

Constitutionalisering van het vermogensrecht, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (2003). *Constitutionalisering van het vermogensrecht, preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking*. Kluwer.

Document status and date:

Published: 01/01/2003

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Constitutionalisering van het vermogensrecht

Preadvis Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003

J.M. Smits

Inhoudsopgave

Inleiding

- 1 Grondrechten en privaatrecht
- 2 Nadere inperking van de thematiek en indeling van de studie; rechtsvergelijking
- 3 Hoofdlijn van het betoog: een vooruitblik

- I Mogelijkheden voor doorwerking in theoretisch en rechtsvergelijkend perspectief
- I.A Methoden van doorwerking
- 4 Algemeen
- 5-6 Directe werking van grondrechten
- 7 Indirecte werking van grondrechten
- 8-9 Andere varianten: geen doorwerking, 'State Action' en 'positieve verplichtingen'
- 10 Verschil tussen indirecte werking en het 'judiciary model'?
- 11 Wat bovenstaande theorieën niet behandelen: de intensiteit van de doorwerking

- I.B Doorwerking van grondrechten in een aantal landen
- 12-13 Nederland: het grondrecht als factor in de belangenafweging
- 14 Duitsland: mittelbare Drittwirkung
- 15-16 Zuid-Afrika: grondrechten als 'development tool'
- 17 Engeland: de Human Rights Act 1998

- I.C Standpuntbepaling; keuze voor de indirecte werking van grondrechten
- 18 Algemeen
- 19-20 Argument 1: de burger is principieel geen adressaat van grondrechten
- 21 Argument 2: de vraag naar de rechtstreekse werking van verdragsrecht is minder relevant
- 22 Argument 3: het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten is minder relevant
- 23-24 Argument 4: het privaatrecht wordt niet opgeslokt door grondrechten
- 25 Argument 5: de intensiteit van de doorwerking: een pragmatische belangenafweging of meer?

- II Doorwerking in de praktijk van het vermogensrecht
- II.A Grondrechten in het contracten- en erfrecht: gelijkheid en menselijke waardigheid
- 26 Algemeen
- 27 Twee soorten gevallen
- 28 Contractsvrijheid als grondrecht?
- 29-30 Eerste gevaltype: contractsvrijheid en gelijkheidsbeginsel. Geldend Nederlands recht
- 31-32 Een standpuntbepaling: de private sfeer is uitgezonderd van het gelijkheidsbeginsel
- 33 Duits recht
- 34 Belgisch recht
- 35-36 Common law: Amerikaans recht
- 37 Common law: Engels recht
- 38-40 Erfrecht: testeervrijheid en grondrechten
- 41 Tweede gevaltype: contractsvrijheid en het vrijwillig prijsgeven van grondrechten
- 42 Contractsvrijheid en menselijke waardigheid: drie toepassingen in Duitsland
- 43-44 De *Handelsvertreter*-uitspraak
- 45-46 De *Bürgerschaft*-uitspraak
- 47 Afspraken tussen echtgenoten: alimentatieovereenkomst en koude uitsluiting
- 48 Parallellen met Nederlands en Engels recht

49 Welke les te trekken uit het bovenstaande?

II.B Aansprakelijkheidsrecht

50 Algemeen

51-52 Het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland

53 Het recht om de eigen afstamming te kennen

54 Wrongful birth

55-56 Smartengeld (i.h.b. affectieschade) en het algemeen persoonlijkheidsrecht

57-58 De positieve verplichting van de Staat om dood en letsel toegebracht door individuen te voorkomen: de Court of Appeal en het EHRM

59 Verjaring in België

II.C Goederenrecht

60 Bescherming van de eigendom als grondrecht

61-62 Art. 1 Eerste Protocol

63 Zuid-Afrika: beperking van de eigendomsbevoegdheid in geval van ‘plakkers’

64-65 Afsluitende opmerkingen

Inleiding

Grondrechten en privaatrecht

1. Dit preadvies¹ handelt over de invloed van grondrechten op privaatrechtelijke verhoudingen. Nog geen decennium geleden zou de keuze voor een dergelijk thema waarschijnlijk vooral verbazing hebben gewekt. Traditioneel hebben grondrechten en privaatrecht immers weinig met elkaar te maken: de bestaande scherpe onderscheiding tussen privaatrecht en publiekrecht maakte dat aan grondrechten in de betekenis die daar doorgaans aan wordt toegekend – afweerrechten van de burger jegens de staat – meestal geen betekenis werd gehecht in de verhouding tussen burgers onderling. Dat is inmiddels veranderd. Met name in Duitsland, maar ook in andere landen met een constitutionele rechter, worden grondrechten steeds vaker ingeroepen in een geschil tussen private partijen. Dat heeft soms tot gevolg dat privaatrechtelijke wetgeving of uitspraken van de hoogste civiele rechter opzij worden gezet wegens strijd met grondwet of internationaal verdragsrecht. Maar ook in landen waarin constitutionele toetsing niet mogelijk is, zoals Nederland, lijkt de invloed van grondrechten op het privaatrecht toe te nemen. Dat kan het geval zijn omdat formele wetgeving wordt getoetst aan verdragsrecht, zoals recent geschiedde bij de Wet Herstructurering Varkenshouderij,² maar het kan ook omdat grondrechten op een andere, meer subtiele, wijze een rol spelen. De gevallen zijn bekend: in uitspraken als Suikerfeest,³ Maimonides,⁴ en Valkenhorst⁵ ontleende de Hoge Raad op zijn minst impliciet argumentatiemateriaal aan de Nederlandse Grondwet.

Deze ontwikkeling is wel omschreven als ‘constitutionalisering van het privaatrecht’ of ‘constitutionalisation of private law’.⁶ Zij roept vele vragen op, zowel van rechtstheoretische als van

¹ Met dank aan Hendrik Vuye (Namen) en Johan Potgieter (UNISA), die mij wezen op materiaal over resp. Belgisch en Zuid-Afrikaans recht en aan Marianne Gijzen (Maastricht), die een vraag van mij over de Engelse Race Relations Act wilde beantwoorden. Christa Dubois bedank ik voor haar scherpzinnig commentaar bij een concept-versie.

² HR 16 november 2001, Nederlandse Jurisprudentie (NJ) 2002, 469 (Varkenswet).

³ HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350 (Suikerfeest).

⁴ HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891 (Maimonides).

⁵ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst).

⁶ Zie voor die term bijv. Basil Markesinis, *Comparative Law – A Subject in Search of an Audience*, *Modern Law Review* (MLR) 53 (1990), p. 10; Lord Reed, *The Constitutionalisation of Private Law: Scotland*, *Electronic Journal of Comparative Law* (EJCL) Vol. 5.2 (May 2001); en zie J.H. Nieuwenhuis, *De Constitutie van het burgerlijk recht*, *RM Themis* 2000, p. 203 v.

praktische aard. Niet al deze vragen komen in het navolgende aan de orde. Dit preadvies is veeleer te karakteriseren als het verslag van een *speurtocht uit nieuwsgierigheid* en het draagt daarmee een nogal persoonlijk karakter. In mijn boek *Europees privaatrecht in wording* uit 1999⁷ heb ik de beïnvloeding van de Europese privaatrechtsstelsels door (met name) het EVRM behandeld als een methode van unificatie van privaatrecht. Ik kon in dat boek echter niet anders dan zeer rudimentair enkele tendensen schetsen op het terrein van het familierecht, het procesrecht en het contractenrecht. Plaats voor een meer uitgebreide bespreking was er niet, maar mijn nieuwsgierigheid naar de betekenis van grondrechten voor de ontwikkeling van het privaatrecht was gewekt. Bij het schrijven van dit preadvies kon ik die belangstelling verder uitbouwen, zij het dat in het navolgende de nadruk ligt op de beïnvloeding van enkele *nationale* privaatrechtsstelsels door de *eigen*, nationale, grondrechten-catalogus. Pas aan het einde van dit preadvies kom ik kort terug op het thema van unificatie door grondrechten. Bij mijn bespreking laat ik overigens in ruime mate mijn eigen gedachten over de ontwikkelingen gaan: ik vind dat in geval van een preadvies, dat immers dient ter inleiding op de discussie ter vergadering, aangewezen. Het verklaart ook waarom ik mij in het navolgende vaak bedien van de ikvorm.

Dat ik bij het schrijven werd gedreven door nieuwsgierigheid, betekent bovendien dat het navolgende niet ziet op alle aspecten van constitutionalisering van het privaatrecht. Ik ga vooral in op wat mij interesseert. Dat moge een eclectische benadering zijn, het heeft hopelijk als voordeel dat de lezer in het preadvies niet verzandt, maar een schets van enkele belangrijke thema's, met standpuntbepaling van de auteur, aantreft. Hoe dan ook: ik hoop zowel iets te bieden aan de privatist die in het grondrechtendebat niet thuis is als aan de beoefenaar van het publiekrecht, die doorgaans niet op de hoogte is van de privaatrechtelijke discussie.

Nadere inperking van de thematiek en indeling van de studie; rechtsvergelijking

2. Indien wordt gesproken over de constitutionalisering van het privaatrecht, wordt doorgaans bedoeld op de toenemende invloed die grondrechten hebben op het vermogensrecht. Ook ik beperk mij daartoe. Zonder twijfel is de meest vergaande invloed van grondrechten op het privaatrecht de invloed geweest die is uitgegaan van art. 6 en art. 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (EVRM). Art. 6 inzake 'fair trial'⁸ en art. 8 inzake de bescherming van 'family life',⁹ en de vergaande wijze waarop die bepalingen door het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) zijn geïnterpreteerd, hebben geleid tot ingrijpende wijzigingen in het proces- en familierecht van veel Europese landen. Dat komt in het navolgende echter niet aan de orde.

Binnen het vermogensrecht concentreer ik me op drie thema's die in de buitenlandse discussie de nodige aandacht hebben getrokken. Zij zijn representatief voor de doorwerking in respectievelijk het contractenrecht, het aansprakelijkheidsrecht en het goederenrecht. Binnen het contractenrecht wordt onderzocht in welke mate grondrechten (met name het gelijkheidsbeginsel) in de weg staan aan de partij-autonomie. Op het vlak van de onrechtmatige daad wordt vooral aandacht besteed aan het persoonlijkheidsrecht en aan het conflict dat dit recht kan opleveren met andere grondrechten. Ten slotte komt de mensenrechtelijke bescherming van eigendom aan de orde. Dat alles geschiedt in het tweede deel van dit preadvies, dat is gewijd aan een rechtsvergelijkend overzicht. Daaraan vooraf gaat een meer theoretisch gedeelte, waarin de diverse theoretische mogelijkheden voor doorwerking worden geschetst en waarin wordt aangegeven in hoeverre die in diverse landen daadwerkelijk worden gevolgd. Ten slotte worden kort enkele lijnen bij elkaar gebracht en wordt de vraag gesteld naar het nut van doorwerking en naar harmonisatie.

Zoals gezegd ligt de nadruk op de invloed van nationale grondrechten op nationale stelsels. Behalve Nederlands recht komen Duits, Engels en Zuid-Afrikaans recht aan de orde. Waar dat van pas

⁷ Jan Smits, *Europees privaatrecht in wording*, Antwerpen 1999 (p. 38 v.), in aangepaste vertaling verschenen als *The Making of European Private Law*, Antwerp-Oxford-New York 2002 (p. 22 v.).

⁸ Zie uit de overvloedige literatuur bijv. Francis G. Jacobs & Robin C.A. White, *The European Convention on Human Rights*, 2nd ed., Oxford 1996, p. 122 v. en P. Smits, *Art. 6 EVRM en de civiele procedure*, Zwolle 1996.

⁹ Ik verwijst naar C.J. Forder, *Het mensenrechtelijke hart van het familierecht: overzicht van de ontwikkelingen 1995-2002*, NJCM-Bulletin 27 (2002), p. 992 v. en 28 (2003), p. 19 v. en bijv. Jacobs & White, o.c., p. 172 v. Zie algemeen over de invloed van het EVRM op de nationale lidstaten *RabelsZeitschrift* 63 (1999), p. 409 v.

kwam, is ook aandacht besteed aan andere rechtsstelsels, onder meer het Belgische, Franse en Amerikaanse. Tevens wordt enige aandacht besteed aan het EVRM. De keuze voor Zuid-Afrika lijkt verrassend, maar is het niet: juist in Zuid-Afrika heeft zich de laatste tien jaar een uitgebreid debat ontsponnen over de vraag welke invloed de nieuwe Grondwet dient te hebben op private verhoudingen.

De aard van het aangesneden onderwerp – grondrechten in de verhouding tussen burgers onderling – maakt dat in dit preadvies de verhouding overheid-burger niet aan de orde komt. Niet in de klassieke situatie van werking van grondrechten als garantie tegen een inbreuk door de overheid op belangen van individuen (verticale werking), maar evenmin in het geval waarin de overheid optreedt met gebruikmaking van privaatrechtelijke middelen. Dat laatste geschiedde bijvoorbeeld in de Rasti Rostelli-zaak,¹⁰ waar de weigering van een gemeente om een haar in eigendom toebehorende zaal te verhuren aan een hypnotiseur in strijd met art. 7 van de Nederlandse Grondwet (vrijheid van meningsuiting) werd geacht. De rechter lijkt het handelen van de overheid die privaatrechtelijk optreedt overigens aan minder strenge maatstaven te onderwerpen dan de overheid bij de uitoefening van haar publieke taken.¹¹ Het standpunt van de Nederlandse regering lijkt hier het betere: de grondrechten gelden volledig waar de overheid privaatrechtelijk optreedt.¹² Dat is ook de heersende leer in Duitsland.¹³ Ik laat deze vraag hier verder rusten.

Wat hier eveneens uitdrukkelijk ontbreekt, is aandacht voor de Europese ‘vrijheden’ zoals neergelegd in het EG-Verdrag. Zoals bekend, gaat het Europese Hof van Justitie uit van een vergaande werking van de (rechtstreeks werkende) bepalingen van het EG-Verdrag in particuliere verhoudingen.¹⁴ De ruimte ontbreekt mij om het ingewikkelde stelsel dat door het Hof van Justitie op dit punt is ontwikkeld, uiteen te zetten. Bovendien hanteert het Hof op de grondslag van art. 220 EG-Verdrag algemene rechtsbeginselen, waarvan bijvoorbeeld het verbod van discriminatie een zeer belangrijke rol inneemt. Art. 6 van het Verdrag betreffende de Europese Unie bevestigt nog eens dat de Unie is gegrondvest op de ‘eerbiediging van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden’.¹⁵ Het Hof heeft daarbij het EVRM de laatste jaren meer en meer als uitgangspunt genomen, zij het dat de verwachting is dat het Hof zich in de toekomst ook zal laten inspireren door het (inhoudelijk weinig van het EVRM verschillende) in 2000 tot stand gebrachte Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.¹⁶ De bedoeling is dat dit handvest voor de Europese Unie bindend zal worden en dat de Unie streeft naar toetreding tot het EVRM.¹⁷ Tot dat moment kan het Handvest materieel invloed uitoefenen via onder meer art. 220 EG-Verdrag.

Hoofdpijn van het betoog: een vooruitblik

3. Het is nuttig om nu reeds kort te schetsen wat de hoofdpunten zijn van mijn betoog. Dat zijn er vier.

Wie schrijft over de verhouding tussen grondrechten en privaatrecht, schrijft ook over de gewenste mate van beïnvloeding van de private sfeer door de overheid. Een van de centrale punten in

¹⁰ HR 26 april 1996, NJ 1996, 728 (Rasti Rostelli).

¹¹ De grondrechten gelden dan niet onverkort: zie C.A.J.M. Kortmann, Constitutioneel recht, 4^{de} dr., Deventer 2001, p. 370 v.

¹² TK 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 15.

¹³ Zie MünchKomm BGB, Bd. 1, 4. Aufl. 2001, Par. 134, RdNr. 33 (Mayer-Maly/Armbrüster) en de meer genuanceerde visie bij Theodor Maunz/Reinhold Zippelius, Deutsches Staatsrecht, 30. Aufl., München 1998, p. 141 v. Zie voor Engeland art. 6 lid 3 van de Human Rights Act 1998.

¹⁴ Zie bijv. Winfried Kluth, Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Archiv für öffentliches Recht (AöR) 122 (1997), p. 557 v., de overzichten van rechtspraak van het Hof van Justitie in onder meer Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 1998, p. 849 v. en ZEuP 2002, p. 754 v. en Brigitta Lurger, Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union, Wien 2002, p. 250 v.

¹⁵ Zie inmiddels art. 13 EG-Verdrag, dat passende maatregelen mogelijk maakt om discriminatie te bestrijden; zie *onder*, no. 29. Het Hof van Justitie heeft ook uitgemaakt dat de grondrechten als ongeschreven rechtsbeginselen deel uitmaken van de EG-rechtsorde: zaak 4/73, Jur. 1974, 491 (Nold); zie ook art. 6 lid 2 Verdrag betreffende de Europese Unie en art. 7 lid 3 van het ontwerp Verdrag van een Grondwet voor Europa, Conv. 850/03, beschikbaar via <<http://european-convention.eu.int>>. Zie algemeen P. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford 1999.

¹⁶ Pb. EG 2000, C 364/1, thans deel van het ontwerp Verdrag.

¹⁷ Zie art. 7 ontwerp Verdrag.

het onderstaande is dat die beïnvloeding mijns inziens in sommige rechtsstelsels te ver gaat en ook in Nederland soms te ver dreigt te gaan. Dat is mijn persoonlijk standpunt, maar het is ook – als ik mij niet vergis – in Nederland en daarbuiten steeds meer deel van het juridisch-maatschappelijk cultuurbeeld dat de overheid heeft terug te treden op een aantal terreinen (waar tegenover staat dat zij op andere terreinen die traditioneel tot de taak van de overheid behoren – veiligheid, waterstaat, onderwijs en zorg voor de allerzwaksten – juist krachtiger dient op te treden). Voor zover de werking van grondrechten in private verhoudingen een teken is van het indringen van de publieke sfeer in de private sfeer, dient daar stelling tegen te worden genomen. Bepleit wordt in het onderstaande dan ook een (gematigd) *recht op willekeur* in de privé-sfeer.

Een tweede hoofdlijn van het betoog is dat grondrechten alles van doen hebben met de *menselijke waardigheid*, maar dat de doorwerking in private verhoudingen daarom ook beperkter moet zijn dan soms wordt aangenomen. Bescherming door de overheid van ‘wonen, werken, leven en gezondheid’¹⁸ (wat een ‘normaal leven’ mogelijk maakt), ook indien daarop inbreuk dreigt te worden gemaakt door andere particulieren, is essentieel. Juist waar die menselijke waardigheid in het geding is, kan het inroepen van een grondrecht dienen als signaal voor de rechter dat de fundamentele waarden van de rechtsorde dreigen te worden aangetast.

Dat betekent overigens nog niet dat het geschil vervolgens ook langs de weg van de grondrechten moet worden beslist. Een derde hoofdlijn is dat grondrechten daarvoor vaak te algemeen zijn geformuleerd. Bovendien leidt ‘toepassing’ van een grondrecht in private verhoudingen doorgaans tot niets: de wederpartij kan daar meestal een ander, *haar* beschermend grondrecht, tegenover stellen. De botsing die dan ontstaat, kan maar beter via het privaatrecht worden beslist. Dat is de kern van de zg. leer der indirecte doorwerking van grondrechten, waartoe ik mij in het navolgende zal bekeren: grondrechten spelen hoogstens een rol als kenbron voor de fundamentele waarden die in het privaatrecht moeten worden geëerbiedigd.

Ten slotte, en nauw samenhangend met de zojuist genoemde punten, wordt in het onderstaande verdedigd dat van de werking van grondrechten in de private sfeer niet te veel moet worden verwacht, noch in het nationale privaatrecht van de Europese landen, noch op het vlak van de harmonisatie van privaatrecht in Europa. In een land als Zuid-Afrika, waar het bewaken van de menselijke waardigheid aan de orde van de dag is, is dit mogelijk anders.

I Mogelijkheden voor doorwerking in theoretisch en rechtsvergelijkend perspectief

Algemeen

4. In dit deel komen de mogelijkheden voor doorwerking van grondrechten in private verhoudingen aan de orde. Ten aanzien van die doorwerking (‘horizontale werking’) zijn diverse opvattingen denkbaar en ook daadwerkelijk verdedigd.¹⁹ De hoeveelheid literatuur die op een ietwat theoretisch niveau de mogelijkheden bespreekt, is inmiddels overweldigend. In het navolgende beschrijf ik deze methoden en geef ik aan in hoeverre zij ook daadwerkelijk worden toegepast in diverse landen. De nadruk ligt daarbij op de *materiële* doorwerking van grondrechten: kan de burger inderdaad aanspraak maken op bescherming door grondrechten? Bedacht zij dat aan doorwerking ook een *formeel* aspect is te onderscheiden. De vraag is dan of de burger überhaupt een rechtsingang heeft om te klagen over de schending van een grondrecht door een medeburger. Historisch beschouwd is dit niet vanzelfsprekend: omdat grondrechten van oudsher een waarborg bieden tegen overheidsmacht, zijn immers ook de procedurele waarborgen vaak afgestemd op de beperking van die overheidsmacht. Zo kan bij een constitutionele rechter doorgaans slechts een actie tegen de overheid worden ingesteld. Ook het EHRM behandelt slechts klachten tegen staten. Dat betekent dat grondrechten in private verhoudingen processueel op een andere wijze effect dienen te verkrijgen, bijvoorbeeld omdat ook de gewone civiele

¹⁸ Zie J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle 1989, nr. 27.

¹⁹ Overzichten van opvattingen, waarvan ik bij het schrijven van dit hoofdstuk gebruik maakte, worden geboden door onder meer Aharon Barak, Constitutional Human Rights and Private Law, in: Daniel Friedmann & Daphne Barak-Erez (eds.), Human Rights in Private Law, Oxford 2001, p. 14 v., Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, Berlin 1999 en L.F.M. Verhey, Horizontale werking van grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy, Zwolle 1992, p. 135 v. Zie verder de hieronder aangehaalde literatuur.

rechter verplicht is om grondrechten toe te passen of omdat de constitutionele rechter (en het EHRM) oordeelt over de mate waarin een lagere (en nationale) rechter de grondrechten in acht nam in een geschil tussen twee particulieren. Deze formele vraag staat hier niet voorop.

I.A Methoden van doorwerking

Directe werking van grondrechten

5. De eerste methode waarlangs grondrechten materieel invloed kunnen uitoefenen in private verhoudingen, is die van de directe derdenwerking ('unmittelbare Drittwirkung' of 'direct application') van grondrechten. Directe werking betekent dat grondrechten niet enkel voor de overheid gelden, maar zonder meer en naar identieke maatstaven ook in de verhouding tussen burgers onderling. Deze theorie is ontwikkeld door Nipperdey, die haar aanvankelijk in geschrift heeft verdedigd²⁰ en vervolgens als rechter in het Bundesarbeitsgericht (de hoogste Duitse rechter in arbeidszaken) ook heeft toegepast. Het belangrijkste argument voor deze opvatting is van theoretische aard: het is dat een scherpe scheiding van publiek- en privaatrecht niet mogelijk is en dat alle recht uiteindelijk is terug te voeren op de grondrechten. Overheid en burger zijn daarmee in gelijke mate aan de grondrechten gebonden. Daarnaast bestaat een argument, ingegeven door praktische behoefte: grondrechten worden in de praktijk niet enkel door de overheid, maar ook (en zelfs in toenemende mate) door anderen geschonden. Zo is van burgers of (grote) bedrijven soms een grotere beperking van mensenrechten te vrezen dan van de overheid,²¹ zeker indien – zoals het geval is – sommige multinationals een omzet hebben die groter is dan het nationaal product van menig kleiner land.²² In de praktijk vinden 'schendingen' van mensenrechten dan ook op veel grotere schaal plaats door private partijen dan door de overheid. Dat zou doorwerking rechtvaardigen. Als bijkomend argument voor directe werking²³ is naar voren gebracht dat hiermee in problematische gevallen niet hoeft te worden teruggevallen op het 'gewone' privaatrecht om tot een gewenste uitkomst te komen. Dat zou afbreuk doen aan de fundamentele waarde van grondrechten.²⁴

Onproblematisch zijn deze argumenten ten faveure van directe werking bepaald niet. Met Barak²⁵ meen ik dat grondrechten doorgaans niet zijn geschreven voor toepassing op private verhoudingen; zo zijn de beperkingsclausules in grondrechten vaak toegespitst op de overheid en zou toepassing op particuliere verhoudingen betekenen dat de rechter zelf grondwettelijke beperkingsclausules moet ontwikkelen, speciaal voor de onderlinge verhouding tussen burgers (als hij tenminste grondrechten niet altijd wil laten prevaleren, wat praktisch onmogelijk is). Dat trekt een te zware wissel op de bevoegdheden van de rechter. Een ander argument tegen directe werking zou kunnen zijn dat het privaatrecht tot nu toe in staat is gebleken om goed met schendingen van grondrechten om te gaan, namelijk door die binnen het privaatrecht zelf te accommoderen. Heel sterk is dit argument op zichzelf natuurlijk niet: het kan altijd beter.

Er zijn echter twee andere, zwaarwegende, argumenten tegen directe werking in te brengen. Het eerste is van juridisch-technische aard, het tweede van rechtspolitieke aard. Het eerste argument is dat aanvaarding van directe werking in zuivere vorm betekent dat de schending van een grondrecht op zichzelf al leidt tot aansprakelijkheid van een private persoon, zonder dat nog een nadere privaatrechtelijke afweging hoeft plaats te vinden. Dat betekent in de praktijk dat *geheel buiten de privaatrechtelijke afweging om* de aansprakelijkheid van een individu kan worden aangenomen wegens schending van een grondrecht. Het is immers de inbreuk op het grondrecht zelf die de bron

²⁰ Zie bijv. H.C. Nipperdey, *Grundrechte und Privatrecht*, Krefeld 1961.

