

## BOEKBESPREKINGEN

### Bart J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek*

Stefan Somers

*Bart J. de Vos, Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek (Apeldoorn: Maklu, 2010), 412 p.*

Het uitgangspunt van het boek *Horizontale werking van grondrechten. Een kritiek* is de vaststelling dat fundamentele rechten, die in het verleden bedoeld waren als verweerrechten tegenover de staat, vandaag de dag steeds vaker ingeroepen worden in private geschillen. Op die manier werkt het publiekrecht sterker door in het privaatrecht. Vertrekkende vanuit deze vaststelling trekt Bart de Vos de wenselijkheid van deze horizontale werking van grondrechten in twijfel. Doordat hij de wenselijkheid van grondrechten beklemtoont, krijgt het proefschrift, dat op het eerste gezicht voornamelijk positiefrechtelijk van aard is, een belangrijke metajuridische inslag.

Na een korte inleiding ontwikkelt De Vos een diepgaande historische en rechtsvergelijkende analyse over de horizontale werking van grondrechten. Op die manier geeft hij een uitgebreide schets van de evolutie binnen de meeste West-Europese landen doorspekt met verwijzingen naar niet-Europese rechtsstelsels. Hoewel deze comparatief historische studie slechts een onderdeel van de studie uitmaakt, reikt ze meteen de richting en de belangrijkste argumenten van het proefschrift aan. De Vos stelt immers vast dat aan grondrechten na de Tweede Wereldoorlog horizontale werking werd toegekend als dissociatie ten aanzien van een totalitair verleden van sommige staten. Via de horizontale werking moesten grondrechten het privaatrecht doordrenken om de zwakkere partijen in private verhoudingen te beschermen (het individu kan immers niet enkel door de staat van zijn vrijheid beroofd worden maar ook door private partijen) om zo tot een nieuwe, democratische rechtsorde te komen. Om die reden, aldus De Vos, is het ook normaal dat de horizontale werking eerder aansloeg in staten met een recent totalitair verleden zoals Duitsland en Italië dan in de andere Europese landen.

Dit gezegd zijnde stelt De Vos zich de vraag of de horizontale werking van grondrechten een gepast instrument is om de rechtsorde te gronden op fundamentele democratische waarden. Vanwege historische redenen kan dit volgens De Vos moeilijk aangenomen worden. Ten eerste was het concept niet nieuw na de Tweede Wereldoorlog. De horizontale werking van grondrechten bestond reeds in het interbellum maar werd pas na de oorlog ten volle ontwikkeld vanwege de 'revolutionaire' wens om met het vooroorlogse rechtssysteem, welk het nazisme mogelijk zou hebben gemaakt, te breken. Het tweede en belangrijkste historische

Stefan Somers

argument dat de auteur aanreikt is evenwel dat de introductie van de horizontale werking van grondrechten weinig vernieuwend was voor de juridische praktijk. De auteur haalt verschillende voorbeelden uit de rechtspraak aan en illustreert zo dat gelijksoortige rechtszaken voor en na de introductie van de horizontale werking van grondrechten op dezelfde wijze beslecht werden. Het invoeren van mensenrechten in private geschillen behelst volgens de auteur dan ook niet meer dan privaatrechtelijke argumenten te overgieten met een sausje van mensenrechtelijke retoriek.

De meerwaarde die de horizontale werking van grondrechten aan het privaatrecht kan bieden, kan volgens de auteur dan ook moeilijk overschat worden. In het boek gaat De Vos dan ook dieper in op de sterktes maar vooral de zwaktes van de horizontale werking. Een belangrijk argument, mijns inziens evident, is dat het privaatrecht zelf een uiting is van fundamentele waarden.

