



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Horizontale werking van grondrechten

Vos, B.J. de

Citation

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

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

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

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

1 | Inleiding

*Il y a à parier que toute idée publique,
toute convention reçue, est une sottise,
car elle a convenu au plus grand nombre.*
- Chamfort

1.1 INZET

Grondrechten (*c.q.* fundamentele rechten)¹ zijn *en masse* de Rubicon overgestoken, zo wordt verhaald. Vanuit de veilige thuishaven van het publiekrecht zijn ze doorgedrongen tot het terrein van het privaatrecht en hebben daarin hun gezag ten toon gespreid. Golden zij voorheen nog slechts als normen die de civielrechtelijke legislatie mede formeerden en eventueel evalueerden, dan is met de opkomst van de zogenaamde horizontale werking de infiltratie op een wezenlijk hoger niveau gebracht.

Horizontale werking (*derdenwerking*, *Drittwirkung*) proclameert immers een markante uitbreiding van het toepassingsgebied van grondrechten. Niet enkel zouden deze zich zoals voorheen tot de Staat richten, maar evenzeer particulieren binden: het individu vermag zich (al dan niet via bemiddeling van zuiver privaatrechtelijke normen) ook ten aanzien van zijn medeburgers op grondrechten beroepen. Horizontale werking staat met andere woorden voor een zuivere applicatie van deze grond- *c.q.* fundamentele rechten *als dusdanig*² in verhoudingen tussen particulieren.

Het aanzicht van privaatrechtelijke jurisprudentie is daardoor op sommige domeinen aanzienlijk gewijzigd. Het mediarecht is één daarvan. Zo bijvoor-

1 Waaronder wordt begrepen de rechten die *als dusdanig* in nationale respectievelijk internationale documenten gepositieerd zijn. Daar horizontale werking beide betreft, en de implicaties daarvan gelijklopend zijn, worden deze begrippen hiernavolgend als gelijk gehanteerd, behoudens waar uit de context uitdrukkelijk het tegengestelde blijkt (in bijzonder 3.3.2.2).

2 *Ergo* in deze verschijningsvormen en niet bijvoorbeeld als zijnde naar principe geïncorporeerd in specifieke privaatrechtelijke wetgeving die *in casu* speelt (*zum Beispiel*: eenvoudige applicatie van de non-concurrentie legislatie maakt geen horizontale werking uit ook al ligt in deze wetgeving onder meer eenzelfde waarde besloten als geïncorporeerd in het constitutioneel beschermde recht op vrijheid van arbeid, hetzelfde geldt trouwens indien de constitutionele norm bij de voorbereiding van deze wetgeving als inspiratiebron genoemd werd, wat werkt is -behoudens uitdrukkelijke fundamenteelrechtelijke referentie- de specifieke privaatrechtelijke cluster, niet het grondrecht).

beeld zijn persgeschillen, die voorheen in zuiver privaatrechtelijke termen werden afgehandeld, heden marginaal wanneer de onderliggende aanvaring tussen meningsuiting en privacy niet in termen van fundamentele of constitutionele rechten wordt gespecificeerd. Dat kan terloops geschieden, maar evengoed bijzonder geëlaboreerd:

Zoals het hof terecht heeft overwogen [...] gaat het in deze zaak om een botsing van twee fundamentele rechten, namelijk aan de zijde van [verweester] het recht op vrijheid van meningsuiting en aan de zijde van [eiser] diens hiervoor nader omschreven recht op eer en goede naam en op eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer. Het antwoord op de vraag welk van deze beide rechten in het onderhavige geval zwaarder weegt, moet worden gevonden door een afweging van alle terzake dienende omstandigheden van het geval. Zoals de Hoge Raad in [...] het Paroolarrest heeft geoordeeld, komt bij deze afweging niet in beginsel voorrang toe aan het door art. 7 Grw. en 10 EVRM gewaarborgde recht op vrijheid van meningsuiting. Ditzelfde geldt voor de door art. 8 EVRM beschermde rechten. Dit brengt mee dat het hier niet gaat om een in twee fasen te verrichten toetsing [...], maar dat deze toetsing in één keer dient te geschieden waarbij het oordeel dat een van beide rechten, gelet op alle terzake dienende omstandigheden, zwaarder weegt dan het andere recht, meebrengt dat daarmee de inbreuk op het andere recht voldoet aan de noodzakelijkheidstoets van het desbetreffende tweede lid.³