²¹ Zie bijv. Barak, o.c., p. 15, L. Prakke e.a., Van der Pot-Donner, *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, 14^{de} dr., Deventer 2001, p. 246 en Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1993, p. 9, die benadrukt dat de staat geen monopolie heeft op machtsmisbruik.

²² Zie Sophie van Bijsterveld, *Human Rights and private corporations: a Dutch legal perspective*, in: E. Hondius & C. Joustra (eds.), *Netherlands Reports to the Sixteenth International Congress of Comparative Law*, Antwerpen 2002, p. 375 v. en Menno T. Kamminga & Saman Zia-Zarifi (eds.), *Liability of multinational corporations under international law*, The Hague 2000.

²³ Vgl. Barak, o.c., p. 15.

²⁴ Zie E. Dirix, *Grondrechten en overeenkomsten*, in: K. Rimanque (ed.), *De toepasselijkheid van de grondrechten in private verhoudingen*, Antwerpen 1982, p. 41.

²⁵ Barak, o.c., p. 17.

vormt voor de actie tot schadevergoeding of rechterlijk bevel. Indien bijvoorbeeld het recht op privacy van A wordt geschonden door B omdat B foto's publiceert van het interieur van A's huis, kan in een theorie van directe werking slechts worden vastgesteld dat B een inbreuk heeft gepleegd op A's grondrecht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Daartegenover zal B een beroep doen op zijn vrijheid van meningsuiting. Een zinvolle weging van die botsende grondrechten, inclusief hun beperkingsclausules, is echter bij een directe werking slechts mogelijk op dezelfde wijze als wanneer de grondrechtsschending door de overheid zou zijn geschied. Tot een zinvolle afweging kan dat haast niet leiden; tussen private personen dient die afweging bij voorkeur langs privaatrechtelijke weg te geschieden.

Het Duitse recht levert hiervan een aardig voorbeeld op. In 1997 deed de Duitse constitutionele rechter, het Bundesverfassungsgericht, een uitspraak over het recht van het kind om te weten van wie het afstamt.²⁶ Net zoals in de Nederlandse Valkenhorst-zaak,²⁷ wenste een buitenechtelijk geboren kind te weten wie haar vader was. Zij sprak daartoe haar moeder aan. De lagere rechter stelde dat het persoonlijkheidsrecht van het kind om te weten van wie het afstamt (naar Duits recht toen al een erkend grondrecht²⁸), zozeer voorop staat dat van een afweging met het belang van de moeder nauwelijks meer sprake kon zijn. Daarmee kende de rechter aan het grondrecht eigenlijk directe horizontale werking toe. De vordering werd dan ook toegewezen. Dat ging het Bundesverfassungsgericht te ver: de rechter heeft bij het wegen van belangen wel degelijk een grote, door het privaatrecht gecreëerde, ruimte waarvan hij ook daadwerkelijk gebruik dient te maken.

Het tweede argument tegen directe werking van grondrechten is meer principieel. Tegen directe werking van grondrechten in het private rechtsverkeer kan worden ingebracht dat daarmee de rechten van private personen te zeer worden beperkt. Indien bijvoorbeeld elke contractspartij zich aan het gelijkheidsbeginsel zou moeten houden, is dat een te grote inbreuk op de autonomie. Overheid en burger zijn nu eenmaal principieel verschillende entiteiten: wat de overheid niet mag, mag de burger vaak wel. De overheid die slechts wenst te contracteren met personen met een blanke huidskleur handelt evident in strijd met art. 1 van de Nederlandse Grondwet. Of dat ook het geval is bij de private persoon die op grond van huidskleur discrimineert, staat nog te bezien. Ik kom hier uitgebreid op terug in deel II.

6. Bestaan er nu rechtsstelsels waarin de directe werking van grondrechten in private verhoudingen is aanvaard? Dat lijkt het geval in Ierland en in Zwitserland. De Ierse Supreme Court heeft een autonome 'constitutional tort' erkend die niet hoeft te voldoen aan de traditionele common law-eisen voor aansprakelijkheid.²⁹ Een individu kan in Ierland dus klagen over de inbreuk op een grondrecht door een ander individu. Die inbreuk vormt de autonome bron voor een actie. In Zwitserland wordt een directe werking van de godsdienstvrijheid aangenomen.³⁰ Maar hoe werkt dit? In de Ierse zaak *Meskeell v. Coras Iompair Éireann*³¹ heet het:

'(...) that a right guaranteed by the Constitution (...) can be protected by action or enforced by action even though such action may not fit into any of the ordinary forms of action in either the common law or equity and that the constitutional right carries within it its own right to a remedy for the enforcement of it. Therefore, if a person has suffered damages by virtue of a breach of a constitutional right (...), that person is entitled to seek redress against the person (...) who infringed that right'.

Het ligt voor de hand om aan te nemen dat aan een dergelijk oordeel wel degelijk een afweging vooraf gaat op gelijke wijze als wanneer de afweging aan de hand van privaatrechtelijke regels plaats vindt, zij het onder een andere noemer. In zoverre is er slechts sprake van een etiket dat op de afweging wordt geplakt.

²⁶ Entscheidungen des Bundesverfassungsgericht (BVerfGE) 96, 56 (Vaterschaftsauskunft). De recente uitspraken van het BVerfG zijn te vinden via <<http://www.bverfg.de>>.

²⁷ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst).

²⁸ Zie nader *onder*, no. 53.

²⁹ Zie Murray Hunt, *The 'Horizontal Effect' of the Human Rights Act*, Public Law (PL) 1998, p. 428, alwaar verwijzingen naar Ierse rechtspraak, en Deborah Rook, *Property Law and Human Rights*, London 2001, p. 48.

³⁰ Zie Barak, o.c., p. 15.

³¹ [1973] Irish Reports (IR) 121, op 132, geciteerd bij Hunt, o.c., p. 428.

Indirecte werking van grondrechten

7. Een volgende methode om effect te geven aan grondrechten in private verhoudingen is die van de indirecte derdenwerking ('mittelbare Drittwirkung' of 'indirect application').³² Zij gaat in beginsel uit van de traditionele visie op grondrechten. Omdat deze zijn geschreven voor de verhouding overheid-burger, werken zij niet rechtstreeks door in privaatrechtelijke verhoudingen. Niet de burgers, maar de overheid is geadresseerde. Indien in een privaatrechtelijk geschil een vraag van grondrechten rijst, dient die vraag te worden beantwoord aan de hand van privaatrechtelijke regels, die echter wel de invloed ondergaan van de grondrechten. Voorstanders van deze visie wijzen dan met name op open normen (goede zeden, redelijkheid en billijkheid, maatschappelijke zorgvuldigheid), die geschikt zijn om aan grondrechten werking toe te kennen als dat nodig is.³³ Die werking is echter altijd indirect, immers via de privaatrechtelijke regels, die als 'inschakelingsmechanisme'³⁴ of medium³⁵ fungeren. Grondrechten beïnvloeden (liever: zijn uiting van) de waarden in een bepaalde samenleving en die waarden beïnvloeden op hun beurt het privaatrecht. De *locus classicus* voor deze opvatting is de Lüth-uitspraak³⁶ van de Duitse constitutionele rechter, waarin de indirecte werking werd aanvaard. In de van Duitse rechters bekende docerende stijl werd betoogd:

'dass das Grundgesetz, das keine wertneutrale Ordnung sein will, in seinem Grundrechtsabschnitt auch eine objektive Wertordnung aufgerichtet hat (...). Dieses Wertsystem, das seinen Mittelpunkt in der innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde findet, muss als verfassungsrechtliche Grundentscheidung für alle Bereiche des Rechts gelten; Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung empfangen von ihm Richtlinien und Impulse. So beeinflusst es selbstverständlich auch das bürgerliche Recht; keine bürgerlich-rechtliche Vorschrift darf in Widerspruch zu ihm stehen, jede muss in seinem Geiste ausgelegt werden.

Der Rechtsgehalt der Grundrechte als objektiver Normen entfaltet sich im Privatrecht durch das Medium der dieses Rechtsgebiet unmittelbar beherrschenden Vorschriften. (...) Ein Streit zwischen Privaten über Rechte und Pflichten aus solchen grundrechtlich beeinflussten Verhaltensnormen des bürgerlichen Rechts bleibt materiell und prozessual ein bürgerlicher Rechtsstreit. Ausgelegt und angewendet wird bürgerliches Recht, wenn auch seine Auslegung dem öffentlichen Recht, der Verfassung, zu folgen hat.'

Het hoofdargument voor een indirecte werking van grondrechten lijkt mij dat een scheiding moet bestaan tussen de publieke sfeer en de private sfeer. In de private sfeer zijn burgers vrij te handelen zoals hen goed dunkt. Zij hebben daarbinnen een 'recht op willekeur'³⁷ en behoeven zich niets gelegen te laten liggen aan overwegingen van gelijkheid en dergelijke. Deze vrijheid blijkt vooral waar aan het uitoefenen van autonomie rechtsgevolgen worden verbonden: contracteren en testeren mag in beginsel op de wijze die de burger zelf wenst. De verkoper en de verhuurder mogen in strijd met de Grondwet discrimineren tussen kopers en de testeerder mag in zijn testament neerleggen dat alleen familieleden van het mannelijk geslacht zullen erven. Het kan wél zo zijn dat de uitoefening van die autonomie in strijd komt met de openbare orde en goede zeden. Wat die precies eisen, kan mede worden vastgesteld aan de hand van de grondrechten, maar het blijven de *privaatrechtelijke* normen waarlangs die grondrechten invloed hebben. Ontslag van een werknemer op grond van diens seksuele voorkeur of diens denigrerende uitspraken over de werkgever, zal onrechtmatig worden geoordeeld na een

³² Vooral ontwikkeld door G. Dürig. Zie voor literatuur Christian Starck, Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court, in: Friedmann & Barak-Erez (eds.), o.c., p. 98 en A.K. Koekoek, De betekenis van grondrechten voor het privaatrecht, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie (WPNR) 5742 (1985), p. 387 v. Voor een bagatellisering van het verschil met directe derdenwerking: Christian Starck, Human Rights and Private Law in German Constitutional Development and in the Jurisdiction of the Federal Constitutional Court, in: Friedmann & Barak-Erez (eds.), o.c., p. 98 v.

³³ Zie bijv. Dirix, o.c., p. 40.

³⁴ Zie voor die term F. De Ly, Het gelijkheidsbeginsel in het contractenrecht, Rechtskundig Weekblad (RW) 1991-1992, p. 1144.

³⁵ Zie de hierna te citeren Lüth-uitspraak en vgl. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, o.c., p. 16.

³⁶ BVerfGE 7, 198; Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 1958, 257.

³⁷ Dirix, o.c., p. 43.

afweging van het belang van de werknemer tegen dat van de werkgever. Daarbij spelen grondrechten als bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de vrije keuze van arbeid een rol, maar enkel als weergave van wat de maatschappelijke opvattingen in een bepaald land zijn en niet als allesbepalend.

Een ander voordeel van de indirecte werking is dat de ervaring, opgedaan met het berechten van problematische gevallen, niet verdwijnt om plaats te maken voor een, vaak retorisch, gebruik van grondrechten. Het is niet zoals bij directe werking van grondrechten dat met voorbij gaan aan de bestaande privaatrechtelijke regels tot een oordeel kan worden gekomen. Dit argument ten faveure van de indirecte werking speelt een rol in de meeste landen waar een debat over constitutionalisering van privaatrecht wordt gevoerd. Ik besteed er straks extra aandacht aan bij de bespreking van Duits, Zuid-Afrikaans en Engels recht (zie *onder*, no. 14 e.v.).

Welke zijn nu precies de regels waarlangs grondrechten invloed hebben op het privaatrecht? Zoals gezegd wordt doorgaans gewezen op de open normen.³⁸ Bescherming van eigendom en van persoonlijkheidsrechten geschiedt bijvoorbeeld langs de weg van de onrechtmatige daad, bescherming van contractsvrijheid en gelijkheidsbeginsel via het concept van openbare orde en goede zeden en via redelijkheid en billijkheid. Van de abstracte beperkingsclausules die in grondrechten zijn neergelegd hoeft geen gebruik te worden gemaakt omdat die niet opwegen tegen de ervaring die is opgedaan met een privaatrechtelijke belangenafweging.³⁹ Het zijn mijns inziens echter niet alleen de open normen waarlangs grondrechten invloed kunnen uitoefenen in privaatrechtelijke verhoudingen. Minstens even belangrijk zijn de meer concrete regels die kunnen worden beschouwd als uitwerkingen van grondrechten, specifiek voor privaatrechtelijke verhoudingen. Er is geen enkele twijfel aan dat vele privaatrechtelijke regels zo een uitwerking bieden. Ik noem voor Nederland enkel het gelijkheidsbeginsel (onder meer art. 7:646 BW), de bescherming van eigendom (onder meer art. 5:1, 5:2, 5:22 BW en de Onteigeningswet), de contractsvrijheid en privaatautonomie⁴⁰ (onder meer art. 6:74 en 6:248 BW), de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (onder meer art. 6:167 BW) en de vrije keuze van arbeid (art. 7:653 BW). Indien een algemeen grondrecht op menselijke waardigheid wordt erkend (zoals bijvoorbeeld in Duitsland en België in de Grondwet is geschied⁴¹), zijn zelfs de meeste bepalingen van het BW uiting van een grondrecht.

Ik zal straks (no. 21 e.v.) laten zien dat de indirecte werking van grondrechten in private verhoudingen een aantal problemen oplost die traditioneel aan grondrechten in de verhouding overheid-burger kleven en dat deze opvatting daarom als de juiste moet worden aanvaard. Hier wil ik echter eerst een argument tegen de leer van de indirecte werking bespreken. Canaris wijst namelijk op een volgens hem logische contradictie in deze leer. Indien grondrechten via het privaatrecht invloed hebben, is – zo stelt Canaris – sprake van normen op gelijk hiërarchisch niveau en dan kan niet de ene norm een maatstaf voor de grondwettelijkheid van de andere norm vormen omdat dit alleen mogelijk is als er wél een hiërarchie is. Aan een grondrecht effect geven via een privaatrechtelijke regel kán volgens Canaris eenvoudigweg niet:⁴²

‘Entweder bleibt sie (de privaatrechtelijke norm, JMS) dabei nämlich eine Norm des einfachen Rechts – dann fehlt ihr (...) die Höherrangigkeit, deren sie als Prüfungsmassstab bedarf; oder sie wird auf die Stufe des Verfassungsrechts angehoben – dann kommt man zu der widersinnigen Konsequenz, dass ihr Gehalt (...) nun plötzlich Verfassungsrang erlangt.’

Ik vermag de juistheid van Canaris' argument niet in te zien.⁴³ Want ook bij botsing van gewone privaatrechtelijke normen zal een van beide moeten winnen. Dat is aan de orde van de dag: er zijn weinig privaatrechtelijke geschillen waarin niet zowel eiser als gedaagde in beginsel terecht een

³⁸ A.S. Hartkamp, On European Freedoms and National Mandatory Rules: The Dutch Judiciary and the European Convention on Human Rights, *European Review of Private Law (ERPL)* 2000, p. 111 v. ziet dat als reden waarom juist het Nederlands BW, met zijn vele open normen, zich goed leent voor indirecte werking.

³⁹ Vgl. Barak, o.c., p. 22.

⁴⁰ Zie over de vraag of dit grondrechten zijn ook *onder*, no. 28.

⁴¹ Zie nader *onder*, no. 49. De vraag of menselijke waardigheid een formeel erkend grondrecht is of niet, is evenwel niet van essentieel belang in de leer van indirecte doorwerking.

⁴² Canaris, o.c., p. 17, die daar nog een ander argument aanvoert tegen indirecte werking.

⁴³ Ik moet er aan toevoegen dat in de Lüth-uitspraak het BVerfG de nadruk legde op een hiërarchie van waarden die zou bestaan.

beroep kan doen op een rechtsregel. De taak van de rechter is om te bepalen welke regel voor gaat. En anders dan Canaris stelt, is er bij indirecte werking nu juist geen botsing van een grondrecht met een privaatrechtelijke norm, maar een botsing van twee privaatrechtelijke regels.

Andere varianten: geen doorwerking, ‘State action’ en ‘positieve verplichtingen’

8. In theorie zou een derde opvatting denkbaar zijn over de verhouding tussen privaatrecht en grondrechten, namelijk die waarin doorwerking van grondrechten *geheel* is uitgesloten. Grondrechten zouden dan zelfs niet op indirecte wijze een rol spelen in de verhouding tussen burgers onderling. Barak schetst de trekken van een dergelijke theorie en stelt dat deze is geaccepteerd door de Canadese Supreme Court in de zaak *Dolphin Delivery*.⁴⁴ Het is juist dat de Canadese rechter daarin expliciet stelt dat grondrechten uit het Canadese *Charter of Rights and Freedoms* niet voor private partijen gelden, maar hij voegt daar aan toe dat de common law wél moet worden ontwikkeld in overeenstemming met de fundamentele waarden die zijn neergelegd in het Canadese handvest. Strikt beschouwd is dat inderdaad een andere benadering omdat niet de grondrechten zelf de (zij het indirecte) bron van recht in private verhoudingen zijn (zoals bij indirecte derdenwerking), maar de waarden die, *toevalligerwijs*, ook in het handvest zijn neergelegd.⁴⁵ Wat hier van zij, ik acht dit verschil niet significant genoeg om op grond daarvan een aparte variant te onderscheiden: of de grondwet zelf nu de indirecte bron is van kennis over de fundamentele waarden in de samenleving of dat dit de fundamentele waarden zelf zijn, die toevallig ook in de Grondwet zijn neergelegd, lijkt me irrelevant. Een benadering waarin grondrechten in het geheel geen rol spelen, is voor mij sowieso ondenkbaar omdat moeilijk te betwisten valt dat het bestaande privaatrecht al uiting is van de invloed van grondrechten (zie *boven*).

9. Wat wél denkbaar is, is dat men principieel ontkent dat private partijen aan grondrechten zijn gebonden, maar zonder daar de consequentie aan te verbinden dat grondrechten daarmee geen enkele invloed hebben. Barak spreekt in dit verband van het ‘judiciary model’.⁴⁶ Dat houdt in dat de rechter, als onderdeel van de Staat, verplicht is om aan grondrechten werking te verschaffen indien hij een geval voor zich krijgt waarin een grondrecht wordt geschonden. Wie overeenkomt met zijn afnemer dat deze de te kopen zaken niet aan anderen dan blanken mag doorverkopen, vindt bij de rechter geen gehoor met een actie tot nakoming van die overeenkomst als zijn afnemer dat toch doet.⁴⁷ Ook bij de Bhagwan-aanhanger die door zijn werkgever wordt ontslagen, is het niet de werkgever die in strijd handelt met het grondrecht op gelijke behandeling, maar de rechter die het ontslag niet nietig verklaart.⁴⁸ De gedachte is dus dat als de rechter aan grondrechten geen betekenis toekent, *de Staat* grondrechten schendt. Daarmee hebben grondrechten effect in private verhoudingen, maar op grond van een gewone *verticale* werking van het grondrecht tussen overheid en burger.

Dit model is van bijzonder belang omdat het is aanvaard in de Verenigde Staten. Daar is het communis opinio dat, voor zover geen speciale wetgeving bestaat, grondrechten niet horizontaal werken en dus alleen jegens de Staat kunnen worden geldend gemaakt. In de beroemde Amerikaanse zaak *Shelley v. Kramer*⁴⁹ werd in een geval als zojuist beschreven dan ook aangenomen dat de contractspartij de grondwet niet schond, maar dat de rechter, indien hij geen betekenis zou toekennen aan het *Fourteenth Amendment* (dat discriminatie verbiedt⁵⁰) dat wél zou doen. Wat nodig is voor de toepasselijkheid van de *Bill of Rights*, is daarmee ‘State action’: steeds waar een individu een grondrecht lijkt te schenden, moet worden gezien of die schending op enigerlei wijze is terug te voeren

⁴⁴ Barak, o.c., p. 19. Zie *Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580 v. Dolphin Delivery Ltd.* [1986] 2 Supreme Court Reports (SCR) 573, waarover ook *Hunt, o.c.*, PL 1998, p. 429 v.

⁴⁵ Vgl. ook Lorraine E. Weinrib & Ernest J. Weinrib, *Constitutional Values and Private Law in Canada*, in: Friedmann & Barak-Erez (eds.), o.c., p. 44.

⁴⁶ Barak, o.c., p. 25 v.

⁴⁷ Het voorbeeld is van Barak, o.c., p. 25.

⁴⁸ Zie voor dit voorbeeld *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Bd. 1, 4. Aufl.*, München 2001, § 134, RdNr. 34 (Mayer-Maly/Armbrüster).

⁴⁹ *Shelley v. Kramer* [1948] 334 United States Supreme Court Reports (US) 1.

⁵⁰ Voor zover hier relevant luidt het: ‘No State shall (...) deny to any person within its jurisdiction the equal protection of the laws.’

op de Staat. Duidelijk moge zijn dat de vraag wanneer precies sprake is van 'State action', voorwerp is van zeer uitgebreid debat. Daarop kan hier niet worden ingegaan.⁵¹

De doctrine van de 'State action' doet denken aan de wijze waarop het Europees Hof voor de Rechten van de Mens inbreuken op het EVRM door private personen te lijf gaat. Evenmin als de Amerikaanse *Bill of Rights* heeft het EVRM horizontale werking. De er in neergelegde rechten waren oorspronkelijk alleen bedoeld om te gelden in de verhouding tussen overheid en burgers. In uitzonderlijke gevallen kan het EHRM echter een zogenaamde 'positieve verplichting' van de Staat tot bescherming van een van zijn burgers aannemen. Non-interventie door de overheid (de 'klassieke' werking van grondrechten) is in dat geval inadequaat: de Staat moet een positieve maatregel nemen om de (verdere) schending van een mensenrecht door een particulier te voorkomen. Het EHRM kan een mensenrechtenschending ook moeilijk anders dan via de nationale staten te lijf omdat in Straatsburg nu eenmaal alleen een klacht tegen een Staat en niet tegen een individu kan worden ingediend. De wellicht meest bekende toepassing van deze gedachte is de Marckx-zaak,⁵² waarin het EHRM oordeelde dat art. 8 EVRM '(...) [does] not merely compel the state to abstain from (...) interference: in addition to this primarily negative undertaking, there may be positive obligations inherent in an effective "respect" for family life'.

Intussen is deze visie ook volgens enkele Duitse auteurs de juiste. Want volgens Canaris is niet de private persoon, maar de civiele rechter (naast de andere overheidsorganen) als staatsorgaan verplicht om de grondrechten in acht te nemen. Hij wil daarom de derdenwerking 'integreren' in de gedachte van 'staatlicher Schutzpflichten'.⁵³ De reden waarom grondrechten soms doorwerken, is omdat de Staat ook in het private verkeer principieel verplicht is de ene burger tegen de andere te beschermen. Daarmee is hij een van de weinige Duitsers⁵⁴ die de, in de eerder aangehaalde Lüth-uitspraak erkende, *mittelbare Drittwirkung* verwerpt.

Verschil tussen indirecte werking en het 'judiciary model'?

10. Hoewel verschillen bestaan tussen de benadering van de Amerikaanse Supreme Court en die van het EHRM,⁵⁵ zijn beide gegrond op dezelfde gedachte: grondrechten kunnen werking hebben tussen private personen omdat de staatsorganen (wetgever, administratie en rechter) verplicht zijn de grondrechten toe te passen. Interessanter echter dan de vraag waarin de Amerikaanse en Europese rechter van elkaar verschillen in hun toepassing van het 'judiciary model', vind ik de kwestie of er praktisch relevante verschillen zijn tussen dat model en de indirecte werking van grondrechten.⁵⁶ Ik denk dat dit niet het geval is omdat beide theorieën verschillende kanten belichten van wat moet worden aanvaard als het juiste model (zie *onder*, no. 18 e.v.). De theorie inzake de indirecte werking van grondrechten handelt over *de weg waarlangs* grondrechten invloed hebben in privaatrechtelijke verhoudingen terwijl het 'judiciary model' de grondslag voor die werking aangeeft in geval van toepassing van grondrechten door de rechter, namelijk dat die als staatsorgaan is gehouden om aan grondrechten ook in privé-verhoudingen betekenis te geven. Waarvoor het 'judiciary model' echter geen verklaring biedt, is dat ook de *wetgever* gehouden is om aan de grondrechten in particuliere verhoudingen betekenis te hechten. In het model van de indirecte werking, is dat anders: volgens die theorie zou ook de wetgever bij het geven van regels op privaatrechtelijk terrein rekening moeten houden met de grondrechten.

Wat bovenstaande theorieën niet behandelen: de intensiteit van de doorwerking

⁵¹ Ik verwijs naar de Amerikaanse handboeken, zoals Louis Fisher, *American Constitutional Law*, 4th ed., Durham 2001 en voor een kort overzicht naar J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel*, Den Haag 2002, p. 376 v.

⁵² EHRM 13 juni 1979, Serie A-Vol. 31, NJ 1980, 462 (Marckx). Zie ook EHRM 26 maart 1985, Serie A-Vol. 91, NJ 1985, 525 (X en Y/Nederland).

⁵³ Zie Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, o.c., p. 20 v. en 38 en dez., *Grundrechte und Privatrecht*, Archiv für die civilistische Praxis (AcP) 184 (1984), p. 201 v. Kennelijk in gelijke zin Lurger, o.c., p. 228.

⁵⁴ Hoewel hij daar zelf vermoedelijk anders over denkt: zie Canaris, *Grundrechte und Privatrecht*, o.c., p. 38.

