



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Grondrechten en Europees contractenrecht

over de rechtspolitieke achtergrond van contractenrechtelijke uitspraken

Mak, C.

Publication date

2008

Document Version

Final published version

Published in

NJCM-Bulletin

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Mak, C. (2008). Grondrechten en Europees contractenrecht: over de rechtspolitieke achtergrond van contractenrechtelijke uitspraken. *NJCM-Bulletin*, 33(6), 770-781.

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.

GRONDRECHTEN EN EUROPEES CONTRACTENRECHT

Over de rechtspolitieke achtergrond van contractenrechtelijke uitspraken

Chantal Mak *

‘De leeuw kan zich niet verdedigen tegen valstrikken, en de vos niet tegen wolven. De heerser moet dan ook een vos zijn om de valstrikken in de gaten te hebben, en een leeuw om de wolven schrik aan te jagen.’

Niccolò Machiavelli, *Il principe*

Hoewel grondrechten in beginsel burgers tegen de overheid beschermen, vinden zij ook steeds vaker toepassing in geschillen tussen burgers onderling. In contractenrechtelijke geschillen hebben zij daarbij een niet te verwaarlozen invloed op de manier waarop rechters tot hun oordeel komen. Doordat grondrechten bemiddelen tussen publieke waarden en private belangen, dwingen zij rechters tot rechtspolitieke bespiegelingen en beleidskeuzes. Vanuit dat perspectief kunnen zij een belangrijke bijdrage leveren aan de zogeheten ‘constitutionalisering van het contractenrecht’.

1 Inleiding

In de jurisprudentie van verschillende Europese landen beginnen zich langzaam maar zeker de contouren af te tekenen van een ‘Constitutie van het Europees burgerlijk recht’.¹ Grondrechten die zijn neergelegd in internationale verdragen en in nationale Grondwetten, en in beginsel zijn bestemd om de burger tegen de overheid te beschermen, vinden toepassing op tal van terreinen van het privaatrecht.² Zo bepaalde het Duitse Constitutionele Hof dat de geldigheid van een borgtochtovereenkomst van een onvermogenende dochter ten behoeve van haar vader moest worden beoordeeld in het licht van menselijke waardigheid (artikel 1 van het Duitse *Grundgesetz* (GG)) en het *Sozialstaatsprinzip* dat aan de huidige staatsvorm ten grondslag ligt (artikel 20 GG).³ Het Italiaanse Hof van Cassatie bracht het solidariteitsprincipe (beschermd door artikel 2 van de *Costituzione* (Cost.)) in stelling ter uitbreiding van het begrip ‘immateriële schade’⁴ en ter inkleuring van de open norm van ‘goede trouw’.⁵ Engelse rechters betrokken de artikelen 8 (privacy) en 10 (vrijheid van meningsuiting) van het Europees Verdrag voor

- Dr. Chantal Mak is als universitair docent verbonden aan het Centre for the Study of European Contract Law van de Universiteit van Amsterdam. Deze bijdrage geeft de hoofdlijnen weer van het proefschrift dat zij op 26 september 2007 aan dezelfde universiteit verdedigde, *Fundamental Rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen a/d Rijn: Kluwer Law International 2008.

1 Vgl. J.H. Nieuwenhuis, ‘De Constitutie van het burgerlijk recht’, *RM Themis* 2000, p. 203-211.

2 G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi en G. Comandé (red.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union. I. A Comparative Overview*, te verschijnen bij Cambridge: Cambridge University Press 2008; en G. Brüggemeier, A. Colombi Ciacchi en G. Comandé (red.), *Fundamental Rights and Private Law in the European Union. II. Comparative Analyses of Selected Case Patterns*, te verschijnen bij Cambridge: Cambridge University Press 2008.

3 *BVerfG* 19 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 214 (*Bürgerschaft*).

4 *Cass. civ.* 31 mei 2003, nrs. 8827 en 8828, *Foro it.* 2003, I, p. 2273.

5 *Cass. civ.* 20 april 1994, nr. 3775, *Giust. civ.* 1994, p. 2164-2165.

de Rechten van de Mens (EVRM) onder meer bij de beantwoording van de vraag of een bekend filmsterrenpaar recht had op schadevergoeding wegens het zonder toestemming afdrucken van onrechtmatig verkregen huwelijksfoto's.⁶ De Nederlandse Hoge Raad, ten slotte, oordeelde dat grondrechten (hier: artikel 10 Grondwet (Gw; privacy) en artikel 11 Gw (lichamelijke integriteit)) in privaatrechtelijke verhoudingen kunnen worden beperkt wanneer degene die zich erop beroept zelf onrechtmatig heeft gehandeld jegens de wederpartij⁷ of wanneer redelijkheid en billijkheid hem een contractuele zorgplicht jegens de ander opleggen.⁸ Een vergelijkende studie van de rol van grondrechten in deze uiteenlopende zaken laat zien dat, ondanks de verschillende onderwerpen, overeenkomsten zijn te ontdekken in de manier waarop rechters in civiele zaken omgaan met grondrechtelijke argumenten. In het bijzonder lijken grondrechten hen dichter bij de fundamentele waarden van het privaatrecht te brengen en het zelfs mogelijk te maken dat rechters zich ontpoppen als rechtsscheppers meer dan enkel toepassers.