Verwonderlijk is dat dergelijke toepassingen niet eens bevreemdend meer werken, zelfs gewoonweg vertrouwd aanvoelen. Dat horizontale werking enige tijd geleden nog een omstreden theorie betrof zou bijna worden vergeten. Nochtans gaat het hier niet om een vanzelfsprekendheid. Grondrechten en zelfs de in verdragen gepositieerde fundamentele rechten werden in oorsprong immers slechts geredigeerd als verweermiddel tegenover de Staat, niet tegenover de medeburger. De oorspronkelijke proponenten van horizontale werking hadden dan ook niet meer dan een gelimiteerde uitwerking voor oog: *Lückenfüllung* en bij uitzondering correctie van privaatrechtelijke aberraties.

Toch veroverde het concept van horizontale werking in de laatste decennia met een verbazingwekkende soepelheid bijna het gehele oude Europese continent. Vraag is echter of hiermee naast het aanzicht tevens de substantie van het privaatrecht gewijzigd is.

Vertrouwt men zich op de heersende teneur in de doctrine, dan is het antwoord zonder meer instemmend. Horizontale werking wordt daarin in toenemende mate voorgesteld als een sterk innoverende rechtsfiguur die binnen het privaatrecht (welk wordt gesuggereerd '[to have] failed to be responsive to legitimate concerns and societal shifts'⁴) een vooralsnog ontbrekende waardenoriëntatie importeert in verlossing van de aldaar naar sommigen nog steeds heersende *laissez faire* ideologie. Fundamentele rechten blijken opgezaald met

3 HR 18 januari 2008, NJ 2008, 274.

4 Cf. Kumm 2006, p. 365.

de taak 'to disentrench existing (exclusionary) private-law practices',⁵ en vormen voor de ontwikkeling van het privaatrecht het lichtende pad:

Der Wertgehalt der Grundrechte soll in schwierigen Zeiten einen Weg weisen, und zwar gerade dann, wenn gemeinsame Grundüberzeugungen schwinden. Sagen uns womöglich die Grundrechte, einem Orakel gleich, was soziale Gerechtigkeit ist, welche Gemeinschaftsgrundlagen maßgeblich sind, wo und wann einmal die Freiheit des Einzelnen und wann das Interesse der Gemeinschaft zurückstehen muss? Können wir uns in einer komplexen und verwirrenden Welt wenigstens an Höchstwerten, an sicheren Grundwerten festhalten, die in Verfassungsurkunden aufgeschrieben und von klugen Richtern für Recht erkannt werden? Es scheint alles ganz einleuchtend [...] Wird ein Grundrecht zum objektiven Prinzip erklärt und intensiv seine Wertsubstanz offengelegt, entsteht ein so helles Licht, dass alles andere in den Schatten gerät.⁶

De kwaliteiten die daartoe aan fundamentele rechten toegedicht worden, zijn uitermate veelvuldig. Zo bijvoorbeeld prees de Nederlandse hoogleraar Lindenberg deze tijdens de Leidse conferentie 'Constitutionalisation of Private Law' in de volgende termen:

Fundamental rights may contribute to the articulation of highly appreciated personal interests [...] set the course and offer useful reference points for making important decisions [...] be useful tools in determining the reasonableness of choices to be made [...] be regarded as rich sources for the arguments to be put forward [...] offer a possibility above all for articulating the interests to be relevant to the dispute.⁷

