



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

De meerwaarde van grondrechten in het privaatrecht

Een reactie op het preadvies 'Constitutionalisering van het vermogensrecht' van prof. mr. J.M. Smits

Mak, C.

Publication date

2004

Document Version

Final published version

Published in

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Mak, C. (2004). De meerwaarde van grondrechten in het privaatrecht: Een reactie op het preadvies 'Constitutionalisering van het vermogensrecht' van prof. mr. J.M. Smits. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 21(3), 124-130. Article 20.
<http://deeplinking.kluwer.nl/?param=00CE858E&cpid=WKNL-LTR-Nav2>

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

De meerwaarde van grondrechten in het privaatrecht*

Een reactie op het preadvies 'Constitutionalisering van het vermogensrecht' van prof. mr. J.M. Smits

C. Mak**

Nr. 20

1. Inleiding

Op 16 december 2003 vond de jaarvergadering van de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking (NVVR) plaats, bij welke gelegenheid onder meer het preadvies van prof. mr. J.M. Smits over de 'Constitutionalisering van het vermogensrecht'¹ werd besproken. Met dit werk levert Smits een verhelderende en inspirerende bijdrage aan de actuele discussie over de invloed van grondrechten in het (Europees) privaatrecht. Het preadvies geeft namelijk niet alleen een uitgebreid rechtsvergelijkend overzicht van de ontwikkelingen in rechtspraak en literatuur op het gebied van grondrechten en vermogensrecht, maar nodigt door de kanttekeningen en stellingname van de auteur ook uit tot discussie en verdere gedachtevorming over het onderwerp. In dit artikel wordt ingegaan op een aantal van de belangrijkste stellingen van het boek.

Het plan van behandeling is als volgt. Na een korte omschrijving van het preadvies (paragraaf 2), zal ik aandacht besteden aan enkele hoofdthema's van de discussie over grondrechten en privaatrecht. Om te beginnen is dat het onderscheid tussen directe en indirecte werking (3). Vervolgens wordt stilgestaan bij de doorwerking van grondrechten in het overeenkomstenrecht, waar de relatie tussen contractsvrijheid en menselijke waardigheid van belang is (4). Ten slotte volgen enkele meer algemene opmerkingen met betrekking tot grondrechtelijke invloeden in het privaatrecht en de mogelijkheden voor unificatie (5). Hoewel het contractenrecht centraal staat, zal ook meer in het algemeen aandacht worden besteed aan de rol van grondrechten in het vermogensrecht.

2. Het preadvies

Aanleiding tot het onderzoek was voor Smits zijn belangstelling voor de mogelijkheid tot unificatie van privaatrecht op basis van de invloed van grondrechten op de verschillende Europese privaatrechtsstelsels. Het preadvies

mag worden gezien als een verslag van deze 'speurtocht uit nieuwsgierigheid', waarin de auteur ingaat op de rol van de nationale grondrechtencatalogus in het Nederlandse, Duitse, Engelse en Zuid-Afrikaanse vermogensrecht. Op verschillende plaatsen wordt bovendien een uitstapje gemaakt naar bijvoorbeeld het Belgische² en het Europese recht – voor dat laatste met name met het oog op de invloed van het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Met deze brede rechtsvergelijkende aanpak wordt voor Nederlandse begrippen pionierswerk verricht, aangezien een dergelijk uitgebreid overzicht hier nog niet voorhanden was.

Vanwege de reikwijdte van het thema was het vanzelfsprekend niet mogelijk alle aspecten van de constitutionalisering van het privaatrecht uitputtend te behandelen. Smits concentreert zich dan ook op de invloed van grondrechten op het vermogensrecht, waarbij hij eerst aandacht besteedt aan de theoretische achtergrond van het onderwerp en vervolgens de praktijk onder de loep neemt. In het eerste, meer theoretische deel wordt ingegaan op het onderscheid tussen directe en indirecte werking van grondrechten en wordt bekeken hoe de doorwerking van grondrechten in de vier geselecteerde rechtsstelsels vorm heeft gekregen. Smits beargumenteert in dit verband uitvoerig zijn keuze voor de leer van indirecte werking, die ook in de besproken landen de heersende opvatting is. In het tweede, de praktijk betreffende deel van het preadvies werkt hij verder uit welke rol de grondrechten in de wetgeving en vooral de rechtspraak spelen. Het zwaartepunt ligt daarbij op de doorwerking in het contracten- en erfrecht, terwijl ook aansprakelijkheidsrecht en goederenrecht aan bod komen. De auteur snijdt gaandeweg een groot aantal aandachtspunten aan en geeft zijn visie hierop.

De expeditie brengt Smits uiteindelijk tot de conclusie dat 'grondrechten, gegeven hun traditionele betekenis van afweerrechten (van de burger) tegen de overheid, slechts een beperkte betekenis hebben in private verhoudingen.

* Citeerwijze: C. Mak, 'De meerwaarde van grondrechten in het privaatrecht, een reactie op het preadvies "Constitutionalisering van het vermogensrecht" van prof. mr. J.M. Smits', *NTBR* 2004, 20, p. 124. (red.).

** Chantal Mak is als junior-onderzoekster verbonden aan het Amsterdams Instituut voor Privaatrecht (AIP) van de Universiteit van Amsterdam. Zij bereidt een proefschrift voor over de doorwerking van grondrechten in het Nederlandse, Duitse en Engelse contractenrecht. De auteur dankt Marco Loos en Edgar du Perron voor hun opmerkingen bij een eerdere versie van dit artikel.