⁵⁵ Zie *onder* meer Rook, o.c., p. 50 v.: de door de Supreme Court geëiste 'State action' betekent nog niet (zoals het EHRM dat wel aanvaardt) een verplichting voor de staten om onder het 14th Amendment hun burgers te beschermen tegen inbreuken op grondrechten door andere burgers.

⁵⁶ Dat wordt ontkend door Chr. Von Bar, *The Common European Law of Torts*, Vol. 1, Oxford 1998, p. 576 v.

11. De waarde van de zojuist besproken theorieën over doorwerking van grondrechten in private verhoudingen is beperkt. Ik moet concluderen dat zij de discussie over de vraag *wanneer* grondrechten nu precies moeten doorwerken niet veel verder helpen. Bij nadere beschouwing behandelen deze theorieën de vraag of doorwerking vereist is en op welke wijze deze moet geschieden namelijk op een te abstract niveau om praktisch relevant te zijn.

Het lijkt mij namelijk geheel onomstreden *dat* grondrechten soms moeten doorwerken.⁵⁷ De vraag *wanneer* dit het geval moet zijn, wordt echter in geen der bovenstaande theorieën beantwoord. De leer van de directe doorwerking geeft daarop geen antwoord omdat het nimmer zo kan zijn dat grondrechten steeds door alle burgers in acht moeten worden genomen. Indien een indirecte doorwerking wordt aanvaard, is het de taak van wetgever of rechter om aan grondrechten effect te geven, maar *wanneer* dat het geval is, blijft onduidelijk. Hetzelfde bezwaar kleeft aan het rechterlijk model. Het is daarom de vraag naar de *intensiteit* van de doorwerking die in de discussie veel meer centraal zou moeten staan.⁵⁸ Die vraag heeft verschillende aspecten. Ik noem hier het rechtspolitieke aspect of het privaatrecht er ook is om publieke belangen mee na te streven. Daarmee verbonden is de constitutionele vraag wie dat moet bepalen (de wetgever of de rechter). Een volgend aspect is 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. Ten slotte noem ik de mate waarin men het bestaande privaatrecht als basis wenst te nemen voor een theorie over de intensiteit van de doorwerking. Zonder een oordeel over dit soort vragen, kan een theorie over de gewenste mate van doorwerking niet worden opgesteld.

Ik kom straks (*onder*, no. 18 e.v.) op dit thema terug. Eerst wil ik echter enige aandacht besteden aan de praktijk van de doorwerking in een aantal landen.

I.B Doorwerking van grondrechten in een aantal landen

Nederland: het grondrecht als factor in de belangenafweging

12. In Nederland is onder de noemer van 'horizontale werking' al lang nagedacht over de doorwerking van grondrechten in private verhoudingen, vooral door staatsrechtgeleerden.⁵⁹ Ik geef hier geen historisch overzicht van het debat, maar beperk mij tot een weergave van de huidige stand van zaken. De discussie heeft een impuls gekregen tijdens de voorbereidingen voor de Grondwet 1983. In de Memorie van Toelichting bij het ontwerp voor een nieuwe Grondwet (uit 1976)⁶⁰ heeft de Regering namelijk een, vrij algemeen bekritiseerde,⁶¹ visie gepresenteerd op horizontale werking die nog altijd het standpunt van de Nederlandse wetgever weergeeft. Die visie komt er praktisch op neer dat het aan de rechter in het concrete geval is overgelaten om te bepalen of een specifiek grondrecht ook tussen burgers werkt. Anderzijds schetst de regering een theoretisch kader voor horizontale werking: op een glijdende schaal is de meest vergaande vorm van doorwerking die waar de rechter verplicht is om een grondrechtsartikel toe te passen, de minst vergaande vorm is die waarbij aan de wetgever of overheid slechts een opdracht wordt gegeven om een grondrecht te verwezenlijken (zoals bij sociale grondrechten). Daartussen in bevindt zich onder meer het grondrecht dat de rechter *kan* of *moet* hanteren bij de interpretatie van privaatrechtelijke regels of begrippen opdat de er in neergelegde waarde verwezenlijkt wordt.

⁵⁷ Vgl. ook M.B.W. Biesheuvel, *Burgerlijk recht en grondrechten*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 1986, Lelystad 1986, p. 45 v.: de invloed is onvermijdelijk en niet te stuiten.

⁵⁸ In dezelfde zin Lurger, o.c., p. 228.

⁵⁹ Een historisch overzicht, met vermelding van veel literatuur, geeft M.B.W. Biesheuvel, *Horizontale werking van grondrechten*, NJCM-Bulletin 6 (1981), p. 147 v.; voor meer recente literatuur zie Verhey, o.c., p. 33 v. en vgl. E.A. Alkema, *De reikwijdte van fundamentele rechten: de nationale en internationale dimensies*, preadvies NJV 1995-I, p. 22 v. Zie voorts Van der Pot/Donner, o.c., p. 246 v. en Kortmann, o.c., p. 370 v.

⁶⁰ TK 1975-1976, 13 872, nr. 3, p. 15 v., ook in: *Algehele grondwetsherziening*, dl. Ia, 's-Gravenhage 1979. De fundering van de regeringsopvatting in de literatuur wordt geschetst door Koekkoek, o.c., WPNR 5742 (1985), p. 385 v.

⁶¹ Zie reeds Biesheuvel, o.c., p. 161 v.

Dit betekent dat zich voor de rechter vier soorten doorwerking kunnen aandienen: het grondrecht als ‘belangrijke waarde’ die in acht *kan* worden genomen, als zelfstandig rechtsbelang dat bij belangenafweging in acht *moet* worden genomen, als rechtsbeginsel waarvan alleen op zwaarwegende gronden mag worden afgeweken en ten slotte als dwingend door de rechter toe te passen (zij het onder dezelfde beperkingsclausules als voor de overheid gelden). Dit is evenwel een weinig analytisch onderscheid dat bovendien niet past in de scheiding directe en indirecte derdenwerking. Het is evenmin een zeer praktisch onderscheid: het kan door de rechter in concrete gevallen meestal niet worden gemaakt, ook al niet omdat de Memorie van Toelichting bij de bespreking van de concrete grondrechten meestal nalaat om woorden vuil te maken aan de vraag of en hoe het grondrecht ook tussen burgers werking heeft. Resultaat is dat de rechter weinig houvast is gegeven. In de Nederlandse Grondwet zelf blijkt ook niet van enige aandacht voor de werking van grondrechten: dat zij wel gelden voor de wetgever, bestuur en rechter is er (anders dan in veel andere landen) niet in neergelegd.

Wenden wij ons af van de ietwat wereldvreemde visie van de grondwetgever, dan blijkt in de literatuur de indirecte horizontale werking de heersende opvatting.⁶² Ook de Nederlandse praktijk is er een van indirecte werking van grondrechten: vooral via de bestaande privaatrechtelijke regels wordt door rechters aan grondrechten invloed gegeven. Die benadering lijkt ook door de Nieuw BW-wetgever gekozen: tijdens de parlementaire behandeling van art. 6:1 BW is aan de orde geweest of (horizontale werking van) een grondrecht niet als zelfstandige bron van verbintenissen kon dienen. Dit werd afgewezen omdat het grondrecht veeleer via art. 6:162 of art. 3:40 BW werking zou hebben.⁶³ Daarnaast bestaan inmiddels specifieke wettelijke regelingen ter uitwerking van grondrechten in horizontale verhoudingen, zoals de Algemene Wet Gelijke Behandeling 1994 (zie *onder*, no. 29 e.v.).

13. Het is nuttig om hier enkele voorbeelden te geven van de wijze waarop de Nederlandse rechter grondrechten laat doorwerken in private verhoudingen.⁶⁴ Ik meen dat de onderstaande gevallen representatief zijn voor de indirecte horizontale werking die grondrechten in Nederland hebben.

In het arrest over de Edamse bijstandsmoeder⁶⁵ ging het om een schending van art. 8 EVRM, dat de persoonlijke levenssfeer beschermt. In casu had de buurman van een bijstandsmoeder de sociale dienst er van op de hoogte gebracht dat zij kennelijk een relatie onderhield met een man. De sociale dienst stopte daarop haar uitkering. De bespiede vrouw achtte het gedrag van haar buurman een onrechtmatige inbreuk op haar privacy. Door de Hoge Raad wordt die vraag geheel ingebed in een afweging op grond van art. 6:162 BW:

‘Vooropgesteld moet worden dat (...) een recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer moet worden aanvaard, dat aansluit bij vergelijkbare ontwikkelingen in andere landen en dat naar zijn inhoud mede wordt bepaald door art. 8 EVRM, waarvan moet worden aangenomen, dat het ook werking heeft tussen de burgers onderling. Een inbreuk op dit recht levert in beginsel een onrechtmatige daad op (...).’

Zou de Hoge Raad hier zijn gestopt met zijn betoog, dan was sprake geweest van een nagenoeg⁶⁶ directe werking van art. 8 EVRM: de enkele schending van een grondrecht zou, zoals naar Iers recht, voldoende zijn geweest om rechtstreeks schadevergoeding toe te kennen. De Hoge Raad laat het

⁶² Zie onder meer A.G. Maris & J.M. Polak, Dient de wet bijzondere regels te bevatten ten aanzien van de civielrechtelijke werking van grondrechten, en, zo ja, welke?, preadvies NJV 1969-I, waarover H. Drion, Civielrechtelijke werking van de grondrechten, Nederlands Juristenblad (NJB) 1969, p. 585 v.; Nieuwenhuis, o.c., RMTh. 2000, p. 205; Kortmann, o.c., p. 374 (die de klassieke gevallen van indirecte werking echter niet als horizontale werking lijkt te zien); V. van den Brink, De rechtshandeling in strijd met de goede zeden, Den Haag 2002, p. 45. Voor een fervent contrair *lijkend* standpunt (dat het echter niet is): F. de Graaf & M.J.O.M. de Haas, Horizontale werking van grondrechten: een heilloos leerstuk, NJB 1984, p. 1353 v. Zie ook Verhey, o.c., p. 187.

⁶³ Zie Parlementaire Geschiedenis van het Nieuw BW, Boek 6, Deventer 1981, p. 43.

⁶⁴ Zie voor overzichten onder meer M. van Empel & M. de Jong, Constitution, International Treaties, Contracts and Torts, in: E. Hondius & C. Joustra (eds.), Netherlands Reports to the Sixteenth International Congress of Comparative Law, Antwerpen 2002, p. 285 v.; Verhey, o.c., p. 180 v.; Koekkoek, o.c., WPNR 5743 (1985), p. 407 v.; Biesheuvel, o.c., NJCM-Bulletin 1981, p. 205 v.

⁶⁵ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandsmoeder).

⁶⁶ Nagenoeg omdat dan nog altijd werd gerept van ‘in beginsel’.

bovenstaande echter volgen door een klassieke civielrechtelijke afweging waarin wordt gezien of wellicht sprake is van een rechtvaardigingsgrond voor het handelen van de buurman. Die wordt gevonden in het belang dat de overheid heeft bij het verkrijgen van informatie en tips van burgers en waarmee het niet strookt 'dat het enkele verzamelen en verstrekken door burgers van dergelijke gegevens (...) onrechtmatig is.' Het recht op privacy wordt zo geheel ingebed in een afweging van belangen in het kader van art. 6:162 BW.⁶⁷ Het grondrecht wordt daarmee van privaatrechtelijke aard. In vrijwel alle andere uitspraken over het recht op privacy is deze indirecte werking terug te vinden. Zeker waar het gaat om een botsing van het recht op privacy en de vrijheid van meningsuiting (artt. 10 en 7 Grondwet) heeft de Hoge Raad een catalogus van factoren ontwikkeld aan de hand waarvan moet worden vastgesteld of sprake is van onrechtmatig handelen.⁶⁸

Een mogelijke schending van de godsdienstvrijheid was aan de orde in het Suikerfeest-arrest.⁶⁹ Een Turkse werknemster blijft op een Islamitische feestdag weg van haar werk nadat haar verzoek om een vrije dag door de werkgever was geweigerd. De werkgever ontslaat haar vervolgens op staande voet. Ook hier redeneerde de Hoge Raad niet primair vanuit art. 6 Grondwet, maar via de 'dringende reden' voor ontslag van (thans) art. 7:677 BW. In dat kader volgt een afweging van het belang van de werknemer om een voor haar belangrijke godsdienstige feestdag te kunnen vieren en het bedrijfseconomisch belang van de werkgever.⁷⁰ Ook hier fungeert een privaatrechtelijke regel als vehikel, zoals ook in andere uitspraken over de godsdienstvrijheid.⁷¹

Ook het gelijkheidsbeginsel (art. 1 Grondwet) wordt op deze wijze toegepast. Of een werkgever tijdelijke krachten op gelijke voet als werknemers in vaste dienst moet belonen als deze onafgebroken werken en hetzelfde werk doen, werd niet primair aan de hand van art. 1 Grondwet beoordeeld, maar aan de hand van de norm van het goed werkgeverschap (thans art. 7:611 BW).⁷² Andere voorbeelden op het vlak van het overeenkomstenrecht betreffen de zaken die in de jaren '40 en '50 van de vorige eeuw door de Pachtkamer van het Hof Arnhem zijn beslist. In een van die zaken was overeengekomen dat de pachtovereenkomst zou worden ontbonden indien de pachter zich onvoldoende zou inspannen voor de protestants-kerkelijke gemeente. Toen de pachter zich bekeerde tot de Jehovagetuigen, beëindigde de verpachter de overeenkomst. Het beding werd door de rechter in strijd met de godsdienstvrijheid geoordeeld en daarmee in strijd met de goede zeden en openbare orde (thans art. 3:40 BW).⁷³ Sinds de Pachtwet 1958 kan dit probleem zich ten aanzien van pacht waarschijnlijk niet meer voordoen, maar ten aanzien van andere overeenkomsten en rechtshandelingen waarin bepalingen in strijd met het gelijkheidsbeginsel zijn opgenomen wél. Dit thema van botsing van de contractsvrijheid en partij-autonomie enerzijds en gelijkheidsbeginsel (en andere grondrechten) anderzijds komt aan de orde in deel II. Hier is van belang dat ook de contractsvrijheid in de rechtspraak van de Hoge Raad slechts een tegen andere factoren af te wegen belang is.⁷⁴

Een laatste voorbeeld van hoe een grondrecht wordt geacommodeerd in de privaatrechtelijke systematiek betreft het arrest Aids-test.⁷⁵ In casu vorderde een verkrachte studente van de verdachte

⁶⁷ Zie daarover ook H.A. Groen, De reikwijdte van fundamentele rechten in burgerlijke zaken, preadvies NJV 1995-I, p. 144 v. en S.D. Lindenbergh, De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht, Tijdschrift voor Privaatrecht (TPR) 1999, p. 1677 v.

⁶⁸ Zie bijv. HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (Gemeenteraadslid), HR 27 januari 1984, NJ 1984, 802 (De Telegraaf/A.) en HR 4 maart 1988, NJ 1989, 361 (Privé/De Bourbon-Parma). Zie ook *onder*, no. 25 en 51.

⁶⁹ HR 30 maart 1984, NJ 1985, 350 (Suikerfeest).

⁷⁰ Vgl. Bart Labuschagne, Accommodating Religious Diversity in Employment, in: Titia Loenen & Peter R. Rodrigues (eds.), *Non-Discrimination Law: Comparative Perspectives*, The Hague 1999, p. 135, die er op wijst dat omtrent Islamitische feestdagen meestal een regeling in de CAO is opgenomen.

⁷¹ Bijv. HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702 (Goeree I), waarin nog wel de beperkingssystematiek van art. 6 Grondwet werd toegepast en HR 2 februari 1990, NJ 1991, 289 (Goeree II), waarin dat niet meer gebeurde en geheel via art. 1401 (oud) BW werd gereedeneerd. Zie voor Maimonides *onder*, no. 25.

⁷² HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 (Agfa/Schoolderman).

⁷³ Hof Arnhem 25 oktober 1948, NJ 1949, 331 (Protestantse Vereniging/Hoogers); zie ook Hof Arnhem 15 november 1958, NJ 1959, 472 (Diaconie Dirksland) en Hof Arnhem 24 juni 1958, NJ 1959, 473 (Diaconie Nieuwe Tonge).

⁷⁴ Dat blijkt ook overduidelijk uit HR 31 oktober 1969, NJ 1970, 57 en HR 18 juni 1971, NJ 1971, 407 (Mensendieck I en II).

⁷⁵ HR 18 juni 1993, NJ 1994, 347 (Aids-test).

dat hij een aids-test ondergaat. Op zichzelf had zij die ook al laten uitvoeren, maar om zekerheid te krijgen moest zij zich óf nog eens laten testen óf moest haar verkrachter de test ondergaan. Dit leidde tot een botsing van beider grondrecht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 10 en 11 Grondwet). Met name dat laatste recht is bij uitstek een recht dat privaatrechtelijk al sinds jaar en dag wordt beschermd langs de weg van de onrechtmatige daad. Wat daarvan zij, de Hoge Raad ziet hier niet primair een botsing van grondrechten, maar acht beslissend de plicht van de laedens om de gevolgen van zijn onrechtmatig handelen voor het slachtoffer zo beperkt mogelijk te houden. Dat betekent dat de verkrachter de aids-test dient te ondergaan. Hiermee fungeert de schadebeperkingsplicht (vgl. art. 6:101 BW), hoewel door de Hoge Raad niet bij naam genoemd, als katalysator voor de botsing van grondrechten.

Al deze uitspraken laten zien dat grondrechten in private verhoudingen geheel worden ingebed in een privaatrechtelijke belangenafweging. Het belang bij handhaving van het grondrecht wordt afgewogen tegen andere belangen. En inderdaad blijken het bij uitstek de open normen te zijn aan de hand waarvan die afweging plaatsvindt. Het is mijns inziens verkeerd om die benadering terughoudend⁷⁶ te noemen ten aanzien van het erkennen van horizontale werking: het grondrecht is steeds wel degelijk een factor, zij het een factor als andere. Wel kan men zich afvragen of de wijze waarop de belangenafweging plaatsvindt, altijd inzichtelijk is, maar dat is een probleem dat niet specifiek aan het gebruik van grondrechten is gekoppeld. Ik kom hier op terug in no. 22 e.v.

Duitsland: mittelbare Drittwirkung

14. Naar Duits recht is het wettelijk uitgangspunt dat derdenwerking van grondrechten niet uitgesloten is: art. 1 lid 3 van de *Grundgesetz* (GG) bepaalt dat de daarin vervatte grondrechten direct bindend zijn voor wetgever, uitvoerende macht en rechter, hetgeen dus niet uitsluit dat ook *anderen* daardoor gebonden worden. Anders dan in Nederland is de indirecte horizontale werking van grondrechten door de Duitse rechter *expliciet* als de juiste opvatting aanvaard.⁷⁷ Dit geschiedde in de al aangehaalde Lüth-zaak.⁷⁸ In casu voerde de journalist Lüth een campagne om de nieuwste film van de regisseur Veit Harlan (maker van de antisemitische propagandafilm 'Jud Süß') te boycotten. De civiele rechter veroordeelde Lüth op straffe van een dwangsom tot het verder afzien van zijn actie. Basis daarvoor was § 826 Bürgerliches Gesetzbuch, waarin een van de onrechtmatigheidscategorieën van het BGB is neergelegd, namelijk het in strijd met de goede zeden opzettelijk toebrengen van schade.⁷⁹ Het Bundesverfassungsgericht achtte dit oordeel evenwel in strijd met art. 5 van de *Grundgesetz*, dat de vrijheid van meningsuiting beschermt. Het gaat nu om de wijze waarop dit oordeel werd beargumenteerd: de constitutionele rechter zei niet eenvoudigweg dat de vrijheid van meningsuiting moet worden beschermd en dat daarom de vordering van Varlan moest worden afgewezen. In plaats daarvan oordeelde hij dat bij de interpretatie van § 826 BGB *rekening moet worden gehouden* met grondrechten zoals de vrijheid van meningsuiting. Grondrechten vormen namelijk volgens de Duitse constitutionele rechter een stelsel van waarden dat zowel het publiekrecht als het privaatrecht beïnvloedt. In het privaatrecht geschiedt dat via de privaatrechtelijke regels zoals onder meer neergelegd in het BGB. Het grondrecht in casu moest daarom worden afgewogen tegen de (privaatrechtelijke) rechten van Harlan, met name zijn recht bij een ongestoorde verspreiding van de film. In casu leidde dat tot vernietiging van het eerdere rechterlijk oordeel: Lüth mocht zijn campagne tegen de nieuwe film voortzetten.

Het Bundesverfassungsgericht is sinds 1958 altijd trouw gebleven aan deze opvatting, waarin het privaatrecht het 'medium' is waarlangs de inhoud van de grondrechten invloed heeft. De door mij in no. 7 al aangehaalde centrale overweging uit 'Lüth', waarin het heet dat grondrechten uiting zijn van een 'objektive Wertordnung' is steeds herhaald. In de *Handelsvertreter*-uitspraak uit 1990⁸⁰ heet het bijvoorbeeld nog:

⁷⁶ Aldus Van der Pot/Donner, o.c., p. 249 en Hartkamp, o.c., ERPL 2000, p. 111 v.

⁷⁷ Zie algemeen over die aanvaarding en haar plaats in het Duitse staatsrecht Maunz/Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, o.c., p. 42 v.

⁷⁸ BVerfGE 7, 198; NJW 1958, 257.

⁷⁹ § 826 BGB luidt: 'Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet'.

⁸⁰ BVerfGE 81, 242; NJW 1990, 1469. Zie *onder*, no. 43.

‘Das Grundgesetz will keine wertneutrale Ordnung sein, sondern hat in seinem Grundrechtsabschnitt objektive Grundentscheidungen getroffen, die für alle Bereiche des Rechts, also auch für das Zivilrecht, gelten’.

Behalve het Bundesverfassungsgericht, heeft ook het Bundesgerichtshof deze indirecte werking onomwonden aanvaard.⁸¹ De hoogste Duitse rechter in arbeidszaken (het Bundesarbeitsgericht) heeft de theorie van de directe derdenwerking formeel niet opgegeven, maar in de praktijk verschilt de methode tegenwoordig (dat wil zeggen sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw) in weinig meer van die van zijn collega hoogste rechters: de heersende waarden worden deels afgeleid uit de grondrechten en die beïnvloeden via het privaatrecht de verhoudingen tussen burgers onderling.⁸² Dat geschiedt ook naar Duits recht vooral via invulling van open normen, zoals § 138 BGB over de rechtshandeling in strijd met de goede zeden, § 242 BGB, dat de schuldenaar verplicht om de redelijkheid en billijkheid in acht te nemen en § 826 BGB, maar zoals gezegd dus ook door interpretatie van alle meer concrete regels. In een geval waarin een werkneemster had beloofd om gedurende de duur van haar arbeidsovereenkomst voorbehoedsmiddelen te gebruiken, werd dat niet direct in strijd geoordeeld met art. 1, 2 en 6 van de Duitse Grondwet (die kortweg menselijke waardigheid, vrijheid en gezinsleven beschermen), maar in een afweging met het belang van de werkgever in strijd met de goede zeden geoordeeld.⁸³

Intussen is de Duitse academische discussie over grondslag en bereik van doorwerking hiermee bepaald niet afgesloten. Er bestaat een onafzienbare hoeveelheid literatuur over de juiste theoretische opvatting inzake de *precieze* wijze van co-existentie van grondrechten en privaatrecht,⁸⁴ maar wel onder de bijna unanieme vaststelling dat het om een indirecte doorwerking moet gaan.⁸⁵ Die discussie is nog eens opgelaaid naar aanleiding van de vergaande wijze waarop het Bundesverfassungsgericht de laatste tien jaar op het terrein van het contractenrecht heeft ingegrepen. Men kan zich zelfs afvragen⁸⁶ of de wijze waarop dat is geschied niet dicht in de buurt komt van een directe werking van grondrechten. Ik verwijs naar deel II (no. 42 e.v.).

Aan één punt uit de Duitse discussie wil ik hier nog aandacht besteden. Veel meer dan in Nederland is in Duitsland namelijk een debat gevoerd over de ‘teloorgang’ van het privaatrecht als gevolg van de invloed van grondrechten. Nogal wat auteurs hebben zich daarvoor bevreesd getoond. De weerklank daarvan is bijvoorbeeld te vinden bij Bydlinski, die waarschuwt tegen de zijns inziens veel te vage grondrechtsnormen. Zodra het tot een belangenafweging van grondrechten komt (zelfs als die plaatsvindt in de context van het privaatrecht), bieden de grondrechten zo weinig houvast dat de rechter een te grote macht krijgt. Hij moet daarom zo veel als mogelijk de grondrechten buiten beschouwing laten.⁸⁷ Anders verliest het privaatrecht zijn zelfstandigheid en verwordt het Bundesverfassungsgericht tot een ‘privatrechtelijke Superrevisionsinstanz’.⁸⁸ Wanneer een te grote invloed wordt toegekend aan algemene grondrechten als het persoonlijkheidsrecht en de menselijke waardigheid, is de kritiek van Bydlinski terecht. Hoewel men daar anders over kan denken (zie de

⁸¹ Zie voor rechtspraak bijv. Johannes Hager, Grundrechte im Privatrecht, Juristenzeitung (JZ) 49 (1994), p. 373 v.

⁸² Vgl. Hager, o.c., JZ 49 (1994), p. 373. Voor een voorbeeld (werking via § 242 BGB), zie BAG 23 juni 1994, [1994] Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZA) 1080, behandeld *onder*, no. 33.

⁸³ Landesarbeitsgericht Hamm, Der Betrieb (DB) 1969, p. 2353.

⁸⁴ Vgl. Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, 3. Aufl., München 2003, Art. 1, RdNr. 104 (Höfling): een ‘kaum noch überschaubaren Diskussion’. Zie voor een uitgebreid overzicht bijv. Uwe Diederichsen, Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück der juristischen Methodenlehre, AcP 198 (1998), p. 171 v. en vgl. Canaris, Grundrechte und Privatrecht, o.c. en Lurger, o.c., p. 226 v.