De lijst is daarmee verre van af. Terugkerende aanspraken zijn onder meer dat middels horizontale werking de fundamentele rechten het privaatrecht deelachtig maken aan de hogere sfeer van onveranderlijke normen, zij een betere articulatie van de in het geding gebrachte fundamentele belangen verzorgen, de afwegingen daarvan aanscherpen, de rechtsbedeler aan meer objectieve normen binden en aldus op verhoogde consistentie in jurisprudentie aansturen, een systeemvreemde doch binnen huidige maatschappij verzuchte solidariteit injecteren, *etc.*

De verwezenlijking van het leerstuk blijkt dan ook enorm:

In western continental Europe, [horizontal effect of fundamental rights] has been a powerful and effective means to develop and innovate private law. The supreme rank of fundamental rights, freedoms and constitutional principles has provided the courts with the legitimacy necessary to move away from established principles of private law no longer respondent to the spirit of the time. Through horizontal

5 Cf. Gerstenberg 2004a, p. 63.

6 Di Fabio 2004, p. 1-2.

7 Lindenberg 2006, p. 125-127.

effect, courts have ensured contemporary private law offers higher levels of protection for weaker parties and strong consideration of non-economic values.⁸

Echter, naar 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 hemelstormende 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.

1.2 VERANTWOORDING

Dergelijk programma vergt uiteraard enige methodologische toelichting, al was het maar omdat zij zich niet volgens de heden *quasi* dogmatische vereiste van probleemstelling *structureert*, maar zich direct als uitgewerkte conclusie presenteert.⁹

De verklaring hiervoor schuilt erin dat het onderzoek dat aan deze studie ten grondslag ligt onder geheel ander oogmerk tot stand kwam. Slechts de vaststellingen daarbij opgedaan vormden de aanleiding voor onderhavig werk. Immers bleken deze vaststellingen een veel kritischer beeld van horizontale werking te presenteren dan in de doctrine traditioneel geschetst.¹⁰

Dergelijke opzet en ontstaansgeschiedenis verzoeken naartoe de lezer uiteraard een veel krachtdadigere, directere presentatie van de onderzoeksresultaten dan de aftastende descripties die traditionele opstellingen meestal opleveren. Aan de voorschriften van wetenschappelijk onderzoek wordt daarmee niet tekort gedaan.¹¹ Integendeel, een dergelijke rechtstreekse voorstelling maakt dat van bij aanvang elke zin, elke stelling door de lezer aan de centrale these zal worden getoetst. Meer dan enige andere presentatievorm stelt ze zich bloot, strijdt ze met open vizier, stimuleert ze de ontvanger tot kritiek in diens receptie.

⁸ Ciacchi 2005, *n.f.*

⁹ Zie m.b.t. deze nadruk op probleemstelling binnen juridisch onderzoek in bijzonder Van Gestel & Vranken 2007, p. 1448 *et seq.*

¹⁰ Vanzelfsprekend, het is bijna te banaal te vermelden, laat dit onverlet dat in uitwerking van het *onderzoek* van deze oorspronkelijke these uiteraard de specifieke, *in casu* evaluerende vraagstelling naar praktische waarde van horizontale werking (en een daaraan gelieerd onderzoek naar het afwijkend discours in de doctrine) de mars dirigeerde.

¹¹ Merk overigens op dat ook Van Gestel & Vranken 2007, p. 1449 erkennen dat 'goed wetenschappelijk onderzoek niet gelijkstaat aan het rechtlijnig volgen van een stappenplan', zodat dergelijks *a priori* zeker niet kan beweerd worden wat de weergave van het onderzoek aangaat, d.w.z. in die zin dat het een slaafse, systematische rapportage van het gevolgde onderzoeksplan zou vereisen.

Vanzelfsprekend is daartoe vereist dat het onderzoeksveld, als enige domein waarin de geponeerde stellingen gelding claimen, evenals de gehanteerde techniek en vooropstellingen, nader worden gespecificeerd.