1 J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163.

2 Zie voor een recent overzicht van de rol van grondrechten in het Belgische privaatrecht ook N. van Leuven, 'Derdenwerking van mensenrechten in de Belgische rechtsorde', in: J. Wouters & D. van Eeckhoutte (red.), *De doorwerking van het internationaal recht in de Belgische rechtsorde: recente ontwikkelingen in een rechtstakoverschrijvend perspectief*, te verschijnen bij Intersentia.

Enerzijds is dit het geval omdat grondrechten al grotendeels via het privaatrecht zijn verwezenlijkt en het onzinnig zou zijn om een concreet geschil tussen particulieren dan niet via dat privaatrecht op te lossen, anderzijds zou een consequente doorwerking van grondrechten in private verhoudingen een te zware wissel trekken op de privaatautonomie: in de private sfeer is de burger in beginsel vrij en behoeft hij zich niet te storen aan overwegingen van publieke aard' (nr. 64). Ook wat betreft de mogelijkheid grondrechten in te zetten voor de harmonisatie van privaatrecht in Europa heeft optimisme plaatsgemaakt voor scepsis: 'Als ik de harmoniserende invloed van EG-recht buiten beschouwing laat, lijken grondrechten maar weinig te kunnen bijdragen aan unificatie van het vermogensrecht' (nr. 65). Ondanks deze enigszins teleurstellende uitkomst, valt er veel plezier te beleven aan het overdenken van het voorafgaande betoog. Ik maak dan ook graag enkele opmerkingen bij de hoofdthema's van het preadvies.

3. Directe of indirecte werking?

■ 3.1. Keuze en argumenten voor indirecte toepassing van grondrechten

Onder directe werking van grondrechten (de zogenoemde *unmittelbare Drittwirkung* of *direct application*) wordt in het algemeen verstaan de rechtstreekse toepassing van grondrechten tussen burgers onderling, dat wil zeggen toepassing van de rechten zoals deze in de grondwet zijn opgenomen. Indirecte werking (*mittelbare Drittwirkung* of *indirect application*), aan de andere kant, ziet op de uitleg en toepassing van privaatrechtelijke bepalingen in het licht van de grondrechten. Veelal gaat het dan om toepassing van open normen als 'goede zeden' en 'redelijkheid en billijkheid'. Smits geeft de voor- en nadelen van beide theorieën weer (nr. 5-7) en kiest vervolgens voor de indirecte leer. Hij noemt daarvoor vijf argumenten (nr. 18-25): 1) de burger is principieel geen adressaat van grondrechten, zoals bij directe werking zou worden aangenomen; 2) bij aanvaarding van de theorie van indirecte werking is de vraag naar de rechtstreekse werking van verdragsrecht minder relevant; 3) ook het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten is minder relevant; 4) het privaatrecht loopt niet het gevaar te worden opgeslokt door grondrechten; en 5) de intensiteit van de doorwerking kan het best worden bepaald. Hoewel zijn expliciete stellingname valt toe te juichen en de leer van indirecte werking inderdaad de beste papieren lijkt te hebben, kunnen enkele kanttekeningen worden geplaatst bij de nadere uitwerking die Smits aan zijn argumenten geeft.

Scheidslijn publiek- en privaatrecht

In verband met het eerste argument wordt onder meer gewezen op de traditionele scheidslijn tussen publiek- en privaatrecht, die in de weg zou staan aan directe toepassing van grondrechten tussen burgers onderling. De vraag rijst echter of die grens vandaag de dag nog wel zo scherp kan worden getrokken. Vervaagt deze niet juist door, aan de ene kant, het optreden van overheidsinstanties in privaatrechtelijke gedaante en, aan de andere kant,

de groei van machtsposities van private actoren? Denk bijvoorbeeld aan het opleggen van immigrantencontroles aan luchtvaart- en scheepvaartondernemingen, onder dreiging van boetes. Hiermee is niet gelijk gezegd dat private partijen dan ook als adressaten van grondrechten moeten worden gezien (wat Smits lijkt te suggereren in nr. 19), maar het geeft wel aan dat een analogie bestaat die toepassing van grondrechten in private verhouding – hetzij direct, hetzij indirect – zou kunnen rechtvaardigen. De vervaging van de grens tussen publiekrecht en privaatrecht biedt daarmee mijns inziens juist een extra argument voor doorwerking in het algemeen en daarmee ook voor indirecte werking.

Met Smits ben ik overigens van mening dat directe werking van grondrechten niet kan worden gerechtvaardigd op basis van de redenering dat private partijen, net als de overheid, nu eenmaal machtig kunnen zijn. Zijn opmerking dat de waarde achter een grondrecht in gevallen van machtsongelijkheid in versterkte mate kan gelden, zou ik eveneens willen onderschrijven. Echter, hiermee lijkt nog niet gezegd dat er geen andere goede gronden zijn voor het aannemen van directe werking – ervan uitgaande dat nog steeds een principieel verschil tussen direct en indirect effect bestaat, waarover zo direct meer. Een achterliggende vraag betreft in dat verband bijvoorbeeld de distributieve functie van het privaatrecht, die in het preadvies jammer genoeg grotendeels buiten beschouwing blijft: In hoeverre speelt verdelende rechtvaardigheid een rol in private verhoudingen? Biedt directe werking meer mogelijkheden voor distributie dan indirecte werking? En uiteindelijk: In hoeverre kunnen publieke belangen ook in en door middel van het privaatrecht worden verwezenlijkt? Ik kom hierop terug in paragraaf 5.