In het navolgende zal deze visie op de zogenaamde 'constitutionalisering van het privaatrecht' worden uitgewerkt aan de hand van een overwegend rechtspoliteke analyse van het contractenrecht. Leidende vraag daarbij is: Waarom zouden grondrechten in een contractenrechtelijk geschil een rol moeten spelen? De beperking tot het contractenrecht laat zich verklaren vanuit het feit dat dit rechtsgebied het onderwerp is van belangrijke ontwikkelingen op het niveau van de Europese Unie (EU), zoals de ontwikkeling van een Gemeenschappelijk Referentiekader ter vergroting van de coherentie van het Europees Contractenrecht.⁹ Bovendien blijkt, onder meer uit de eerdergenoemde rechtspraak, dat het contractenrecht aanknopingspunten biedt voor de bestudering van de rechtspoliteke activiteiten van de rechter. Illustratief voor de ontwikkeling van het leerstuk in verschillende rechtsstelsels zijn Duitsland (de bakermat van de zogeheten *Drittwirkung*¹⁰ van grondrechten), Nederland (waar grondrechten van invloed zijn op de invulling van open normen zoals 'goede zeden' en 'redelijkheid en billijkheid'), Italië (als representant van een Romanistisch stelsel) en Engeland¹¹ (vanwege het Engelse *common law* stelsel). Aan de hand van voorbeelden uit deze vier systemen zullen allereerst twee perspectieven op de doorwerking van grondrechten in het contractenrecht worden gepresenteerd (paragraaf 2). Vervolgens zal het tweede, rechtspoliteke perspectief op het Europees contractenrecht nader worden uitgewerkt (paragraaf 3). Dit zal uitmonden in een analyse van de invloed

6 *Douglas t. Hello! Ltd* [2001] QB 967, [2001] 2 WLR 992; [2003] EMLR 31; en [2006] QB 125.

7 HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347 (*AIDS-test*), waarin een verkrachter zich niet kon beroepen op zijn grondrechten om onder de medewerking aan een bloedtest uit te komen, die moest uitwijzen of er een kans bestond dat hij het slachtoffer had besmet met het hiv-virus.

8 HR 12 december 2003, NJ 2004, 117 (*AIDS-test II, tandarts-arrest*), waarin een tot een risicogroep behorende patiënt medewerking moest verlenen aan een AIDS-test ten behoeve van zijn tandarts, die zich tijdens een ingreep in de vingers had gesneden.

9 Europese Commissie, *Communication on European Contract Law to the Council and the European Parliament*, COM (2001) 398 final; *Action Plan on a more coherent European Contract Law*, COM (2003) 68 final; *European Contract Law and the revision of the Acquis: The way forward*, COM (2004) 651 final. Een door rechtswetenschappers opgestelde conceptversie van het Gemeenschappelijk Referentiekader is inmiddels gepubliceerd: C. von Bar, E. Clive en H. Schulte-Nölke (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Interim Outline Edition*, München: Sellier 2008.

10 De term drukt uit dat het gaat om de werking van grondrechten jegens een derde (burger) ten opzichte van de relatie burger-overheid.

11 'Engels recht' dient in het kader van deze bijdrage te worden opgevat als het recht van Engeland & Wales.

van grondrechten op de rechtsvormende taak van de rechter in contractuele geschillen (paragraaf 4). Met het oog op de transparantie en legitimatie van rechterlijke oordelen zal tot slot worden gepleit voor een meer consistente toepassing van grondrechten in het Europees contractenrecht (paragraaf 5).

2 Twee perspectieven op de doorwerking van grondrechten

2.1 Intern perspectief: Vormen van directe en indirecte werking

Waarom zouden grondrechten in een contractenrechtelijk geschil een rol moeten spelen? In de literatuur over het onderwerp blijft deze vraag meestal onderbelicht. Veelal wordt ervan uitgegaan dat grondrechten nu eenmaal toepassing vinden in het contractenrecht, waarmee slechts de vraag openblijft welke invloed de grondrechtelijke argumentatie heeft op de privaatrechtelijke belangenafweging.¹² Voor de beantwoording van die vraag grijpen rechtswetenschappers doorgaans terug op het in de Duitse literatuur ontwikkelde onderscheid tussen directe en indirecte werking van grondrechten in het contractenrecht.¹³ Zij nemen daarbij een intern perspectief in, dat het proces van rechterlijke inpassing van grondrechten in het contractenrecht van binnenuit probeert te begrijpen: hoe leidt de rechter uit grondrechtelijke argumenten een antwoord op de voorliggende rechtsvraag af?

De leer van directe werking veronderstelt, kort gezegd, dat burgers op dezelfde manier aan grondrechten gebonden zijn als de Staat.¹⁴ Dat betekent bijvoorbeeld dat een werknemer met een rechtstreeks beroep op de vrijheid van arbeidskeuze (artikel 19 lid 3 Gw, artikel 12 GG) een in de arbeidsovereenkomst opgenomen non-concurrentiebeding opzij zou kunnen laten zetten.¹⁵ Aan een contractenrechtelijke beoordeling van het beding zal de rechter dan niet meer toekomen.