Vooreerst noopt dit tot een toelichting van het begrip horizontale werking, hetwelk, zoals reeds gesteld, staat voor de zuivere applicatie van grond- *c.q.* fundamentele rechten als dusdanig in verhoudingen tussen particulieren. Niet gaat het daarbij dus om een eenvoudige verticale toepassing met effect doordringend tot in de horizontale sfeer,¹² noch om de aanwending van louter fundamentele *waarden of belangen*.¹³ In het verlengde daarvan dient ook onderstreept te worden dat de problematiek van horizontale werking niet betreft de vraag of en zo ja welke fundamentele *waarden* in het privaatrecht dienen door te werken. Het privaatrecht is nimmer waardenloos geweest en zal dat ook nooit zijn daar dit eenvoudigweg een *logische* onmogelijkheid betreft.¹⁴ Welke waarden de overhand dienen te krijgen is een rechtspolitieke vraag, deze betreffende horizontale werking daarentegen een rechtsinstrumentele: de vraag of grondrechten tot verwezenlijking van deze maatschappelijke preferenties uitgelezen instrumenten uitmaken.

Systeemtechnisch limiteert deze studie zich tot het burgerlijk recht *sensu stricto*, d.w.z. familiaal en vermogensrecht. Een voor horizontale werking interessant domein als het arbeidsrecht blijft daarbij uitgesloten niet enkel omdat de draagwijdte van het onderzoek hiermee al te zeer uitdijen zou, of omdat terzake al behoorlijke studies bestaan,¹⁵ maar in het bijzonder omdat de overduidelijke machtsverhoudingen die aan heel deze rechtstak ten grondslag liggen in vergelijking met het domein van het burgerlijk recht een gedifferentieerde applicatie en appreciatie van het leerstuk inhouden.

Geografisch ligt de nadruk met een kleine voorsprong op Nederland, maar komen daarnaast België, Duitsland, Engeland, Frankrijk, Italië, Oostenrijk, Portugal, Spanje en Zwitserland meer prominent aan bod. Kortom, West-Europa. De logica is niet dat dergelijke internationaliteit nu eenmaal modieus is, wel dat een beperktere studie tekort zou doen aan dit leerstuk dat toch een min of meer gelijkmatige doorstroming doorheen West-Europa heeft gekend. Daarenboven levert juist dergelijke supranationale blik interessante kennis op wat betreft de oorsprong, capaciteit en betekenis van het leerstuk. De specifieke keuze is *functioneel* in die zin dat zij voor het eigen (nationale) kader aansluiting moet kunnen voorzien en relevant zijn (reden waarom nochtans

12 Hoewel het onderscheid niet steeds duidelijk te maken is (bijvoorbeeld in geval van privaat verzochte verordende maatregelen zoals een straat- of publicatieverbod), in welk geval dergelijke toepassingen toch in de studie opgenomen werden.

13 Zie in detail § 3.3.1.

14 Volstaat te verwijzen naar de hedendaagse voorstelling van het privaatrecht als een continuüm tussen individualisme enerzijds en altruïsme anderzijds. Zelfs in de hypothese dat één dezer bij exclusie van de ander zou primeren, betreft deze invulling nog steeds een waardengeoriënteerde -en geen waardenloze- preferentie.

15 O.a. Abrantes 2000.

interessante ontwikkelingen en zienswijzen uit bijvoorbeeld Israël, Zuid-Afrika en Latijns-Amerika slechts tot voetnoten zijn verbannen). Tegelijk is zij evenwel – de tragiek van de rechtsvergelijker – beperkt door een taalbarrière. Onderzoek kan immers slechts geschieden aan de hand van *voldoende* bronnen in de *oorspronkelijke* taal. Bij voornoemde rechtssystemen was dit het geval. Intrigerende ontwikkelingen zoals zich voordoen aan de oostelijke zijde van het eertijdse ijzeren gordijn of de apathie die zich laat opmerken in de Scandinavische landen moeten daarom echter, een occasionele opmerking terzijde gelaten, buiten beschouwing blijven.¹⁶