Karakter grondrechten in privaatrecht

Nog steeds naar aanleiding van Smits' toelichting op zijn eerste argument rijst de vraag of grondrechten, zoals hij stelt, in private verhoudingen daadwerkelijk 'rechten als alle anderen' zijn (nr. 20). Kunnen door de toepassing van grondrechten in het privaatrecht niet juist de grondrechtelijke posities van partijen worden aangescherpt? En verschillen deze fundamentele rechten niet ook van 'gewone subjectieve rechten' door hun retorische kracht? (vgl. nr. 7)

Daarbij komt dat de argumenten die Smits in dit kader aanvoert voor het verschil tussen grondrechten in de verhouding overheid-burger en 'gewone' rechten mij niet geheel overtuigen. Met name wordt niet duidelijk waarom de drie genoemde eigenschappen van grondrechten in de verhouding tussen overheid en burgers niet ook in verhoudingen tussen burgers onderling zouden gelden: a) Grondrechten mogen omdat zij nauw verbonden zijn met de menselijke waardigheid van een hogere morele orde zijn dan een gewoon subjectief recht, maar zou de invulling van open normen (zoals goede zeden en redelijkheid en billijkheid) op basis van de menselijke waardigheid niet een argument kunnen bieden om ook die open normen zwaarder te laten wegen? Denk bijvoorbeeld aan vernietiging of wijziging van een concurrentiebeding op grond van billijkheidsoverwegingen. b) Grondrechten zijn in de verhouding overheid-burger niet altijd afdwingbaar en onvervreemdbaar (Smits schrijft niet voor

niets dat een mensenrecht *in beginsel* niet bij wet kan worden beperkt; denk bijvoorbeeld aan beperking van de vrijheid van meningsuiting op basis van onrechtmatige daad en, fundamentele, de vraag naar universaliteit van mensenrechten), dus waarom zouden ze dat tussen burgers wel moeten zijn? c) Betekent het feit dat grondrechten traditioneel bedoeld zijn om tussen overheid en burgers hun werking te hebben dat werking tussen burgers zonder meer moet worden uitgesloten?

Klassieke en sociale grondrechten

Het derde argument – dat het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten minder relevant is bij indirecte dan bij directe werking van grondrechten – boet enigszins in kracht in wanneer wordt bedacht dat bepaalde rechten zowel een klassieke als een sociale component hebben. Het sociale grondrecht op vrijheid van arbeidskeuze kan bijvoorbeeld zeer goed vertaald worden naar een contractenrechtelijke context. Aangezien toepassing van grondrechten tussen burgers onderling in de regel alleen bij klassieke grondrechten plaatsvindt, zou dan mogen worden geconcludeerd dat dit grondrecht ook een klassiek element in zich heeft.³ Directe en indirecte toepassing zijn vanuit dat perspectief beide goed mogelijk. Wat niettemin voor indirecte werking pleit, en Smits wijst hier ook op, is dat in die leer zelfs irrelevant kan zijn of een recht überhaupt een grondrecht is (nr. 24). Beginselen die het recht tracht te verwezenlijken kunnen dan op gelijke voet worden meegewogen als de erkende grondrechten. De prijs die hiervoor wordt betaald, en een argument tegen indirecte werking, is echter dat de erkende rechten in die benadering niet hun volle gewicht in de schaal leggen, anders dan in een grondrechtelijke setting. Afhankelijk van het beginsel of het grondrecht en de ernst van de inbreuk zou om die reden van geval tot geval dienen te worden bekeken welke benadering het best past.

Toegevoegde waarde

Naar aanleiding van argument vier – dat het privaatrecht in de indirecte theorie niet wordt opgeslokt door grondrechten – komt vervolgens de fundamentele vraag aan bod of gevallen te bedenken zijn waarin met gebruikmaking van argumenten ontleend aan grondrechten een privaatrechtelijke casus noodzakelijkerwijs anders zou worden opgelost dan zonder die argumenten (nr. 23). Met andere woorden: Voegt toepassing van grondrechten iets toe aan de privaatrechtelijke geschillenbeslechting? Smits is van mening dat dit niet het geval is: 'Het resultaat dat men wenst, kan steeds ook langs privaatrechtelijke weg worden bereikt.' Hij voegt hieraan toe: 'Of dat ook gebeurt, is natuurlijk een andere vraag en het inroepen van een grondrecht kan de rechter wel alerter maken op het belang van een bepaald argument, maar dat is dan slechts een retorisch gebruik van het grondrecht.' Smits lijkt er daarmee van uit te gaan dat de rechter op basis van de

wetgeving altijd de mogelijkheid heeft tot het – ook in constitutioneel opzicht – gewenste resultaat te komen. Of via de privaatrechtelijke weg altijd dezelfde uitkomst kan worden bereikt als op basis van de grondrechten, hangt mijns inziens echter ook af van de 'kwaliteit' van wetgeving, dat wil zeggen in hoeverre de wetgever al uitdrukking heeft gegeven aan de grondrechten. Waar wetgever of lagere rechtspraak⁴ tekortschiet, kunnen grondrechten naar mijn mening wel degelijk een toegevoegde waarde hebben door de wortels van de privaatrechtelijke belangenafweging bloot te leggen. Ook hierover meer in de volgende paragrafen.

■ 3.2. Onderscheid directe en indirecte werking

In verband met de keuze tussen directe en indirecte werking is het verder mogelijk een onderscheid te maken tussen de gebondenheid van partijen aan de grondrechten en de gebondenheid van wetgever en rechter. Waar Smits een argument van Canaris tegen de leer van indirecte werking bespreekt (nr. 7), lijkt hij dit verschil uit het oog te verliezen. Canaris⁵ wijst erop dat indirecte gebondenheid van de wetgever aan de grondrechten meebrengt dat de grondwettelijkheid van een privaatrechtelijke regel moet worden getoetst aan een andere bepaling van privaatrecht, die in het licht van de grondrechten wordt geïnterpreteerd. Aangezien beide privaatrechtelijke normen op hetzelfde hiërarchisch niveau staan, kan de laatste norm echter nooit een maatstaf vormen voor de verenigbaarheid met de grondrechten van de eerste norm. Die toetsingsmogelijkheid bestaat immers alleen wanneer er wel een hiërarchie is. Smits 'vermag de juistheid van Canaris' argument niet in te zien. Want ook bij botsing van gewone privaatrechtelijke normen zal een van beide moeten winnen.' Hij wijst daarbij op de taak van de rechter om in het concrete geval te bepalen welke rechtsregel voorgaat. Als ik Canaris goed begrijp, ziet zijn argument tegen de indirecte leer echter enkel op de vraag of en hoe de wetgever is gebonden aan de grondrechten. Dat de rechter in een bepaalde zaak een afweging zal moeten maken, lijkt niet uit te sluiten dat het voor de wetgever moeilijk zal zijn om in geval van indirecte gebondenheid *in abstracto* tot een keuze te komen.