De theorie van indirecte werking, daarentegen, ziet burgers niet als geadresseerden van grondrechten en neemt dan ook als uitgangspunt dat burgers in hun onderlinge verhoudingen in beginsel geen rekening hoeven te houden met publieke waarden. Slechts via de regels van het contractenrecht, in het bijzonder open normen als 'goede zeden' en 'redelijkheid en billijkheid', kunnen grondrechten van invloed zijn op de beslechting van geschillen tussen burgers.¹⁶

12 Bijvoorbeeld in Duitsland: C.W. Canaris, *Grundrechte und Privatrecht: eine Zwischenbilanz*, Berlin: Walter de Gruyter 1999; in Nederland: J.M. Smits, 'Constitutionalisering van het vermogensrecht', in: *Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003*, Deventer: Kluwer 2003, p. 1-163. Zie voor een rechtsvergelijkend overzicht ook O.O. Cherednychenko, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A Comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions* (diss. Utrecht), München: Sellier 2007.

13 H.C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld: Im Scherpe Verlag 1961; G. Dürig, 'Grundrechte und Zivilrechtsprechung', in: Th. Maunz (red.), *Vom Bonner Grundgesetz zur gesamtdeutschen Verfassung* (Nawiasky-bundel), München: Isar Verlag 1956, p. 157-190.

14 H.C. Nipperdey, 'Gleicher Lohn der Frau für Gleiche Leistung', *Recht der Arbeit* 1950, p. 124.

15 Zie over dit onderwerp ook C. Mak, 'Concurrentiebeding, onrechtmatige concurrentie en vrijheid van arbeidskeuze. Over doorwerking van grondrechten in het verbintenissenrecht', *Ars Aequi* 2003, p. 428-436.

16 Dürig 1956 (supra noot 13), p. 157-158.

Het voornoemde non-concurrentiebeding zal in dat geval buiten toepassing kunnen blijven op grond van de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (artikel 7:653 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW); vgl. § 74 en § 90a *Handelsgesetzbuch* (HGB); artikel 2125 *Codice civile* (c.c.)). Ter inkleuring van de vage norm kan het grondrecht van vrije arbeidskeuze in beeld komen.¹⁷

Hoewel het mogelijk is de relevante jurisprudentie te rangschikken naar de mate van doorwerking van grondrechten (direct, indirect, of een tussenvorm),¹⁸ wordt daarmee niet veel duidelijker welk effect de toepassing van deze rechten precies heeft op de rechterlijke oordeelsvorming.¹⁹ De reden hiervoor lijkt te zijn gelegen in het feit dat de definities van directe en indirecte werking voortvloeien uit de relatie tussen constitutioneel recht en contractenrecht zelf en dus geen norm aanleggen voor de wisselwerking tussen beide rechtsgebieden. Zij beschrijven haar slechts. Wie van mening is dat het constitutionele recht hoger in rang staat dan het contractenrecht, zal voorstander zijn van directe doorwerking; wie juist de autonomie van het contractenrecht wil bewaren, zal een voorkeur hebben voor indirecte werking.²⁰ Een perspectiefwisseling, van intern naar extern biedt een breder kader voor de bestudering van het *waarom* van grondrechttoepassing in de contractenrechtelijke jurisprudentie.

2.2 Extern perspectief: De politiek van het contractenrecht

Wanneer het contractenrecht door een rechtspolitieke bril wordt bekeken, springen twee onderliggende beginselen in het oog. Aan de ene kant ligt de nadruk op de contractsvrijheid: Partijen zijn in beginsel vrij een overeenkomst te sluiten met wie zij willen en op de door partijen gewenste voorwaarden. Deze vrijheid is niet absoluut, maar vindt haar grenzen in de wederzijdse belangen van partijen. Contractuele afspraken zijn alleen toegelaten voor zover zij de autonomie van beide contractanten respecteren.²¹ In de continentale rechtsstelsels zijn de open normen van 'goede zeden' en 'goede trouw' van bijzondere betekenis bij het aangeven van de grenzen van de contractsvrijheid, terwijl in het Engelse recht specifieke oplossingen voor specifieke gevallen worden gezocht.²²

Aan de andere kant zijn er echter regels van contractenrecht die verdergaan dan het waarborgen van de partijautonomie. In bepaalde gevallen kiest de wetgever of de rechter ervoor

17 Zoals bijvoorbeeld in Ktr. Amsterdam 3 augustus 2001, JAR 2001, 202 en Hof 's-Hertogenbosch 8 juni 2004, JAR 2004, 236. Zie ook HR 1 juli 1997, NJ 1997, 685 (*Kolkman/Cornelisse*), waarin het beroep op artikel 19 lid 3 Gw onsuccesvol bleek. De meest bekende Duitse uitspraak op dit gebied is *BVerfG* 7 februari 1990, *BVerfGE* 81, 242 (*Handelsvertreter*).

18 Voor een nuancering van het onderscheid tussen directe en indirecte werking, zie Mak 2008, p. 50-57.

19 Mak 2008, p. 158 e.v.

20 Mak 2008, p. 162-163.

21 Over de relatie tussen het autonomiebeginsel en de contractsvrijheid, zie J.B.M. Vranken, 'Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht', in: J.M. Barendrecht, M.A.B. Chao-Duivis en H.A.W. Vermeulen (red.), *Beginselen van contractenrecht* (Nieskens-Isphording bundel), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 145-155.

