



Universiteit  
Leiden  
The Netherlands

## Constitutionalisering: een overschat vraagstuk?

Vos, B.J. de

### Citation

Vos, B. J. de. (2005). Constitutionalisering: een overschat vraagstuk? *Bw-Krant Jaarboek*, 21, 287-304. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36920>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36920>

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

Deel III

CONSTITUTIONALISERING



‘When people talk about ‘human rights’, I usually get the impression that they’re being ironic’

M. Houellebecq, *Platform*.

## 1 INLEIDING

Grondrechten zijn *en masse* de Rubicon overgestoken.<sup>1</sup> Zo wil althans een moderne juridische legende het. Vanuit de veilige thuishaven van het publiekrecht zijn ze doorgedrongen tot het terrein van het privaatrecht en hebben dit met hun aanwezigheid verrijkt hetzij gecontamineerd, al naargelang de waardering die men aan deze evolutie wenst te hechten. De tot enige decennia geleden gekoesterde opvatting van het privaatrecht als zijnde een glorieus autarkisch systeem lijkt definitief voorbij. Wat rest is slechts de herinnering aan een roemloos ontcrachte mythe. Onderworpen aan de heerschappij van de grondrechten zou het burgerlijk recht nog slechts kunnen bestaan binnen een kader waarvan de omtrek wordt bepaald door het publiekrecht. Een evolutie (of zelfs een loutere vaststelling) die doorheen geheel Europa bekend staat als constitutionalisering van het privaatrecht.<sup>2</sup>

Wanneer deze evolutie zich inderdaad daadwerkelijk zou hebben voorgedaan dan impliceert dit ook haast noodzakelijk dat het aanzicht van het privaatrecht merkelijk wijzigingen heeft ondergaan. Een toevlucht tot aan het privaatrecht systeemvreemde elementen zoals publiekrechtelijke grondrechten lijkt immers slechts verklaarbaar en verantwoordbaar als *ultimum remedium*. Zij vereist de tweevoudige preliminaire observatie dat het privaatrecht zekere lacunes vertoonde doordat bepaalde fundamentele waarden hierin onvoldoende vertegenwoordigd en beschermd werden enerzijds en anderzijds dat het

---

■ B.J. de Vos is onderzoeker in het EU-RTN ‘Fundamental Rights and Private Law in the European Union’.

1 Voor deze bijdrage wordt onder grondrechten slechts verstaan de rechten die als dusdanig in de grondwet of internationale rechtsdocumenten zijn neergelegd.

2 Zie terzake O. Cherednychenko, ‘Constitutionalization of contract law: Something new under the sun?’, *EJCL* 2004, volume 8.1; F.W. Grosheide, ‘Constitutionalising van het burgerlijk recht?’, *Contracteren* 2001, p. 48; J.H. Nieuwenhuis, ‘De constitutie van het burgerlijk recht’, *RM Themis* 2000, p. 203-211; J.M. Smits, ‘Constitutionalising van het vermogensrecht’, in: *Preadviezen uitgebracht door de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* 2003, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163.

privaatrecht louter op eigen kracht niet voldoende bij machte was deze bescherming ten volle te realiseren. De consequentie van deze laatste factor is drastischer dan op het eerste zicht lijkt. Zij impliceert dat de desbetreffende fundamentele waarden zelfs niet uit de onuitgesproken grondvesten van het privaatrecht afgeleid konden worden. Mocht dit laatste wel tot de mogelijkheden behoren zou een loutere ontwikkeling en uitwerking van het privaatrecht binnen de grenzen door dit systeem uitgezet immers de geëigende weg tot het invullen van de aangemerkte lacunes zijn. Slechts in zoverre de grondrechten nieuwe waarden importeren die (voorheen) aan het burgerlijk recht vreemd waren is hun introductie in het privaatrecht noodzakelijk en slechts in zoverre is dan ook de excursie naar het terrein van het publiekrecht verantwoordbaar. Neemt men hierbij in rekening dat grondrechten per definitie een expressie vormen van waarden die als essentieel worden aangemerkt in het huidige mens- en maatschappijbeeld en dan in principe ook geacht worden hun uitdrukking te kennen binnen alle deelterreinen van het contemporaine recht, dan kan slechts geconcludeerd worden dat vermelde lacunes aanzienlijk geweest dienen te zijn en de opvulling duidelijk merkbaar.

In wat volgt wordt nagegaan of deze constitutionalisering inderdaad dergelijke belangrijke evolutie betreft als vaak wordt voorgestaan en in welke mate ze werkelijk een innovatie van het privaatrecht uitmaakt. De nadruk wordt hierbij voornamelijk gelegd op de zogenaamde horizontale werking van grondrechten als de meest radicale variant van constitutionalisering. Deze laatste term dekt immers twee onderscheiden fenomenen. In de eerste plaats verwijst constitutionalisering louter naar de techniek van de wetgever om de publiekrechtelijke grondrechten als inspiratiebron te gebruiken bij de creatie van nieuwe wetgeving.<sup>3</sup> Een tweede variant is dan de horizontale werking

---

3 Hoewel deze vorm soms ten onrechte evenzeer als horizontale werking wordt gekwalificeerd (meestal in navolging van de aanzet gegeven door Boesjes die in zijn glijdende schaal 'de opdracht aan de wetgever of de overheid om een nader geformuleerd belang of beginsel ook in particuliere verhoudingen te verwezenlijken' als de minst verregaande vorm van doorwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen aanmerkte (R. Boesjes, 'De horizontale werking van grondrechten', *NJB* 1973, p. 911) hetwelk letterlijk werd overgenomen door de wetgever (*Kamerstukken II* 1975/76, 13 872, nr. 3, p. 15-16)). Deze vorm kan echter niet als horizontale werking erkend worden om de eenvoudige reden dat in dit geval de grondrechtsnorm zich duidelijk tot de overheid en niet tot de burger richt. Daarenboven zal wanneer deze opdracht uitvoering heeft verkregen, het de wetgeving en niet het grondrecht zijn dat werking tussen burgers onderling verkrijgt. (In deze zin M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 175; F. De Graaf & M.J.O.M. De Haas, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk', *NJB* 1984, p. 1354; C.J.A.M. Kortmann, *De grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 48-49). De creatie van een specifiek wettelijke bepaling die eenzelfde waarde als een grondrecht belichaamt impliceert immers juist dat aldus de weg wordt vergrendeld voor een aanwending van publiekrechtelijke bepalingen in een horizontale context. Door de creatie van een dergelijke bepaling verschaft het privaatrecht aldus juist *zelf* afdoende garantie dat een zeker aspect van de menselijke waardigheid tegen inbreuken van medeburgers beschermd wordt. Daarenboven is deze

van grondrechten, de werking van grondrechten tussen twee (of meer) private partijen.<sup>4</sup> De invloed van grondrechten treedt bij deze laatste variant des te sterker naar voor aangezien ze hierbij in zuivere vorm binnen het kader van het privaatrecht treden en dit effect dient dan ook aanzienlijk sterker te worden beschouwd dan de aanwending van grondrechten als loutere inspiratiebron van wetgeving. Daarenboven kunnen de conclusies die uit de analyse van de rechtsfiguur van horizontale werking volgen deels analoog worden toegepast op deze eerste verschijningsvorm van constitutionalisering.