Niettemin lijkt de preadviseur, hoewel hij dit niet expliciet verwoordt, net als Canaris uit te gaan van directe gebondenheid van de wetgever, in de zin dat in de wetgeving de grondrechtelijke waarden tot uitdrukking dienen te worden gebracht. Zijn keuze voor indirecte werking in de verhouding tussen partijen onderling sluit aan bij de door Canaris genoemde *Schutzgebot*-functie van de grondrechten, die de Staat verplicht om ook in het privaatrechtsverkeer de ene burger tegen de andere te beschermen.⁶ Directe gebondenheid van wetgever en rechter kan aldus goed samengaan met indirecte werking tussen private partijen.

Meer in het algemeen kan tot slot de vraag worden ge-

3 Vgl. E. Verhulp, *Grondrechten in het arbeidsrecht* (preadvisie Vereniging voor Arbeidsrecht), Deventer: Kluwer 1999, p. 8-9. Zie ook mijn artikel 'Concurrentiebeding, onrechtmatige concurrentie en vrijheid van arbeidskeuze – Over doorwerking van grondrechten in het verbintenisrecht', *Ars Aequi* 2003, p. 428-436.

4 Denk bijvoorbeeld aan de cassatie van de uitspraak van het Bundesgerichtshof in de beroemde Duitse *Bürgschaft*-zaak; *BVerfG* 19

oktober 1993, *BVerfGE* 89, 214. Het Bundesverfassungsgericht kwam hier door toepassing van grondrechten tot een fundamentele belangenafweging dan het Bundesgerichtshof op basis van de privaatrechtelijke regels had gemaakt.

5 C.W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*, Berlin: Walter de Gruyter 1999, p. 17.

6 C.W. Canaris, *a.w.*, p. 38.

steld of het onderscheid tussen directe en indirecte werking nog wel zo scherp moet worden aangezet. Smits lijkt ervan uit te gaan dat directe toepassing niet tot een (privaatrechtelijke) belangenafweging hoeft te leiden en voorziet problemen met de beperkingssystematiek van de grondrechten (nr. 5). Deze gevolgen zouden er ook in mijn opvatting kunnen zijn, wanneer wordt gekozen voor een strikte definitie van directe werking. Een andere opvatting ten aanzien van deze leer zegt echter dat ook bij directe toepassing de grondrechten moeten worden ingepast in het systeem van het privaatrecht.⁷ Beperkingsclausules kunnen in dat geval niet zonder meer worden overgenomen uit de grondwet en vaak zal het uiteindelijk aankomen op een afweging van de belangen van partijen. Het lijkt dan niet onvoorstelbaar dat de rechter zal teruggrijpen op zijn ervaring met de privaatrechtelijke afweging. In aanvulling hierop kan bovendien worden gewezen op de door het *Bundesverfassungsgericht* (BVerfG) ontwikkelde leer van *Wechselwirkung*: privaatrechtelijke bepalingen kunnen – via de beperkingsclausules – ook van invloed zijn op de grondrechten.⁸ Vanuit het perspectief van indirecte werking kan bovendien worden afgeleid dat via die weg een invloed van grondrechten in het privaatrecht ontstaat die dicht in de buurt komt van directe werking.⁹ Door de expliciete aanwending van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen wordt immers directer uitdrukking gegeven aan deze rechten dan door ze enkel als achterliggende waarden te beschouwen. Vanuit twee richtingen kan zo het onderscheid tussen directe en indirecte werking van grondrechten worden genuanceerd.

4. Contractsvrijheid en menselijke waardigheid

■ 4.1. De meerwaarde van grondrechten in het contractenrecht

Een ruime toepassing van de indirecte leer is onder meer te vinden in enkele spraakmakende uitspraken van het Duitse constitutionele hof op het gebied van het contractenrecht. Zo heeft het Bundesverfassungsgericht een beroep op de vrijheid van arbeidskeuze gehonoreerd in relatie tot een concurrentiebeding van een handelsagent dat verstrekende gevolgen zou hebben.¹⁰ Ook is bepaald dat de civiele rechters in het licht van de grondrechten dienen te beoordelen of een borgtochtovereenkomst ten behoeve van een familielid wellicht de privaatautonomie van de borg te veel beperkt. Dit kan het geval zijn wanneer de menselijke waardigheid van de borg in het gedrang komt, terwijl de bank haar niet voldoende heeft geïnformeerd over de aan de borgstelling verbonden risico's.¹¹ In beide zaken – evenals in een door Smits besproken alimentatiezaak – staat de bedreiging van de *Existenzgrundlage* van

de 'zwakkere' partij centraal, dat wil zeggen diens mogelijkheid een menswaardig bestaan te leiden (vgl. nr. 45). Smits bespreekt deze Duitse rechtspraak in vergelijking met het Nederlandse en Engelse recht, wat hem tot de conclusie brengt dat de rechter in beginsel op grond van privaatrechtelijke bepalingen – te weten, specifieke wettelijke regels of de open normen – tot eenzelfde resultaat kan komen. Grondrechten worden dan zeer indirect meegewogen: 'Dat de voorwaarden voor een zinvol menselijk bestaan in het gedrang dreigen te komen (...), kan hoogstens als signaal dienen om de rechter te overtuigen van de ernst van de zaak en daarmee van de noodzaak om bindendheid aan de overeenkomst te ontzeggen' (nr. 44). En: '(...) juist waar de kredietgever op nakoming (van de borgtochtovereenkomst) staat in een geval waarin dat een menswaardig leven (*Existenzgrundlage*) zou bedreigen, (moet) het grondrecht indirect als waarde doorwerken in de afweging' (nr. 46).