Onderzoekstechnisch ligt de nadruk sterk op rechtspraak. Uiteraard omdat meer heil schuilt in de studie van *the law in action* in plaats van *the law in books*, meer nog omdat horizontale werking een uitermate jurisprudentiële figuur betreft, maar in het bijzonder omdat dit in de doctrine juist al te sterk genegeerd wordt. Wel wordt in de gemiddelde publicatie naar rechtspraak verwezen, maar bijna steeds gaat het daarbij dan om fragmenten uit een eeuwig herkauwde, gelimiteerde collectie uitspraken (overigens frequent bekender wegens betrokkenen of onderwerp dan door hun betekenis voor horizontale werking).¹⁷ Dat is aangenaam als *amuse* in een juridisch artikel, maar onverantwoord voor werkelijk onderzoek. Middels een beperkte selectie kan immers elk standpunt bewezen worden. Overigens ligt pas in het verlengde hiervan een der meest ontluisterende vaststellingen want niet enkel blijkt een aanzienlijk deel van de doctrine met deze ‘horizontale’ rechtspraak onvoldoende vertrouwd maar evenzeer met de zuiver privaatrechtelijke equivalenten daarvan. Zonder deze kennis kan nochtans niets over de meerwaarde van horizontale werking, of over horizontale werking *überhaupt*, gezegd worden. Deze vaststelling is des te pijnlijker nu het beeld dat uit de rechtspraak ontspringt juist een ontkenning van de horizontale werking fêterende doctrine vormt: overwegend blijkt horizontale werking voor niet meer te staan dan een terminologiewissel, voor een hertaling van voorheen simpelweg aangeduide belangen in fundamenteelrechtelijke termen. En *a rose by any other name*

Een en ander betekent uiteraard niet dat doctrine mag worden genegeerd, al was het maar voor de contrastwerking. Daarenboven is deze, in ruime opvatting, noodzakelijk tot inschaling van de horizontale rechtspraak, *ergo* tot algemene kennis van het desbetreffende rechtssysteem waarin zij *in casu* haar uitwerking verkrijgt, de stand van rechtspraak daarin evenals de pijnpunten, de visie op en aanwending van de grondrechtencatalogus, de heersende inhibities en tradities en al dies meer. Dergelijk onderzoek is de onvermijdelijke last die op elke correct uitgevoerde *law in action* studie weegt, voorzeker de rechtsvergelijkende. Daarenboven wordt deze plicht bij studie van horizontale

16 Gebruik werd in deze gemaakt van overwegend Engels- en Duitstalige bronnen, bij uitstek van de hand van plaatselijke auteurs. Slechts in twee instanties werd uit taaleigen bronnen gepuurd, nl. Ivičič 2007 (Tsjechië) & Bodnar 2008 (Polen).

17 Zie in detail § 4.

werking nog meer opgeschroefd, onder meer doordat de soms vage en niet overal gelijke lijn tussen publiek- en privaatrecht evenals de daartoe behorende distinctie tussen privaot- en publiekrechtelijke entiteiten¹⁸ fijn dient te worden gefileerd, evengoed als het kluwen tussen privaatrechtelijke afhandeling en de al dan niet substantiële toevoeging van fundamentele rechten daaraan behoeft te worden ontward, maar anderzijds tevens door de bewogenheid en voornamelijk terminologische verwarring die in dit veld speelt. Bijna nergens kennen zogenaamd objectieve, neutrale publicaties zoveel tegenspraak als ter zake horizontale werking. Het enige tegengif daarvoor is een ruime literatuurstudie (en de aanbeveling aan elke geïnteresseerde nimmer een empirische publicatie omtrent horizontale werking te vertrouwen zo de voetnoten daarbij niet van ruim onderzoek getuigen), maar één waarvan de *weergave* stopt bij de grens die dit werk zich stelt: praktisch georiënteerde correctie van de bestaande voorstelling, omdat daartoe *nood* bestaat, doch geen eindeloze reïteratie van door anderen geponeerde standpunten, omdat het daaraan in de rechtsliteratuur allerm minst ontbreekt (en overigens omdat *recapitulatie* van het werk van anderen m.i. niet in de *persoonlijke* proeve van bekwaamheid van een wetenschappelijk onderzoeker hoort, welke afwijkende opvattingen daar ook over mogen bestaan). Zo bijvoorbeeld is geen index opgenomen van de massa dogmatische constructies die achter het decor tot handhaving van horizontale werking zijn geschraagd, onder meer doordat daaraan reeds een overvloed bestaat, maar in het bijzonder doordat de veelheid aan dergelijke beschouwingen zich toespitst op fijnzinnige grenscorrecties aan het onderscheid tussen directe (d.w.z. werking van het grondrecht als dusdanig, inclusief de exclusieclausules) en indirecte (d.w.z. als uitdrukking van principe, veelal via open normen) horizontale werking terwijl in realiteit de wijze van werking geen verschil uitmaakt, ja, soms zelfs niet eens te constateren valt; en deze ook voor het overige meestal van praktische impact gespeend zijn.