## 2 HORIZONTALE WERKING

Horizontale werking van grondrechten is in actuele Nederlandse jurisprudentie onmiskenbaar een vaak voorkomend verschijnsel. Na een aarzelende introductie in de jaren '60 had zij reeds twee decennia later haar bestaansrecht onbetwist verworven en kende sindsdien een explosieve groei.<sup>5</sup> Opvallend is hierbij evenwel dat deze evolutie nauwelijks kon terugbuigen op een behoorlijke doctrinaire onderbouwing. Integendeel, het is treffend hoezeer binnen de (toenmalige en huidige) rechtsliteratuur technisch-juridische argumenten

---

garantie vrijwel steeds hoogwaardiger dan dewelke eventueel onttrokken zou kunnen worden aan een fundamenteel recht: de nauwkeurige formulering van de wettelijke bepaling die tot stand kwam na een afweging door de wetgever in een specifieke context van de welbepaalde waarde ten overstaan van andere behartenswaardige belangen staat in schril contrast tot de vage 'waardenverklaring' van een fundamenteel recht dat bovendien geformuleerd is voor een verhouding tussen de burger en de overheid. De stelling van Verhey dat deze figuur niet per definitie verworpen mag worden als zijnde een variant van horizontale werking in die zin dat het grondrecht eventueel een nog een rol kan spelen wanneer de wettelijke bepaling onvoldoende nauwkeurig is lijkt al te onwaarschijnlijk (zie L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 138-139 en genuanceerder J.M. De Meij e.a., *Uitingsvrijheid – De vrije informatiestroom in grondwettelijk perspectief*, Amsterdam: Cramwinkel 2000, p. 83).

<sup>4</sup> Met uitsluiting van de overheid zo deze als private partij optreedt.

<sup>5</sup> Weliswaar was het vraagstuk van horizontale werking van grondrechten reeds in 1900 aan de orde gebracht (zie M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (I)', *NJCM-bulletin* 1981, p. 148-153; M.B.W. Biesheuvel, 'Burgerlijk recht en grondrechten: 'Een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang'', in: *Burgerlijk recht en grondrechten* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1986, p. 41) doch met weinig resultaat. Slechts de belangstelling die de introductie van het EVRM begeleidde bracht opnieuw het leerstuk van horizontale werking onder de aandacht en leidde er ook toe dat deze leer occasioneel voor de rechter werd opgeworpen, zij het voorlopig met weinig succes. Slechts de jaren '70 brachten een kentering in deze afwachtende houding in de jurisprudentie, doch deze ommekeer voltrok zich dan ook bijzonder grondig. Zo merkte Biesheuvel reeds in 1981 op dat het 'thans een anachronisme geworden [is] de vraag aan de orde te stellen, of grondrechten horizontale werking kunnen hebben' (M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (II)', *NJCM-bulletin* 1981, p. 217). Hieraan dient evenwel toegevoegd te worden dat ook in de rechtspraak van de jaren '80 nog enkele sporadische afwijzingen van dit leerstuk konden worden geconstateerd.

ten voordele van horizontale werking ontbreken en louter pragmatische overwegingen de toon zetten. Veelal blijft de argumentatie beperkt tot de conclusie dat horizontale werking eenvoudigweg noodzakelijk is (in die zin dat grondrechten gezien hun autoriteit, hun intrinsieke waarde en hun bijdrage tot ontplooiing van het individu niet meer veronachtzaamd mogen worden binnen het privaatrecht temeer daar sommige private entiteiten niet zelden een even grote bedreiging voor de handhaving van de grondrechten van een individu vormen als de overheid) of verzandt ze zelfs in de loutere observatie dat deze figuur nu eenmaal niet meer weg te denken is uit de jurisprudentie.

Dit laatste argument gaat trouwens niet zelden gepaard met de aanwending van een bijzonder ruimhartige invulling van de notie horizontale werking, met als gevolg dat het aantal waargenomen horizontaal effect zaken plots tot ongekende hoogten stijgt. Een eenvoudige kunstgreep, doch van bedenkelijke waarde. Zo aarzelen sommige auteurs in hun enthousiasme voor deze rechtsfiguur niet om een breed scala aan burgerlijke rechtsgedingen waarin geredetwist wordt rond fundamentele waarden zonder dat hierin evenwel gerefereerd wordt aan gecodificeerde grondrechten aan te merken als zijnde rechtspraak met horizontale werking.<sup>6</sup> Een dergelijke tactiek is echter dubieus: ofwel treedt men hierdoor buiten het traditionele kader van constitutionalisering in die zin dat men geen interesse meer vertoont voor de vraagstelling in hoeverre

---

6 Illustratief in dit opzicht is bijvoorbeeld Hof Arnhem 25 oktober 1948, *NJ* 1949, 331 dat vrij frequent wordt geciteerd als een der eerste zaken met horizontale werking. De zaak betrof een pachtcontract waarbij de pachtgever een organisatie was die tot doel had het protestantisme te ondersteunen. In het contract was gestipuleerd dat de pachter diende mee te werken aan de doelstellingen van deze organisatie, op straffe van ontbinding van het contract. De pachter kon hieraan niet voldoen aangezien hij een getuige van Jehova werd. Bijgevolg vorderde de organisatie ontbinding van het contract. De pachter voerde aan dat voormelde stipulatie strijdig was met de wet, of op zijn minst met de goede zeden, en in ieder geval nietig. De rechtbank en nadien het hof stemden hiermee in en verklaarden de clausule nietig aangezien ze de vrijheid van religie in gevaar bracht. Nergens wordt naar een grondrecht verwezen doch slechts naar een onbepaalde 'godsdienstige gewetensvrijheid'/'geloofs- en gewetensvrijheid' die het Hof blijkbaar ook zonder een toevlucht tot het publiekrecht als een in het privaatrecht te beschermen belang aanmerkt. Waarom dit als een zaak met horizontale werking dient te worden beschouwd is mij bijgevolg onduidelijk. (In diezelfde zin F. De Graaf & M.J.O.M. De Haas, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk', *NJB* 1984, p. 1354; A.K. Koekkoek, 'De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht', *WPNR* 1985, p. 408, 'Niet het rechtsbeginsel zoals vervat in artikel 181 Grondwet (oud), maar het in privaatrechtelijke begrippen opgenomen rechtsbeginsel beschermde de pachter'; A.G. Maris, *Dient de wet bijzondere regelen te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van de grondrechten, en, zo ja, welke?* (Preadvies NJV 1969), Zwolle: Tjeenk Willink 1969, p. 42. Verhey blijft meer op de oppervlakte 'Of hier gedoeld wordt op het grondrecht blijft onduidelijk' (L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 184)). Opgemerkt kan trouwens worden dat datzelfde hof in een gelijkaardige casus tien jaar later zelfs een verwijzing naar deze vrijheid niet meer noodzakelijk acht en niettemin tot een gelijkaardige conclusie komt (Hof Arnhem (pachtkamer) 15 november 1958, *NJ* 1959, 472).

grondrechten uit het publiekrecht doorwerken in het privaatrecht en is de ambitie slechts aan te tonen dat fundamentele waarden een rol spelen in het privaatrecht (wat zelfs met de beste wil niet echt als een verbijsterende onthulling kan worden beschouwd) ofwel blijft men trouw aan deze vraagstelling doch is men impliciet zo boud te beweren dat het burgerlijk recht *in se* waardevol is.<sup>7</sup> Nog radicaler worden eventueel ook gedingen waarbij bijvoorbeeld overwegingen terzake contractsvrijheid of testeervrijheid de twistappel uitmaken als rechtspraak met horizontale werking aangemerkt.<sup>8</sup> Het vraagstuk van constitutionalisering wordt hier volledig over boord gegooid. Contractsvrijheid en testeervrijheid kennen immers als dusdanig geen expressie in de (publiekrechtelijke) grondrechten. Integendeel, zij vormen juist onderliggende waarden in het contract- respectievelijk erfrecht, doch zijn vreemd aan het publiekrecht. Door middel van dergelijke referenties reduceert men uiteindelijk onbedoeld het vraagstuk rond horizontale werking tot een inhoudsloze schelp. Wat is binnen het kader van constitutionalisering immers het nut van het dusdanig oprekken van de definitie van grondrechten (en bijgevolg ook horizontale werking) zodat men hieronder niet enkel de rechten erkent die als dusdanig in nationale of internationale rechtsdocumenten zijn neergelegd, doch alle beginselen die het recht dient te beschermen tot vrijwaring van de menselijke waardigheid? Teneinde hieruit de conclusie te onttrekken dat horizontale werking overal doorheen het privaatrecht massaal vertegenwoordigd is terwijl men vooraf reeds elke mogelijke waarde aan deze bewering heeft ontnomen door deze term uit te hollen door elk in rekening nemen van fundamentele waarden onder deze bannier te scharen? Meent men dat de conclusie dat privaatrecht (toch) niet waardenvrij is een schokkende openbaring is? Of is het een twijfelachtige poging opdat het privaatrecht deelachtig zou mogen worden aan de mandorla van gezag en waardering die grondrechten omkranst?