De rol van grondrechten in privaatrechtelijke verhoudingen wordt op deze manier teruggebracht tot een 'signaalfunctie': 'Zij zijn een belangrijke kenbron van wat redelijkheid en billijkheid, openbare orde en goede zeden en maatschappelijke zorgvuldigheid eisen' (nr. 49). Een explicietere aanwending van de grondrechten is dan volgens Smits niet nodig. 'Dat in de drie Duitse zaken de grondwet er aan te pas moest komen om tot een rechtvaardige uitkomst te komen, kwam dan ook vooral omdat het Bundesgerichtshof de fundamentele waarden onvoldoende in het privaatrecht had laten werken,' aldus de auteur (nr. 49).

Deze standpuntbepaling, met de daarin vervatte verklaring waarom uiteindelijk een beroep op de grondrechten bij het Bundesverfassungsgericht moest worden gedaan, raakt mijns inziens de kern van de zaak, in ieder geval op het terrein van het contractenrecht. Het feit dat het overeenkomstenrecht in beginsel de mogelijkheid biedt voor correcties op de uitoefening van de privaatautonomie door partijen, hoeft immers niet te betekenen dat dit ook altijd gebeurt. Ten eerste is het mogelijk dat de wetgever onvoldoende uitdrukking heeft gegeven aan de grondrechtelijke waarden of tot een afweging is gekomen die in de praktijk tot onrechtvaardige uitkomsten leidt. Dit was bijvoorbeeld het geval in de Duitse *Handelsvertreter*-zaak. Ook op het nieuw voorgestelde art. 7:653 van het Nederlandse BW, dat eveneens concurrentiebedingen betreft, valt in dit verband wel wat af te dingen. Die bepaling laat juist de balans tamelijk ver doorslaan naar de kant van de 'zwakkere' partij.¹² Aan de 'kwaliteit' van de wetgeving kan in dergelijke gevallen worden getwijfeld.

Ten tweede kan worden gewezen op de rol van de rechter. Deze kan om te beginnen de achterliggende waarden uit het oog verliezen door zonder meer de door de wetgever opgestelde regels toe te passen. Vaker zal het echter voorkomen dat hij in zijn eigen interpretatie van specifieke

7 Bijv. J. Hager, 'Grundrechte im Privatrecht', JZ 1994, p. 382-383; C. Starck, 'Human Rights and Private Law in German Constitutional Development', in: D. Friedmann & D. Barak-Erez (red.), *Human Rights in Private Law*, Oxford/Portland Oregon: Hart Publishing 2001, p. 98-99.

8 Zie BVerfG 15 januari 1958, BVerfGE 7, 198 (Liith).

9 Zie ook O. Cherednychenko, Boekbespreking D. Friedmann & D. Barak-Erez (red.), *Human Rights in Private Law*, Oxford/Portland

Oregon: Hart Publishing 2001, *Maastricht Law Journal* 2003, p. 301 e.v.

10 BVerfG 7 februari 1990, BVerfGE 81, 242 (*Handelsvertreter*).

11 BVerfG 19 oktober 1993, BVerfGE 89, 214 (*Bürgschaft*).

12 Zie hierover mijn eerdergenoemde bijdrage in *Ars Aequi* en mijn artikel 'Looking up at the stars.' Afwegingen tussen vrije arbeidskeuze en werkgeversbelang in het wetsvoorstel inzake het concurrentiebeding, *Rechtshulp* 2003-6/7, p. 32-38.

wettelijke regels of bij de invulling van de open normen onvoldoende rekening houdt met deze waarden. De *Bürgerschaft*-zaak getuigt hiervan, gezien het feit dat het Bundesgerichtshof op grond van de privaatrechtelijke nakomingsregels tot een zeer omstreden uitspraak kwam. Hoewel het BGH op basis van de goede zeden of redelijkheid en billijkheid een andere oplossing had kunnen bereiken, gebeurde dit niet. De manier waarop het Bundesverfassungsgericht vervolgens teruggreep op de constitutionele basis van de zaak laat de kracht van de grondrechtelijke benadering zien: Door te kijken naar de achterliggende waarden, gebaseerd op de menselijke waardigheid, komen de belangen van de partijen beter uit de verf en kunnen de privaatrechtelijke regels worden aangewend en eventueel worden aangepast om tot een resultaat te komen dat recht doet aan deze in de samenleving gedeelde waarden. In dat perspectief lijken grondrechten hun beperkte 'signaalfunctie' te overstijgen en daadwerkelijk een toegevoegde waarde te hebben voor het contractenrecht.