22 Vgl. E. McKendrick, *Contract Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2005, p. 542 e.v. over het concept 'goede trouw'.

een zwakkere contractant te beschermen tegen de wederpartij die door zijn sterkere onderhandelingspositie de overeenkomst te veel naar zich toetrekt. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de wetgeving ter bescherming van werknemers, huurders en consumenten.²³ In de rechtspraak draait het in dit kader met name om de taak van de rechter het contractuele evenwicht (door onze Oosterburen als *Vertragsparität* aangeduid) te waarborgen door in te grijpen in geval een sterkere partij profiteert van een zwakkere wederpartij. Er wordt dan een zekere mate van solidariteit van de sterkere partij met de zwakkere verwacht of, zo men wil, zelfs opgelegd: de partij met de sterkere onderhandelingspositie moet een offer brengen ten behoeve van de ander.²⁴ Naast het autonomiebeginsel is daarmee ook het beginsel van solidariteit een belangrijk paradigma van het Europese contractenrecht geworden.²⁵

Grondrechten staan in direct verband met deze twee beginselen van contractenrecht. Zij geven aan welke waarden in de maatschappij zo belangrijk worden gevonden dat zij grondwettelijke bescherming verdienen. Om aan deze waarden recht te doen, zullen ook de regels van contractenrecht ermee in overeenstemming moeten zijn.²⁶ Grondrechten beïnvloeden dan ook de balans tussen autonomie en solidariteit die tot uitdrukking komt in contractenrechtelijke regels. De wetsartikelen over het non-concurrentiebeding weerspiegelen bijvoorbeeld de afweging tussen vrije arbeidskeuze en de bescherming van het bedrijfsdebiet.²⁷ Het is vervolgens aan de rechters om de verwezenlijking van de door grondrechten geboden bescherming ook in concrete geschillen tussen contractspartijen te garanderen.²⁸

Een dergelijk rechtspolitiek getint perspectief op de contractenrechtelijke praktijk is niet onomstreden. Een belangrijk bezwaar is dat de rechter de plaats van de wetgever zou innemen door over beleidsvragen te oordelen.²⁹ Het is in dat kader van belang om na te gaan hoe grondrechten de politieke rol van de rechter in het Europees contractenrecht definiëren en zo mogelijk zijn positie ten opzichte van de wetgever verduidelijken. In de hiernavolgende

23 Vgl. E.H. Hondius, 'De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht', in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387-393.

24 Zie over het solidariteitsbeginsel uitgebreider Mak 2008, p. 200-206. Hoewel dit beginsel verwant is aan dat van ongelijkheidscompensatie, is een onderscheid niettemin op zijn plaats. Het beginsel van ongelijkheidscompensatie ziet immers met name op de taak van de wetgever en de rechter om de ongelijkheid weg te nemen tussen twee partijen die in economisch sterk verschillende posities verkeren. Dit beginsel heeft dan ook een sterke sociale component, die de bescherming van de sociaal-economisch zwakkere partij betreft. Hoewel in de literatuur verschil van mening bestaat over de invulling van het solidariteitsbeginsel (Mak 2008, p. 202-206, met verdere verwijzingen), kan gezegd worden dat dit begrip daarentegen de verhouding tussen partijen vanuit een ander perspectief belicht, namelijk als tegenhanger van het beginsel van autonomie dat het contractenrecht beheerst. Het gaat daarbij in het bijzonder om de offers die van een partij worden gevraagd om de belangen van de wederpartij veilig te stellen, waar deze partij op basis van het autonomiebeginsel vrij zou zijn om zijn eigen belang na te streven.

25 Hondius 1999 (supra noot 23), p. 393; M.W. Hesselink, 'The Principles of European Contract Law: Some Choices Made by the Lando Commission', in: *Principles of European Contract Law* (preadviezen Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2001, p. 48-52; B. Lurger, *Vertragliche Solidarität. Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft 1998.

26 Vgl. BVerfG 15 januari 1958, *BVerfGE* 7, 198 (Lüth).

27 Mak 2003 (supra noot 15), met verdere verwijzingen.

28 Mak 2008, p. 174-176.

29 Smits 2003 (supra noot 12), p. 64. Zie over dit onderwerp ook D. Kennedy, *A Critique of Adjudication (fin de siècle)*, Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press 1997, hoofdstuk 2.

paragrafen zal worden verdedigd dat het contractenrecht geen politiek neutraal terrein is en dat juist de doorwerking van grondrechten inzicht kan geven in de taakverdeling tussen wetgever en rechter.

3 Contractenrecht tussen autonomie en solidariteit

3.1 De meetbaarheid van het contractenrecht

De spanning tussen de beginselen van autonomie en solidariteit kan worden voorgesteld als een continuüm, waarop regels van contractenrecht ten opzichte van elkaar een plaats innemen.³⁰ De regel is in die optiek een optelsom van verschillende elementen, die elk afzonderlijk in relatie tot elkaar meer op autonomie dan wel meer op solidariteit gericht zijn.³¹ In zijn geheel kan de regel ten opzichte van andere regels worden benoemd als relatief meer of minder gebaseerd op autonomie of solidariteit.