Zoals duidelijk blijkt is horizontale werking hoe dan ook allerm minst een eenduidig begrip en wordt het debat terzake dan gekenmerkt door een duide-

---

7 Immers, men gaat dan uit van de veronderstelling dat deze waarden niet inherent aan het privaatrecht zelf kunnen zijn. Bestempelt men deze zaken als horizontale werking dan impliceert dit immers dat men aanneemt dat de rechter deze waarden stilzwijgend onttrekt aan de publiekrechtelijke grondrechten.

8 Blijft men consistent dan dient men volgens deze opvatting te erkennen dat er horizontale werking van grondrechten plaats vond vooraleer fundamentele waarden zelfs maar in een grondrechtencatalogus gecodificeerd werden (zie bijvoorbeeld de referentie in C. Asser & S. Perrick, *Erfrecht en Schenking (6A)*, Deventer: Kluwer 2002, p. 187, voetnoot 181 naar een uitspraak van de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland *de dato* 13 December 1747 in dewelke een testamentaire voorwaarde niet van religie te veranderen nietig werd geacht (en waarin dus duidelijk een collisie tussen testeervrijheid en vrijheid van religie kan gelezen worden)).

lijke communicatiestoornis.<sup>9</sup> Dit is des te pijnlijker aangezien, zoals reeds aangevoerd, de kwantiteit van horizontaal effect zaken juist wordt gehanteerd als een (zij het zeer zwak) argument ten voordele van deze rechtsfiguur. Wil men dit argument daadwerkelijk met enig gezag inroepen dan is noodzakelijk dat men een strikte definitie van horizontale werking hanteert, namelijk de normatieve werking van grondrechten tussen burgers onderling waarbij als grondrechten slechts worden beschouwd de rechten die als dusdanig in de grondwet of internationale<sup>10</sup> rechtsdocumenten zijn neergelegd, en alle retorische rookgordijnen achterwege laat.<sup>11</sup> Doet men dit niet kan men eenvoudigweg geen uitspraak doen over de infiltratie van het publiekrecht in het privaatrecht. Ten tweede is vereist dat men een verdere analyse uitvoert van de kwaliteit van deze 'werking'. Deze notie veronderstelt immers een daadwerkelijk effect en kan niet beperkt worden tot een louter formele applicatie van grondrechten. Dit punt hangt dan ook samen met het andere hoofdargument ten voordele van horizontale werking, namelijk het feit dat de introductie van grondrechten in het privaatrecht onvermijdelijk want noodzakelijk is. Indien de feitelijke werking van grondrechten binnen horizontale context kan gerelativeerd worden impliceert dit *ipso facto* evenzeer dat een introductie van grondrechten niet zo onontbeerlijk is als door de pleitbezorgers vaak wordt voorgestaan.

Hierna zal aangevoerd worden dat de horizontale werking van grondrechten in grote mate een figuur is die slechts weinig daadwerkelijk effect heeft.

---

9 Th. A. Van Baarda, *Oordeelsvorming in casus van botsende grondrechten*, Arnhem: Gouda Quint 1992, p. 75; G.J.M. Van Wissen, *Grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 41 'Zo blijkt de vraag of er sprake is van horizontale werking, in belangrijke mate een definitiekwestie te zijn'.

10 Hierbij dient wat de Nederlandse rechtspraak aangaande horizontale werking betreft primair gedacht te worden aan het EVRM en secundair aan het IVBPR (zie L.F.M. Verhey, 'De horizontale werking van het IVBPR', *NJCM-Bulletin* 1994, p. 828-840, in het bijzonder p. 840) en het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind. Andere soortgelijke documenten worden slechts occasioneel in rekening genomen. Het belang van deze internationale grondrechten kan trouwens amper overschat worden. Wat de toepassing in een horizontale context betreft worden de grondwettelijke grondrechten immers compleet overschaduwed door deze uit het EVRM. Dit is uiteraard deels te wijten aan het verbod op constitutionele toetsing. Verder is dit deels te wijten aan het feit dat de grondwettelijke grondrechtencatalogus in 1983 slechts ontwikkeld werd in zoverre ze een additionele bescherming bood in vergelijking met de reeds gevestigde internationale grondrechten (of hetzij in zoverre ze gericht waren op specifiek nationale factoren). (Zie A.W. Heringa, 'Grondrechten in de Grondwet – Een evaluatie na twintig jaar in het licht van het toetsingsrecht en verdragsontwikkelingen', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 282-283; L.F.M. Verhey, 'Het grondwettelijk beperkingssysteem: handhaving of herbezinning', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 222-223; X., 'Twintig jaar grondrechten in hoofdstuk 1 van de Grondwet', *NJCM-Bulletin* 2003, p. 214). Uiteindelijk kennen enkel art. 6, 7, 10 en 11 Grondwet een regelmatige horizontale toepassing, zij het dan nog veelal in combinatie met hun equivalent uit internationale grondrechtencatalogi.

11 Vgl. M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 176-177.

Vooreerst wordt erop gewezen dat de wijze waarop grondrechten binnen de horizontale dimensie gehanteerd worden al niet getuigt van een extreme toegeeflijkheid aan deze grondrechten zelf. De aanwending is namelijk eerder indirect dan direct van aard, hetwelk de grondrechten reduceert tot vertegenwoordigers van waarden in plaats van dat ze gehanteerd worden als positieve voorzieningen. Hierbij lijkt het grondrecht de loutere functie als kenbron van fundamentele waarden op geen op geen enkel vlak te overstijgen. Vervolgens zal worden aangegeven dat zelfs deze beperkte rol in een aantal gevallen nog een overschatting blijkt daar aanwending van het grondrecht slechts van retorische aard blijkt.

## 2.1 Het grondrecht als kenbron

Traditioneel wordt aangaande horizontale werking een onderscheid gehanteerd tussen directe en indirecte werking.<sup>12</sup> Onder directe werking wordt verstaan dat de gecodificeerde grondrechtelijke bepaling als dusdanig (en dus in haar geheel) in een horizontale verhouding wordt toegepast zodat ze (in theorie) bijgevolg exact dezelfde werking verkrijgt als in de verticale verhouding het geval zou zijn.<sup>13</sup> De belangrijkste implicatie is dat hierbij dan ook de beperkingsclausules een dwingende toepassing kennen.<sup>14</sup> Afwijkingen van de algemene regel die het grondrecht neerlegt kunnen bijgevolg ook in de horizontale context slechts worden toegestaan mits ze tot deze beperkingsclausules herleidbaar zijn.<sup>15</sup> Van indirecte werking wordt daarentegen gewag gemaakt wanneer

---

12 Hoewel niet de gehele doctrine dit noodzakelijk of zelfs wenselijk acht. O.a. J.L.M. Elders, 'Burgerlijk recht en grondrechten: 'Een integratieve benadering'', in: *Burgerlijk recht en grondrechten* (Preadvies voor de Vereniging van Burgerlijk Recht), Lelystad: Koninklijke Vermande 1986, p. 36 (ten gevolge van een afwijkende opvatting van het begrip grondrechten); M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (II)', *NJCM-Bulletin* 1981, p. 218. Zie evenzeer referenties bij L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 143, voetnoot 38.