■ 4.2. Intensiteit van de doorwerking

Uiteraard zijn ook vanuit deze visie nog lang niet alle vragen met betrekking tot het onderwerp opgelost. Zoals Smits al signaleert in het eerste deel van zijn preadvies, is met name de intensiteit van de doorwerking van grondrechten nog onvoldoende uitgekristalliseerd (nr. 11 en 25). In het overeenkomstenrecht gaat het in dit verband om de manier waarop grondrechtelijke belangen in relatie tot de contractsvrijheid in de praktijk (dienen te) worden afgewogen. Uit het overzicht dat Smits geeft van, ten eerste, de invloed van het gelijkheidsbeginsel op het contractenrecht en, ten tweede, het vrijwillig prijsgeven van grondrechten door een contractant – waarbij onder meer de genoemde Duitse zaken als voorbeeld dienen¹³ – kunnen mijns inziens verscheidene aanknopingspunten worden gedestilleerd voor een antwoord op deze vraag.

Vaak, ook door Smits, wordt gesproken van een conflict tussen de contractsvrijheid en een grondrecht, zoals de vrijheid van onderwijs in de bekende *Mensendieck*-zaak¹⁴ of het gelijkheidsbeginsel in AWGB-zaken (nr. 31). Daarmee blijft enigszins in het midden welke belangen de rechter daadwerkelijk tegen elkaar afweegt. Beide partijen kunnen immers een beroep doen op hun contractsvrijheid: De 'sterkere' partij heeft er belang bij dat de overeenkomst in stand blijft, terwijl de 'zwakkere' partij juist gebaat zal zijn bij het oordeel dat hij onder de gegeven omstandigheden zijn vrijheid niet ten volle heeft kunnen ontplooiën. In dat verband zou ik ook de overwegingen van het Bundesverfassungsgericht in de *Handelsvertreter*- en *Bürgerschaft*-uitspraken willen zien. De uitoefening van privaatautonomie (*Selbstbestimmung*) door de een vindt zijn grens in de uitoefening van autonomie door de ander (vgl. nr. 43). Meer concreet weegt de rechter dan het met

de overeenkomst gediende belang, bijvoorbeeld de bescherming van de kwalificatie 'Mensendieck-lerares', tegen de beperking die het contract maakt op een grondrecht, zoals de vrijheid van onderwijs. In geval van een 'ruinöse Bürgerschaft' staat het zekerheidsbelang van de bank tegenover de inbreuk op de menselijke waardigheid van de borg. Indien het grondrechtelijk belang zwaarder weegt dan het met het contract gediende belang, dient de rechter een beperking op de contractsvrijheid van partijen aan te nemen door de contractuele bepaling opzij te zetten; tegelijkertijd beschermt hij daarmee de autonomie van de 'zwakkere' partij. Wanneer het contractueel belang zwaarder weegt dan het grondrecht, blijft de overeenkomst in stand en wordt recht gedaan aan de contractsvrijheid in het algemeen, dat wil zeggen de autonomie van partijen om rechtsgeldig een (gedeeltelijke) afstand van een grondrecht overeen te komen.

De vraag of een grondrechtelijk belang in het contractenrecht meer gewicht in de schaal legt dan 'gewone' subjectieve rechten, blijft hiermee nog open. Op basis van zowel de Duitse als Nederlandse rechtspraak neig ik niettemin naar een voorzichtig positief antwoord. Hoewel de grondrechten uiteindelijk meestal in een belangenafweging worden meegenomen en dus niet absoluut gelden tussen private partijen, blijken zij desondanks vaak de doorslag te geven bij de door de rechter te nemen beslissing. Denk bijvoorbeeld aan de *Handelsvertreter*- en *Bürgerschaft*-uitspraken, waarin het belang van de bescherming van de menselijke waardigheid derogerde aan het principe dat *pacta sunt servanda*. Hoewel op basis van de open normen tot een soortgelijke oplossing had kunnen worden gekomen, gaf pas de grondrechtelijke blik op de zaak de doorslag, in die zin dat de rechter daadwerkelijk werd bewogen de privaatrechtelijke regels opzij te zetten. Dat toepassing van een grondrecht niet zonder meer tot die conclusie heeft te leiden, blijkt bijvoorbeeld uit de uitspraak van de Hoge Raad in de *Mensendieck*-zaak. Het belang om door middel van de overeenkomst de beoefening van het paramedische beroep van Mensendieck-leraar te beschermen woog in dat geval zwaarder dan de vrijheid van onderwijs. Niettemin werd in dit arrest vereist dat het contractuele belang zo gewichtig was dat het de inperking van de vrijheid tot het geven van onderwijs rechtvaardigde. De grondrechten lijken aldus op zijn minst een kader te scheppen voor een zorgvuldige afweging van belangen en rechtvaardigingsgronden. Ongetwijfeld speelt in dit verband ook hun retorische kracht een rol: de rechter zal niet snel voorbij gaan aan een beroep op een grondrechtelijk beschermd belang.¹⁵

In samenhang met de kwestie van de intensiteit van de doorwerking vraagt bovendien de taakverdeling tussen wetgever en rechter de aandacht. Veelal wordt immers bepleit dat beslissingen op rechtspolitiek terrein tot het domein van de wetgever behoren (vgl. Smits, nr. 25). Toch

13 Betwijfeld kan echter worden of in de *Bürgerschaft*-zaak inderdaad sprake was van een *vrijwillig* prijsgeven van het grondrecht van menselijke waardigheid: Het is nauwelijks voorstelbaar dat de dochter uit vrije wil het risico op zich nam dat zij voor de rest van haar leven beneden het bestaansminimum zou moeten leven om de borgtocht te voldoen. Sterker nog, de beperking op haar autonomie stond juist centraal in de uitspraak van het Bundesverfassungsgericht.

14 HR 31 oktober 1969, NJ 1970, 57 (Mensendieck I) en HR 18 juni 1971, NJ 1971, 407 (Mensendieck II), door Smits besproken in nr. 25.