Voor de bestudering van het effect van grondrechten op de rechterlijke oordeelsvorming biedt het continuüm-model interessante aanknopingspunten.³² Stel dat een contractenrechtelijke vraag door verschillende rechters is beantwoord, soms met toepassing van grondrechtelijke argumenten, andere keren op grond van een puur privaatrechtelijke redenering. De uitkomsten van de zaken kunnen alle op het autonomie/solidariteit-continuüm worden geplaatst om aan te geven hoe zij ten opzichte van elkaar de nadruk op het ene dan wel op het andere beginsel leggen. Een dergelijke exercitie kan inzicht bieden in de effecten van grondrechten op de contractenrechtelijke rechtspraak, in het bijzonder in mogelijke verschuivingen langs het continuüm.³³

3.2 Een voorbeeld: de zorgplicht van de bank

Een sprekend voorbeeld van de invloed van grondrechten op de afweging van de beginselen van autonomie en solidariteit betreft de problematiek van de zogenaamde 'bezwaarde verwanten'.³⁴ In een bekende Duitse zaak³⁵ rond dit thema ging het om een dochter die zich borg

30 D. Kennedy, 'Form and Substance in Private Law Adjudication', *Harvard Law Review* 1976, p. 1720; dezelfde auteur, 'The Political Stakes in 'Merely Technical' Issues of Contract Law', *European Review of Private Law* 2002, p. 14.

31 Kennedy 2002 (supra noot 30), p. 13-14.

32 Mak 2008, hoofdstuk 4, in het bijzonder paragraaf 4.3.

33 Zie voor een verdere uitwerking Mak 2008, hoofdstuk 6.

34 R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verwanten* (oratie Amsterdam, VU), Deventer: Kluwer 1996; dezelfde auteur, 'Europese klassiekers: BVerfG 19 oktober 1993, BVerfGE 89, 214, NJW 1994, 36 (Bürgerschaft)', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2005, p. 301-308. Zie ook de Duitse literatuur naar aanleiding van de *Bürgerschaft*-uitspraak, bijvoorbeeld H. Honsell, 'Bürgerschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder', *NJW* 1994, p. 565-566; G. Spieß, 'Inhaltskontrolle von Verträgen. Das Ende privatautonomer Vertragsgestaltung?', *Deutsches Verwaltungsblatt* 1994, p. 1222-1229; J. Gernhuber, 'Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit', *Juristenzeitung* 1995, p. 1086-1096.

35 BVerfG 19 oktober 1993, BVerfGE 89, 214, NJW 1994, p. 36 (Bürgerschaft).

had gesteld voor een lening van haar vader bij een bank. Toen zij enige tijd later werd aangesproken voor een bedrag van 100.000 DM bleek zij niet in staat dit te betalen. Als verweer voerde zij aan dat zij de risico's van de borgtochtovereenkomst niet goed had kunnen inschatten en dat de bankemployee haar hierover bovendien niet voldoende had geïnformeerd. Dit verweer had geen succes bij het *Bundesgerichtshof* (de Duitse tegenhanger van onze Hoge Raad), dat van oordeel was dat een meerderjarige contractant vrij was om zich te binden aan een ongunstige overeenkomst en daar dan ook aan gehouden kon worden.³⁶ Het *Bundesverfassungsgericht* (het Duitse Constitutionele Hof) floot echter de civiele rechters terug: In het licht van menselijke waardigheid (artikel 1 van het Duitse *Grundgesetz* (GG)) en het *Sozialstaatsprinzip* (artikel 20 GG) had het *Bundesgerichtshof* zich ervan moeten vergewissen dat de ongefortuneerde dochter daadwerkelijk in de positie was geweest om in vrijheid de overeenkomst aan te gaan.³⁷ De open normen van 'goede zeden' en 'goede trouw' hadden moeten worden aangewend om het contractuele evenwicht te herstellen.

Een vergelijking met het Nederlandse³⁸ en Engelse recht³⁹ leert dat daar de lijn van het *Bundesverfassungsgericht* wordt gevolgd, zij het zonder verwijzing naar grondrechten. De privaatrechtelijke belangenafweging leidt tot een vergelijkbare balans tussen autonomie en solidariteit: Het is aan de rechters om na te gaan of een potentiële borg daadwerkelijk van zijn of haar contractsvrijheid gebruik heeft kunnen maken, of dat emotionele druk en een onjuiste inschatting van de risico's hem of haar hebben bewogen tot het aangaan van de overeenkomst. Door van de bank te verwachten dat zij zich meer solidair opstelt met de potentiële borg (bijvoorbeeld door deze beter in te lichten over de aan de overeenkomst verbonden risico's) kan worden bewerkstelligd dat partijautonomie niet alleen in naam (formeel) bestaat, maar ook inhoudelijk (substantieel) vorm krijgt.

Tegen de achtergrond van het autonomie/solidariteit-continuüm blijkt, samenvattend, dat de toepassing van grondrechtelijke argumentatie een verschuiving teweeg kan brengen in de oplossing van contractuele geschillen. Waar de Duitse civiele rechter aanvankelijk koos voor een op partijautonomie gebaseerde regel (*pacta sunt servanda*), duwde de constitutionele rechter hem richting een meer op de solidariteitsgedachte gegrond antwoord. De Nederlandse en Engelse jurisprudentie laten niettemin zien dat eenzelfde afweging ook het resultaat kan zijn van een contractenrechtelijke besluitvorming. Om inzicht te krijgen in de toegevoegde waarde die grondrechtentoepassing in het Europees contractenrecht al dan niet heeft, zal daarom nog een stap moeten worden genomen in het kader van de rechtspolitieke analyse van het onderwerp: Hoe beïnvloeden grondrechten de manier waarop de rechter omgaat met beleidskeuzes voor meer of minder op autonomie dan wel op solidariteit gerichte regels van contractenrecht?