⁸⁵ Wolfgang Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), p. 7: de leer van de indirecte doorwerking kent een ‘beispiellose Akzeptanz’. De gezaghebbende Canaris is inmiddels een van de *dissenters* (zie *boven*, no. 7).

⁸⁶ Aldus Zöllner, o.c., AcP 196 (1996), p. 6.

⁸⁷ F. Bydlinski, Kriterien und Sinn der Unterscheidung von Privatrecht und öffentlichem Recht, AcP 194 (1994), p. 319 v.

⁸⁸ Zie Lurger, o.c., p. 245.

onder, no. 45, nog te bespreken borgtocht-uitspraak), lijkt het Bundesverfassungsgericht toch enkel op te treden in geval van grove schendingen van de Grondwet.⁸⁹

Zuid-Afrika: grondrechten als ‘development tool’

15. Er is geen land waar de discussie over de doorwerking van grondrechten in private verhoudingen van zo groot praktisch belang is als Zuid-Afrika.⁹⁰ Na de verschrikkingen van het apartheidsregime, moest in het ‘nieuwe Zuid-Afrika’ worden veilig gesteld dat de maatschappij voortaan zou zijn gebaseerd op ‘human dignity, the achievement of equality and the advancement of human rights and freedoms’, zoals art. 1 van de Grondwet 1996 dat zegt. Bovendien was men er zich zeer van bewust dat grondrechtsschendingen niet enkel door de overheid plaatsvinden, maar juist ook door particulieren en dat bij de toepassing van het Zuid-Afrikaanse privaatrecht in het verleden door rechters te weinig tegenwicht was geboden voor de discriminerende overheid. Uiteraard werd bij het opbouwen van het nieuwe Zuid-Afrika niet enkel vertrouwd op de nieuwe grondwet: vele nieuwe wetten die bestaande misstanden moeten terugdringen, zijn de afgelopen tien jaar tot stand gekomen. Maar steeds is vastgehouden aan de – juiste – gedachte dat ook bij de vormgeving van het toekomstige privaatrecht, rechters zoveel mogelijk recht moeten doen aan de grondrechten. De vraag is enkel op welke wijze precies.

De discussie over de derdenwerking van grondrechten is in Zuid-Afrika begonnen met de inwerkingtreding van de interim-Grondwet van 1993. In deze tijdelijke grondwet (die heeft gegolden tussen 1994 en 1997) was de horizontale werking van grondrechten niet als zodanig neergelegd. Enerzijds bevatte de tijdelijke grondwet een art. 7, waarin stond dat de grondrechten bindend zijn voor ‘all legislative and executive organs of State at all levels of government’, anderzijds bevatte art. 35 een opdracht aan de rechter om bij het toepassen en ontwikkelen van de common law rekening te houden met ‘the spirit, purport and objects’ van de mensenrechtencatalogus in de grondwet.⁹¹ Het met de invoering van de interim-Grondwet opgerichte constitutionele hof bepaalde in 1996 dat op grond van deze bepalingen grondrechten niet direct werken tussen private personen.⁹² Een minderheid in het Hof had een ander oordeel.

Juist om onduidelijkheid op dit punt verder te voorkomen, bepaalt art. 8 lid 2 van de huidige, definitieve, Zuid-Afrikaanse Grondwet van 1996 expliciet dat: ‘a provision of the Bill of Rights binds a natural or a juristic person if, and to the extent that, it is applicable, taking into account the nature of the right and the nature of any duty imposed by the right’. Dit is een open formule die veel vrijheid laat aan de rechter, maar die qua formulering lijkt te duiden op een *directe* werking van grondrechten. In art. 8 lid 3 wordt echter een handreiking gedaan ten aanzien van de wijze waarop de rechter de grondrechten moet verwezenlijken: enerzijds door het bestaande recht toe te passen of te ontwikkelen waar thans in wetgeving het grondrecht nog niet is verwezenlijkt, anderzijds door aan de hand van het bestaande recht het grondrecht te beperken overeenkomstig art. 36 (dit bevat een algemene beperkingsclausule: grondrechten mogen worden beperkt bij een regel met algemene toepasselijkheid en voor zover de beperking is ‘reasonable and justifiable in an open and democratic society based on human dignity, equality and freedom’).⁹³ Volgens het constitutionele hof vereist dit een ‘weighing up of competing values on a case-by-case basis to reach an assessment founded on proportionality’.⁹⁴ Art.

⁸⁹ Zie Lurger, o.c., p. 248.

⁹⁰ Zie in algemene zin over grondrechten en privaatrecht in Zuid-Afrika bijv. A. van Aswegen, *The Implications of a Bill of Rights for the Law of Contract and Delict*, South African Journal of Human Rights (SAJHR) 11 (1995), p. 50 v. en J. de Waal, I. Currie & G. Erasmus, *The Bill of Rights Handbook*, 4th ed., Kenwyn 2001.

⁹¹ Art. 39 lid 2 van de definitieve Grondwet bepaalt hetzelfde.

⁹² *Du Plessis and others v De Klerk and another*, [1996] 3 South African Law Reports (SA) 850.

⁹³ Letterlijk luidt art. 8 lid 3: ‘When applying a provision of the Bill of Rights to a natural or juristic person in terms of subsection (2), a court

(a) in order to give effect to a right in the Bill, must apply, or if necessary develop, the common law to the extent that legislation does not give effect to that right; and

(b) may develop the rules of the common law to limit the right, provided that the limitation is in accordance with section 36 (1).’

⁹⁴ *S. v Manamela*, [2000] 5 Butterworths Constitutional Law Reports (BCLR) 491, geciteerd door Henk Botha, *Grondwetlike beregtingstyle*, in: Jan Smits & Gerhard Lubbe (red.), *Remedies in Zuid-Afrika en Europa*:

8 lid 4 voegt hier nog aan toe dat 'a juristic person is entitled to the rights in the Bill of Rights to the extent required by the nature of the rights and the nature of that juristic person'. Dit alles wijst in de richting van een indirecte horizontale werking van grondrechten, ook in Zuid-Afrika. Bovenstaande bepalingen kunnen immers worden beschouwd als een oproep om grondrechten zoveel als mogelijk via de bestaande regels te verwezenlijken.

16. Interessant is in dit verband het debat dat, net zoals in Duitsland, in Zuid-Afrika heeft plaats gevonden over de verhouding tussen de 'nieuwe' grondrechten en het bestaande privaatrecht. Zowel rechters (die in Zuid-Afrika *concurring opinions* kunnen geven) als auteurs hebben zich bezorgd getoond over de teloorgang van het privaatrecht indien grondrechten horizontale werking verkrijgen. Deze zorg is vooral ingegeven door de vrees dat bestaande regels plaats zullen moeten maken voor een afweging aan de hand van grondrechten, waarmee de bestaande ervaring wordt weggegooid.⁹⁵ In dit opzicht bestaat een waar debat want door sommige juristen worden de grondrechten gezien als een privaatrechtelijke 'development tool' naar een rechtvaardiger samenleving,⁹⁶ door anderen als verderfelijke publiekrechtelijke invloed. Hieronder volgt een voorbeeld ten aanzien van het eigendomsrecht.

De invloed van de nieuwe Grondwet in Zuid-Afrika betreft tot op heden vooral het eigendomsrecht op grond.⁹⁷ Op dit vlak bestond dan ook vergaande apartheidswetgeving die tot doel had een diversificatie van regels, al naar gelang de huidskleur. Enerzijds gold het verder ontwikkelde 'gemene' Rooms-Hollandse recht voor blanken, die op grond daarvan alle rechten hadden die doorgaans met eigendomsrechten worden geassocieerd (met name het kunnen verwijderen van diegenen die zonder recht op het eigen land verblijven), anderzijds konden zwarten slechts aanspraak maken op rechten op grond voor zover gebaseerd op stamtradities of expliciet verschaft door de overheid (die gebieden aanwees waar zwarten konden verblijven). De aldus aan zwarten verschaften rechten waren van wezenlijk andere orde dan het 'blanke' eigendomsrecht. Zo werden de 'zwarte' rechten doorgaans niet door banken aanvaard als zekerheid voor geldleningen.⁹⁸ De wetten waarop deze scheiding van rechten op grond van ras waren gebaseerd, zijn in 1991 afgeschaft.⁹⁹ Zij hebben plaatsgemaakt voor nieuwe wetten die ten doel hebben om misstanden geleidelijk uit te bannen. In deel II zal ik een van deze wetten bespreken. Thans is aan de orde dat de nieuwe wetgeving moet worden geïnterpreteerd in het licht van art. 25 Grondwet. Dat is een uitgebreid artikel, dat in lid 1 als hoofdregel bepaalt dat 'no one may be deprived of property except in terms of law of general application, and no law may permit arbitrary deprivation of property'.

Hoezeer ook in Zuid-Afrika de angst bestaat dat grondrechten het gehele privaatrecht zullen 'overnemen', bleek al bij het opstellen van de zojuist genoemde eigendomsdefinitie. In (art. 28 van) de overgangsgrondwet was namelijk niet sprake van 'property' dat moest worden beschermd, maar van 'rights in property'. Dat leidde tot de vrees dat via de bescherming van 'eigendom' het gehele privaatrecht onder de werking van art. 28 kon worden gebracht.¹⁰⁰ 'Rights in property' zouden immers ook persoonlijke rechten kunnen betreffen. In de definitieve grondwet wordt daarom nog slechts van

bijdragen over privaatrecht en constitutioneel recht in Zuid-Afrika, Nederland en België, Antwerpen 2003, p. 190.

⁹⁵ Zie (kritisch) over dit argument van 'survival of private common law' Anton Fagan, Determining the Stakes: Binding and Non-Binding Bills of Rights, in: Friedmann & Barak-Erez (eds.), o.c., p. 90 v.

⁹⁶ Vgl. Hanri Mostert, Die invloed van die grondwetlike eiendomsklousule op die eiendoms konsep in die Suid-Afrikaanse reg, in: Smits & Lubbe (red.), o.c., p. 119.

⁹⁷ Zie, behalve de hier onder genoemde geschriften, vooral de vele artikelen van A.J. van der Walt, bijv. Tradition on Trial: a Critical Analysis of the Civil-Law Tradition in South African Property Law, SAJHR 1995, p. 175 v. en Exclusivity of Ownership, Security of Tenure, and Eviction Orders: A Model to Evaluate South African Land-Reform Legislation, Tydskrif vir die Suid-Afrikaanse Reg (TSAR) 2002, p. 254 v.; zie ook zijn The Constitutional Property Clause, Cape Town 1997 en het rechtsvergelijkende Constitutional Property Clauses, Cape Town 1999.

⁹⁸ Zie voor dit alles Mostert, o.c., p. 121 v. Vgl. p. 129: 'dat 'regte in eiendom' die Privaatreg in die geheel sou kon opslurp'.

⁹⁹ Wet op die Afskaffing van Rasgebaseerde Grondreëlings 108 van 1991. Alle recente Zuid-Afrikaanse wetten zijn te vinden via <<http://www.polity.org.za/pol/bill>>.

¹⁰⁰ Zie de weergave van de discussie bij Mostert, o.c., p. 127 v.

'property' gesproken, maar wat daaronder te verstaan blijft onduidelijk. Het enige dat zeker is, is dat het begrip niet beperkt is tot rechten op grond.¹⁰¹ Te verwachten valt dat de vraag zal worden uitgevochten in een strijd tussen de, algemeen als progressief beschouwde,¹⁰² Zuid-Afrikaanse constitutionele rechter enerzijds en de hoogste civiele rechter (Hoogste Hof van Appel) en lagere rechters anderzijds. De eerste tekenen hiervan zijn al zichtbaar. De *Constitutional Court* heeft namelijk in de zaak *First National Bank of South Africa v. Commissioner for the South African Revenue Service*¹⁰³ al geoordeeld dat het niet bereid is een numerus clausus van door art. 25 beschermde rechten te geven. Anderzijds heeft de Transvaalse rechter overwogen dat zelfs mineraalrechten niet vallen onder art. 25 Grondwet omdat alleen grond en andere stoffelijke zaken erdoor zouden worden beschermd.¹⁰⁴ Die uitspraak is bekritiseerd,¹⁰⁵ maar zij geeft goed aan hoezeer, zelfs in Zuid-Afrika, men beducht is voor een 'opslurpende' invloed van de grondrechten. Van der Walt wijst er overigens op dat die beduchtheid niet noodzakelijkerwijs voortkomt uit politieke overwegingen (weerstand tegen hervormingen), maar meer uit, wat hij noemt, 'zelftevredenheid' van juristen.¹⁰⁶

Een echo van de Duitse discussie is dus ook in Zuid-Afrika te horen. De tendens van constitutionalisering van privaatrecht leidt kennelijk in meer dan een rechtsstelsel tot de vrees dat het bestaande privaatrecht wordt opgeslokt door grondrechten. Het privaatrecht heeft in die concurrentieslag echter goede wapens. Het belangrijkste daarvan is de leer van de indirecte werking zelf, maar er zijn nog andere technieken om een al te grote invloed van grondrechten in horizontale verhoudingen te voorkomen. Ik verwijs naar no. 24.

Engeland: de Human Rights Act 1998

17. Ook in het Verenigd Koninkrijk is inmiddels een grote discussie op gang gekomen over de vraag naar horizontale werking van grondrechten.¹⁰⁷ Directe aanleiding hiervoor is de invoering van de Human Rights Act 1998 in Engeland en van de Scotland Act 1998 in Schotland. Ik beperk mij hier tot de situatie in Engeland. Zoals bekend is Engeland een van de Europese rechtsordes waar bepaalde 'mensenrechten' al zeer lang zijn gecodificeerd. Al in de Magna Charta van 1215 en in de Bill of Rights van 1689 worden aan burgers rechten toegekend tegenover de overheid. Ten opzichte van het EVRM heeft Engeland, vergeleken met de meeste continentale landen, echter altijd een bijzondere positie ingenomen: conform de daar heersende dualistische opvatting, was het EVRM geen deel van de nationale rechtsorde. De Engelse rechter was daarmee niet verplicht om de bepalingen van het EVRM toe te passen, zij het dat hij wel probeerde (en dat blijft zo onder de Human Rights Act) om bestaande bepalingen te interpreteren in overeenstemming met de verplichtingen die het Verenigd Koninkrijk onder het EVRM heeft, dat wil zeggen: handelen conform de daarin neergelegde mensenrechten. Maar waar dat onmogelijk was omdat de nationale wettekst duidelijk was, en deze in strijd bleek met het EVRM, ging de nationale wet voor.¹⁰⁸ Met andere woorden: de Engelse rechter diende eerst vast te stellen dat sprake was van een onduidelijke wetstekst alvorens toe te komen aan toepassing van het EVRM (dat dan als hulpmiddel bij de interpretatie kon worden gebruikt).¹⁰⁹

¹⁰¹ Aldus expliciet art. 25 lid 4 Grondwet.

¹⁰² Hoewel niet door iedereen: zie A. Cockrell, *Rainbow Jurisprudence*, SAJHR 1996, p. 1 v., die het hof beschuldigt van een 'regenboog'-attitude: de aanname dat diverse waarden in harmonie met elkaar kunnen zijn, hoewel dat in Zuid-Afrika onmogelijk is.

¹⁰³ [2002] 7 BCLR 702. Ook te vinden via <<http://www.concourt.gov.za>>.

¹⁰⁴ *Lebowa Mineral Trust Beneficiaries Forum v President of the Republic of South Africa*, [2002] 1 BCLR 23.

¹⁰⁵ Door onder meer Mostert, o.c., p. 130 en André Van der Walt, 'n nuwe, grondwetlike, ius commune?', in: Smits & Lubbe (red.), o.c., p. 181 v.

¹⁰⁶ Van der Walt, in: Smits & Lubbe (red.), o.c., p. 183.

¹⁰⁷ Zie onder meer Duncan Fairgrieve, *The Human Rights Act 1998, Damages and Tort Law*, PL 2001, p. 695 v.; Hunt, o.c., PL 1998, p. 423 v.; I. Leigh, *Horizontal Rights, the Human Rights Act and Privacy: Lessons from the Commonwealth*, *International and Comparative Law Quarterly* (ICLQ) 48 (1999), p. 57 v.; A. Lester & D. Pannick, *The Impact of the Human Rights Act on Private Law: the Knight's Move*, *Law Quarterly Review* (LQR) 116 (2000), p. 380 v. Het academisch debat is vooral begonnen met Andrew Clapham, *Human Rights in the Private Sphere*, Oxford 1993.

¹⁰⁸ Zie bijv. M. and H, [1988] 3 *Weekly Law Reports* (WLR) 485.

¹⁰⁹ Zie *R. v Secretary of State for the Home Department*, ex parte Brind, [1991] 1 *Appeal Cases* (AC) 696.

Met de Human Rights Act 1998 (HRA)¹¹⁰ is het EVRM deel geworden van de Engelse nationale rechtsorde. Dat betekent dat, anders dan vroeger, de Engelse burger nu direct kan klagen bij de Engelse rechter over een schending van de in het EVRM neergelegde rechten. Dit wordt goed weergegeven door de titel van de *White Paper* die de regering deed uitgaan ter voorbereiding van de implementatie: 'Rights Brought Home'.¹¹¹ Section 6 van de HRA verbiedt de Engelse rechter nu om in strijd met het EVRM te handelen,¹¹² maar clauseleert dat verbod door daarop te laten volgen dat indien de rechter op grond van 'primary legislation' niet anders kan, het verbod niet geldt. Het enige wat de (hogere) rechter dan kan doen, is een 'declaration of incompatibility' geven. Die heeft echter – geheel in lijn met de doctrine van *Sovereignty of Parliament* – geen enkel effect op de gelding van de wet of voor partijen.¹¹³ Bovendien bestaat volgens Section 3 HRA de plicht om 'so far as it is possible' wetgeving te interpreteren in overeenstemming met het EVRM (een taak die de Engelse rechter dus al eerder aan zich getrokken had).¹¹⁴ Vraag is wat deze, op zichzelf niet zeer duidelijke regels (Loveland spreekt van 'clumsy drafting'¹¹⁵), betekenen voor de werking van grondrechten tussen burgers onderling. In elk geval ontbreekt een expliciete regel over horizontale werking in de HRA.¹¹⁶

De heersende opvatting lijkt te zijn dat de HRA geen directe horizontale werking van grondrechten beoogt, maar dat – net zoals in Duitsland en Nederland – grondrechten in Engeland indirect kunnen werken als dat nodig is:¹¹⁷ het EVRM speelt aldus een rol bij het verder ontwikkelen en interpreteren van de common law. In de Engelse literatuur bestaan echter ook extreme standpunten. Zo wordt wel gepleit ten gunste van directe derdenwerking.¹¹⁸ Ook is denkbaar om te stellen dat, nu het bij de HRA gaat om een implementatie van het EVRM, in het geheel geen derdenwerking bestaat.¹¹⁹ Het EVRM werkt immers in beginsel slechts tussen overheid en burger, tenzij een positieve verplichting van de staat wordt aangenomen. Maar omdat art. 6 HRA stelt dat ook de rechter als onderdeel van de Staat de EVRM-rechten moet handhaven, kan ook worden bepleit dat *via de rechter* de grondrechten dan alsnog horizontaal werken. Wat daarvan zij, de academische discussie op dit punt is in Engeland nog niet ten einde en uitspraken van de hoogste rechters ontbreken nog.

Net als in Duitsland en Zuid-Afrika heeft zich ook in Engeland een debat ontsponnen over de vraag of de bestaande common law door de invloed van het EVRM opzij wordt gezet of moet worden gezet. De vrees daarvoor is in elk geval geuit door de Lord Chancellor, die ten aanzien van het recht op privacy opmerkte dat het onjuist is om te beweren dat als gevolg van de HRA de rechters verplicht zouden zijn om daarover nieuwe regels overeenkomstig het EVRM op te stellen. Hij stelt: 'If it were so, whenever a law cannot be found either in the statute book or as a rule of common law to protect a convention right, the courts would in effect be obliged to legislate by way of judicial decision and make one'.¹²⁰

I.C Standpuntbepaling; keuze voor de indirecte werking van grondrechten

Algemeen

18. In de hierboven besproken landen is de indirecte werking van grondrechten in private verhoudingen de heersende opvatting. Ook ik kies voor deze methode, zij het dat ik voor zover het

¹¹⁰ Die volledig in werking is sinds 2000. De wet is te vinden via <<http://www.hms.o.gov.uk>>.

¹¹¹ 1997 Cm 3782, ook te vinden via <<http://www.archive.official-documents.co.uk>>.

¹¹² Sec. 6 (1) luidt: 'It is unlawful for a public authority to act in a way which is incompatible with a Convention right'.

¹¹³ Sec. 4 (6) HRA.

¹¹⁴ Sec. 3 (1) luidt: 'So far as it is possible to do so, primary legislation and subordinate legislation must be read and given effect in a way which is compatible with the Convention rights'.

¹¹⁵ Ian Loveland, The horizontal direct effect of the Human Rights Act, *New Law Journal* (NLJ) 2000, p. 1595.

¹¹⁶ Zie ook G. Phillipson, The Human Rights Act, Horizontal Effect and the Common law: a Bang or a Whimper?, *MLR* 62 (1999), p. 824 v.

¹¹⁷ Aldus bijv. Hugh Beale & Nicola Pittam, The Impact of the Human Rights Act 1998 on English Tort and Contract Law, in: Friedmann & Barak-Erez (eds.), o.c., p. 137.

¹¹⁸ Aldus William Wade, Horizons of Horizontality, *LQR* 116 (2000), p. 217 v., Hunt, o.c., p. 423 v. en Deryck Beyleveld & Shaun D. Pattinson, Horizontal Applicability and Horizontal Effect, *LQR* 118 (2002), p. 623 v.

¹¹⁹ Aldus Richard Buxton, The Human Rights Act and Private Law, *LQR* 116 (2000), p. 48 v.

¹²⁰ HL Debs., 24 Nov. 1997, vol. 583, col. 784, geciteerd door Beale & Pittam, o.c., p. 137.

gaat om het toepassing geven aan grondrechten door de rechter geen verschil zie met het 'judiciary model'. Waar de indirecte werking aangeeft langs welke weg grondrechten invloed hebben in private verhoudingen, geeft het 'judiciary model' aan wat de grondslag daarvoor is: de rechter is als orgaan van de Staat verplicht om waar nodig toepassing te geven aan grondrechten.¹²¹ Ik heb er echter al op gewezen (*boven*, no. 11) dat het grote manco van deze opvatting is dat daarmee *niets* wordt gezegd over de vraag wanneer grondrechten precies moeten doorwerken. Over de *intensiteit* zwijgt zij. In het 'judiciary model' moet die vraag zelfs principieel door de rechter worden beantwoord, hoewel men op zijn vingers kan natellen dat die vraag niet zelden de rechtsvormende taak van de rechter te buiten zal gaan. Toch volgt het antwoord op de vraag met welke intensiteit burgers aan grondrechten zijn gebonden mijns inziens uit de leer van de indirecte werking zelf.

Ik heb eerder in het betoog (no. 7) al enkele argumenten ten gunste van indirecte werking genoemd. Thans werk ik dat uit. Mijn pleidooi voor erkenning van de indirecte werking als het juiste model valt uiteen in vijf argumenten.

Argument 1: de burger is principieel geen adressaat van grondrechten

19. Mijn eerste argument ten faveure van indirecte horizontale werking is dat het principieel onjuist is om de burger als geadresseerde van grondrechten te zien. Enige andere opvatting komt in strijd met de autonomie van de private persoon die, ondanks de vermaatschappelijking van het privaatrecht, in beginsel nog altijd bestaat. Dit kan worden toegelicht door te bezien wat historisch beschouwd de functie van grondrechten eigenlijk is.

De functie van grondrechten is nauw verbonden met de scheiding van publiek- en privaatrecht, zoals deze zich in de afgelopen tweehonderd jaar heeft ontwikkeld. Voor de scherpe scheiding van publiekrecht en privaatrecht, waarvoor in het Romeinse recht slechts aanzetten bestonden,¹²² vindt men de oorsprong bij onder meer Montesquieu, die onderscheidde tussen een private sfeer, beheerst door de *lois civiles*, en een publieke sfeer die wordt geregeerd door *lois politiques*.¹²³ De subjecten in de private sfeer (de burgers) hebben andere belangen dan de Staat. Juist door beide van elkaar te scheiden ontstond een voor de burgers vrije sfeer, geregeerd door andere regels dan de regels die voor de Staat gelden. Consequentie daarvan is dat burgers niet het publieke belang behoeven na te streven: zij zijn autonoom en mogen eigen keuzes maken omtrent wat hen goeddunkt. Het privaatrecht omvat de regels die dit mogelijk maken. Anderzijds is er een publieke sfeer waarbinnen burgers door de Staat kunnen worden gedwongen, ook tot het respecteren van hen onwettige beslissingen. Dat is gerechtvaardigd omdat deze beslissingen democratisch zijn gelegitimeerd.