13 Dit brengt sommige auteurs dan ook tot de conclusie dat directe werking uiteindelijk onmogelijk is daar de toetsing aan een beperkingsclausule in een horizontale context niet gelijkaardig is aan deze in een verticale (zie bijvoorbeeld J.A. Hofman, J.W. Sap & I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 246-247).

14 J.A. Hofman, J.W. Sap & I. Sewandono, *Grondrechten in evenwicht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 246.

15 P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.M.F. Verhey, *Grondrechten – Grondrechten en grondrechtenbescherming in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 171; M.A.J. Leenders, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk in de communautaire rechtsorde?', in: L.M.F. Besselink & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grenzen aan grenzenloosheid – Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming en de Europese Unie*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 149; G.J.M. Van Wissen, *Grondrechten*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 42. Cf. niveau 5 op de glijdende schaal van Boesjes (R. Boesjes, 'De horizontale werking van grondrechten', *NJB* 1973, p. 911).

het grondrecht niet als dusdanig doorwerkt in horizontale context doch zich als representant van een fundamenteel principe als het ware inschrijft binnen een reeds duidelijk uitgezet privaatrechtelijk kader. In hoofdzaak fungeert het grondrecht dan slechts als leidraad tot interpretatie van privaatrechtelijke bepalingen en meer in het bijzonder tot de invulling van open normen zoals 'maatschappelijke zorgvuldigheid' en 'redelijkheid en billijkheid'.

Evaluatie van jurisprudentie wijst uit dat de rechterlijke macht weinig initiatief tot toepassing van directe werking vertoont.<sup>16</sup> Dit kan deels verklaard worden door het feit dat de beperkingsclausules van grondrechten zich eenvoudigweg nauwelijks lenen tot aanwending in een horizontale context (hoewel erkend dient te worden dat deze bewering in mindere mate opgaat voor de internationale grondrechten<sup>17</sup>).<sup>18</sup> De geloofwaardigheid van de *rari nantes* waarbij de directe werking wel toepassing vond strandde dan ook veelal door een gefrustreerde toepassing van deze uitsluitingsclausules.<sup>19</sup> Anderzijds speelt in het voordeel van indirecte werking dat het Nederlandse recht, onder andere wegens een overvloed aan open normen, hiertoe bijzonder receptief blijkt. Dit vormt een indicatie, die blijkbaar ook binnen de jurisprudentie wordt

- 
- 16 Hoewel erkend dient te worden dat het onderscheid in praktijk niet altijd even duidelijk gemaakt kan worden. (In diezelfde zin A.S. Hartkamp, 'De Nederlandse rechter en het EVRM', in A.W. Heringa (ed.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (Bijzondere editie NJCM)*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1990, p. 30) en ook hier weer het gebrek aan een eenduidige definitie de doctrine duidelijk parten speelt. Illustratief in dit opzicht is bijvoorbeeld de (dubieus onderbouwde) stelling van Alkema dat met uitzondering van arbeidsrechtelijke grondrechten directe horizontale werking niet voorkomt (E.A. Alkema, 'Fundamentele rechten – nationale en internationale dimensies', in: *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 29; zie tevens C.A.J.M. Kortmann & P.T. Bovend'Eert, *Dutch Constitutional Law*, The Hague (etc.): Kluwer Law International 2000, p. 147, no. 358 'Fundamental rights only enter into the relationships between citizens indirectly').
- 17 A.S. Hartkamp, 'Europese mensenrechten en nationaal dwingend recht – De Nederlandse rechter en het EVRM', in A.W. Heringa (ed.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (Bijzondere editie NJCM)*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1990, p. 27-28; L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 188.
- 18 Vgl. E.A. Alkema, 'Fundamentele rechten – nationale en internationale dimensies', in: *De reikwijdte van fundamentele rechten* (Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 57; M.A.J. Leenders, 'Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk in de communautaire rechtsorde?', in: L.M.F. Besselink & H.R.B.M. Kummeling (red.), *Grenzen aan grenzenloosheid – Algemene leerstukken van grondrechtenbescherming en de Europese Unie*, Deventer: Tjeenk Willink 1998, p. 149; L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder het recht op privacy* (diss. Utrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 188. Zie tevens C.A.J.M. Kortmann, 'Grondrechten in de nieuwe grondwet: vijf jaren toepassing in wetgeving en rechtspraak', in L. Heyde e.a. (red.), *Begrensdde vrijheid*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 236 terzake de grondwettelijke grondrechten.
- 19 In dergelijke zin L.F.M. Verhey, 'De horizontale werking van het EVRM', in A.W. Heringa (ed.), *40 jaar Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (Bijzondere editie NJCM)*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1990, p. 38.

gedeeld, dat het privaatrechterlijk kader alvast voldoende potentieel bezit tot het incorporeren en beschermen van door grondrechten beschermde fundamentele belangen zonder dat een direct beroep op de grondrechten dient te worden gedaan.

Belangrijker dan de verklaring van de populariteit van indirecte werking is de conclusie wat dit nu betekent voor de analyse van de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht.<sup>20</sup> Het feit dat deze werking indirect is reduceert immers ten eerste de invloed die de publiekrechtelijke grondrechten uitoefenen op het privaatrecht. Deze aanwending heeft in vergelijking tot directe werking namelijk als belangrijke implicatie dat ze de grondrechten reduceert tot loutere vertegenwoordigers van de waarden waarvan ze de expressie vormen. Immers, de enige kwalitatieve meerwaarde die grondrechten benevens hun gecodificeerd karakter bezitten, namelijk hun uitgebalanceerd karakter door middel van beperkingsclausules (als richtlijnen die aangeven onder welke voorwaarden het belang dat de grondrechten voorstaan kan wijken voor andere beschermingswaardige belangen), wordt bij indirecte

---

20 Vanuit de optiek van een kwalitatieve analyse van de doorwerking van grondrechten speelt wel degelijk een rol of deze werking van directe hetzij indirecte aard is. Vgl. Lindenbergh stellende 'De controverse over directe of indirecte werking is volgens mij voor een groter deel van rechtspolitieke aard dan van praktisch belang [...] Vanuit technisch-juridisch oogpunt hoeft de ene visie in praktijk evenwel niet tot 'meer doorwerking' te leiden dan de andere'. Dit standpunt is echter geformuleerd vanuit een behoorlijk liberale invulling van de begrippen directe en indirecte werking, en de opvatting van constitutionalisering als een proces dat de invloed van fundamentele rechten behelst. Introduceert men de argumenten die hij aangeeft binnen een strikt kader dan treffen ze alvast weinig doel. Lindenbergh argumenteert enerzijds dat ten gevolge van de ruimhartige acceptatie van de Hoge Raad om open normen te interpreteren met behulp van grondrechten (hetwelk impliceert dat voor de rechter steeds de mogelijkheid voorhanden is om aan deze grondrechten betekenis toe te kennen) enerzijds en de applicatie van het algemene persoonlijkheidsrecht anderzijds het kwalitatieve onderscheid tussen directe en indirecte naar de achtergrond wordt verdrongen (S.D. Lindenbergh, 'Constitutionalisering van contractenrecht. Over de werking van fundamentele rechten in contractuele verhoudingen', *WPNR* 2004, p. 979). Het eerste argument doet geen afbreuk aan het feit dat bij indirecte werking het grondrecht tot loutere kenbron van fundamentele waarden is herleid en de draagwijdte van haar effect deze rol bijgevolg niet kan overstijgen. Het grondrecht is met andere woorden hoogstens een element in de afweging, namelijk als (meestal niet noodzakelijke) bron van een waarde of een belang dat de rechter in zijn afweging dient mee te nemen, naast verscheidene andere elementen (zie *infra*). Het tweede argument faalt doordat het algemene persoonlijkheidsrecht zelf juist buiten de context van horizontale werking van grondrechten treedt. Noch het algemene persoonlijkheidsrecht noch de rechten die hieruit kunnen worden afgeleid behoren tot het domein van het publiekrecht. Zo stelt ook Lindenbergh zelf dat de persoonlijkheidsrechten kunnen worden beschouwd als een 'civielrechtelijke variant van grondrechten of mensenrechten' (S.D. Lindenbergh, 'De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht', *TPR* 1999, p. 1701). Het algemene persoonlijkheidsrecht maakt dus juist deel uit van de route die het mogelijk maakt horizontale werking te vermijden daar het doel van deze werking op basis van dit algemene persoonlijkheidsrecht evenzeer voor een aanmerkelijk deel gerealiseerd kan worden binnen een louter privaatrechterlijk kader zonder enige referentie naar de publiekrechtelijke grondrechten.