15 Vgl. M.W. Hesselink, 'The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law', in: *The New European Private Law. Essays on the Future of Private Law in Europe*, Den Haag: Kluwer Law International 2002, p. 187-188.

lijken de open normen veel ruimte aan de rechter te laten om, op basis van de grondrechten, tot uitspraken te komen die een bepaalde richting aangeven. Soms geeft de wetgever in specifieke bepalingen ook expliciet de mogelijkheid aan de rechter om tot een afweging op basis van bijvoorbeeld de redelijkheid en billijkheid te komen, zoals bijvoorbeeld in het eerdergenoemde art. 7:653 BW (billijkheidstoetsing bij concurrentiebedingen). Constitutionele toetsing van wetgeving, zoals in Duitsland door het Bundesverfassungsgericht kan worden uitgevoerd¹⁶, versterkt de rol van de rechter ten opzichte van de wetgever nog meer. Tot slot dient ook de interpretatie van grondrechten door de rechter niet te worden vergeten. Hoewel over deze wisselwerking tussen wetgever en rechter boeken kunnen worden volgeschreven¹⁷, beperk ik me hier tot de constatering dat de rechter bij de toepassing van grondrechten in het contractenrecht een grote vinger in de rechtspolitieke pap lijkt te hebben. Dit gegeven heeft interessante implicaties voor de bredere discussie over constitutionalisering van het vermogensrecht en unificatie door middel van grondrechten.

5. Autonomie, solidariteit en unificatie

■ 5.1. Publieke belangen in het privaatrecht

Uit de in de voorgaande paragrafen aangestipte *highlights* uit de rechtspraak blijkt dat grondrechten op veel verschillende gebieden binnen het privaatrecht een rol (kunnen) spelen. De delen van het preadvies die hier buiten beschouwing zijn gebleven, lijken dat beeld te bevestigen. Zo bespreekt Smits onder meer het recht om de eigen afstamming te kennen (nr. 53, waarbij onder meer de bekende *Valkenhorst*-zaak aan de orde komt), de discussie omtrent de menselijke waardigheid in 'wrongful birth'-zaken (nr. 54), smartengeld en affectieschade (nr. 55 en 56) en de bescherming van de eigendom (nr. 60 e.v.). Het zijn allemaal onderwerpen die een duidelijke politieke component hebben en waar de belangenafweging dan ook uiteenlopende oplossingen kan opleveren. Smits onderkent dit wanneer hij schrijft dat 'het onmogelijk is om de intensiteit van de doorwerking van grondrechten te bepalen zonder een visie op de meest gewenste maatschappij: een liberale samenleving veronderstelt een andere opvatting over de verhouding publiek-privaat (en dus over de invloed van bijvoorbeeld het gelijkheidsbeginsel of de bescherming van eigendom op private verhoudingen) dan een sociaal-democratische samenleving' (nr. 11). En, met betrekking tot de rangorde tussen grondrechten in de privaatrechtelijke belangenafweging: 'Waarom de ene waarde voor gaat boven de andere, is niet duidelijk. Nu neem ik dat de rechter niet kwalijk. Het is niet zijn taak om algemene oordelen te geven over rangordes tussen grondrechten. Dat gaat, zoals het heet, zijn rechtsvor-

mende taak te buiten. Ook in de literatuur wordt deze praktijk echter unaniem met instemming begroet op grond van het argument dat het van tevoren bepalen van een rangorde tussen grondrechten onmogelijk is. Dit is misschien juist, maar daaruit volgt nog niet dat een meer fundamentele discussie over welk grondrecht (welke waarde) voor gaat, niet moet worden gevoerd. Mijns inziens is dat zelfs essentieel: thans worden tegenstellingen toegedekt en de keuzes onvoldoende open op tafel gelegd' (nr. 25).

Deze stelling van Smits onderschrijf ik van harte, al zou ik wellicht minder de nadruk op het primaat van de wetgever leggen dan hij in dit geval doet. Het verbaast in het licht van de zojuist weergegeven citaten dan ook enigszins dat Smits in zijn afsluitende opmerkingen zonder meer concludeert 'dat het bestaande privaatrecht reeds de uitwerking biedt van het conflict tussen autonomie en solidariteit en dat een herdefiniëren daarvan in termen van grondrechten ons weinig verder helpt' (nr. 64). Blijkt immers uit zijn overzicht van de rechtspraak in de verschillende stelsels niet juist dat de autonomie van met name de 'zwakkere' partijen volgens de rechter lang niet altijd voldoende wordt beschermd door de privaatrechtelijke regels? Hoewel de doorwerking van grondrechten geen toverformule oplevert voor de oplossing van dergelijke zaken, brengt deze mijns inziens wel naar voren welke spanning in bepaalde gevallen bestaat tussen autonomie en solidariteit. Bovendien wordt duidelijk waar de bestaande oplossing op het continuüm tussen deze polen geplaatst kan worden. Afhankelijk van de 'visie op de meest gewenste maatschappij' kan de grondrechtenbenadering dan een handvat bieden voor een meer autonome dan wel meer solidaire oplossing van een conflict. Of, zoals Smits schrijft bij zijn bespreking van de *Valkenhorst*-zaak: 'Het grondrecht kan (...) als hefboom worden gebruikt om een gewenste ontwikkeling mee mogelijk te maken' (nr. 53). Deze 'hefboomfunctie' lijkt in dergelijke gevallen meer te omvatten dan het enkele 'signaal' aan de rechter dat de menselijke waardigheid in het geding is.