36 BGH 16 maart 1989, *NJW* 1989, p. 1605-1606.

37 BVerfG 19 oktober 1993, *BVerfGE* 89, 214, 229-232.

38 HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759, met noot C.J.H. Brunner (*Van Lanschot/Bink*).

39 *Lloyds Bank t. Bundy* [1975] QB 326; *Barclays t. O'Brien* [1994] 1 AC 180.

4 Grondrechten en de politieke rol van de rechter

4.1 Principekwestie of beleidsvraag?

In de rechtstheoretische literatuur wordt wel een onderscheid gemaakt tussen leeuwen en vossen.⁴⁰ Leeuwen bouwen hun koninkrijk van theorieën op een interne analyse van rechterlijke besluitvorming, waarbij zij uitgaan van de veronderstelling dat zaken in principe op deductieve wijze worden beslist.⁴¹ Zij zien het recht als systeem, waar antwoorden op nieuwe rechtsvragen in moeten worden gepast. Een vertegenwoordiger van deze categorie is Ronald Dworkin, die een indrukwekkende theorie van rechterlijke oordeelsvorming heeft ontwikkeld, opgebouwd rond de gedachte dat er voor elke rechtsvraag één juist antwoord in het systeem kan worden gevonden.⁴²

De vossen van de rechtstheorie, aan de andere kant, nemen veelal een extern perspectief in ten opzichte van het recht. Zij onderkennen dat rechters keuzes maken op basis van de idee van een coherent systeem van contractenrecht. Deze keuzes kunnen volgens de vossen echter niet objectief worden gerechtvaardigd.⁴³ Om die reden is er niet 'één juist antwoord' op een rechtsvraag, maar heeft de rechter steeds een aantal alternatieven tot zijn beschikking. Een beroemde vertegenwoordiger van deze categorie is Duncan Kennedy, die in zijn werk de rechtspolitieke belangen in contractenrechtelijke vraagstukken blootlegt.⁴⁴

Hoewel de verschillen tussen de Dworkiniaanse en Kennediaanse visies op de rechtspraak genuanceerder liggen, kan in beginsel worden gesteld dat één van de belangrijkste discussiepunten de rol van beleidsargumenten in de rechterlijke besluitvorming betreft.⁴⁵ Dworkin is van mening dat de rechter zijn beslissing eerder op beginselen moet baseren dan op beleidsargumenten, aangezien de laatste veel gevoeliger zouden zijn voor de doorwerking van politieke voorkeuren dan de eerste. Beleid heeft immers betrekking op de verwezenlijking van maatschappelijke doelen, terwijl beginselen zien op het waarborgen van de rechten van een individu of een groep.⁴⁶ Kennedy brengt hier tegenin dat argumenten ontleend aan beginselen minstens even ontvankelijk zijn voor politieke invloeden als beleidsargumenten.⁴⁷ Grondrechten laveren naar zijn mening tussen recht en politiek, aangezien zij enerzijds erkende regels van het rechtssysteem zijn, en anderzijds de afspiegeling vormen van maatschappelijke waarden en beginselen.⁴⁸ Toepassing van (grond)rechten zou daarom net zo goed als toepassing van

40 Zie ook A.J. Kwak, 'Over leeuwen en vossen' (bespreking van W. Lucy, *Understanding and Explaining Adjudication*, Oxford: Oxford University Press 1999), *Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2003, p. 55-62.

41 Lucy 1999 (supra noot 40), p. 1-6.

42 R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, London: Duckworth 1977, vierde druk, incl. *A Reply to Critics*, London: Duckworth 1984, p. 81 e.v.

43 Lucy 1999 (supra noot 40), p. 10-11.

44 Kennedy 1997 (supra noot 29); dezelfde auteur, 2002.

45 Zie uitgebreider Mak 2008, p. 218 e.v.

46 Dworkin 1977 (supra noot 42), p. 82.

47 Kennedy 1997 (supra noot 29), p. 125.

48 Kennedy 1997 (supra noot 29), p. 308.

beleidsargumenten een Paard van Troje voor de introductie van ideologische argumenten⁴⁹ in het contractenrecht kunnen zijn.

Terugkomend op de spanning tussen de beginselen van autonomie en solidariteit, kan op basis van Kennedy's werk worden gesteld dat het rechterlijk oordeel in een contractenrechtelijk geschil een rechtspolitieke keuze inhoudt. Ofwel de rechter benadrukt de contractsvrijheid, ofwel de rechter kiest voor een oplossing die een zekere solidariteit tussen de partijen vereist. De doorwerking van grondrechten in het contractenrecht kan deze beleidskeuze zichtbaarder maken, doordat grondrechten – in hun rol als bemiddelaars tussen recht en politiek – de rechtsvraag in een breder maatschappelijk kader plaatsen.⁵⁰ De rechter zal zich in dat geval, eerder dan bij een strikt contractenrechtelijke belangenafweging, rekenschap geven van de beleidsimplicaties van zijn beslissing. Dit zou kunnen leiden tot een omslag in de manier waarop hij over zijn rol in de beslechting van contractenrechtelijke geschillen denkt.