In deze traditionele visie hebben grondrechten de functie van het bewaken van de *grens* van de publieke inmenging. Niet steeds als het publieke belang dat eist, is er namelijk de mogelijkheid om burgers te dwingen. Het zijn de grondrechten die de burgers deze vrije sfeer bieden. Met name Locke heeft deze gedachte van grondrechten als 'onvervreemdbare' (d.w.z. niet aan de overheid te vervreemden) rechten theoretisch nader uitgewerkt. Praktisch had zij groot succes omdat zij zowel ten grondslag ligt aan de Amerikaanse *Declaration of Independence* (1776) als aan de Franse *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* van 1789. De eerste toepassing door een rechter was er in 1803, toen het Amerikaanse Hoogerechtshof in de beroemde zaak *Marbury v. Madison* een wet toetste aan de in de Amerikaanse grondwet neergelegde grondrechten.¹²⁴

Wat levert dit nu op over het karakter van grondrechten? Als ik het goed zie, is de reden waarom de burger jegens de Staat grondrechten kan afdwingen, ideologisch ingebed in enerzijds de gedachte van 'onvervreemdbare' en natuurlijke rechten, anderzijds in het feit dat het door de burgers na democratische besluitvorming in handen van de Staat is gelegd om die rechten te handhaven. Vandaar ook dat zodra de Staat dat niet langer doet, deze mag worden vervangen door een andere, een gedachte van Locke, ook neergelegd in de Amerikaanse onafhankelijkheidsverklaring. De burger mag

¹²¹ Zie *boven*, no. 10.

¹²² Vgl. D 1.1.1.2.

¹²³ De *l'esprit des lois* (1748), vooral Livre XXVI, Chapitre XV en XVI (ik gebruikte de GF Flammarion-editie, Paris 1979: deel II, p. 193 v.).

¹²⁴ Vgl. J.M. Kelly, *A short history of Western legal thought*, Oxford 1992, p. 265 v.

dan legaal verzet plegen.¹²⁵ Dit bepaalt het karakter van grondrechten in hoge mate: afdwingen van grondrechten jegens mede-burgers kan nooit zijn rechtvaardiging vinden in dezelfde reden waarom grondrechten jegens de overheid gelden, namelijk het bedwingen van de overheidsmacht. De Duitsers spreken treffend van *Eingriffsverbote* en *Abwehrrechte*.

Dit betekent mijns inziens dat private partijen nimmer direct door grondrechten kunnen worden gebonden.¹²⁶ Hoogstens – en dat is de kern van de indirecte werking – worden zij gebonden door het gedachtegoed (de ‘waarden’) die aan dat grondrecht ten grondslag liggen en die daarom ook deel uitmaken van de private rechtsorde. Het argument dat machtige partijen, zoals multinationals, evenzeer als de overheid aan grondrechten zijn gebonden om de reden ‘dat die partijen nu eenmaal machtig zijn,’ gaat niet op. Wél kan het zo zijn dat de waarde achter een grondrecht in versterkte mate geldt indien een machtige partij tegenover een zwakkere partij staat.¹²⁷

20. De hier verdedigde opvatting heeft ook consequenties voor het antwoord op de bekende vraag waarin een grondrecht precies verschilt van een ‘gewoon’ recht. Als ik het goed zie, worden daarvoor meestal drie redenen aangevoerd.¹²⁸ De eerste is dat een grondrecht nauw is verbonden met de menselijke waardigheid en daarom van een hogere morele orde dan een gewoon subjectief recht ‘van alledag’. Ze zijn inherent aan het menszijn en daarom ‘hoger recht’. Daaruit vloeit een tweede kenmerk voort, namelijk dat mensenrechten altijd handhaafbaar (afdwingbaar) en onvervreemdbaar zijn. Een gewoon recht kan door de overheid bij wet worden beperkt, een mensenrecht in beginsel niet. Een derde kenmerk is dat grondrechten typisch rechten zijn in de verhouding overheid-burger. Daarvoor zijn ze ontwikkeld en daarbinnen hebben ze traditioneel hun werking.¹²⁹ Het komt mij voor dat deze trits bij uitstek geldt voor grondrechten in de verhouding overheid-burger, maar níet in de verhouding tussen burgers onderling.

In die verhouding is namelijk zelfs het bestaan van afdwingbaarheid van het grondrecht twijfelachtig. Of de bescherming van een grondrecht daar een subjectief recht oplevert, hangt er namelijk maar van af. Traditioneel worden subjectieve rechten onderverdeeld in persoonlijkheidsrechten en vermogensrechten (eigendom, zakelijke rechten en persoonlijke rechten). Maar dat is slechts theorie. Of *aanspraak* kan worden gemaakt op het subjectieve recht hangt vaak af van een nadere belangenafweging.¹³⁰ Zeker bij het persoonlijkheidsrecht, dat bijvoorbeeld in geval van botsing met een ander grondrecht nog moet uitgroeien tot een privaatrechtelijk beschermd recht. Of A aanspraak kan maken op zijn recht op privacy, hangt af van de vraag of B’s vrijheid van meningsuiting niet voorgaat. Privatisten spreken in dit verband van de onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk: de enkele inbreuk op het recht zal alleen voldoende zijn voor het oordeel dat onrechtmatigheid bestaat indien een gerechtvaardigd hoger belang bij de inbreukmaker ontbreekt.¹³¹ Bij botsende grondrechten is dat nog geheel de vraag. Grondrechten in private verhoudingen hebben met andere woorden niets bijzonders: zij zijn rechten zoals alle andere.

Argument 2: de vraag naar de rechtstreekse werking van verdragsrecht is minder relevant

¹²⁵ Two Treatises of Government (1690), vooral Book II, Chapter II (ik gebruikte de uitgave door P. Laslett, rev. ed., New York 1965) en Declaration of Independence: ‘that, whenever any form of government becomes destructive of these ends, it is the right of the people to alter or abolish it’.

¹²⁶ Evenmin kunnen overheden in Nederland en Duitsland aanspraak maken op de bescherming van de grondrechten. Zie voor Nederland EK 1993-1994, 22 014, nr. 48a, p. 6: de overheid is geen ‘drager van grondrechten’ en HR 6 februari 1987, NJ 1988, 926 (Aral). Dat de overheid zich jegens burgers kan beroepen op de vrijheid van meningsuiting (HR 22 januari 1993, AB 1993, 198), is dan ook fel bekritiseerd.

¹²⁷ Zie ook J. Theunis, Het gelijkheidsbeginsel, in: A. Alen e.a., De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht, Gent 1997, p. 178 en de daar genoemde Belgische literatuur.

¹²⁸ Zie bijv. P.B. Cliteur, De filosofie van mensenrechten, 2^{de} dr., Nijmegen 1999, p. 13 v. en Theo R.G. van Banning, The Human Right to Property, Antwerpen 2002, p. 168.

¹²⁹ Vaak wordt hier nog aan toegevoegd dat grondrechten ook *universeel* zijn, d.w.z. overal (moeten) gelden. Dat kan echter zowel op normatief als feitelijk niveau worden betwist. Vgl. Cliteur, o.c., p. 43 v.

¹³⁰ Zie ook C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag 2000, no. 833: ‘Wat met de ene hand is gegeven (het subjectieve recht), wordt immers niet zelden met de andere hand via de zorgvuldigheidstoetsing weer teruggenomen’.

¹³¹ Zie Van Dam, o.c., no. 836.

21. Bij aanvaarding van de indirecte werking van grondrechten is de vraag of een verdragsbepaling waarin een mensenrecht is neergelegd al dan niet rechtstreeks werkt, in private verhoudingen van minder belang. Omdat de rechter namelijk enkel verplicht is om de *waarden* die zijn neergelegd in het grondrecht in acht te nemen, is de formele vraag naar rechtstreekse werking vaak irrelevant. Dit kan voor het Nederlandse recht aldus worden toegelicht.

Zoals bekend bepaalt art. 93 Grondwet dat bepalingen van bekendgemaakte verdragen die 'naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden', rechtstreeks deel zijn van de nationale rechtsorde. De burger kan zich dan op die bepalingen beroepen voor de nationale rechter.¹³² In de verhouding overheid-burger leidt dat tot de vraag of is voldaan aan deze rechtstreekse werking, waarbij de criteria dat de bepaling gericht moet zijn tot de individuele burger of geen implementatie meer behoeft, de rechter niet steeds evenveel houvast bieden (ten aanzien van het EVRM wordt overigens aangenomen dat zijn bepalingen rechtstreeks werken).¹³³ Indien nu een indirecte werking van grondrechten wordt aanvaard, is dit alles betrekkelijk irrelevant: de rechter zal ook niet rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen als uiting van 'waarden' mogen beschouwen. In de praktijk geschiedt dit ook. Zo heeft de Hoge Raad aangenomen dat art. 7 IVESCR 1966 (Internationaal Verdrag inzake economische, sociale en culturele rechten), dat een recht op gelijke beloning voor werk van gelijke waarde erkent, niet rechtstreeks werkt, maar wel een in de Nederlandse rechtsorde na te streven doelstelling vormt.¹³⁴ In het Valkenhorst-arrest¹³⁵ werd zelfs een bepaling van het toen door Nederland nog niet geratificeerde Verdrag inzake de Rechten van het Kind 1989 aangehaald.

Toegegeven moet worden dat zodra het aankomt op de *toetsing* van Nederlands recht aan verdragenrecht, het bovenstaande niet opgaat. Toetsing is immers alleen mogelijk aan rechtstreeks werkende bepalingen van verdragen (art. 94 Grondwet). Dit is te meer van belang nu het Nederlandse recht de toetsing van formele wetten aan de Grondwet nog altijd verbiedt (art. 120 Grondwet) en het dus voor de toetsing des te meer aankomt op de vraag of een bepaling rechtstreeks werkt. Overigens wijs ik er op dat het toetsingsverbod nog altijd omstreden is. Al bij de totstandkoming van de Grondwet 1983 had de Staatscommissie Cals-Donner een beperkt toetsingsrecht (aan de klassieke grondrechten) voorgesteld,¹³⁶ doch dit werd verworpen door regering en parlement. Sinds 1983 zijn voortdurend pleidooien gehouden voor invoering van een toetsingsrecht, recent nog in een initiatief-wetsvoorstel Halsema, waarin wordt voorgesteld om aan art. 120 Grondwet een tweede lid toe te voegen waarin wordt neergelegd dat wetten die in strijd zijn met de klassieke grondrechten buiten toepassing blijven.¹³⁷ Wat er ook moge komen van dit voorstel, voornamelijk ontbeert Nederland als een van de weinige landen in Europa¹³⁸ de constitutionele toetsing.

Argument 3: het onderscheid tussen klassieke en sociale grondrechten is minder relevant

22. Een van de problemen die rijzen bij de toepassing van grondrechten in de verhouding overheid-burger, is in hoeverre de burger van de overheid ook de sociale grondrechten kan afdwingen. Deze grondrechten leggen een plicht op de overheid tot handelen op een aantal terreinen die bijdragen aan een menswaardig bestaan,¹³⁹ zoals de werkgelegenheid, de bestaanszekerheid en de bescherming van het milieu. Volgens de wetgever is niet uitgesloten (zij het alleen in een 'zeer uitzonderlijk geval') dat een besluit van een lagere overheid als in strijd met een sociaal grondrecht door de rechter onverbindend wordt verklaard.¹⁴⁰ De kans dat dit gebeurt is niet groot: sociale grondrechten zijn in de verhouding overheid-burger moeilijk te hanteren.

¹³² Vgl. Van der Pot/Donner, o.c., p. 238 v.

¹³³ Zie over de grenzen van art. 93 Grondwet recent C.B. Schutte, De stille kracht van de Nederlandse Grondwet, RMTh. 2003, p. 26 v.

¹³⁴ HR 7 mei 1993, NJ 1995, 259 (Mathilda/Schoolbestuur).

¹³⁵ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst).

¹³⁶ Vgl. het Eindrapport van die commissie, 's-Gravenhage 1971. Algemeen Kortmann, o.c., p. 86.

¹³⁷ TK 2001-2002, 28 331, nr. 2. Het voorstel is in een advies van de Hoge Raad positief bejegend: zie TK 2001-2002, 28 331, nr. 5. Zie ook TK 2001-2002, 28 355.

¹³⁸ Met het Verenigd Koninkrijk en Luxemburg. In de andere landen bestaat een constitutionele rechter of toetst de gewone rechter aan de grondwet.

¹³⁹ Aldus Th. Bellekom e.a., Koopmans' Compendium van het staatsrecht, 8^{ste} dr., Deventer 1998, no. 150.

¹⁴⁰ Bellekom e.a., o.c., no. 150.

In particuliere verhoudingen is de vraag of een grondrecht een aanspraak op de overheid verschafft, van veel minder belang. Juist de sociale grondrechten kunnen worden beschouwd als uiting van waarden die in een bepaald rechtsstelsel als essentieel worden beschouwd. Aanvaarding van de leer der indirecte werking van grondrechten maakt mogelijk dat met die waarden rekening wordt gehouden. De Nederlandse rechtspraak biedt hiervan diverse voorbeelden. Zo is het recht op bescherming van het leefmilieu (art. 21 Grondwet) als factor bij de privaatrechtelijke belangenafweging door de rechter al diverse malen meegewogen.¹⁴¹

Het is mogelijk om dit argument nog verder uit te bouwen door te stellen dat bij indirecte werking van grondrechten zelfs irrelevant is of een recht überhaupt een grondrecht is. Omdat grondrechten dan immers slechts nader te wegen waarden weergeven, hebben zij eenzelfde status als beginselen die het recht ook tracht te verwezenlijken. Ik denk aan contractsvrijheid (zie ook *onder*, no. 28), menselijke waardigheid, autonomie, etc.¹⁴² In rechtsvergelijkend perspectief is deze zienswijze ook zinvol omdat een recht in het ene land soms wel als grondrecht is gekwalificeerd en in het andere niet. Zo erkent de Duitse *Grundgesetz* expliciet het persoonlijkheidsrecht en de Nederlandse Grondwet niet. Overigens blijft de vraag of een recht een grondrecht is in veel landen uiteraard wél relevant voor de rechtsmacht van de constitutionele rechter.¹⁴³

Argument 4: het privaatrecht wordt niet opgeslokt door grondrechten

23. Ik heb eerder¹⁴⁴ gewezen op de vrees die in Duitsland, Engeland en Zuid-Afrika bestaat voor een ‘opslurping’ van het privaatrecht door grondrechten. In die concurrentieslag is de leer van de indirecte doorwerking een goed wapen. Hij vertaalt de grondrechten immers naar een privaatrechtelijke belangenafweging, waarbij de wederzijdse belangen eventueel in het licht van de grondrechten worden geïnterpreteerd, maar waarbij de grondrechten *niet* de plaats van het privaatrecht innemen. Dat zou namelijk contraproductief zijn omdat de bestaande ervaring wordt weggegooid. Wat voor zin heeft het om bijvoorbeeld de bestaande privaatrechtelijke regels over bescherming van eigendom te vervangen door nieuwe regels die zijn gebaseerd op de grondwettelijke eigendomsbescherming of op art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM? In mijn visie *zijn* de bestaande privaatrechtelijke regels al een uiting van dat grondrecht en is het maximaal haalbare dat die regels worden geïnterpreteerd in het licht van dat grondrecht.

In dit verband stel ik de lezer een gedachte-experiment voor. Zoals rechtseconomen in gevallen waarin er feitelijk geen markt is (zoals bij adoptie¹⁴⁵) die markt nabootsen (‘mimick the market’), wil ik de lezer vragen om een privaatrechtelijke casus te bedenken waarin met gebruikmaking van argumenten ontleend aan grondrechten, noodzakelijkerwijs tot een ander resultaat zou worden gekomen dan zonder die argumenten (‘mimick human rights’). Ik geloof niet dat een dergelijke casus bestaat. Dit betekent dat door gebruik te maken van grondrechten niets extra’s wordt geboden. Het resultaat dat men wenst, kan steeds ook langs privaatrechtelijke weg worden bereikt. 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.

Interpretatie van bestaand recht in het licht van de Grondwet, waartoe de leer van de indirecte werking dus expliciet uitnodigt, is overigens in rechtsvergelijkend opzicht een algemeen erkende strategie: waar dat mogelijk is, dienen grondrechten niet het bestaande recht opzij te zetten, maar moet

¹⁴¹ Aldus bijv. in HR 18 december 1992, NJ 1994, 139 (Kuunders/Natuur en Milieu) en HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 (Varkenswet). Ook in EHRM 9 december 1994, Serie A-Vol. 303, NJ 1996, 506 (López Ostra) werd het milieubelang meegewogen, zij het dat daar ook concrete *hinder* bestond.

¹⁴² Gerards, o.c., p. 539 bekritiseert deze praktijk. Onduidelijk blijft voor haar in veel gevallen of zelfs wel door de rechter een grondrecht is toegepast. Duidelijk moge zijn dat dit past bij de leer van de indirecte werking. Iets anders is dat in de rechtspraak van de Hoge Raad zelden inzicht wordt gegeven in de wijze van toetsing aan grondrechten; Gerards spreekt van een ‘zeer summiere en vaak ondoorzichtige motivering’ en van een vaak ‘kort en tamelijk cryptisch oordeel’. Die kritiek is terecht.

¹⁴³ Zie voor de verhouding tussen sociale grondrechten en privaatrecht ook Martijn W. Hesselink, *The Horizontal Effect of Social Rights in European Contract Law*, in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, p. 119 v.

¹⁴⁴ *Boven*, no. 14, 16 en 17.

¹⁴⁵ Richard Posner, *Sex and Reason*, Cambridge Mass. 1992, p. 409 v.

het bestaande recht in het licht van de Grondwet worden uitgelegd. Ik wees al op art. 39 lid 2 van de Zuid-Afrikaanse Grondwet, dat verplicht om het bestaande recht in overeenstemming met ‘the spirit, purport and objects’ van de grondrechtencatalogus te interpreteren. Duitsland kent met de *Verfassungskonforme Auslegung* eenzelfde aanpak. Waar de constitutionele interpretatie van bestaand recht tot een ander resultaat leidt dan een andere interpretatiemethode, gaat daar de grondwettelijke methode overigens voor. Bij strijd tussen wet en Grondwet zal ook zoveel mogelijk de bestaande regel in overeenstemming met de Grondwet moeten worden gebracht, zij het dat aan de wet geen betekenis mag worden toegekend die deze zeker niet heeft.¹⁴⁶

24. Intussen bestaat, naast de indirecte werking, nog een ander mechanisme dat de angst voor een alles overheersende grondrechtenbenadering weg kan nemen. De grens tussen privaatrecht en constitutioneel recht wordt namelijk ook bepaald door het beginsel van de subsidiariteit bij toetsing aan de Grondwet. Subsidiariteit kan in dit verband twee dingen inhouden. Du Plessis spreekt van ‘forumcentrische’ en ‘geschilpuntcentrische’ subsidiariteit.¹⁴⁷ Het eerste, traditionele, subsidiariteitsbeginsel handelt over *welke rechter* bij uitstek geschikt is om een geschil te beslissen. In Duitsland geldt dat het Bundesverfassungsgericht geen zaken aan zich trekt die net zo goed of beter door een andere rechter kunnen worden berecht. In Zuid-Afrika is door de constitutionele rechter uitgemaakt dat het Hoogste Hof van Appel¹⁴⁸ bij uitstek de rechter is die het gemene (privaat)recht moet ontwikkelen, zij het in het licht van de Grondwet (art. 39 lid 2; zie *boven*, no. 23).

Daarnaast is een ‘geschilpuntcentrische’ subsidiariteit mogelijk. De Zuid-Afrikaanse constitutionele rechter heeft ook deze aanvaard in de zaak *S v. Mhlungu*.¹⁴⁹ Zij houdt in dat waar het mogelijk is om een zaak te beslissen zonder een vraag van constitutionaliteit aan te roeren, dat ook moet geschieden. Dus indien het mogelijk is om via het bestaande privaatrecht, strafrecht, etc. de zaak op te lossen, dient de Grondwet buiten beschouwing te blijven. In *S. v. Mhlungu* zei rechter Kentridge:¹⁵⁰ ‘I would lay it down as a general principle that where it is possible to decide any case, civil or criminal, without reaching a constitutional issue, that is the course which should be followed’.

Toch betwijfel ik of deze laatste vorm van subsidiariteit veel om het lijf heeft. Ik acht haar zelfs problematisch in het licht van de indirecte werking van grondrechten. Indien het privaatrecht al deels een uiting is van toepassing van grondrechten (wat ik aanneem: zie *boven*), hoe kan men bij het toepassen van dat privaatrecht die grondrechten dan buiten beschouwing laten? In de Zuid-Afrikaanse praktijk blijkt bovendien dat het constitutionele hof zich niet laat beteugelen door deze vorm van subsidiariteit: waar het dat nodig acht, zal het de Grondwet toch toepassen.¹⁵¹

De geschilpuntcentrische subsidiariteit lijkt ook door het Bundesverfassungsgericht aanvaard.¹⁵² Het is vaste rechtspraak dat het constitutioneel hof niet de afweging door het Bundesgerichtshof overdoet. Het is in de visie van het Bundesverfassungsgericht ook altijd mogelijk dat accenten anders worden gelegd door de civiele rechter dan het hof dat zou doen:¹⁵³

‘Die Schwelle eines Verfassungsverstosses, den das BVerfG zu korrigieren hat, ist erst erreicht, wenn die angegriffene Entscheidung Auslegungsfehler erkennen lässt, die auf einer grundsätzlich unrichtigen Auffassung von der Bedeutung eines Grundrechts (...) beruhen (...).

¹⁴⁶ Zie voor deze regels Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, o.c., Einl., RdNr. 52 v. (Sachs).

¹⁴⁷ Lourens du Plessis, Die impak van die Grondwet as ‘hoogste reg’ op bestaande reg, in: Smits & Lubbe (red.), o.c., p. 203 v.

¹⁴⁸ Zie Du Plessis, o.c., p. 204.

¹⁴⁹ [1995] 7 BCLR 793.

¹⁵⁰ Geciteerd door Du Plessis, o.c., p. 204.

¹⁵¹ Vgl. de uitspraken, geciteerd bij Du Plessis, o.c., p. 206.

¹⁵² Alsmede door andere constitutionele rechters. Zie voor het Belgisch Arbitragehof (dat overigens alleen over de grondwettigheid van wetten en niet over rechterlijke uitspraken mag oordelen) bijv. Frank Meersschant, De rechtspraak van het Arbitragehof ten behoeve van de private rechtspraak 1992-1997, TPR 35 (1998), p. 867 v., no. 125.

¹⁵³ BVerfGE 18, 85; NJW 1964, 1713 (Verfassungsrecht), herhaald in bijv. de Bürgschaft-uitspraak, NJW 1994, 36 (zie daarover *onder*, no. 45).

Ondanks deze geruststellende woorden van de hoogste Duitse rechter, blijft de angst bij vakspecialisten op het terrein van burgerlijk recht en strafrecht aanwezig dat het Bundesverfassungsgericht tot een *Superrevisionsgericht* verwordt.¹⁵⁴

Argument 5: de intensiteit van de doorwerking: een pragmatische belangenafweging of meer?

25. Het laatste argument ten faveure van de indirecte doorwerking is dat, door het grondrecht in te bedden in een privaatrechtelijke belangenafweging, de mate waarin doorwerking vereist is het beste kan worden bepaald. Met andere woorden: de intensiteit van de doorwerking wordt dan ingegeven door de weging van de betrokken belangen en niet door de grondwettelijke beperkingsclausules of andere criteria die zijn geschreven voor de verhouding overheid-burger. Daarmee is niet gezegd dat het bepalen van de mate van intensiteit gemakkelijk is. Integendeel: het is in praktisch opzicht de hamvraag voor wie schrijft over de constitutionalisering van het privaatrecht. In no. 11 heb ik aangegeven dat het onmogelijk is die vraag te beantwoorden zonder aandacht voor de gewenste mate van scheiding van publieke en private sfeer, voor de vraag wat voor maatschappij wij eigenlijk wensen en voor de rechtsvormende taak van wetgever en rechter. Ik licht dit toe aan de hand van enkele voorbeelden uit de Nederlandse rechtspraak.

In no. 13 is het arrest inzake de Edamse bijstandsmoeder¹⁵⁵ besproken. Het bespioneren van de buurvrouw (en de daaruit voortvloeiende schending van art. 8 EVRM) leverde in casu geen onrechtmatige daad op nu (kortweg) de overheid volgens de Hoge Raad belang heeft bij het verkrijgen van informatie en tips van burgers. Kennelijk werkte art. 8 hier niet door omdat het belang van de overheid zwaarder woog. Het arrest was daarmee een variatie op een thema. In een eerder arrest had de Hoge Raad een uitgebreide catalogus van factoren opgesteld om het grondrecht op privacy af te wegen tegen het grondrecht op vrijheid van meningsuiting en het publieke belang dat omtrent misstanden in de pers wordt gerapporteerd.¹⁵⁶ Wat moest prevaleren, hing volgens de Hoge Raad af van ‘de in onderling verband te beschouwen omstandigheden’. In de bekende Mensendieck-uitspraken¹⁵⁷ was de vraag of de vrijheid van onderwijs zwaarder moest wegen dan de contractuele afspraak dat iemand nooit meer Mensendieck-oefeningen mocht geven als hij het vereiste diploma niet zou halen. De Hoge Raad beoordeelde dat aan de hand van de openbare orde en goede zeden: voor de vraag of het beding daarmee in strijd is, ‘moet mede worden gelet op het belang hetwelk de overeenkomst beoogt te dienen, alsmede op de vraag of dat belang zo gewichtig is dat het een beperking van de (...) vrijheid tot het geven van onderwijs in een mate als waarvan hier sprake is rechtvaardigt’. Ook in Maimonides,¹⁵⁸ waarin een particuliere school een leerling weigerde omdat deze volgens de Joodse wetten niet Joods was, werd afgewogen tussen de vrijheid van richting (art. 23 Grondwet) en de vrijheid van de ouders om voor hun kind de school te kiezen die zij wensen. De vrijheid van richting ging ‘in beginsel’, behoudens bijzondere omstandigheden, voor. Wat deze uitspraken gemeen hebben, is dat de Hoge Raad principieel weigert om enige rangorde aan te brengen tussen de grondrechten (of de daarin belichaamde waarden): alles komt aan op een afweging in het geval zelf. In de ons omringende landen is dit niet anders. De wijze waarop de Duitse rechter bepaalt of grondrechten door dienen te werken,¹⁵⁹ is exact gelijk aan die van de Nederlandse Hoge Raad. Ik verwijfs naar de in no. 14 aangehaalde Lüth-zaak en naar de in deel II nog te noemen uitspraken.

