist immers verantwoordelijkheid), een aantasting der (publieke) geloofwaardigheid van jurisprudentie zo deze in toenemende mate met vrij vage grondrechtenretoriek bekleed wordt, en, ten slotte, een devaluatie van de fundamentele rechten zelf, door een steeds verdere, al dan niet gehonoreerde oprekking van deze rechten wegens het regulier triviaal of zelfs absurde beroep erop.'

In de soms tamelijk felle passages betreffende de vermeende misvattingen in de doctrine (met name te vinden in de hoofdstukken 6, 7 en 8 van het boek) blijkt nog eens dat De Vos geen gemakkelijke insteek heeft gekozen. Een kritiek slaagt immers alleen als zij aansluit op de voorstellingen die zij ter discussie stelt. Door de beperking van zijn onderzoek tot de 'zuivere applicatie van grond- *c.q.* fundamentele rechten als dusdanig in verhoudingen tussen particulieren' lijkt De Vos echter vanaf het begin een deel van de literatuur uit te sluiten van zijn analyse. Verschillende auteurs hanteren juist een ruimere definitie van 'horizontale werking', waarin niet een dergelijk strikt onderscheid wordt gemaakt, of kan worden gemaakt, tussen grondrechten en de waarden die zij vertegenwoordigen. In hoeverre is de kritiek van De Vos toepasselijk op rechtspraak en literatuur die niet uitgaan van 'zuivere applicatie' van een grondrecht, maar het grondrecht slechts meenemen als element in de belangenafweging, of ernaar verwijzen als onderliggende waarde van een wetbepaling? Een voorbeeld is de vrije arbeidskeuze die ten grondslag ligt aan regelgeving omtrent non-concurrentiebedingen in arbeidsovereenkomsten en die om die reden in de Duitse en Nederlandse rechtspraak over dergelijke bedingen is terug te vinden.

De Vos biedt voorts weinig inzicht in de vindplaatsen van de door hem bestreden opvattingen; veelal volstaat hij met een weergave in slechts enkele zinnen van de (te) positieve kijk die veel auteurs zouden hebben op de horizontale werking van grondrechten. De mogelijke voorbehouden en beperkingen van het leerstuk die deze auteurs in hun werk naar voren brengen, laat hij grotendeels onbesproken. Dat is jammer, want het debat over doorwerking van grondrechten in het privaatrecht is niet zwart/wit van karakter. De Vos snijdt bovendien (rechtspolitiek) gevoelige onderwerpen aan, niet in de laatste plaats met betrekking tot de inhoudelijke invloed van grondrechten op de privaatrechtelijke belangenafweging en het

gevaar van inflatie van grondrechten door vergaande toepassing buiten de relatie tussen burger en overheid. Zijn doorwrochte kritiek op de vermeende opvattingen van andere auteurs lijkt door de gekozen opzet op sommige punten het risico te lopen te verworden tot een gevecht tegen windmolens.

Deze punten van kritiek op de gekozen lijn van argumentatie mogen echter niet afdoen aan de waardering voor het onderzoek als geheel. De Vos gaat aanmerkelijk verder dan een enkele beschrijving van de stand van zaken met betrekking tot horizontale werking van grondrechten. Zijn boek geeft blijk van een grondige rechtsvergelijkende en kritische studie van het onderwerp, die de grote vragen betreffende de verhouding tussen publiek- en privaatrecht en de daadwerkelijke bescherming van grondrechten niet uit de weg gaat. De Vos geeft uitdrukking aan een weldoordachte eigen visie op het onderwerp en heeft daarmee een origineel en lezenswaardig proefschrift afgeleverd.