Het gegeven dat zowel het publiek- als het privaatrecht doordrongen zijn van fundamentele maatschappelijke waarden is slechts een eerste stap in de redenering van de auteur. Naast deze constatering leidt de auteur uit een uitgebreid overzicht van rechtspraak waarin horizontale werking voorkomt, af dat het privaatrecht beter geschikt is om afwegingen te maken in private verhoudingen. Dit omdat het veel concretere normen bevat. Privaatrechtelijke principes als dwaling, dwang, rechtsmisbruik en de uitwerking van het arbeidsrecht en het consumentenrecht zijn volgens de auteur preciezere instrumenten om private partijen te beschermen dan de vage fundamentele rechten. Een directe horizontale doorwerking van grondrechten in het privaatrecht is, vanwege de vereiste van rechtszekerheid, volgens de auteur dan ook niet wenselijk. Maar ook voor het invullen van open normen in geval van een indirecte horizontale doorwerking bieden de vage grondrechten volgens de auteur geen soelaas.

De Vos is dan ook van mening dat de horizontale werking veeleer van retorisch belang is. Het is voor procespartijen en rechters aantrekkelijk om hun argumentatie te steunen op hoogdravende principes zoals het recht op leven en het beginsel van non-discriminatie. Deze principes verlenen immers een zeker gewicht aan de argumenten van de verscheidene juristen. Het verbaast De Vos dan ook niet dat uit zijn analyse van rechtspraak blijkt dat de grondrechten in private geschillen slechts zelden aan een diepgaande analyse worden onderworpen. Door deze gebrekkige diepgang in de rechtspraak kan de horizontale werking van grondrechten volgens De Vos ook geen meerwaarde bieden ten aanzien van het privaatrecht inzake de eenvormigheid van rechtspraak. Het gebrek aan onderbouwing van mensenrechtelijke argumenten in private geschillen lijkt eerder een stimulans voor willekeur.

Tot slot gaat De Vos in op drie gevaren die de (zowel directe als indirecte) horizontale werking van grondrechten met zich brengt. Met name kan het volgens de auteur leiden tot een degeneratie van de vrijheid en het teloorgaan van de jurisprudentiële credibiliteit en bovendien bedreigt het de fundamentele rechten zelf. Met betrekking tot de degeneratie van de vrijheid stelt de auteur dat de horizontale werking van grondrechten de positie van de zwakke partijen kan ondermij-

nen. Zwakkere partijen moeten volgens de auteur in staat zijn om hun vrijheid in beperkte mate prijs te kunnen geven om een zelf gekozen belang na te streven. Indien de horizontale werking van grondrechten de bindende kracht van contracten zou uithollen, wordt het voor zwakkere partijen onmogelijk nog overeenkomsten te sluiten. Om die reden is de auteur van mening dat onevenwichtige contracten mogelijk moeten zijn. Indien de grenzen van het toelaatbare echter overschreden worden, aldus de auteur, dan kunnen privaatrechtelijke principes als dwaling, rechtsmisbruik en dwang soelaas bieden. Een tweede gevaar dat de horizontale werking van grondrechten met zich brengt is dat het de rechter te veel speelruimte geeft om fundamentele belangen af te wegen, hetgeen in een multiculturele samenleving, waar er weinig overeenstemming heerst wat betreft de duiding van dergelijke belangen, volgens de auteur weinig evident is. In laatste instantie argumenteert de auteur met de leuze 'slechts wat schaars is, is waardevol', dat het veelvuldig inroepen van fundamentele rechten bij geringe geschillen kan leiden tot een banalisering en uitholling van het concept. Immers '[w]aar elk recht, elk belang tot de adelstand wordt verheven, is deze kwalificatie uiteindelijk voor allen inhoudloos' (p. 283).

Daar waar De Vos met zijn boek de verdienste heeft om door middel van een uitgebreide comparatieve studie van rechtspraak de haast vanzelfsprekende horizontale werking van grondrechten aan de orde te stellen, is het tegelijkertijd jammer dat hij zijn normatieve stelling niet diepgaander fundeert. Niettegenstaande reikt De Vos veel stof aan voor de metajurist. Zonder volledig te willen zijn, worden dan ook enkele korte kanttekeningen bij het boek geplaatst.