werking volkomen genegeerd. De enige functie die voor het grondrecht rest is bijgevolg die van kenbron van fundamentele waarden.

De vraag die dan rijst is in hoeverre deze werking dan nog een daadwerkelijk effect dekt. Van effect kan immers slechts gewag gemaakt worden indien het grondrecht impact heeft op de uiteindelijke rechterlijke besluitvorming. Daar bij indirecte werking de enige functie van grondrechten deze van kenbron is impliceert deze impact dat de rechter zonder deze bron de in het geding zijnde fundamentele waarden niet als dusdanig zou herkennen. Dergelijke bewering neigt uiteraard naar het absurde. De jurisprudentie getuigt wel van de bekwaamheid om ongeschreven louter privaatrechtelijke equivalenten van grondrechten (zoals contractsvrijheid) te herkennen zodat deze kunde zeker aanwezig geacht moet worden voor de minder exclusief privaatrechtelijke fundamentele rechten die tevens geëxpliciteerd zijn in de publiekrechtelijke grondrechtencatalogi. Voor de opkomst van de horizontale effect theorie is de rechter steeds in staat geweest deze fundamentele rechten op te sporen uit de algemene rechtsbeginselen die mede aan de grondrechten ten grondslag liggen<sup>21</sup> en deze vaardigheid is niet verleerd.<sup>22</sup> Het effect van het grondrecht als kenbron lijkt dan ook betrekkelijk twijfelachtig. Nee, meestal ligt de enige waarde die het grondrecht bij indirecte horizontale werking heeft nog een niveau lager. Het grondrecht fungeert niet tot herkenning doch louter tot erkenning van fundamentele rechten. De aanwending heeft slechts tot betekenis dat aldus de erkenning van het fundamentele recht op gezaghebbende wijze wordt gemotiveerd. Dergelijke toepassing is op zich niet als bezwaarlijk aan te merken, doch het plaatst op zijn minst het grote verhaal over de intrusie van grondrechten in het privaatrecht in een ironisch daglicht. De werking is immers geen 'effect' in de gangbare betekenis, het is geen invloed, geen inwerking. Daarenboven kan de vraag gesteld worden of zelfs deze louter formele aanwending steeds noodzakelijk is. Zo kan m.i. de erkenning van fundamentele rechten in het leeuwendeel der horizontaal effect casussen evenzeer met betrekkelijk gezag worden gevestigd op bijvoorbeeld het algemene persoonlijkheidsrecht. *In abstracto* is de meerwaarde van een verwijzing naar bijvoorbeeld art. 10 EVRM in plaats van de 'vrijheid van meningsuiting' (zoals in het verleden gebeurde) trouwens ook niet echt treffend te noemen. Meer nog, frequent

---

21 Vgl. bijvoorbeeld Advies van de Raad van State, *Kamerstukken II 1975/76*, 13 872, nr. 4, 'In de civiele rechtspraak is daarentegen vrijwel steeds steun gezocht in algemene rechtsbeginselen die mede aan de grondrechten ten grondslag liggen en juist niet in de positiefrechtelijke formulering der grondrechten. [...] De rechtsverhouding tussen burgers onderling dient naar 's Raads oordeel te blijven beheerst door algemene rechtsbeginselen, welke uitwerking voor de verhouding tussen overheid en burger haar positivering dient te vinden in – onder meer – de grondrechten'.

22 Zie bijvoorbeeld het Valkenhorst arrest: 'Uitgangspunt voor de beoordeling van het middel is dat het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt.' (HR 15 april 1994, *NJ 1994*, 608, r.o. 3.2).

vertrekt de rechtspraak nog steeds van dergelijke 'vrijheden' en beperkt de horizontale werking zich tot het feit dat binnen deze context vaagweg wordt gerefereerd aan grondrechten.<sup>23</sup> Zo eindigt grondrecht binnen de horizontale dimensie dan ook veelal roemloos als een gekroonde doch overbodige kenbron van fundamentele waarden. *Sic transit gloria*.

Of is deze conclusie te voorbarig en dient de werkelijke waarde van grondrechten gezocht te worden voorbij de letterlijke bewoordingen? Dergelijke waarde zou kunnen liggen op twee terreinen.<sup>24</sup> In eerste instantie doordat de aanwending van een grondrecht ook maakt dat hierdoor een beroep kan worden gedaan op de theorievorming die zich hierrond in rechtspraak en rechtsleer heeft ontwikkeld. In tweede instantie in de 'nobele' herkomst van de grondrechten, de autoriteit die ze ontlene aan de hoogstaande bronnen waarin ze zijn neergelegd.

Wat de eerste factor betreft is alvast weinig waarde naspeurbaar. Dit is uiteraard te verklaren door het feit dat de theorievorming rond grondrechten nu eenmaal volledig is vorm gegeven binnen de traditionele verticale context zodat hiervan weinig overblijft bij een projectie op het horizontale vlak. De rechter kan hier dan ook weinig zo niet geen houvast aan ontlene.<sup>25</sup> Illustratief in dit opzicht is dat de leer terzake grondrechten zelfs geen redding kan brengen uit de traditionele impasse waarin horizontale werking meestal verzeild raakt: de collision van grondrechten. In praktijk kunnen namelijk veelal *beide* litiganten een grondrecht inroepen ter bescherming van hun respectieve belangen. Tot de oplossing van een dergelijk conflict schiet de theorie terzake grondrechten te kort, ontwikkeld als ze is voor de verticale context waarin een conflict tussen grondrechten per definitie uitgesloten is. Een decisie *in abstracto* is in elk geval uitgesloten daar zowel de wetgever,<sup>26</sup> de recht-

---

23 Vb. 'een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer [...] dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM' (HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 m.n. EAA en HR 1 juli 1988, NJ 1988, 1000 m.n. LWH).

24 Buiten beschouwing blijft hierbij de waarde die het gebruik van grondrechten eventueel kan hebben op het vlak van unificatie van het recht binnen Europese context. Dit is immers een element van rechtspolitieke aard dat weinig invloed kan hebben op de praktijk van de individuele nationale rechter. Daarenboven is m.i. ook op dit vlak weinig heil te vinden in het leerstuk van horizontale werking.

25 Slechts op het vlak van familierecht, waar de verticale en horizontale context meer op elkaar zijn betrokken (*cf.* vraagstukken rond wetgeving terzake het statuut van de persoon die eventueel een soort van derdenwerking kunnen verkrijgen) is wel een invloed merkbaar. Met name de uitwerking die het Europees Hof voor de Rechten van de Mens aan de grondrechten van het EVRM geeft, wordt regelmatig aangehaald om binnen een horizontale context invulling te geven aan de grondrechten (zonder dat hier evenwel een doorslaggevende werking aan wordt verleend).