4.2 Wat rechters denken

De rechtspolitieke achtergrond van rechterlijke beslissingen blijft vaak onduidelijk. In zijn boek over de legitimiteit van rechterlijke oordeelsvorming zoekt Mitchel Lasser een verklaring hiervoor in de uitgangspunten waarop rechtsstelsels gebaseerd zijn.⁵¹ De combinatie van die uitgangspunten bepaalt naar zijn mening onder meer welke vorm wordt gegeven aan rechterlijke uitspraken: In een stelsel waarin de nadruk ligt op de institutionele waarborgen (o.a. wat betreft opleiding en selectie van rechters) voor een onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak, zoals het Franse, kunnen uitspraken beknopt zijn.⁵² In een stelsel waarin uitspraken hun legitimiteit in mindere mate ontleen aan institutionele factoren, bijvoorbeeld in de Verenigde Staten, worden rechterlijke oordelen uitvoerig beargumenteerd.⁵³ Volgens Lasser neemt dit niet weg dat in beide soorten systemen politieke overwegingen voor het publiek onzichtbaar blijven: De beraadslagingen van de Franse rechters komen niet naar buiten en de drijfveren van de Amerikaanse rechters worden nagenoeg weggenuanceerd in de volgens de wetten van de logica opgebouwde beslissingen.⁵⁴

Wanneer nu gekeken wordt naar de invloed van grondrechten op contractenrechtelijke jurisprudentie, valt op dat in uitspraken waarin naar deze rechten wordt verwezen beleidskwesties vaker expliciet aan de orde komen dan in zaken die via een puur contractenrechtelijke redenering worden opgelost.⁵⁵ Deze toepassing van grondrechten verdient aanmoediging,

49 Kennedy 1997 (supra noot 29), p. 110-111.

50 Mak 2008, p. 229-230.

51 M. de S.-O.-l'E. Lasser, *Judicial deliberations. A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, Oxford: Oxford University Press 2004.

52 Lasser 2004 (supra noot 51), p. 322-323.

53 Lasser 2004 (supra noot 29), p. 338.

54 Lasser 2004 (supra noot 29), p. 347.

55 Mak 2008, hoofdstuk 6.

nu zij inzicht geeft in de denkwijze van de rechter.⁵⁶ Bovendien kan zij ertoe leiden dat de rechter zich bewust wordt van zijn invloed op beleidsbeslissingen en zijn rechtsvormende rol verder zal ontplooiën, in het bijzonder op terreinen waar de wetgever zwijgt.

4.3 Een voorbeeld: de draagmoederschapsovereenkomst

Een controversieel vraagstuk, dat zowel wetgever als rechter voor moeilijke keuzes stelt, betreft de rechtsgeldigheid en afdwingbaarheid van draagmoederschapsovereenkomsten.⁵⁷ Draagmoederschap houdt in dat een vrouw zwanger raakt met de bedoeling het kind na de geboorte af te staan aan de wensouders. In Duitsland en Italië wordt dit ontmoedigd door eenieder die medewerking verleent aan kunstmatige bevruchting van een draagmoeder strafbaar te houden.⁵⁸ Ook is in beide landen de bemiddeling tussen wensouders en potentiële draagmoeders verboden.⁵⁹ De Engelse wetgever staat draagmoederschap wel toe, al levert commerciële bemiddeling een strafbaar feit op.⁶⁰ In Nederland, tot slot, is commerciële bemiddeling strafbaar gesteld,⁶¹ maar staat de overheid voorzichtig positief tegenover ideëel draagmoederschap als 'verantwoorde hulpverlening [...] die in een aantal gevallen het leed van ongewilde kinderloosheid kan opheffen.'⁶² Voorafgaand aan het ingrijpen door de wetgever, dan wel bij gebrek aan wetgeving, is in alle vier de landen jurisprudentie ontwikkeld met betrekking tot de vraag naar de geldigheid en naar de nakoming van overeenkomsten tussen draagmoeder en wensouders.⁶³

Verschillende grondrechten beschermen de belangen van de bij het draagmoederschapsovereenkomst betrokken partijen. Zo zou voor de draagmoeder aansluiting kunnen worden gezocht bij het zelfbeschikkingsrecht van patiënten (artikel 11 Gw; artikel 2 GG; en de artikelen 2, 3 lid 2 en 32 *Cost.*). Wat de wensouders betreft, is in de Italiaanse rechtspraak zelfs gesproken over een 'recht op voortplanting', dat deel zou uitmaken van het ruimere, grondwettelijk beschermde persoonlijkheidsrecht.⁶⁴ In Nederland hebben zich bovendien gevallen voorgedaan

56 Vgl. Hondius 1999 (supra noot 23), p. 392-393: 'Anders dan de Amerikaanse rechter is de Nederlandse rechter het niet gewend rekenschap af te leggen van de rechtspolitieke overwegingen die aan zijn oordeel ten grondslag liggen. Dat is jammer omdat we daarom niet altijd een goed inzicht krijgen in de beweegredenen die de rechter tot een bepaalde beslissing hebben gebracht. In die zin zou het goed zijn indien de Nederlandse rechter vaker de grondrechten in zijn beschouwingen zou betrekken. Dit zou hem dwingen tot rechtspolitieke beschouwingen.'

57 Zie over dit onderwerp ook C. Mak, 'Baas in eigen buik? De rechtsgeldigheid en nakoming van draagmoederschapsovereenkomsten in het licht van grondrechten', in: J.H. de Graaf, C. Mak en F.K. van Wijk (red.), *Rechten van het kind en ouderlijke verantwoordelijkheid*, te verschijnen bij *Ars Aequi Libri*, Nijmegen.