Uiteindelijk ligt hier mijns inziens het grootste verschil tussen een terughoudende of sceptische visie en een meer optimistische blik op de rol van grondrechten in het overeenkomstenrecht: Mogen grondrechten als een dergelijke 'hefboom' dienst doen? Daarmee samenhangend: In hoeverre is het wenselijk dat publieke belangen ook via het privaatrecht worden verwezenlijkt? In hoeverre geeft het privaatrecht daarmee uitdrukking aan regels van zowel vergeldende als van verdelende rechtvaardigheid?¹⁸ Wat zijn in dit verband de argumenten voor directe dan wel indirecte werking? En, tot slot: Is het aan de rechter om dergelijke keuzes te maken of behoort dat tot het domein van de wetgever? Het mag, in het licht van deze vragen, inmiddels duidelijk zijn dat de 'autonome betekenis van het privaatrechtelijk systeem' (nr. 64) naar mijn mening in

16 Zie voor Nederland het wetsvoorstel tot invoering van toetsingsbevoegdheid van wetten aan bepalingen van de Grondwet door de rechter, *Kamerstukken II* 2002/03, 28 331, nr. 8.

17 Recent bijvoorbeeld H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de vaststelling van de reikwijdte van het recht op persoonlijkheid* (diss. Maastricht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2003 en S.T. van Dommelen, *Constitutionele rechtspraak vanuit rechtsfilosofisch perspectief* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag:

Boom Juridische uitgevers 2003.

18 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, 'De Constitutie van het burgerlijk recht', *RM Themis* 2000, p. 207: 'De twee typen van rechtvaardigheid volgens Aristoteles blijven van groot belang voor een kritische waardering van het recht, maar de tweedeling is uiterst misleidend als zij wordt ingezet ter karakterisering van het onderscheid tussen publiek- en privaatrecht.'

principe niet hoeft te lijden onder een fundamentele, constitutionele aanpak. Integendeel, grondrechten kunnen worden aangewend ter bescherming van de autonomie van partijen en zo de fundamenten van het contractenrecht – of ruimer: het privaatrecht – versterken. Wat de ‘juiste verhouding is tussen autonomie en solidariteit’ (eveneens nr. 64), is daarmee inderdaad niet gezegd, maar ook de oplossing van die vraag hangt mijns inziens voor een belangrijk deel af van de rechtspolitieke opvattingen van de beantwoorder, of deze nu wetgever, rechter of wetenschapper is (vgl. nr. 25): In een liberale visie zal waarschijnlijk de autonomie van partijen het zwaarst wegen, terwijl vanuit sociaal-democratisch perspectief meer behoefte zal bestaan aan de bescherming van partijen op basis van de grondrechten.

■ 5.2. Unificatie op basis van grondrechten

Net als Smits zou ik willen eindigen met zijn beginvraag: Kunnen grondrechten een rol vervullen bij de unificatie van privaatrecht in Europa? Volgens Smits zou het unificerend effect van grondrechten niet groot zijn (nr. 65). Ten eerste dient, in private verhoudingen, de pretentie van universaliteit van mensenrechten te worden betwijfeld, nu bij indirecte werking de grondrechten mede door het *nationale* recht worden gevormd en vervormd. Ten tweede bestaan aanmerkelijke verschillen in interpretaties van grondrechten door nationale rechters.

Wat het eerste punt betreft, ziet het er inderdaad naar uit dat grondrechten in verschillende privaatrechtelijke contexten verschillend (kunnen) worden vormgegeven. Wanneer de vraag wordt omgekeerd, blijkt een harmoniserend effect echter toch niet zo ver gezocht. Indirecte toepassing vindt immers gewoonlijk plaats via de open normen van het privaatrecht, zodat juist door de invloed van grondrechten een meer uniforme invulling aan deze *Generalklauseln* zou kunnen worden gegeven.

Niettemin lijkt voor daadwerkelijke harmonisatie een zeker minimumniveau van bescherming vereist, evenals

een uniforme interpretatie van de grondrechten. Het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat inmiddels is opgenomen in het ontwerp voor een Europese Grondwet¹⁹, kan hierbij in de toekomst wellicht een rol spelen. Terwijl het Handvest ten minste het niveau van het EVRM garandeert, biedt het op verschillende punten meer bescherming dan dit verdrag. Zo is het recht op lichamelijke integriteit uitgewerkt in vier subcategorieën op het terrein van geneeskunde en biologie (art. II-3 lid 2), is een bepaling gewijd aan de vrijheid van kunsten en wetenschappen (art. II-13) en zijn artikelen opgenomen betreffende de rechten van kinderen (art. II-24) en van ouderen (art. II-25). Ook besteedt het Handvest veel aandacht aan sociale rechten, zoals de rechten van werknemers en gezinnen, sociale zekerheid, gezondheidszorg en milieubescherming (titel IV). Onder meer door middel van de beantwoording van prejudiciële vragen (art. 28 lid 3 jo. art. III-274) zou het Hof van Justitie in Luxemburg kunnen bijdragen aan de uniforme interpretatie en toepassing van deze grondrechten.

6. Tot slot

Zoals met name in paragraaf 5.1 bleek, roept het thema ‘doorwerking van grondrechten in het contractenrecht’ nog altijd veel vragen op. Hoewel een voorkeur voor indirecte werking van grondrechten in het privaatrecht goed verdedigbaar lijkt en de verhouding tussen contractsvrijheid en menselijke waardigheid steeds duidelijker uit de rechtspraak naar voren komt, blijkt de discussie over de wenselijkheid en intensiteit van de grondrechtelijke beïnvloeding van het overeenkomstenrecht nog niet ten einde. In het bredere debat over constitutionalisering van het privaatrecht kan dan ook inspiratie worden geput uit de verschillende antwoorden op de vraag naar de meerwaarde van grondrechten in het contractenrecht. Het preadvies van Smits geeft daartoe een mooie aanzet.

19 Draft Treaty establishing a Constitution for Europe, 18 juli 2003, CONV 850/03, te vinden op <http://european-convention.eu.int>.

Het Handvest voor de grondrechten is neergelegd in Deel II van de Grondwet.