26 Zie o.a. *Kamerstukken II 1990/91*, 22 014, nr. 3, p. 6.

spraak<sup>27</sup> en de meerderheid in de doctrine<sup>28/29</sup> geen hiërarchie tussen grondrechten aanvaardden.<sup>30</sup> Meer zelfs, een primauteit van een van de grondrechten over de andere zou zelfs ongrondwettelijk worden geacht.<sup>31</sup> Er rest de rechter dan ook niets anders dan zich te verlaten op privaatrechtelijke middelen (zoals bijvoorbeeld de applicatie van de schadebeperkingsplicht)<sup>32</sup> zo deze voorhanden zijn, doch meestal wordt een collisie afgehandeld door middel van een gewone afweging van belangen die gedomineerd wordt door de ‘omstandigheden van het geval’. De botsing van grondrechten wordt dan ook herleid tot een loutere botsing van belangen.

Het feit dat de rechter hiermee zo vrijmoedig omgaat geeft duidelijk de indicatie dat ook de tweede hypothese niet in rekening kan worden genomen. Dit wordt trouwens ondersteund door de constatacie dat tevens in gedingen waarin slechts een enkele partij een grondrecht inroept dit grondrecht evenzeer

---

27 Verwezen kan bijvoorbeeld worden naar de uitspraak van de Hoge Raad *de dato* 21 januari 1994 waar het argument dat het grondrecht op privacy in principe zwaarder is dan enig ander grondrecht afgewezen werd (althans in verhouding tot het recht op vrijheid van meningsuiting, maar niets verzet zich ertegen het recht op vrijheid van meningsuiting hier te zien als een *pars pro toto* voor grondrechten in het algemeen).

28 T.L. Bellekom, ‘Botsing van grondrechten: de vrijheid van meningsuiting contra het gelijkheidsbeginsel’, *NJCM-Bulletin* 1983, p. 271; Vgl. evenzeer D.J. Elzinga, ‘Botsing van grondrechten: de vrijheid van meningsuiting contra het gelijkheidsbeginsel’, *NJCM-Bulletin* 1983, p. 274.

29 Hoewel wel degelijk suggesties in andere zin zijn aangereikt. Zo zien sommige auteurs in het verbod op discriminatie zoals neergelegd in het eerste artikel van de grondwet (wegens de plaats of de inhoud van dit artikel) een leidend beginsel, een primus (Th. Van Boven, ‘Het discriminatieverbod van artikel 1 van de Grondwet’, in: T.C. Van Boven (red.), *Het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet: nationale en internationale perspectieven*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2003, p. 2)(inter pares (Alkema E., ‘Artikel 1 Grondwet in de Nederlandse constitutionele orde en de relatie met andere internationale gelijkheidsgeboden’, in: T. Van Boven (red.), *Het discriminatieverbod van artikel 1 Grondwet: nationale en internationale perspectieven*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 2003, p. 8; contra D.J. Elzinga, ‘Botsing van grondrechten: de vrijheid van meningsuiting contra het gelijkheidsbeginsel’, *NJCM-Bulletin* 1983, p. 274) hetwelk eventueel alle andere grondrechten begrenst (T. Gerbranda, ‘Botsing van grondrechten: is een rangorde onvermijdelijk?’, in M. Kores, J.P. Loof & H.-M.T.D. ten Napel (red.), *Gelijkheid en rechtvaardigheid. Staatsrechtelijke vraagstukken rondom ‘minderheden’*, Deventer: Kluwer 2002, p. 130-131). Dit is echter incorrect, of tenminste onverenigbaar met de intentie van de grondwetgever die niet enkel poneerde dat er geen hiërarchie bestaat tussen de grondwettelijk grondrechten, maar evenzeer expliciet het idee verwierp van primauteit van het discriminatieverbod (zie P.W.C. Akkermans, C.J. Bax & L.M.F. Verhey, *Grondrechten – Grondrechten en grondrechtsbescherming in Nederland*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 185 en P.B.C.D.F. van Sasse van Ysselt, ‘Grondrechten’, in: C.C. de Fey, A. Kellermann & J.W. Nieuwboer, *Met recht discriminatie bestrijden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004, p. 51). Ook een preferente positie voor vrijheid van meningsuiting kende trouwens reeds zijn voorstanders (nl. J.A. Peters, *Het primaat van de vrijheid van meningsuiting*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1981, p. 213).

30 H.A. Groen, ‘De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken’, in: *De reikwijdte van fundamentele rechten* (preadvies NJV), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 168.

31 Zie *Kamerstukken I* 1992/93, 22 014, nr. 212c, p. 9.

32 Vgl. HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347.

wordt gereduceerd tot een belang dat daarom niet eens primeert over de andere in het geding zijnde belangen.<sup>33</sup>

Blijft dus de conclusie van voorheen: het grondrecht fungeert soms als kenbron doch meestal louter als motivering. Het grondrecht wordt gereduceerd tot de waarde waarvan ze de expressie vormt en waarvan ze in niets meer verschilt behalve in naam. *Nomina nuda tenemus*.

## 2.2 Loutere retorische werking?

Tot daar de waarde van horizontale werking van grondrechten. Het vormt een tegengif voor het spook van irrationaliteit dat anders door het vonnis schijnt te dwalen wanneer de rechter louter *in abstracto* bepaalde belangen aanmerkt als zijnde fundamenteel van aard. Wanneer een nieuwe casuspositie voorligt waarin fundamentele belangen aan de orde zijn kan de rechter deze duidelijk uitspelen door zich te sterken met een (formeel) beroep op grondrechtencatalogi. Door de wildernis kan hij zich een pad banen met behulp van de grondrechten. Waar reeds een duidelijk weg ligt lijkt dit uiteraard overbodig.

Er blijkt evenwel een tendens te signaleren waarbij gedingen steeds meer uitgedrukt worden in termen van grondrechten die hierbij in het spel zijn (hetgeen meestal resulteert in de vaststelling dat men geconfronteerd wordt met een botsing van dergelijke rechten) waar dit voorheen niet het geval was. Illustratief is bijvoorbeeld de jurisprudentie terzake de plaatsing van (schotel)-antennes.<sup>34</sup> De typische casuspositie is hierbij dat een huurder een (schotel)-antenne wil installeren terwijl dit in principe verboden wordt door het huurcontract. De huurder stapt dan naar de rechtbank om niettemin toestemming af te dwingen van de verhuurder waarbij hij zijn belangen tot het plaatsen van dergelijke installatie uit de doeken doet (wat meestal neerkomt op het ontvangen van informatie uit zijn land van herkomst). De verhuurder plaatst hiertegenover dan de argumenten dat dergelijke installatie een verhoogde kans op schade meebrengt ten gevolge van beschadiging aan het gehuurde en/of ten gevolge van het ontstaan van gevaarlijke situaties waarbij ook derden schade kunnen ondervinden, dat het afbreuk doet aan de gehele esthetiek van

---

33 Zie tevens E.A. Alkema, noot onder HR 18 juni 1993, *NJ* 1994, 347. Vgl. T. Gerbranda/M. Kroes, *Grondrechten evaluatie-onderzoek eindrapport*, Leiden: Stichting NJCM-Boekerij 1993, p. 136-137 'Wanneer de andere belangen geen grondrechtelijke belangen uitdrukken en er geen sprake van botsing van grondrechten is, laat de rechter de grondrechtsnorm meewegen als zijnde een rechtsbelang, waarvan alleen op min of meer zwaarwegende gronden mag worden afgeweken'.