1.3 OPZET

Hiernavolgend wordt vooreerst in hoofdstuk twee de opkomst van het leerstuk geschetst, met een nieuwe visie op de oorzaken tot ontwikkeling ervan en de daarmee samenhangende breuklijn in Europa (tussen rechtspolitiek geïnspireerde introductie enerzijds en graduele doorsijpeling anderzijds) die de verwachtingen en betekenis door de hedendaagse doctrine aan horizontale werking

18 Verwezen kan onder meer worden naar de voor de hand liggende Engelse discussie omtrent 'hybrid authorities' (zie § 7.2.2.2.1), maar de werkelijk problematische kwesties liggen veel dieper en schuilen in voor de rechtsvergelijker soms amper inzichtelijke of onopvallende kwalificaties die al dan niet de relatie van procespartij tot staatsgezag (o.a. als gedelegeerde) aanduiden (e.g. de Franse *OPAC*'s die in weerwil van duidelijk publieke kwalificatie toch niet als dusdanig aangemerkt worden en waarvan het karakter de laatste jaren overigens wijzigingen heeft ondergaan (zie hoofdstuk 3, voetnoot 290)).

toegekend onder druk zet of althans toch relativeert. Het derde hoofdstuk viseert de verdeeldheid welke achter dit in Europa schijnbaar uniform gedeelde concept schuil gaat, de opmerkelijke dogmatische lichtheid, de markante en schijnbaar ongecoördineerde variatie in applicatie en – terloops doch onvermijdbaar – de daarmee gepaard gaande aberraties in de doctrine. Het vierde hoofdstuk geeft een overzicht van de meest prominente horizontale werking jurisprudentie, daarbij illustrerende hoezeer formele (of anderszins weinig substantiële) toepassingen overheersen. Het daaropvolgend hoofdstuk reikt hiervoor de verklaringen aan en, hoewel deze verklaringen geheel natuurlijk op relatieve overhand van formele toepassingen aansturen, hoezeer binnen de doctrine niettemin een bereidheid bestaat elke eenvoudige grondrechtsaanwending steeds als instrumenteel, eventueel zelfs doorslaggevend, te beschouwen. Daarenboven, ook met deze formele uitspraken uitgefilterd blijft het werkelijk vermogen van horizontale werking beperkt, zoals hoofdstuk zes betoogt: de door pleitbezorgers aangevoerde aanspraken aangaande articulatie, oriëntatie, betere belangenafweging en zelfs bescherming van de zwakke partij schijnen meestal overdreven. Zelfs een vooralsnog weinig geopperd doch beloftevol vermogen tot convergentie blijkt in praktijk beperkt. Ten slotte wordt in het laatste hoofdstuk geduid dat horizontale werking ook niet zonder gevaren blijkt: degeneratie van vrijheid, aantasting van de geloofwaardigheid der rechtsbedeling en zelfs aantasting van het gezag van grondrechten behoren tot de klippen waar de huidige koers mogelijk op aanstuurt.