Positief aan dit soort privaatrechtelijke belangenafwegingen (die overigens in de meerderheid der gevallen plaatsvinden in het kader van art. 6:162 BW) is hun flexibiliteit: hoewel de Hoge Raad zelfs dat niet steeds expliciet zegt, wordt de rangorde tussen de te wegen waarden bepaald door factoren als de aard van het door het grondrecht beschermde rechtsgoed (lichamelijke integriteit gaat bijvoorbeeld in beginsel boven privacy, privacy weer boven een economisch belang) en de ernst van de inbreuk. Duidelijk is dat de Hoge Raad (en hetzelfde geldt voor het Bundesverfassungsgericht) het

¹⁵⁴ Zie bijv. Canaris, o.c., p. 27 v.

¹⁵⁵ HR 9 januari 1987, NJ 1987, 928 (Edamse bijstandsmoeder).

¹⁵⁶ HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (Gemeenteraadslid).

¹⁵⁷ HR 31 oktober 1969, NJ 1970, 57 en HR 18 juni 1971, NJ 1971, 407 (Mensendieck I en II).

¹⁵⁸ HR 22 januari 1988, NJ 1988, 891 (Maimonides).

¹⁵⁹ Zie ook Canaris, o.c., p. 78 v.

proportionaliteitsbeginsel¹⁶⁰ toepast: het grondrecht dat in casu het minst zwaar weegt, heeft te wijken voor het belangrijker grondrecht.

Negatief is echter dat in deze uitspraken meestal wordt geredeneerd alsof de belangenafweging (het bepalen van de rangorde tussen de botsende waarden) ‘logischerwijs’ tot het enige juiste resultaat leidt. Dit is uiteraard niet het geval. Wat mij betreft had in alle bovenstaande uitspraken de belangenafweging evengoed anders kunnen uitvallen. Kennelijk achtte de Hoge Raad het *publiek belang* bij (indirect) opsporing van uitkeringsfraude hoger dan het privé-belang op privacy van de Edamse bijstandsmoeder. Daaruit spreekt een bepaald oordeel over de meest gewenste maatschappij: wie meer waarde hecht aan privacy, komt tot een ander oordeel. In de Mensendieckzaak, waarin de Hoge Raad aannam dat het enkele feit dat men de rest van zijn leven geen Mensendieckoefeningen meer kan geven, het beding nog niet in strijd met de openbare orde en goede zeden maakt, prevaleerde in dat opzicht de overeenkomst en niet het persoonlijkheidsrecht van de docent. Ook daar kan men anders over denken. In Maimonides was het publieke belang van de school kennelijk belangrijker dan het individueel belang van de leerling. Dat is evenmin onomstreden.

Het gaat mij er niet om dat de in genoemde zaken gemaakte afwegingen verkeerd zijn (ik ben het er zelfs in alle gevallen mee eens). Ik wil alleen benadrukken dat er steeds een gedachtewereld achter verborgen ligt die ons niet wordt medegedeeld. *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 dat heet, zijn rechtsvormende 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.¹⁶¹ 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.¹⁶² Mijns inziens is dat zelfs essentieel: thans worden tegenstellingen toegedeekt en de keuzes onvoldoende open op tafel gelegd.

Ook de wetgever laat het in dit opzicht afweten: zowel bij de totstandkoming van de Grondwet 1983 als bij de parlementaire discussie over de Algemene Wet Gelijke Behandeling¹⁶³ heeft hij geweigerd om algemene uitspraken te doen over rangordes tussen grondrechten. Ik herhaal: dat standpunt is wellicht juist, maar dat neemt niet weg dat een fundamentele discussie moet worden gevoerd over de gewenste mate van doorwerking. Dat men kan twisten over wat de juiste uitkomst moet zijn, afhankelijk van de politieke opvatting, is juist een aanwijzing dat het aan de wetgever is om in te grijpen. De doctrine moet daarin voorgaan en ik zal in deel II van dit preadvies dan ook ten aanzien van enkele geselecteerde thema’s trachten om dat te doen.

II Doorwerking in de praktijk van het vermogensrecht

Algemeen

26. In dit deel besteed ik aandacht aan de doorwerking van grondrechten op een drietal terreinen. De meeste aandacht gaat uit naar het contractenrecht: ik bespreek in dat kader eerst het conflict tussen contractsvrijheid en gelijkheidsbeginsel (met name het verbod van discriminatie) en vervolgens de vraag in welke mate partijen jegens andere private personen zelf afstand kunnen doen van hen toekomende grondrechten. In dit verband wordt ook aandacht besteed aan erfrecht en huwelijksvermogensrecht. Binnen het aansprakelijkheidsrecht komt vooral aan de orde wat te verwachten valt van de erkenning van het algemeen persoonlijkheidsrecht als grondrecht. Voor de mogelijke invloed van grondrechten op het goederenrecht acht ik ten slotte symptomatisch de constitutionele bescherming van eigendom.

¹⁶⁰ Vgl. ook Verhey, o.c., p. 325 v: toepassing daarvan geschiedt niet altijd, althans niet expliciet.

¹⁶¹ Zie bijv. Roel de Lange, *Botsing van grondrechten voor de rechter*, Nijmegen 1994, p. 41; Groen, o.c., p. 168 (‘Zo’n rangorde bestaat (...) niet. En men moet er ook niet naar zoeken.’); Verhey, o.c., p. 317 v.; A-G Vranken voor HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (Ferdie E.).

¹⁶² Een aanzet tot die discussie is wel gedaan door J.E. Goldschmidt, *Staats- en bestuursrechtelijke aspecten van positieve actie*, preadvies NJV 1989-1, p. 95, die het gelijkheidsbeginsel propageert als van hogere rang. Zie nader *onder*, no. 32.

¹⁶³ TK 1990-1991, 22014, nr. 3, p. 6.

II.A Grondrechten in het contracten- en erfrecht: gelijkheid en menselijke waardigheid

Twee soorten gevallen

27. Er is al op gewezen dat het huidige contractenrecht grotendeels een uitwerking is van beginselen die ook als grondrechten kunnen worden aangeduid. Zo ligt enerzijds de contractsvrijheid (die vaak ook als grondrecht wordt erkend¹⁶⁴) ten grondslag aan vele regels van het contractenrecht en wordt die contractsvrijheid anderzijds onder meer ingeperkt door wat in Duitsland het grondrecht van de ‘menselijke waardigheid’ (‘Menschenwürde’) wordt genoemd. Art. 6:248 lid 2 BW en § 242 BGB zijn daarvan prominente voorbeelden: het recht stelt daar grenzen aan de door een contractspartij uit te oefenen autonomie. Nu is de eerste terechte reactie van de privatist dat het zinloos is om de verfijnde privaatrechtelijke regels over wanneer redelijkheid en billijkheid het moet winnen van de door partijen uitgeoefende autonomie, te vervangen door een afweging tussen twee algemeen geformuleerde grondrechten. Dat is ook de essentie van de leer der indirecte werking: die grondrechten *zijn* al verwezenlijkt binnen het privaatrecht en het is daarom het privaatrecht dat moet worden toegepast.¹⁶⁵ Toch leert de rechtsvergelijking dat het debat ook op het terrein van het contractenrecht steeds vaker via de grondrechten wordt gevoerd.

Ik besteed hier aandacht aan twee typen gevallen. In de no’s 29-40 komt de invloed van het gelijkheidsbeginsel op het contractenrecht aan de orde. Mag een contractant discrimineren naar ras of geslacht? Mag een restauranthouder of een verhuurder bijvoorbeeld niet-blanken weigeren? Mag een patiënt eisen dat behandeling alleen door een vrouwelijke arts geschiedt? En mag in de uiterste wil worden vastgelegd dat alleen mannelijke familieleden zullen erven? Vervolgens wordt in de no’s 41-48 ingegaan op het vrijwillig prijsgeven van grondrechten door een contractant. Kan (zoals in de *boven*, no. 13, besproken pachtzaken) rechtsgeldig worden overeengekomen dat de pachter zijn godsdienst trouw dient te blijven (een prijsgave van de vrijheid van godsdienst)? Of dat men de rest van zijn leven een zodanig bedrag moet betalen aan de bank jegens wie men borg stond dat van een ‘redelijk leven’, overeenkomstig de menselijke waardigheid, niet langer sprake is? Deze vragen raken de kern van dit preadvies: in hoeverre moeten grondrechten doorwerken in private verhoudingen?

Nu in het navolgende het conflict tussen contractsvrijheid en gelijkheidsbeginsel en het conflict tussen contractsvrijheid en andere grondrechten worden besproken, is een preliminaire vraag in hoeverre de contractsvrijheid zelf een grondrecht is.

Contractsvrijheid als grondrecht?

28. Als zodanig is de contractsvrijheid in geen enkele mij bekende nationale grondwet als grondrecht erkend. Evenmin komt zij voor in internationale verdragen. Het Bundesverfassungsgericht beschouwt de privaatautonomie echter als deel van de ‘allgemeine Handlungsfreiheit’: de vrijheid om alles te doen en te laten wat de rechten van anderen niet schendt, wordt naar vaste rechtspraak van het Hof beschermd door art. 2 lid 1 *Grundgesetz*.¹⁶⁶ Dat artikel kent iedereen een recht op de ‘freie Entfaltung seiner Persönlichkeit’ toe¹⁶⁷ en de privaatautonomie, in het bijzonder de vrijheid contracten te sluiten, is daar een onderdeel van. Er is daarmee een grondwettelijke norm om de ene persoon te beschermen tegen een te grote ‘Fremdbestimmung’ door de andere persoon. Dat is overigens naar mijn oordeel vooral een principe-uitspraak, want veel verder brengt dat ons in geval van een geschil niet omdat eenmaal *iedereen* aanspraak kan maken op de uitoefening van autonomie. In de Bürgerschaft-uitspraak (zie *onder*, no. 45) meldt het Bundesverfassungsgericht echter expliciet dat, nu *alle* deelnemers aan het maatschappelijk verkeer de bescherming van art. 2 lid 1 GG genieten en zich in gelijke mate op de bescherming van hun privaatautonomie kunnen beroepen, *juist daarom* niet het recht van de sterkste mag gelden. Zodra de ene partij zo sterk is dat zij de autonomie van de ander aantast, is volgens het

¹⁶⁴ Zie *onder*, no. 28.

¹⁶⁵ Zie ook F.W. Grosheide, *Constitutionalisering van het burgerlijk recht?*, *Contracteren* 3 (2001), p. 48.

¹⁶⁶ Zie bijv. BVerfGE 8, 274; NJW 1959, 475 (Preisgesetz) en voor een uitgebreid overzicht van rechtspraak en literatuur Sachs (Hrsg.), *Grundgesetz*, o.c., Art. 2, RdNr. 41 v. (Murswiek).

¹⁶⁷ Art. 2 lid 1 GG luidt: ‘Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst’.

hof geen sprake meer van autonomie bij die ander¹⁶⁸ en is dus, onder bepaalde in onderstaande uitspraken uitgemaakte omstandigheden, de *Grundgesetz* geschonden.

De Nederlandse Hoge Raad heeft een dergelijk algemene uitspraak over de wortels van privaatautonomie en contractsvrijheid nimmer gedaan. Advocaat-Generaal Koopmans heeft er in zijn conclusie voor het Valkenhorst-arrest¹⁶⁹ echter terecht op gewezen dat ‘de gedachte van de autonomie van het individu, die aan een groot deel van ons vermogensrecht ten grondslag ligt, steunt op het bestaan van een persoonlijkheidsrecht’. Het EVRM kent de contractsvrijheid als zodanig evenmin. Hoogstens zou het uitoefenen van contractuele autonomie inbreuk kunnen maken op *family life* van de wederpartij, bijvoorbeeld waar het toewijzen van een vordering tot nakoming er toe zou leiden dat de debiteur zijn huis kwijt raakt en geen mogelijkheid meer heeft om een nieuw huis te kopen.¹⁷⁰

De Franse *Conseil Constitutionnel*, die onder meer tot taak heeft de beoordeling van de grondwettelijkheid van wetten voordat ze in werking treden, lijkt¹⁷¹ een grondrecht op contractsvrijheid evenmin te erkennen. Er is een hele reeks uitspraken over inbreuken van de Franse wetgever op door de sociale partners tot stand gebrachte collectieve overeenkomsten op het terrein van arbeid, pensioenen, etc. In het algemeen zijn die inbreuken toegestaan, want (aldus een uitspraak uit 1994) ‘aucune norme de valeur constitutionnelle ne garantit le principe de la liberté contractuelle’.¹⁷² In 1997 heette het dat ‘le principe de la liberté contractuelle n’a pas en lui-même valeur constitutionnelle; que sa méconnaissance ne peut être invoquée devant le Conseil constitutionnel que dans le cas où elle conduirait à porter atteinte à des droits et libertés constitutionnellement garantis’.¹⁷³

In de door mij erkende leer van de indirecte werking van grondrechten is dit alles minder relevant: zelfs indien de contractsvrijheid niet een formeel erkend grondrecht is, staat buiten kijf dat zij wel een *waarde* is die zoveel mogelijk verwezenlijkt moet worden.

Eerste gevaltype: contractsvrijheid en gelijkheidsbeginsel. Geldend Nederlands recht

29. Zoals bekend verbiedt art. 1 van de Nederlandse Grondwet discriminatie ‘wegens godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of op welke grond dan ook’. Algemeen wordt geoordeeld dat dit verbod ook tussen particulieren werking kan hebben, maar in welke mate dat het geval is, is onduidelijk.¹⁷⁴ De er in neergelegde waarde is ook belichaamd in diverse internationale verdragen, maar ook daar is niet helder wanneer het discriminatieverbod tussen private personen heeft te gelden.¹⁷⁵ Om onduidelijkheid over de werking van art. 1 in particuliere verhoudingen op deelterreinen te voorkomen, bestaan in Nederland diverse specifieke wetten waarin art. 1 nader is uitgewerkt. De belangrijkste daarvan is de Algemene Wet Gelijke Behandeling 1994 (AWGB).¹⁷⁶ Als ik abstraheer van het arbeidsrecht, is de voor het burgerlijk recht meest interessante bepaling art. 7:

‘1. Onderscheid (naar de in art. 1 Grondwet genoemde gronden, alsmede naar nationaliteit, hetero- of homoseksuele gerichtheid of burgerlijke staat, JMS), is verboden bij het aanbieden van goederen of

¹⁶⁸ ‘Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er den Vertragsinhalt faktisch einseitig bestimmen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung’: BVerfGE 81, 242; NJW 1990, 1469 en BVerfG 19 oktober 1993, NJW 1994, 38 (Bürgerschaft).

¹⁶⁹ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst): conclusie, sub 19. Zie ook T. Koopmans, Vrijheden in beweging, in: Juridisch stippelwerk, Deventer 1991, p. 54 en E.A. Alkema, Contractsvrijheid als grondrecht, in: T. Hartlief & C.J.J.M. Stolker (red.), Contractsvrijheid, Deventer 1999.

¹⁷⁰ Aldus Beale & Pittam, o.c., p. 157. Ook art. 1 eerste Protocol kan soms als basis dienen. Zie ook Barak, o.c., p. 35.

¹⁷¹ Want er zijn uitspraken waarin de *Conseil Constitutionnel* wat minder terughoudend is. Zie 13 januari 2002, décision 2002-465 en 30 december 1996, décision 96-385, waarover Jacques Mestre, *Jurisprudence française*, RTDCiv 1997, p. 416 v.

¹⁷² *Conseil Constitutionnel* 3 augustus 1994, décision 94-348, *Revue Trimestrielle du Droit Civil* (RTDCiv) 1996, p. 151.

¹⁷³ *Conseil Constitutionnel* 20 maart 1997, décision 97-388.

¹⁷⁴ Zie nader Van der Pot/Donner, o.c., p. 267.

¹⁷⁵ Art. 26 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke rechten 1966 (BUPO) werkt volgens de Hoge Raad rechtstreeks (HR 8 oktober 1980, NJ 1981, 308 (kiesregister)) en kan horizontaal werken (HR 7 mei 1993, NJ 1995, 259 (Mathilda/Schoolbestuur)).

¹⁷⁶ Zie ook de Wet Bescherming Persoonsgegevens 2000.

diensten en bij het sluiten, uitvoeren en beëindigen van overeenkomsten ter zake (...), indien dit geschiedt:

a. in de uitoefening van een beroep of bedrijf;

(...)

d. door natuurlijke personen die niet handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf, voor zover het aanbod in het openbaar geschiedt.

(...)

2. Het eerste lid, onderdelen a en d, is niet van toepassing op eisen die gelet op het privé-karakter van de omstandigheden waarop de rechtsverhouding ziet in redelijkheid kunnen worden gesteld.'

Hiermee wordt een groot aantal overeenkomsten onderworpen aan het gelijkheidsbeginsel. Iedereen die professioneel goederen of diensten aanbiedt (ook indien dat via reclame gebeurt¹⁷⁷) of contracten sluit, is gebonden. De privé-persoon is dat ook zodra hij een openbaar aanbod doet, d.w.z. dat een min of meer uitgebreid publiek van het aanbod kennis kan nemen.¹⁷⁸ Onder aanbod wordt hier dus het feitelijk in het openbaar aanbieden verstaan, niet het bindend aanbod in de zin van art. 6:217 BW. Winkelier en arts, maar ook iemand die zijn auto in de krant te koop aanbiedt, mogen niet discrimineren op genoemde gronden. Essentieel voor een juist begrip van art. 7 is echter dat in mijn ogen in lid 2 grote ruimte is gelaten om alsnog te oordelen dat geen sprake is van discriminatie indien die plaatsvindt in de privé-sfeer. Volgens de wetgever beoogt lid 2 te voorkomen dat een conflict met het recht op privacy (vgl. art. 9 Grondwet) van ondernemer of particulier ontstaat. In de Memorie van Toelichting wordt als voorbeeld de alleenstaande vrouw genoemd die in haar huis een kamer aanbiedt en alleen vrouwen als huurder wenst (tenzij het appartement een eigen opgang heeft). Ook het verlenen van diensten met een intiem karakter of in verband met de persoonlijke verzorging of waarbij anderszins fysiek contact mogelijk is, vallen niet onder het discriminatieverbod.¹⁷⁹

Vraag is nu of art. 7 AWGB hiermee directe horizontale werking heeft. Dat zou het geval zijn indien schending van art. 7 zonder nadere privaatrechtelijke afweging leidt tot aansprakelijkheid. Differentiatie naar gevallen is hier onontbeerlijk. In de eerste plaats kan het zijn dat de discriminatie expliciet plaatsvindt in de overeenkomst zelf. Dat is het enige geval dat in de AWGB zelf is geregeld: het beding waarin wordt gediscrimineerd, is dan nietig (art. 9). Praktisch veel belangrijker is het geval waarin de overeenkomst niet wordt gesloten omdat de wederpartij ras, geslacht, etc. van de contractspartner niet ziet zitten. In dat geval kan het zo zijn dat 'het aanbieden van goederen of diensten' tevens een bindend aanbod oplevert in de zin van art. 6:217 BW, zodat de overeenkomst gewoon door aanvaarding tot stand komt.¹⁸⁰ Is er geen bindend aanbod, dan zal het toch zelden voorkomen dat expliciet ras of geslacht, etc. als reden voor het niet-contracteren wordt opgegeven. Geschiedt dan wél, dan staat met de schending van art. 7 AWGB in beginsel vast dat onrechtmatig is gehandeld.¹⁸¹ Doorgaans wordt immers aangenomen dat de schending van een wettelijke plicht voldoende is om de onrechtmatigheid vast te stellen.¹⁸² Dat betekent echter nog niet dat geen rechtvaardigingsgrond bestaat voor de discriminatie: juist indien de discriminerende partij zich beroept op een ander grondrecht (zoals de vrijheid van godsdienst; privacy zal in het kader van art. 7 lid 2 al aan de orde komen), komt alsnog een volle privaatrechtelijke afweging van de wederzijdse waarden aan de orde. De werking is dan wel degelijk indirect.

Overigens geldt eenzelfde redenering voor art. 429quater Wetboek van Strafrecht, dat discriminatie van personen op grond van ras, godsdienst, levensovertuiging, geslacht of seksuele geaardheid in de uitoefening van een ambt, beroep of bedrijf bestraft. De bedoeling van de wetgever was ook hier uitdrukkelijk om discriminatoir gedrag in de sociaal-economische sfeer strafbaar te

¹⁷⁷ Aldus terecht P.R. Rodrigues, *Anders niets? Discriminatie naar ras en nationaliteit bij consumenten-transacties*, Lelystad 1997, p. 62. Zie aldaar ook voor verwijzingen naar de parlementaire stukken.

¹⁷⁸ Aldus de MvA, geciteerd bij Rodrigues, o.c., p. 64 en bij A.W. Heringa, *Algemene wet gelijke behandeling*, Deventer 1994, p. 74. Zie ook P. Klik, *De Algemene Wet Gelijke Behandeling en het privaatrecht*, Tijdschrift voor Consumentenrecht (TvC) 1995, p. 313 v.

¹⁷⁹ TK 1991-1992, 22 014, nr. 5, p. 23, ook geciteerd door Heringa, o.c., p. 76.

¹⁸⁰ Zie ook Theunis, o.c., p. 177.

¹⁸¹ Eiser zal zich in dat geval waarschijnlijk primair beroepen op art. 429quater Sr. Aldus geschiedde ook in HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 (Binderen/Kaya).

¹⁸² Asser-Hartkamp III, 11^{de} dr., Deventer 2002, no. 32; Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding (Van Maanen), 3^{de} dr., Deventer 2003, no. 23

stellen, inclusief de arbeids- en woningmarkt.¹⁸³ Het de toegang tot een koffieshop weigeren van drie mannen met de mededeling ‘Ik wil geen Turken in mijn zaak, eruit’¹⁸⁴ (overigens strikt genomen discriminatie naar nationaliteit) valt dus zowel onder de AWGB als onder dit artikel. Zodra de gediscrimineerde Turk echter schadevergoeding vordert of eist alsnog te worden toegelaten tot de koffieshop, en de eigenaar brengt daartegen in dat hij goede reden had de Turken te weigeren, is er weer een geheel open belangenafweging en dus hoogstens indirecte werking van het grondrecht op gelijke behandeling.

Dat de privé-sfeer van het gelijkheidsbeginsel is uitgesloten, zal niet wezenlijk veranderen met de recente EG-richtlijn 2000/43.¹⁸⁵ Deze richtlijn blijkt art. 3 mede op de bestrijding van discriminatie op het terrein van ‘de toegang tot en het aanbod van goederen en diensten die publiekelijk beschikbaar zijn, met inbegrip van huisvesting’. Wat te verstaan onder ‘publiekelijk’ wordt in de richtlijn niet verduidelijkt, maar uit de preambule blijkt wel dat ‘de bescherming van privé-leven, familie- en gezinsleven en de in dat kader verrichte transacties’ moet worden geëerbiedigd.¹⁸⁶ Op de consequenties die de richtlijn overigens heeft voor het Nederlandse recht (met name een belangrijke omkering van de bewijslast: voortaan moet de wederpartij van de gediscrimineerde bewijzen dat niet in strijd met de wet is gehandeld) ga ik hier niet in.¹⁸⁷

30. Dat discriminatie in de privé-sfeer wel is toegestaan, blijkt ook uit de regelgeving op het vlak van het arbeidsrecht. Ook art. 5 AWGB, dat onder meer onderscheid op de relevante gronden verbiedt bij aangaan en beëindigen van een arbeidsverhouding, laat een uitzondering toe indien de werkgever eisen stelt die, ‘gelet op het privé-karakter van de werkverhouding in redelijkheid aan een werkverhouding kunnen worden gesteld’. De Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen 1980 (WGB)¹⁸⁸ noch art. 7:646 BW (dat ook enkel handelt over gelijke behandeling van man en vrouw) kennen die uitzondering expliciet. De vraag of indirecte werking mogelijk is op grond van de WGB is beantwoord door het Europese Hof van Justitie. In een geval waarin een zwangere sollicitante niet aangenomen was, oordeelde het Hof¹⁸⁹ dat het aan de lidstaten zelf is overgelaten om de sanctie op het discriminatieverbod te bepalen. Maar indien de sanctie wordt gezocht in de onrechtmatige daad geldt dat ‘elke schending van het discriminatieverbod als zodanig reeds volstaat voor de volledige aansprakelijkheid van degenen die heeft gediscrimineerd, en dat de in het nationale recht voorziene rechtvaardigingsgronden niet kunnen worden erkend’.

Dit betekent mijns inziens echter geenszins dat gelijke behandeling in geval van botsing steeds voor gaat boven andere grondrechten. Ook de EG acht zichzelf immers gebonden aan het EVRM en dat kent nu juist geen horizontaal werkend gelijkheidsbeginsel. Dat is nog eens bevestigd in de toelichting bij het (nog niet in werking getreden) Twaalfde Protocol bij het EVRM:¹⁹⁰ hoogstens kan de Staat een positieve verplichting hebben om discriminatie te voorkomen, maar dan alleen bij een ernstige inbreuk op het gelijkheidsbeginsel en vooral in horizontale relaties in de ‘openbare sfeer’, zoals bij medische voorzieningen.¹⁹¹ Hoe dan ook meen ik dat een klakkeloze toepassing van het gelijkheidsbeginsel in private verhoudingen in strijd komt met andere grondrechten, met name dat op privacy.

¹⁸³ T & C Wetboek van Strafrecht, art. 429quater, aant. 4 (Wedzinga). Zie de definitie van discriminatie in art. 90quater Sr.