34 Een probleem dat doorheen gans Europa nog al eens wordt opgelost aan de hand van overwegingen op basis van fundamentele rechten. Zo bijvoorbeeld in Italië (Cass. 16 september 1983, n. 7418, *Foro It.* 1984, I, 415; Tribunale di Latina 16 november 1992; *Giurisprudenza di merito* 1993, 945).

het verhuurde gebouw, dat het gevaar oplevert voor precedentenwerking en eventueel ook het element dat de huurder evenzeer door middel van andere, aanvaardbare alternatieven zijn drang tot informatiegaring kan bevredigen. De meer recente rechtspraak plaatst (hiertoe al dan niet verplicht door de conclusies van de litiganten) deze zaken op een meestal behoorlijk vrijblijvende wijze binnen het kader van art. 10 EVRM.<sup>35</sup> De oudere rechtspraak daarentegen niet.<sup>36</sup> Treffend is dat uiteindelijk tussen beide benaderingswijzen geen substantieel verschil is te constateren. Verwonderlijk hoeft dit niet te zijn. De recentere rechtspraak treedt immers na een omweg langs het grondrecht op het pad waar de oudere rechtspraak startte, namelijk een afweging van belangen,<sup>37</sup> en bij deze afweging worden dezelfde parameters op eenzelfde manier gehanteerd zonder dat de eventuele verwijzing naar een grondrecht hierop een impact heeft. Geconstateerd kan alvast worden dat de huurder geen betere kans op succes maakt in jurisprudentie die vanuit een grondrechtelijke invalshoek vertrekt.<sup>38</sup>

Dergelijke praktijk (en verscheidene andere voorbeelden zijn te noemen) geeft duidelijk aan dat men heden in belangrijke mate geconfronteerd wordt met een loutere retorische werking van grondrechten. Veelal is er geen noodzaak te refereren aan een grondrecht of biedt dit althans geen bijkomende dimensie. Weliswaar dient toegejuicht te worden dat de rechter duidelijk onderkent dat fundamentele belangen in het geding zijn, doch het is de vraag of dit werkelijk steeds op dergelijke wijze tot uitdrukking dient te worden gebracht.

Alvast lijkt het bijzonder omslachtig om steeds eerst op te stijgen tot het abstracte niveau van grondrechten om daarna, zonder enige verrijking terug

---

35 Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 18 juni 2003, *WR* 2003, 60 (m.nt. C.L.J.M. de Waal); Ktr. Delft 22 februari 2001 en 31 mei 2001, *WR* 2001, 77; Rb. Arnhem 28 januari 1999, *WR* 1999, 47 (tevens Rb. Arnhem 11 september 1997, *WR* 1998, 12); Rb. Arnhem 10 december 1998, *WR* 1999, 37, *Prg.* 1999, 5097; Pres. Rb. Amsterdam 1 juli 1996, *WR* 1997, 34; Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, *WR* 1995, 53; Ktr. Gouda 15 december 1994, *WR* 1995, 52; Ktr. Sittard 3 december 1993, *WR* 1995, 85; HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168, *RvdW* 1989, 242, *AB* 1990, 150; Ktr. Assen 25 maart 1986, *NJ* 1987, 15.

36 Zie bijvoorbeeld Ktr. Amsterdam 20 februari 1964, *NJ* 1964, 219.

37 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 18 juni 2003, *WR* 2003, 60 (m.nt. C.L.J.M. de Waal): 'Dit grondrecht heeft horizontale werking en kan door contractueel overeengekomen verbodsbepalingen opzij worden gezet. Het recht op uitingsvrijheid is dus niet absoluut. In het tweede lid van artikel 10 EVRM worden onder bepaalde voorwaarden beperkingen toegeestaan. In dit geding dienen dan ook de belangen van beide partijen tegen elkaar te worden afgewogen: [...]'

38 Het verzoek werd in de meerderheid van de horizontaal effect zaken afgewezen (namelijk Rb. Amsterdam 18 juni 2003, *WR* 2003, 60 (m.nt. C.L.J.M. de Waal); Ktr. Delft 22 februari 2001 en 31 mei 2001, *WR* 2001, 77; Rb. Arnhem 28 januari 1999, *WR* 1999, 47 (tevens Rb. Arnhem 11 september 1997, *WR* 1998, 12); Pres. Rb. Amsterdam 1 juli 1996, *WR* 1997, 34; Ktr. Rotterdam 10 februari 1995, *WR* 1995, 53; Ktr. Gouda 15 december 1994, *WR* 1995, 52; HR 3 november 1989, *NJ* 1991, 168, *RvdW* 1989, 242, *AB* 1990, 150) terwijl het in de 'reguliere' zaak (Ktr. Amsterdam 20 februari 1964, *NJ* 1964, 219) werd toegekend.

te keren tot het loutere niveau van het privaatrecht. Ernstiger is evenwel dat deze tendens niet enkel een veelal nodeloze doch ook gevaarlijke praktijk kan uitmaken. In eerste instantie is er uiteraard een risico dat grondrechten hierdoor devalueren. Wanneer steeds meer conflicten tussen burgers te pas en te onpas in termen van grondrechten worden uitgedrukt lijkt dit onvermijdelijk. In tweede instantie ligt het probleem voor dat men ook steeds meer geconfronteerd wordt met de heikele oefening in het afhandelen van botsingen tussen grondrechten. Een loutere belangenafweging is weliswaar steeds onvermijdelijk en kan niet met mathematische precisie worden afgehandeld, doch wanneer men hierbij ook nog eens grondrechten betreft wordt het beeld nog enigmatischer.<sup>39</sup> Naast de component van loutere belangenafweging verdient het immers ten sterkste aanbeveling dat de rechterlijke motivering eveneens ingaat op de relatieve waarde van grondrechten in hun onderlinge verhouding (zo niet kan dit de credibiliteit van deze rechtspraak op termijn aantasten).<sup>40</sup> Dergelijke overwegingen blijven echter noodgedwongen op een abstract niveau steken en de interactie tussen deze overwegingen en de eigenlijke belangenafweging maakt veelal dat het onduidelijk wordt in welke mate de onderscheiden factoren die in het geding een rol spelen een impact hebben op de uiteindelijke besluitvorming. Het hoeft geen betoog dat dit vanuit het oogpunt van begrijpelijkheid van de rechtspraak behoorlijk frustrerend kan werken. Een nodeloze retoriek rondom grondrechten dient dan ook zoveel mogelijk te worden vermeden.<sup>41</sup>

---

39 In een bijzonder zuivere grondrechtelijke benadering van een collisione gaat de rechter in eerste instantie de grondrechten afzonderlijk toetsen: aangeven in welke mate ze spelen en op basis van welke parameters ze in die specifieke casus aan kracht inboeten of winnen. Van deze eendimensionale toetsing springt hij daarna over naar een meerdimensionale afweging zonder hiervoor echter een duidelijke onderbouw te verschaffen (Vgl. P.W. Brouwer, 'Grenzen aan de juridische rationaliteit', in P.B. Cliteur e.a. (red.), *It ain't necessarily so (Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. H. Franken)*, s.l.: Kluwer 2001, p. 12). De relatieve waarde kracht van de onderscheiden grondrechten wordt wel afgewogen, maar de afweging van deze grondrechten *ten aanzien van elkaar* blijft schijnbaar in een transcendentale sfeer vastzitten die niet vatbaar lijkt voor een (juridische) motivering. De uiteindelijke uitspraak is weliswaar steeds acceptabel op basis van de voorgaande argumentatie, doch volgt daar niet noodzakelijkerwijze uit voort. Hoe meer de beoordeling het uitdrukkelijk kader der grondrechten verlaat en meer treedt in het kader van een duidelijke afweging van belangen, een *confrontatie* van belangen, hoe inzichtelijker het oordeel dan ook wordt.