Er kan gewezen worden op twee belangrijke breuklijnen die inherent aanwezig zijn in de materie die het boek behandelt: de breuklijn tussen publiek- en privaatrecht en tussen rechter en wetgever. Zonder al te expliciet op deze zaken in te gaan neemt de auteur een standpunt in over deze verhoudingen. Aan het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht voor private materies hecht de auteur op het eerste gezicht weinig belang. Beide rechtsdomeinen kunnen immers dezelfde functie vervullen. Van een duidelijk onderscheid tussen subjectieve en objectieve rechten is dan ook geen sprake. De doorwerking van het publiek- in het privaatrecht kan dus moeilijk opgevat worden als een heuse paradigmawissel maar eerder als een retorisch breekpunt. Niettemin schuilt hier een opvatting over beide rechtstakken achter. De Vos wil immers dat het publiekrecht zich tot zijn eigen domein beperkt en zich niet inlaat met private verhoudingen. De vraag waarom het publiekrecht restrictief opgevat moet worden beantwoordt De Vos enkel met praktische overwegingen. Hij voert aan dat het privaatrecht net als het publiekrecht uitgaat van fundamentele maatschappelijke waarden en bovendien beter geschikt is om conflicten op te lossen omdat het concretere regels bevat. Wat betreft de louter indirecte horizontale werking van grondrechten voert hij bovendien aan dat het gebruik van grondrechten in private geschillen weinig diepgaand is en dus niet kan leiden tot een eenvormige rechtspraak. Het probleem hierbij is dat De Vos niet aangeeft waarom het privaatrecht beter geschikt is om open normen eenduidig in te vullen. Hij geeft geen concrete voorbeelden om de eenvormig-

Stefan Somers

heid van de rechtspraak in het privaatrecht aan te tonen. Bovendien mist de kritiek op het gebruik van fundamentele rechten om open normen in te vullen toekomstvisie: het is niet omdat het gebruik van grondrechten in de huidige rechtspraak weinig onderbouwd is, dat dit in de toekomst ook zo behoort te zijn.

Een normatieve vraag die hierbij rijst is waarom de wetgever aan strengere mechanismen onderworpen wordt wanneer het grondwettelijke aangelegenheden betreft die, zoals de Tocqueville opmerkte, 'slechts de uiterlijke organisatie van de samenleving bepalen', dan wanneer het maatschappelijk diepgaande civielrechtelijke aangelegenheden betreft. In relatie hiermee dient dan ook naar de rol van de rechter gekeken te worden. Op vele plaatsen in zijn boek gaat De Vos in op de haast 'pretoriaanse' rechtspraak van rechters wanneer zij zich op fundamentele rechten beroepen. Dit verwijt aan de rechtspraak in fundamentele rechten doet vermoeden dat de rol van de rechter in het privaatrecht nauwer omschreven is. Het kan best zijn dat de marginale toetsing in het privaatrecht, zoals het principe dat misbruik van recht manifest moet zijn, de rechter sterker bindt dan bijvoorbeeld de proportionaliteitstest in het publiekrecht. Maar dit kan enkel beargumenteerd worden indien ook de puur privaatrechtelijke rechtspraak bestudeerd wordt. Het is jammer dat De Vos deze zijde van de vraagstelling niet verder belicht. Zeker gezien de sterke aandacht voor de omwentelingen van het Duitse rechtssysteem na de Tweede Wereldoorlog zou het interessant zijn om verder in te gaan op de debatten tussen natuurrechtdenkers en rechtspositivisten over de rol van de rechterlijke macht bij het ontsporen van de Weimar-democratie. Het zou dan ook interessant zijn om de horizontale werking van grondrechten aan te grijpen en te confronteren met het werk van bijvoorbeeld Bernd Rüthers (die juist aantoonde dat open normen in het privaatrecht in Duitsland reeds voor de nazistische machtsgreep werden aangewend om nazistisch georiënteerde rechtspraak te gronden), Gustav Radbruch, Ingeborg Maus of Jürgen Habermas om zo te komen tot een diepgaandere theoretische interpretatie van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht en de implicaties die dit heeft voor de verschillende staatsmachten op zowel nationaal als internationaal niveau.