¹⁸⁴ Zie HR 1 juli 1986, RR 1986, 128.

¹⁸⁵ Richtlijn 2000/43 houdende toepassing van het beginsel van gelijke behandeling van personen ongeacht ras of etnische afstamming, Pb. EG 2000 L 180/22. De richtlijn is mede gebaseerd op art. 13 EG-Verdrag. Algemeen over de richtlijn Jenny E. Goldschmidt, *De hete adem van Europa*, NJB 2001, p. 983 v.

¹⁸⁶ Preambule, no. 4.

¹⁸⁷ Zie daartoe TK 2002-2003, 28 770 (EG-implementatiewet AWGB).

¹⁸⁸ Dit is de implementatie van Richtlijn 76/207, Pb. EG 1976, L 139/40. De nieuwste richtlijn op het terrein van de arbeid is Richtlijn 2000/78 tot instelling van een algemeen kader voor gelijke behandeling in arbeid en beroep, Pb. EG 2000, L 303/16, die ook discriminatie op andere gronden verbiedt.

¹⁸⁹ HvJ 8 november 1990, C-177/88 (Dekker/VJV).

¹⁹⁰ Verdrag van 4 november 2000, Tractatenblad (Trb.) 2001, 18.

¹⁹¹ Zie het overzicht bij Gerards, o.c., p. 117 en 221 v.

Ook buiten de specifiek in de wet geregelde gevallen om kan het gelijkheidsbeginsel doorwerken. Het aantal gevallen uit de rechtspraak is beperkt. In het Binderen-arrest¹⁹² had woningbouwvereniging Binderen in vijf jaar tijd slechts één van de 543 vrijgekomen woningen aan een huurder van buitenlandse afkomst toegewezen. De aspirant-huurder Kaya (die al die vijf jaar ingeschreven stond bij de woningbouwvereniging) stelde dat hier werd gediscrimineerd en kreeg gelijk. Hoewel hij niet kon bewijzen dat specifiek *hij* was gediscrimineerd, achtte de Hoge Raad het gezien het statistisch materiaal gerechtvaardigd om de bewijslast dat de achterstelling van allochtonen op rechtens aanvaardbare gronden berustte, bij de verhuurder te leggen.¹⁹³ De discriminatie werd onrechtmatig geoordeeld, overigens op grond van art. 429quater Sr. en niet op grond van art. 1 Grondwet 1983 (die nog niet ingevoerd was toen het arrest werd gewezen). Op grond van het toekomstige art. 10 AWGB¹⁹⁴ zal die omkering van de bewijslast overigens sowieso bestaan indien de benadeelde onderscheid aantoonbaar. In een zeldzaam geval waarin expliciet een racistische beweegreden werd vermeld, had ook op grond van onrechtmatige daad kunnen worden geageerd: een Barneveldse weigerde haar huis te verkopen aan een Turk omdat hij Turk was. De makelaar van de verkoper meldde dit aan de geïnteresseerde koper en werd prompt veroordeeld wegens discriminatie in de uitoefening van een beroep of bedrijf (art. 429quater Sr.). De verkoopster zelf had zich schuldig gemaakt aan uitlokking van die overtreding.¹⁹⁵ Het geval zou thans mede vallen onder art. 7 lid 1 sub b AWGB.

Een standpuntbepaling: de private sfeer is uitgezonderd van het gelijkheidsbeginsel

31. Op grond van het bovenstaande kan worden geconcludeerd dat de rechtspolitieke vraag of contractsvrijheid of gelijkheid voorgaat, in veel gevallen nog open is. Onder de AWGB dient in geval van botsende waarden nog altijd een afweging te worden gemaakt tussen het gelijkheidsbeginsel en bijvoorbeeld het recht op privacy. Het is tijd voor een principiële standpuntbepaling.

Mijns inziens dient een scherpe scheiding te worden gemaakt tussen de ‘private’ en de ‘publieke’ sfeer.¹⁹⁶ Terecht worden in art. 5 en 7 AWGB privé-activiteiten uitgezonderd van het gelijkheidsbeginsel. In de privé-sfeer dient in beginsel een ‘recht op willekeur’¹⁹⁷ te bestaan en mag de contractant zelf bepalen of hij op basis van ‘godsdienst, levensovertuiging, politieke gezindheid, ras, geslacht of (...) welke grond dan ook’ onderscheid maakt. In die private sfeer mag een ieder zijn eigen voorkeuren bepalen; enige andere opvatting zou de individuele vrijheid te zeer in gevaar brengen. Dit betekent dat horizontale werking in de privé-sfeer principieel moet zijn uitgesloten. Voor mij is deel van het persoonlijkheidsrecht (zo men wil: de waardigheid) van elk individu dat het keuzes op het persoonlijk terrein¹⁹⁸ zelf mag maken en zich niet hoeft te laten leiden door overwegingen van publieke aard. Dat men geen verklaring verschuldigd is om naar willekeur te handelen in de privé-sfeer lijkt me deel van die menselijke waardigheid. Of, zoals Lord Diplock het formuleerde:¹⁹⁹

‘(...) in the field of domestic or social intercourse differentiation in treatment of individuals is unavoidable. No one has room to invite everyone to dinner. The law cannot dictate one’s choice of friends. (...)’.

¹⁹² HR 10 december 1982, NJ 1983, 687 (Binderen/Kaya).

¹⁹³ Art. 19 lid 3 van de Belgische Wet ter bestrijding van discriminatie (Belgisch Staatsblad 17 maart 2003) bepaalt expliciet: ‘Wanneer het slachtoffer van de discriminatie (...) feiten, zoals statistische gegevens of praktijktests, aanvoert die het bestaan van een directe of indirecte discriminatie kunnen doen vermoeden, valt de bewijslast dat er geen discriminatie is, ten laste van de verweerder.’

¹⁹⁴ TK 2002-2003, 28 770 (EG-implementatiewet AWGB), nr. 2. Vgl. art. 7 lid 1 sub c AWGB.

¹⁹⁵ Rb. Utrecht 8 februari 1994, RR 1995, 341.

¹⁹⁶ Deze termen werden o.a. gebruikt door Lord Wilberforce in *Applin v Race Relations Board*, [1975] AC 258, wat niet wil zeggen dat ik instem met waar hij de grens tussen beide sferen legt. Zie ook Clapham, o.c.

¹⁹⁷ Dirix, o.c., p. 43.

¹⁹⁸ Vgl. Tilman Bezzenger, *Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht*, AcP 196 (1996), p. 415, die rept van ‘persönlicher Lebensführung’.

¹⁹⁹ *Dockers Labour Club v Race Relations Board*, [1974] 3 All ER 592.

In de Nederlandse discussie bevind ik mij hiermee tussen Van der Grinten,²⁰⁰ die discriminatie zelfs in het beroeps- en bedrijfsleven toegelaten acht (tenzij sprake is van onrechtmatig handelen) en Elders,²⁰¹ die meent dat het discriminatieverbod voor de 'vrije markt' volledig moet gelden en alleen een onderscheid naar 'reële economische motieven' toelaat. Dit kan echter al daarom geen criterium zijn omdat bijvoorbeeld een restaurant wel degelijk economische motieven kan hebben om personen op grond van ras te weigeren (namelijk indien de vaste klantenkring dat wenst).

Nu zij toegegeven dat de vraag naar horizontale werking hiermee wordt verlegd naar die waar precies de grens ligt tussen 'private' en 'publieke' sfeer. Ik geef ook toe dat beide onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden: erkenning van een autonome sfeer, waarin men zich van het algemeen belang niets hoeft aan te trekken, is slechts mogelijk omdat het *recht* dat erkent. In die zin bepaalt het publiekrecht de grenzen van de privaatautonomie.²⁰² Dat gezegd zijnde, blijft echter de vraag waar de grens tussen publieke en private sfeer te leggen. Mijns inziens wordt deze bepaald door de aard van de activiteit en de plaats waar deze moet worden uitgevoerd. Bij arbeidsverhoudingen hangt veel van af de plaats waar de arbeid wordt verricht. Bij het aantrekken van babysitter, tuinman en *nanny* in de privé-sfeer (eigen huis en tuin), ook indien daarvoor publiekelijk wordt geadverteerd, is discriminatie toegestaan. Anderzijds zie ik niet in hoe in geval van de uitoefening van een beroep of bedrijf het privé-karakter kan maken dat discriminatie wel is toegestaan. Wie een winkel of restaurant uitbaat, mag nimmer op grond van ras, nationaliteit of op welke grond dan ook discrimineren. Ook de werkgever op ander dan privé-terrein mag dat niet, evenmin als de arts of fysiotherapeut die zijn diensten publiekelijk aanbiedt. Bij het verhuren van een kamer in het eigen huis ligt het weer anders: daar heeft het recht op privacy weer te prevaleren. Maar ook de aard van de activiteit is van belang. Wie zijn huis op de Open Monumentendag openstelt voor het publiek, mag op die ene dag niet wat de 364 andere dagen van het jaar wel mag. Ook wie zijn huis afficheert als 'chambre d'hôte', heeft daarvan de consequenties te aanvaarden.²⁰³

Het is niet steeds even evident wat nog tot de private sfeer behoort. Hoe bijvoorbeeld te oordelen over adoptie? De vraag is ietwat wereldvreemd gezien het tekort aan adoptiekinderen, maar ik zou, anders dan de Engelse rechter,²⁰⁴ menen dat discriminatie hier niet is toegestaan. Hetzelfde geldt voor de opname van pleegkinderen: wie zich jegens de autoriteiten belast met de opvang van kinderen bereid verklaart om kinderen op te nemen in het eigen gezin, kan zich in beginsel niet beroepen op persoonlijke voorkeuren omtrent huidskleur, geslacht of nationaliteit van het kind.

32. Ik licht mijn opvatting verder toe. Zij komt er op neer dat bij botsing in de private sfeer de privaatautonomie boven het gelijkheidsbeginsel wordt geplaatst. Ik keer mij daarmee tegen Goldschmidt²⁰⁵ die heeft verdedigd dat bij botsing van grondrechten nu juist het gelijkheidsbeginsel heeft te prevaleren. Deels is mijn contraire visie ingegeven door een grotere scepsis ten aanzien van de macht van de wetgever. Uit Amerikaans onderzoek blijkt dat, ondanks vergaande 'civil rights'-wetgeving in de VS, discriminatie in winkels nog altijd op grote schaal plaatsvindt. Williams²⁰⁶ citeert uit onderzoek waaruit blijkt dat 'Afro-Americans' en 'Hispanics' in Boston 60% minder kans hebben dan vergelijkbare blanke Amerikanen om een hypotheek te krijgen; ook autodealers in Chicago bleken

²⁰⁰ W.C.L. van der Grinten, *Discriminatie en burgerlijk recht*, rede, Zwolle 1984.

²⁰¹ J.L.M. Elders, *Burgerlijk recht en grondrechten*, preadvies VBR 1986, Lelystad 1986, p. 35.

²⁰² Vgl. Bydlinski, o.c., p. 340: 'Das Privatrecht erweist sich (...) nunmehr deutlich als das Recht der relativ staatsunabhängigen Gesellschaft'.

²⁰³ Ik keer mij hiermee tegen de MvT bij de AWGB (zie *boven*, no. 29), waarin het verlenen van diensten in verband met persoonlijke verzorging of waarbij fysiek contact mogelijk is, is uitgezonderd van het discriminatieverbod. Wie persoonlijke diensten wil verrichten, heeft als consequentie daarvan te aanvaarden dat discriminatie is verboden.

²⁰⁴ Zie *Applin v Race Relations Board*, [1975] AC 258.

²⁰⁵ Goldschmidt, preadvies NJV 1989, o.c., p. 95.

²⁰⁶ Neil G. Williams, *Offer, Acceptance and Improper Considerations: A Common-Law Model for the Prohibition of Racial Discrimination in the Contracting Process*, *George Washington Law Review* 62 (1994), p. 188. Zie ook I. Ayres & P. Siegelmann, *Race and Gender Discrimination in Bargaining for a New Car*, *American Economic Review* 85 (1995), p. 304 v. en het verslag van recent onderzoek naar de effecten van de Civil Rights Act 1991 in *Regulation: the Cato Review of Business and Government* 26 (2003), p. 42 v.

op grote schaal te discrimineren naar zowel geslacht als ras. Uit Europees onderzoek blijkt iets soortgelijks.²⁰⁷

Dit roept de vraag op waarom discriminatie in horizontale verhoudingen eigenlijk verboden zou moeten zijn. Ik denk dat daar een economisch en een moreel argument voor zijn aan te voeren. Het economisch argument is dat een Staat, zeker in tijden van toenemende multiculturaliteit, het zich niet kan veroorloven om bepaalde minderheden uit te sluiten van volwaardige deelname aan het economisch verkeer.²⁰⁸ Dat zou ook de toenemende bemoeienis van de EG, die immers primair een economische doelstelling heeft, met antidiscriminatie-wetgeving verklaren. Hier ligt ook een interessante parallel met de leer van de ‘common callings’ (zie *onder*, no. 35), ontwikkeld in een tijd dat gemeenschappen geïsoleerd waren en ver van elkaar lagen en het weigeren van de vreemdeling diens wisse dood zou betekenen. Toch valt hier wel iets tegen in te brengen. Epstein²⁰⁹ heeft, in een rechtseconomische analyse van de Amerikaanse discriminatiewetgeving op het terrein van het arbeidsrecht, aannemelijk gemaakt dat de kosten (‘social cost’) die zijn gemoeid met het uitvoeren van antidiscriminatie wetgeving door bedrijven groter zijn dan de baten (‘social benefit’). Antidiscriminatie wetgeving draagt dus niet bij aan de welvaart, oftewel: het verbod te discrimineren kost geld.²¹⁰ Wat hiervan zij, het economisch argument gaat niet op voor discriminatie in de private sfeer.

De andere reden die valt aan te voeren voor het discriminatieverbod, is van morele aard: discrimineren is onethisch. Dit kan echter alleen een valide argument zijn wanneer het gaat om discriminatie door de overheid of in de publieke sfeer. Het zou juist *onethisch* zijn indien ik in mijn private sfeer word gedwongen om de morele normen van de gemeenschap te volgen. Mijns inziens is dit ook de portee van de kritiek die Holtmaat onlangs heeft geuit op het in Nederland wel zeer grote toepassingsbereik van het gelijkheidsbeginsel.²¹¹ Zij wijst er terecht op dat bij botsing van het gelijkheidsbeginsel met andere grondrechten, het gelijkheidsbeginsel zeker niet steeds voorrang moet hebben en de afweging soms juist anders moet worden gemaakt om te voorkomen dat gelijkheid tot tirannie verwordt. Volgens Holtmaat moet het gelijkheidsbeginsel juist verscheidenheid mogelijk maken.²¹² Ik ben dat met haar eens. Thans bezie ik in hoeverre mijn standpunt steun vindt in het recht van andere landen.²¹³

Duits recht

33. Geheel conform de leer van de indirecte werking kan een discriminerende rechtshandeling naar Duits recht nietig zijn wegens strijd met de goede zeden (§ 138 BGB) en kan discriminatie in de precontractuele fase onrechtmatig (§ 826 BGB) zijn of anderszins precontractuele aansprakelijkheid opleveren (§ 311 lid 2 BGB). Het aanknopingspunt hiervoor is art. 3 van de Duitse Grondwet, dat zowel het gelijkheidsbeginsel als een discriminatieverbod bevat (maar uiteraard in beginsel alleen voor de overheid geldt).²¹⁴ Vraag is nu wanneer naar Duits recht discriminatie precies in strijd komt met de

²⁰⁷ Zie Dagmar Schiek, Freedom of Contract and a Non-Discrimination Principle – Irreconcilable Antonyms?, in: Loenen & Rodrigues (eds.), o.c., p. 81.

²⁰⁸ Zie Williams, o.c., p. 188 en de daar genoemde Amerikaanse literatuur.

²⁰⁹ Richard A. Epstein, *Forbidden Grounds: The Case Against Employment Discrimination Laws*, Cambridge Mass. 1992. Rechtseconomische invloed treft men overigens aan in de Amerikaanse discriminatiewetgeving op het vlak van het arbeidsrecht: werkgevers met minder dan vijftien werknemers zijn in beginsel van het discriminatieverbod uitgesloten omdat de financiële lasten voor hen anders te groot zouden worden.

²¹⁰ Voor een overzicht van Epsteins visie en zijn critici, zie Stewart J. Schwab, *Employment Discrimination*, Encyclopedia of Law and Economics, Cheltenham 2000, no. 5530.

²¹¹ R. Holtmaat, *Stop de inflatie van het discriminatiebegrip!*, NJB 2003, p. 1266 v.

²¹² Opvallend is dat in de (staatsrechtelijke) literatuur steeds meer lijkt te worden aangenomen dat we te ver zijn doorgeslagen in de bescherming van gelijkheid. Zie ook E.M.H. Hirsch Ballin, Artikel 1 in drievoud, NJB 2003, p. 1285, die de diversiteit terugvoert op de menselijke waardigheid.

²¹³ Zie voor een algemeen overzicht van Europese landen Mark Bell, *Anti-Discrimination Law and the European Union*, Oxford 2002, p. 149 v.

²¹⁴ Art. 3 GG luidt: ‘1. Alle Menschen sind vor dem Gesetz gleich. (...) 3. Niemand darf wegen seines Geschlechtes, seiner Abstammung, seiner Rasse, seiner Sprache, seiner Heimat und Herkunft, seines Glaubens, seiner religiösen oder politischen Anschauungen benachteiligt oder bevorzugt werden (...).’

goede zeden²¹⁵ of onrechtmatig is. De heersende visie is dat een algemeen beginsel van non-discriminatie in private verhoudingen ontbreekt en dat het gelijkheidsbeginsel alleen in bijzondere gevallen doorwerkt.²¹⁶ Doorgaans gaat de privaatautonomie voor.

De contractsvrijheid zal bijvoorbeeld voor gaan in een geval waarin een homoangvereniging of een vereniging van allochtone zangers niet wordt toegelaten tot een overkoepelend verband van zangverenigingen. Over ontslag van een werknemer in proeftijd op de grond dat hij homoseksueel was (een zeldzaam geval omdat de werkgever dan op andere grond (immers de proeftijd) van de werknemer af kan en daarom wel wijselijk zijn mond zal houden over de echte reden) is in Duitsland beslist door het Bundesarbeitsgericht: ontslag om die reden kwam in strijd met § 242 BGB.²¹⁷ Het grondrecht dat in casu werd ingeroepen betrof de bescherming van de menselijke waardigheid (art. 1 GG), maar het gelijkheidsbeginsel had evenzeer als basis kunnen dienen. Uiteraard werd ook het iemand de toegang weigeren tot een discotheek op grond van huidskleur ongeoorloofd geacht.²¹⁸

In Duitsland wordt al lang aangedrongen op een civielrechtelijke antidiscriminatiewet. In december 2001 werd daartoe een voorstel²¹⁹ ingediend, maar dat is nog niet aangenomen omdat onduidelijk is hoe de positie van de kerken (die wel mogen discrimineren naar godsdienst) daarin moet worden neergelegd (overigens ook een van de redenen waarom de totstandkoming van de AWGB in Nederland een moeizaam proces was). Het voorstel beoogt om, naast de huidige open privaatrechtelijke normen waarlangs discriminatie wordt bestreden, specifieke regels te geven. Het stelt onder meer voor om een nieuwe § 319a aan het BGB toe te voegen, die luidt:

‘(1) Niemand darf aus Gründen des Geschlechts, der Rasse, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei

1. der Begründung, Beendigung und Ausgestaltung von Verträgen, die
 - a) öffentlich angeboten werden, oder
 - b) eine Beschäftigung, medizinische Versorgung oder Bildung zum Gegenstand habenoder
2. dem Zugang zu und der Mitwirkung in Organisationen, deren Mitglieder einer bestimmten Berufsgruppe angehören, unmittelbar oder mittelbar benachteiligt oder belästigt werden (Benachteiligungs- und Belästigungsverbot).
(...)
- (3) Die Vorschriften dieses Untertitels finden auf das Familien- und das Erbrecht keine Anwendung. (...)

Net zoals bij de Nederlandse AWGB worden in beginsel alle overeenkomsten hierdoor gedekt (inclusief dienstverlening, huur en verzekering). De arbeidsovereenkomst kent echter een eigen regeling. Ook ten aanzien van de eis van ‘openbaarheid’ lijkt het wetsvoorstel op art. 7 AWGB: alleen bij ‘openbaar’ aanbieden²²⁰ geldt het verbod. Ten aanzien van de rechtsgevolgen is de Duitse regeling echter veel concreter dan de AWGB. De weigering om te contracteren wordt beschouwd als de meest voorkomende vorm van discriminatie. Gevolg van die overtreding is dat jegens de discriminerende persoon aanspraak kan worden gemaakt op ongedaanmaking van de gevolgen van de discriminatie. Dat betekent dat de overeenkomst alsnog gesloten moet worden, mits deze zonder de schending van § 319a gesloten zou zijn en indien over het object van de overeenkomst door de discriminerende partij nog geen overeenkomst met een derde werd gesloten. Zijn de gevolgen niet op deze wijze te repareren, dan kan de benadeelde aanspraak maken op schadevergoeding in geld (ontwerp § 319e BGB).

Belgisch recht

²¹⁵ Zoals bekend bevatte het ontwerp BGB eenzelfde zinsnede als art. 1133 Code Civil, waarin goede zeden en openbare orde als begrippenpaar tezamen worden genomen, maar werd de openbare orde geschrapt vanwege de aan dat begrip inherente vaagheid en omdat de goede zeden de openbare orde ook dekken.

²¹⁶ Bezenberger, o.c., AcP 196 (1996), p. 396.

²¹⁷ BAG 23 juni 1994, [1994] NZA 1080.

²¹⁸ Oberlandesgericht Beieren, NJW 1983, 2040.

²¹⁹ Diskussionsentwurf eines Gesetzes zur Verhinderung von Diskriminierungen im Zivilrecht, 10 december 2001; het voorstel dient ook ter implementatie van EG-Richtlijn 2000/43; zie over die richtlijn *boven*, no. 29.

²²⁰ Blijkens de toelichting: ‘Es kommt nicht darauf an, wie gross die Öffentlichkeit ist (...). Entscheidend ist allein, dass das Angebot den Bereich der Privatsphäre verlassen hat’.

34. Ook in België is het gelijkheidsbeginsel (art. 10 Belgische Grondwet) geconcretiseerd in wetten met horizontale werking (onder meer op het terrein van strafrecht en arbeidsrecht). De nieuwe Wet ter bestrijding van discriminatie van 25 februari 2003²²¹ verbiedt in art. 2 lid 4 elke vorm van discriminatie bij onder meer ‘het leveren of het ter beschikking stellen van goederen en diensten aan het publiek’ en bij ‘de voorwaarden voor toegang tot arbeid in loondienst’. Art. 18 verklaart vervolgens de bedingen van een overeenkomst die hiermee strijdig zijn nietig. Het slachtoffer kan blijkens art. 19 bovendien bij de rechter de overtreding van de wet laten vaststellen, waarna de rechter de staking daarvan (eventueel met dwangsom) beveelt.

Indien deze wet niet van toepassing is, zal naar Belgisch recht art. 10 Grondwet werking kunnen hebben via openbare orde en goede zeden of via de goede trouw.²²² Art. 6 Belgisch BW bepaalt dan ook dat ‘aan de wetten die de openbare orde en goede zeden betreffen (...) door bijzondere overeenkomsten geen afbreuk kan worden gedaan’. In het privaatrecht omvat die openbare orde volgens het Belgische Hof van Cassatie ‘de juridische grondslagen (...) van de ethische, politieke, economische, sociale (...) maatschappelijke orde’.²²³ Ook de Belgische rechter zal in geval van een conflict tussen twee grondrechten een evenredigheidstoets toepassen: de inbreuk op het grondrecht van de ander moet voor de inbreukmaker nut hebben, niet op andere wijze kunnen worden verzevenlijkt en niet onevenredig schade toebrengen.²²⁴ Mijns inziens biedt die toets een goede mogelijkheid om in het concrete geval het gelijkheidsbeginsel af te wegen tegen andere grondrechten. Op die manier bestaat ook naar Belgisch recht de mogelijkheid om het onderscheid tussen publieke en private sfeer door te voeren. Dat kan mijns inziens zelfs waar de zojuist genoemde concrete wetgeving van toepassing is omdat die nu eenmaal steeds in het licht van de grondrechten moet worden geïnterpreteerd. Voor zover het dus gaat om arbeid in loondienst in de private sfeer zal wel degelijk het grondrecht op privacy (zo men wil: de contractsvrijheid) voorgaan boven het gelijkheidsbeginsel.

Common law: Amerikaans recht

35. Hoe wordt het conflict tussen discriminatieverbod en contractsvrijheid nu behandeld in de common law? In Engeland en de Verenigde Staten is enerzijds een uitgebreide discussie gevoerd over de vraag van *policy*, anderzijds bestaat ook daar specifieke wetgeving.

De vraag of discriminatie is toegestaan is in de common law aanvankelijk (vanaf de Middeleeuwen) gezien vanuit het perspectief van het eigendomsrecht: wat is het dat de eigenaar mag doen met zijn onroerend goed? In beginsel alles, dus ook het weigeren van gasten om welke reden dan ook. Lord Diplock stelde in 1974:²²⁵

‘A private citizen providing goods, facilities or services to others for any purpose that is not unlawful, has at common law freedom of choice as to whom and on what terms he will provide them. He may treat one person less favourably than another, however unreasonable or discreditable his reasons for doing so may be.’