58 Respectievelijk § 1(1)(7) van het Duitse Embryoschutzgesetz en artikelen 4(3), 12(1) en 12(6) van de Italiaanse wet n. 40 van 19 februari 2004 betreffende '*Norme in materia di procreazione medicalmente assistita*'.

59 Respectievelijk § 13b en 13c jo. § 14b van het Adoptionsvermittlungsgesetz en artikel 12(6) van wet n. 40/2004.

60 Artikel 2 van de Surrogacy Arrangements Act 1985, zoals gewijzigd bij de *Human Fertilisation and Embryology Act 1990*.

61 Artikelen 151b en 151c van het Wetboek van Strafrecht.

62 Brief van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport aan de Voorzitter van de Tweede Kamer d.d. 14 februari 1997, TK 1996-1997, 25 000 XVI, nr. 51.

63 Mak 2008, p. 263-270, met verdere verwijzingen.

64 Tribunale Rome 17 februari 2000, *Nuova giurisprudenza civile commentata* 2000, I, 310, 315, waar wordt gesproken van een '*diritto a procreare*'.

waarin, met betrekking tot het gezag over een reeds geboren kind, het door artikel 8 EVRM beschermde *'family life'* tussen kind en wensouders van belang was.⁶⁵ Ten aanzien van het kind is in Italiaanse uitspraken uit de artikelen 2 en 30 van de *Costituzione* verder een recht afgeleid om op te groeien op de meest geschikte plek, in beginsel bij de biologische ouders.⁶⁶ De Nederlandse rechter haalt soms artikel 7 van het Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IVRK) aan ter bescherming van het recht van het kind om 'zijn of haar ouders te kennen en door hen te worden verzorgd'.⁶⁷

Uit een nadere bestudering van de rechtspraak over draagmoederschap blijkt dat in uitspraken waarin deze grondrechten een prominente rol spelen, rechters eerder geneigd zijn tot rechtspolitieke bespiegelingen dan in zaken die enkel op basis van het contractenrecht worden beoordeeld.⁶⁸ In de laatstgenoemde zaken onderkennen de rechters niet, of ontkennen zij, dat hun oordeel van invloed kan zijn op de lijn die in verdere jurisprudentie over het onderwerp zal worden uitgezet. Zelfs als zij zich bewust tonen van de ethische en sociale problemen die aan draagmoederschap zijn verbonden, zijn sommige rechters van mening dat de effecten van hun uitspraak slechts gevoeld zullen worden in de betreffende zaak.⁶⁹ In de eerstgenoemde categorie van zaken, waarin grondrechten expliciet aan bod komen, lijken rechters meer oog te hebben voor de beleidsvragen die aan de orde zijn. Dit komt in ieder geval de motivering van het rechterlijk oordeel ten goede, die in deze gevallen doorgaans uitvoeriger is dan in draagmoederschapszaken die zonder toepassing van grondrechten worden beslecht.

5 Conclusie

Rechters die een contractueel vraagstuk voorgelegd krijgen, moeten een keuze maken tussen de verschillende oplossingen die het recht biedt. Hun oordeel geeft daarmee uitdrukking aan een afweging tussen de beginselen van autonomie en solidariteit die aan het contractenrecht ten grondslag liggen. Uit een analyse van de rechtspraak van een viertal Europese landen is gebleken dat grondrechten van invloed zijn op de manier waarop rechters omgaan met de spanning tussen deze beginselen. Het blijkt dat een rechterlijk oordeel waarin grondrechtelijke argumenten worden meegewogen getuigt van een bewustwording van de beleidsvragen die in het contractenrecht spelen en dat dit zelfs tot gevolg kan hebben dat een verschuiving plaatsvindt langs de denkbeeldige lijn tussen autonomie en solidariteit. Grondrechten vervullen

65 Zoals recentelijk in de Baby Donna zaak, Rechtbank Utrecht 7 mei 2008, LJN: BD1068 (www.rechtspraak.nl, geraadpleegd op 7 mei 2008).

66 Tribunale Monza 27 oktober 1989, *Foro it.* 1990, I, 298, met noot G. Ponzanelli.

67 Rechtbank Rotterdam 23 maart 1998, *NJKort* 1998, 33; Hof Leeuwarden 6 oktober 2004, LJN: AR3391, www.rechtspraak.nl (geraadpleegd op 9 oktober 2007); Rechtbank Rotterdam 8 februari 2007, LJN: BA0238, www.rechtspraak.nl (geraadpleegd op 7 januari 2008). Zie ook Rechtbank Utrecht 18 juni 1997, *NJKort* 1997, 59, welke uitspraak overigens in beroep geen stand heeft gehouden, Hof Amsterdam 19 februari 1998, *NJKort* 1998, 32.

68 Mak 2008, p. 270.

69 Zie bijvoorbeeld *Re C (A Minor) (Ward: Surrogacy)*, ook bekend onder de naam *Re: A Baby*, [1985] Fam Law 191, [1985] *NLJ* 106.

hierbij de rol van bemiddelaar tussen het publieke belang en de verhoudingen tussen private partijen. Zij dragen daarmee bij aan de legitimatie van contractenrechtelijke regels en, met het oog op de voortschrijdende harmonisatie van dit rechtsgebied, de vaststelling van een 'Constitutie van het Europees contractenrecht'.