40 Zie trouwens de nota *Grondrechten in een pluriforme samenleving* van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties waarin het belang van de communicatie rondom belangenafweging in geval van botsende grondrechten met het oog op de geloofwaardigheid van de rechtspleging sterk wordt benadrukt (Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, *Nota grondrechten in een pluriforme samenleving*, 18 Mei 2004, p. 10).

41 Theoretisch kan ook worden gesteld dat het gevaar bestaat dat de rechtspraak steeds verder zou opstijgen tot het abstracte niveau van grondrechten en het privaatrecht, dat uiteindelijk beter geschikt is tot het afhandelen van conflicten tussen burgers, uit het oog zou worden verloren. Dit gegeven doet zich alvast niet voor en is ook bijzonder onwaarschijnlijk (hoewel decennia geleden wel frequent aangevoerd werd als een argument tegen horizontale werking).

### 3 CONCLUSIE

Horizontale werking lijkt vanuit een kwalitatieve evaluatie een schromelijk overdreven vraagstuk. In het leeuwendeel der horizontaal effect casussen beperkt de rol van het grondrecht zich immers in het beste geval tot loutere kenbron van fundamentele waarden doch meestal maakt ze slechts een louter formeel element van motivatie (al dan niet ten overvloede) uit.

Wat haar functie als kenbron betreft lijkt de impact van het grondrecht verwaarloosbaar en haar introductie overbodig. Een kenbron van fundamentele waarden komt behoorlijk overbodig over. Het lijkt alvast betrekkelijk contradictoir te gewagen van fundamentele waarden die meestal reeds eeuwen<sup>42</sup> geacht worden de essentiële structuur van de westerse maatschappij uit te maken, waaraan zelfs reeds werd mogelijk geacht een universeel karakter toe te kennen, die *in se* frequent te herleiden zijn tot het meest enkelvoudig kenbegrip (menselijke waardigheid) of meest enkelvoudige regel (de gouden regel) van interactie binnen de mensenstaat, en anderzijds te betogen dat de rechter tot herkenning hiervan de grondrechtencatalogi nodig heeft. In de functie als element van motivering kan wel nut worden gezien, doch van een werkelijke impact kan dan niet worden gesproken. Daarenboven betreft het hier frequent ook een overbodige vernislaag, daar het gebruik louter retorisch is. Van de fundamentele lacunes die het grondrecht zou opvullen geven deze functies alvast geen blijk.

Waarom trouwens de waarde schuilt waarden die voorheen reeds in het privaatrecht in aanmerking werden genomen opnieuw te ontdekken binnen het kader van grondrechten is onduidelijk.<sup>43</sup> Immers, ook al voor de storm van horizontale werking nam de jurisprudentie deze rechten, voorzover ze niet reeds duidelijk binnen het privaatrecht gecodificeerd waren, in rekening door zich te richten naar de aan de grondrechten ten grondslag liggende rechtsbeginselen.<sup>44</sup> Vanuit die optiek is het traditionele argument ten voordele van horizontale werking stellende dat grondrechten dusdanige essentiële waarden vertegenwoordigen dat zij ook niet veronachtzaamd kunnen en mogen worden in het privaatrecht dan ook bijzonder dubieus. Waaraan werking dient te worden gegeven zijn de fundamentele waarden die aan de

---

42 De grondrechten die werking krijgen binnen een horizontale context zijn immers bijna uitsluitend de klassieke. De moderne sociale grondrechten komen amper aan de orde.

43 In diezelfde zin F.W. Grosheide, 'Constitutionalisering van het burgerlijk recht?', *Contracteren* 2001, p. 48.

44 Vanuit historisch standpunt lijkt horizontale werking trouwens een wonderlijke techniek. Veel van de fundamentele rechten die heden in grondrechtencatalogi neergelegd zijn werden immers in het privaatrecht geëerbiedigd lang voor ze hun codificatie kenden in publiekrechtelijke documenten (Vgl. M.B.W. Biesheuvel, 'Horizontale werking van grondrechten (I)', *NJCM-bulletin* 1981, p. 217: 'Voor een deel was hier overigens sprake van een schijnprobleem, waar het ging om rechten, die binnen particuliere verhoudingen in acht werden genomen reeds lang voordat het in dit deel van de wereld tot staatsvorming was gekomen').

grondrechten ten grondslag liggen (hetwelk uiteraard niet te vereenzelvigen is met werking geven aan het grondrecht zelf) en deze werking was reeds aanwezig.<sup>45</sup>

Weliswaar dient voorzichtig geconcludeerd te worden dat de laatste decennia fundamentele rechten binnen privaatrechtelijke conflicten steeds meer naar de voorgrond lijken te treden. Wanneer men dit evenwel automatisch toeschrijft aan de impact van grondrechten (wat duidelijk de tendens aan het worden is) ontkent men de eigen dynamiek van het privaatrecht. Zo bijvoorbeeld vindt binnen het contractenrecht heden een verschuiving plaats van het onderliggende paradigma hetwelk proces zich onder andere uit in het feit dat een steeds sterkere nadruk wordt gelegd op solidariteit tussen de contractspartijen (een tendens die trouwens doorheen geheel Europa speelt<sup>46</sup>). Wanneer de partijen geacht worden meer rekening te houden met elkaars belangen opent dit uiteraard per definitie de deuren voor een steeds omvangrijkere afweging van wederzijdse fundamentele rechten. Soortgelijke evolutie is louter privaatrechtelijk van aard.

Hoe dan ook blijkt duidelijk dat horizontale werking in aanzienlijke mate neerkomt op de aanwending van de naakte naam van het grondrecht en weinig meer. In deze optiek kan dan ook teruggekomen worden op de eerste variant van constitutionalisering: het gebruik van grondrechten als inspiratiebron tot creatie van privaatrechtelijke wetgeving. Uiteindelijk betreft het hier ook frequent een uitwerking van waarden die reeds in het privaatrecht vertegenwoordigd zijn, doch onder de precieze noemer van een welbepaald grondrecht. Wat geëxpliciteerd wordt is meestal reeds een fundamenteel belang in het privaatrecht, het feit dat de wetgever zich dan eventueel beroept op publiekrechtelijk grondrecht doet hieraan niet af. Het grondrecht en de theorievorming hierrond zijn gericht op de verticale sfeer en dragen dan ook weinig meer bij. De verdere uitwerking, de articulatie van de fundamentele waarde in het privaatrecht komt zelden toe aan het grondrecht.

Geconcludeerd kan worden dat constitutionalisering alvast een overschat vraagstuk lijkt. Dat het eerder van een formele dan substantiële natuur is en het privaatrecht in essentie in aanzienlijke mate onaangetast blijft.

---

45 Zie voetnoot 749.

46 Zie bijvoorbeeld D. Mazeaud, 'Loyauté, solidarité, fraternité: la nouvelle devise contractuelle?', in F. Terré (red.), *L'avenir du droit : mélanges en hommage à François Terré*, Paris: Dalloz 1999, p. 603-634; C. Thibierge-Guelfucci, 'Libres propos sur la transformation du droit des contrats', *RTDC* 1997, p. 357-385; T. Wilhelmsson, 'Questions for a Critical Contract Law – and a Contradictory Answer : Contract as Social Cooperation', in T. Wilhelmsson (red.) *Perspectives of Critical Contract Law*, Aldershot (etc.) : Dartmouth 1993, p. 9-54.

Ros: It's possible  
Guil: But it wouldn't make any difference  
Ros: But it's possible  
Guil: Pointless  
Ros: It's allowed  
Guil: Allowed, yes, We are not restricted.  
No boundaries have been defined,  
no inhibitions imposed.

*T. Stoppard, Rosencrantz and Guildenstern Are Dead.*