Dit is anders indien sprake is van een ‘common calling’ (oorspronkelijk de herberg, later ook het uitbaten van een hotel, restaurant, drinkgelegenheid, theater, maar bijvoorbeeld ook van een veerverbinding): het is de uitbater verboden om de gast te weigeren zonder goede reden. Ras is geen goede reden, zoals ook de Engelse rechter in 1944 vaststelde.²²⁶ Redengevend daarvoor is dat de aard van de activiteit (het uitbaten van een publieke gelegenheid met als doel het maken van winst) discriminatie op basis van in dit verband irrelevante kenmerken als ras of geloof niet toestaat. Bij het uitoefenen van de common calling is immers de persoon van de wederpartij niet relevant. Dezelfde redenering gaat tegenwoordig op bij winkels of andere zakelijke activiteiten, maar bijvoorbeeld ook in geval van privé-klinieken. Dat kan ook worden geformuleerd in termen van ‘public interest’, zoals in de VS gebeurt. Ook daar is de gedachte, zoals Reichmann dat formuleert, dat het uitsluiten van mensen van een bepaalde groep ‘on the basis of group-based personal characteristics that are irrelevant

²²¹ Belgisch Staatsblad 17 maart 2003, ook beschikbaar via <<http://www.just.fgov.be>>.

²²² Zie Dirix, o.c., p. 52 v.; De Ly, o.c., RW 1991-1992, p. 1141 v.; Theunis, o.c., p. 175 v.

²²³ Cass. 9 december 1948, *Revue Critique de Jurisprudence Belge* (RCJB) 1954, 251.

²²⁴ Aldus Walter van Gerven & Sofie Covemaeker, *Verbintenissenrecht*, Leuven 2001, p. 54.

²²⁵ *Dockers' Labour Club v Race Relations Board*, [1974] 3 All ER 592.

²²⁶ *Constantine v Imperial Hotels*, [1944] 1 King's Bench Division (KB) 693.

to the *raison d'être* of the commerce²²⁷ is verboden. Wie zijn eigendom openstelt voor het publiek, moet daarvan de consequenties dragen en heeft een 'duty to serve'. In het zakenleven is irrelevant om te onderscheiden naar ras, geslacht of seksuele voorkeur.²²⁸

In de VS wordt een discussie gevoerd over de vraag wat tegenwoordig de grondslag is voor deze 'duty to serve'-doctrine. Onder meer is de gedachte van de 'implied promise' naar voren gebracht. Williams²²⁹ stelt: '[the] reasonable expectation to be free from racial discrimination can be given effect by finding as a matter of law that all persons who contemplate entering into contracts make implied promises not to discriminate on the basis of race'. Wie dit doortrekt naar het Nederlands recht, zou de basis voor de plicht om niet te discrimineren moeten zoeken in art. 6:248 lid 1 BW.

36. In de VS bestaan ook federale wetten op het terrein van 'civil rights' die ten doel hebben om discriminatie tegen te gaan. Ik noem Title VII van de Civil Rights Act 1964,²³⁰ die discriminatie door de werkgever bij onder meer het aanstellen van werknemers verbiedt (en die in geval van opzettelijke discriminatie de mogelijkheid opent voor de rechter om de werkgever te verplichten de benadeelde (aspirant) werknemer alsnog in dienst te nemen met betaling van loon tot twee jaar terug²³¹) en de Fair Housing Act 1968,²³² die discriminatie bij verhuur en verkoop van woningen verbiedt. De benadeelde heeft een actie tegen de discriminerende wederpartij voor een *injunction* (zoals het verplichten van de eigenaar/verhuurder tot alsnog verkopen of verhuren) en tot vergoeding van de schade (inclusief punitieve damages).²³³ Ook bestaat een Equal Credit Opportunity Act,²³⁴ die discriminatie bij kredietverlening verbiedt. Maar de voor mijn thema belangrijkste bepaling is de in algemene bewoordingen gestelde Section 1981 van Title 42 van de United States Code.²³⁵ Dit artikel, met als opschrift 'Equal rights under the law', bepaalt dat 'All persons within the jurisdiction of the United States shall have the same right in every State and Territory to make and enforce contracts (...) as is enjoyed by white citizens'. 'To make and enforce contracts' omvat in dit verband 'the making, performance, modification, and termination of contracts, and the enjoyment of all benefits, privileges, terms, and conditions of the contractual relationship'. Dit artikel was in de vergetelheid geraakt, tot het in 1968 door de Supreme Court werd opgerakeld in een zaak waarin een huiseigenaar niet wenste te verkopen aan een zwarte geïnteresseerde. Sindsdien heeft het een opmars gemaakt.²³⁶

Interessant is dat deze Section 1981 geen beperking kent tot commerciële of publieke activiteiten. Denkbaar is dat Section 1981 daarmee in strijd komt met de bescherming van privacy in de Amerikaanse Grondwet. In de zaak *Runyon v. McCrary*²³⁷ kwam deze vraag voor de Supreme Court. In casu was de vraag of een privé-school in Virginia het recht had om twee zwarte leerlingen te weigeren op de grond dat zij zwart waren (de school had als reden voor de weigering opgegeven dat deze 'not integrated' was). Door de school werd bepleit dat dit geheel en al een private kwestie was en dat Section 1981 daarover niets zei. Intussen bood de school zijn diensten wel aan het algemene publiek aan, onder meer in de Gouden Gids en door een actief wervingsbeleid. Een meerderheid van het Hof vond dat Section 1981 in dit geval wel degelijk van toepassing was en dat de bepaling bovendien door de beugel van de privacybescherming kon omdat nu eenmaal publiekelijk werd geadverteerd. Deze terechte uitkomst was niet verrassend, want al veel langer stond vast dat Section 1981 ook ziet op puur horizontale verhoudingen.²³⁸ Maar dat neemt niet weg dat de bepaling nog

²²⁷ Amnon Reichmann, *Property Rights, Public Policy and the Limits of the Legal Power to Discriminate*, in: Friedmann & Barak-Erez (eds.), o.c., p. 252. Reichmann bespreekt daar ook nog andere benaderingen.

²²⁸ De redenering kan ook worden gebruikt om de overheid aan de grondrechten te binden: omdat de overheid bij de diensten die zij aanbiedt, uit de aard der zaak monopolist is, is zij verplicht om een ieder te bedienen.

²²⁹ Zie Williams, o.c., p. 208 en vgl. Note: *The antidiscrimination principle in the common law*, Harvard Law Review (HLR) 102 (1991), p. 1993 v.

²³⁰ Opgenomen in 42 United States Code (U.S.C.) 2000e v.

²³¹ Sec. 2000e-5 sub g.

²³² 42 U.S.C. 3601 (= Title VIII Civil Rights Act).

²³³ Sec. 813 (42 U.S.C. 3613).

²³⁴ 15 U.S.C. 1691 e.v. De wet is van 1988.

²³⁵ 42 U.S.C. 1981. De essentie van de bepaling stamt uit 1870.

²³⁶ Zie daarover Lawrence M. Friedman, *American Law in the 20th Century*, New Haven 2002, p. 301 v.

²³⁷ 427 US 160 (1976). Sec. 42 U.S.C. 2000a (e) was in casu niet van toepassing.

²³⁸ Zie *Johnson v Railway Express*, 427 US 160.

ruimte laat voor contracten van persoonlijke aard: ook in de VS is in de private sfeer discriminatie wel degelijk toegestaan. Rechter Powell lijkt in zijn *concurring opinion* de juiste opvatting te schetsen:

‘In certain personal contractual relationships (...), such as those where the offeror selects those with whom he desires to bargain on an individualized basis, or where the contract is the foundation of a close association (such as, for example, that between an employer and a private tutor, babysitter, or house-keeper), there is reason to assume that, although the choice made by the offeror is selective, it reflects “a purpose of exclusiveness” other than the desire to bar members of the Negro race’.

Maar in casu ontbrak eenvoudigweg een dergelijke ‘personal contractual relationship’. Interessant is dat ook hier het gewenste resultaat eenvoudig langs privaatrechtelijke weg kan worden bereikt. Nog eens rechter Powell:

‘The schools are operated strictly on a commercial basis, and one fairly could construe their open-end invitations as offers that matured into binding contracts when accepted by those who met the final academic, financial, and other racially neutral specified conditions as to qualifications for entrance. There is no reason to assume that the schools had any special reason for exercising an option of personal choice (...). A small kindergarten or music class, operated on the basis of personal invitations extended to a limited number of preidentified students, for example, would present a far different case.’

Ik wijs ten slotte nog op Section 2000a.²³⁹ Dit handelt over het discriminatieverbod in ‘places of public accommodation’, dus op het terrein van de eerder behandelde ‘common callings.’ Discriminatie op grond van ras, kleur, godsdienst of herkomst is verboden in deze openbare commerciële plaatsen, die in de wet in een lange lijst worden opgesomd. Grofweg gaat het om hotels en motels, tenzij er niet meer dan vijf kamers zijn en de eigenaar zelf ook in het gebouw woont, om horecagelegenheden, bioscopen, theaters en stadions. De zogenaamde ‘private establishments’ (die niet open zijn voor het publiek) zijn van het verbod uitgesloten.

Het Amerikaanse recht biedt hiermee een fraaie illustratie van de door mij voorgestane scheiding tussen publieke en private sfeer. Wie zich afficheert als beschikbaar voor het publiek, stemt er in toe om niet op in dat verband irrelevante kenmerken te selecteren. Hoe meer men zich beweegt in de publieke sfeer (en de commerciële sfeer zal daar wel steeds onder vallen), des te meer het gerechtvaardigd is om overwegingen van publiek belang (tegenaan van discriminatie) te laten meespelen.

Common law: Engels recht

37. De Engelse wetgever volgt op het vlak van het gelijkheidsbeginsel de zogenaamde ‘fixed category approach’²⁴⁰: zoveel mogelijk wordt limitatief opgesomd in welke specifieke gevallen discriminatie verboden is. De belangrijkste wet in het Verenigd Koninkrijk is in dit opzicht de Race Relations Act 1976, die discriminatie op grond van ‘racial grounds’ verbiedt en daarbij zowel betrekking heeft op de arbeid als op huisvesting, verkoop en verhuur van zaken en dienstverlening.²⁴¹ Deze wet is in juli 2003 aangepast aan de Europese richtlijn 2000/43.²⁴² Ik volsta met het noemen van enkele bepalingen die mij interesseren. Eerst Section 20 (1):

‘It is unlawful for any person concerned with the provision (for payment or not) of goods, facilities or services to the public or a section of the public to discriminate against a person who seeks to obtain or use those goods, facilities or services
(a) by refusing or deliberately omitting to provide him with any of them (...).’

Hieronder vallen blijkens Section 20 (2) winkels, horeca, banken en transportondernemingen, maar de beperking blijft dat het moet gaan om ‘publieke’ overeenkomsten.

²³⁹ 42 U.S.C. 2000a (is Section 201 (e) van de Civil Rights Act 1964).

²⁴⁰ Zie Sandra Fredman, *Discrimination Law*, Oxford 2002, p. 68.

²⁴¹ Daarnaast bestaat andere specifieke wetgeving, zoals de Sex Discrimination Act 1975 en de Disability Discrimination Act 1995.

²⁴² Race Relations Act 1976 (Amendment) Regulations 2003, Instrument 2003, no. 1626, beschikbaar via <http://www.homeoffice.gov.uk.comrace>.

Ook bij het verkopen en verhuren van onroerende zaken is discriminatie verboden, maar ook daarop bestaat een uitzondering. Section 21 bepaalt thans:

- ‘(1) It is unlawful for a person, in relation to premises in Great Britain of which he has power to dispose, to discriminate against another
(a) in the terms on which he offers him those premises;
(...)
(3) Subsection (1) does not apply to discrimination, on grounds other than those of race or ethnic or national origins, by a person who owns an estate or interest in the premises and wholly occupies them unless he uses the services of an estate agent for the purposes of the disposal of the premises, or publishes (...) an advertisement in connection with the disposal’.

De privé-huisbezitter die niet adverteert of via een makelaar te koop aanbiedt mag dus discrimineren, maar niet op grond van ras of etnische of nationale herkomst. Dat laatste mocht vroeger wel, maar de Britse regering achtte een versterking van het discriminatieverbod nodig op grond van Richtlijn 2000/43. Dat betekent dat discriminatie op grond van huidskleur of nationaliteit wél mogelijk blijft. Section 3 van de Act maakt immers duidelijk dat de door de wet verboden discriminatie op ‘racial grounds’ betekent discriminatie op grond van ‘colour, race, nationality or ethnic or national origins’. Voor de Nederlandse lezer lijkt het nogal gekunsteld om op deze wijze te onderscheiden tussen huidskleur en ras of etnische herkomst.²⁴³ In de Nederlandse wetgeving (onder meer art. 1 Grondwet en de AWGB) omvat het woord ‘ras’ immers huidskleur, afkomst en nationale of etnische afstamming.²⁴⁴ Toch dient naar Engels recht een dergelijk – gekunsteld – onderscheid te worden gemaakt.

Intussen bestaat op bovengenoemde discriminatieverboden een uitzondering in geval van een ‘small dwelling’ (kortweg: dat voorzieningen als keuken en badkamer worden gedeeld met de verhuurder), waarbij discriminatie op grond van huidskleur of nationaliteit mogelijk blijft, maar die op grond van ras of herkomst thans eveneens verboden is. Aldus Section 22:

- (1) Sections 20(1) and 21 do not apply to discrimination, on grounds other than those of race or ethnic or national origins in either the provision by a person of accommodation in any premises, or the disposal of premises by him, if
(a) that person or a near relative of his (...) resides, and intends to continue to reside, on the premises; and
(b) there is on the premises (...) accommodation (...) shared (...) with other persons residing on the premises who are not members of his household; and
(c) the premises are small premises’.

Ten slotte meld ik dat in de nieuwe versie van de wet ook discriminatie op grond van ras of etnische of nationale herkomst bij aanstelling in huishoudens (*private household*) niet langer mogelijk is. Die discriminatie was tot juli 2003 toegestaan op grond van Section 4 van de Race Relations Act, maar nanny, tuinman en huishoudelijke hulp mogen thans op die gronden niet langer worden gediscrimineerd. Section 4 luidt nu voor zover hier relevant:

- ‘(1) It is unlawful for a person, in relation to employment by him at an establishment in Great Britain, to discriminate against another (...)
(c) by refusing or deliberately omitting to offer him that employment.
(2) Except in relation to (...) discrimination on grounds of race or ethnic or national origins, subsection (...) 1 [does] not apply to employment for the purposes of a private household.’

De aangepaste wet heeft in het Verenigd Koninkrijk, waar meer dan vier miljoen mensen werkzaam zijn in private huishoudens, geleid tot enige onrust. Dat discriminatie ‘in one’s own home’ niet langer

²⁴³ In *Mandla v Lee*, [1983] 2 Appeal Cases (AC) 548, zette de House of Lords uiteen dat een groep van etnische herkomst is indien die een lange gedeelde geschiedenis en een eigen culturele traditie heeft.

²⁴⁴ Zie TK 2002-2003, 28 770, nr. 3, p. 3.

mogelijk is (zij het wel op grond van kleur of nationaliteit),²⁴⁵ is gestuit op onbegrip. Ik citeer uit *The Guardian*:²⁴⁶

‘In fact, they (werkgevers, JMS) will be able to discriminate like mad against a multitude of candidates: against people who are irritating, prying, bossy, thuggish, affected, pious, loud, suggestive, snobbish, new agey, anti-semitic, stropky, too clever, too dim, homophobic, or anyone they just don't like the look of, so long as they are white. But in the event that a candidate who, for whatever trifling personal reason, has failed to appeal at interview, should also belong to a different racial group, then the act can be invoked, and it will be up to an employer to prove that they are not racist.’

Nog afgezien van het mijns inziens weinig zinvolle onderscheid tussen *race* en *ethnic or national origins* enerzijds en *color* en *nationality* anderzijds, lijken mij de recente wijzigingen van de Engelse wet een te grote inbreuk op het recht op privacy van personen die een privé-huishouden bestieren. De Europese richtlijn 2000/43 verplicht ook niet tot die wijzigingen.

Erfrecht: testeervrijheid en grondrechten

38. Het is interessant om kennis te nemen van de doorwerking van grondrechten in het erfrecht, met name op het vlak van de uiterste wil (zoals testament en legaat). De testeervrijheid van de erflater kan immers bij uitstek worden beschouwd als een terrein dat behoort tot de private sfeer. Meer dan de overeenkomst, die als meerzijdige rechtshandeling immers ook de instemming van de wederpartij eist, is de uiterste wil uiting van de privaatautonomie van één persoon. Mag nu de erflater, indien hij beschikt over zijn vermogen, onbepaald discrimineren? Dat hij bij testament bepaalt dat enkel zijn mannelijke familieleden of enkel familieleden met blanke huidskleur zullen erven, zal niet snel voorkomen: een omschrijving van de erfgenamen bij naam ligt meer voor de hand. Beter denkbaar is dat in de erfstelling een voorwaarde is opgenomen die als discriminerend is aan te merken. Zo kan in de uiterste wil staan dat iemand het toegezegde voordeel zal worden ontnomen indien hij trouwt met een vrouw van andere huidskleur dan de zijne. In de Engelse zaak *Blathwayt v. Baron Cawley*,²⁴⁷ was bedongen dat de erfgenaam niet Rooms-Katholiek zou zijn of later zou worden (wat dus eigenlijk een conflict tussen testeervrijheid en godsdienstvrijheid opleverde). Ook hier kan het criterium van publieke en private sfeer goede diensten bewijzen. Ik licht dat toe aan de hand van enkele recente Duitse uitspraken.

39. De Duitse rechter heeft zich diverse malen gebogen over zaken waarin de testeervrijheid botste met andere grondrechten. De Duitse *Grundgesetz* beschermt in art. 14 expliciet ‘das Erbrecht’, wat door het Bundesverfassungsgericht wordt opgevat als bescherming van de testeerder om zijn eigendom na te laten aan wie hij dat wenst.²⁴⁸ Anderzijds kunnen zowel het gelijkheidsbeginsel (art. 3) als de vrijheid van godsdienst (art. 4) en de vrijheid om te huwen (art. 6 lid 1) in de weg staan aan ongebreidelde testeervrijheid. Uit de Duitse rechtspraak blijkt dat vrijwel steeds aan de autonomie van de erflater voorrang wordt gegeven: zelden komt het tot nietigheid van de erfstelling. Wel heel ver ging dat in het geval van een testament waarin voorwaarde voor de erfstelling was dat de zoon zich zou laten scheiden van zijn ontrouwe vrouw. Het Bundesgerichtshof achtte die voorwaarde geldig, een oordeel dat in de doctrine kritisch is ontvangen.²⁴⁹

²⁴⁵ Ik wijs er overigens op dat nog een uitzondering mogelijk is in geval van een ‘genuine occupational requirement’ (aldus nl. art. 4 van Richtlijn 2000/43: is het discriminerend kenmerk een ‘wezenlijk en bepalend beroepsvereiste’, dan is discriminatie, mits een redelijke doel-middel verhouding, toegestaan. Zie voor Nederland art. 2 AWGB. Terzijde merk ik op dat de heersende visie in Engeland lijkt te zijn (op grond van de websites die ik raadpleegde) dat een Moslim op die grond wel een andere Moslim als hulp in de huishouding mag inhuren, met achterstelling van niet-Moslims.

²⁴⁶ Catherine Bennett, *Why should the nanny state pick our nannies?*, *The Guardian* 23 oktober 2002.

²⁴⁷ [1975] 3 All England Law Reports (All ER) 625.

²⁴⁸ Vgl. Andreas Heldrich & Gebhard M. Rehm, *Importing Constitutional Values through Blanket Clauses*, in: Friedmann & Barak-Erez (eds.), o.c., p. 117.

²⁴⁹ BGH 28 januari 1956, *Zeitschrift für das gesamte Familienrecht (FamRZ)* 1956, 130, bekritiseerd in de overgrote meerderheid van de doctrine. Zie Dieter Leipold, *Testierfreiheit und Sittenwidrigkeit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs*, in: C.-W. Canaris e.a. (Hrsg.), *50 Jahre Bundesgerichtshof; Festgabe aus der Wissenschaft*, Bd. I, München 2000, p. 1011 v.

Het Bundesgerichtshof heeft de ingezette koers voortgezet in twee recente zaken.²⁵⁰ In beide gevallen ging het om het huwelijk van een lid van een adellijke familie, respectievelijk van het vorstendom van Leiningen en van de Hohenzollern. In beide zaken was een mannelijk lid van de familie getrouwd zonder dat aan de door de familie vereiste regels (de 'Hausverfassung') was voldaan. In het eerste geval was de goedkeuring van de vader niet verkregen, in het tweede was de gelukkige gade niet van het vereiste niveau ('ebenbürtig'). De aanspraken op de erfenis werden daarmee volgens de familieregels verspeeld. In de Hohenzollern-zaak oordeelde het Bundesgerichtshof²⁵¹ dat de testeervrijheid prevaleert boven het grondrecht op gelijkheid: de erflater mag discrimineren tussen erfgenamen. De afweging vond plaats in het kader van § 138 BGB:²⁵² de daar bedoelde nietigheid van rechtshandelingen mag in geval van een testament slechts bij grote uitzondering bestaan. Het lijkt overigens betrekkelijk irrelevant welke open norm hier wordt gekozen: in deze zaak had namelijk eerder het Oberlandesgericht in Stuttgart de zaak in het kader van § 242²⁵³ behandeld (en daarbij, opmerkelijk genoeg, geoordeeld dat het doen van een beroep op de familieregels in strijd kwam met *Treu und Glauben*,²⁵⁴ zodat de facto aan het gelijkheidsbeginsel voorrang werd gegeven). In de Leiningen-zaak oordeelde de Beierse rechter ook dat de testeervrijheid voor ging; het Bundesverfassungsgericht weigerde vervolgens zelfs maar om de zaak materieel te beoordelen nu kennelijk een juiste afweging was gemaakt: de testeervrijheid omvat de vrijheid om anders over het vermogen te beschikken dan conform de algemene maatschappelijke opvattingen.²⁵⁵ Kortom: overwegingen van publiek(rechtelijk)e aard gaan hier niet aan. Terecht was de doctrine dan ook zeer kritisch toen, in een ander geval, de voorwaarde voor de erfstelling dat de erfgenaam zou terugtreden uit de Scientology-kerk door de rechter wel in strijd met de goede zeden werd geoordeeld.²⁵⁶

Ik acht beide bovenstaande uitspraken geheel juist. De uiterste wil is bij uitstek deel van de private sfeer. Zelfs indien daarin discriminatie naar ras plaatsvindt, acht ik dat (met Bezenberger²⁵⁷) in beginsel niet in strijd met de goede zeden. In Duitsland is dat, anders dan bij discriminatie naar andere kenmerken, in de doctrine omstreven.²⁵⁸ Maar, om met Lord Wilberforce te spreken in de voornoemde zaak van Baron Cawley:²⁵⁹ 'discrimination is not the same thing as choice, it operates over a larger and less personal area, and (...) private selection [has not] yet become a matter of public policy'.

Het is slechts anders indien de erflater een publieke bestemming geeft aan zijn vermogen: dan komen overwegingen van publieke aard weer wel aan de orde. Terecht oordeelde de Court of Appeal van Ontario²⁶⁰ dan ook dat een bij testament opgerichte *zg. charitable trust*, waaruit beurzen werden toegekend, maar op discriminerende wijze, in strijd was met de openbare orde. Essentieel was dat een dergelijke trust, in tegenstelling tot een private trust, voor de gemeenschap wordt opgericht en dus een publiek karakter heeft. Dat maakt discriminatie ontoelaatbaar.

40. Naar Nederlands erfrecht is de vraag wanneer testeervrijheid in strijd komt met grondrechten bij mijn weten zelden gerezen. De handboeken getuigen er in elk geval niet van. De uiterste wilsbeschikking is als eenzijdige rechtshandeling (art. 4:42 BW) op de voet van art. 4:44 nietig als hetzij de inhoud in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, hetzij voor het maken van de

²⁵⁰ Beide weergegeven door Heldrich & Rehm, o.c., p. 116 v.

²⁵¹ BGH 2 december 1998, BGHZ 140, 118; NJW 1999, 566 v.

²⁵² § 138 lid 1 BGB luidt: 'Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig'.

²⁵³ § 242 luidt: 'Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern'.

²⁵⁴ Zie de excellente weergave bij Heldrich & Rehm, o.c., p. 120.

²⁵⁵ BVerfG 21 februari 2000, 1937/97, beschikbaar via <<http://www.bverfg.de/entscheidungen>>. Zie ook Heldrich & Rehm, o.c., p. 122.

²⁵⁶ Oberlandesgericht Düsseldorf, NJW 1988, 2615 v., waarover Stefan Smid, *Rechtliche Schranken der Testierfreiheit aus § 138 I BGB*, NJW 1990, p. 409 v.

²⁵⁷ Bezenberger, o.c., p. 416, alwaar verdere literatuur.

²⁵⁸ Maar naar Amerikaans recht niet: in een testament mag worden gediscrimineerd op grond van huidskleur; zie *Evans v Abney*, 396 US 345 (1970).

²⁵⁹ [1975] 3 All ER 625.

²⁶⁰ *Canada Trust v Ontario Human Rights Commission*, [1991] 74 Ontario Reports (OR) 481, aangehaald door Weinrib & Weinrib, o.c., p. 67.

uiterste wil een ongeoorloofde beweegreden beslissend is geweest en dat ook in de wil is vermeld (dat zal wel zelden voorkomen). Overigens volgt de nietigheid ook reeds uit art. 3:40 BW.²⁶¹ Perrick weet wel te melden dat een legaat onder de voorwaarde dat de legataris vóór een bepaalde leeftijd huwt, nietig is omdat die voorwaarde in strijd komt met de openbare orde,²⁶² maar geeft geen enkele motivering van die stelling. Inmiddels zal duidelijk zijn dat ik een dergelijke voorwaarde, als uitoefening van privaatautonomie door de erflater, wel degelijk geldig acht. Zoals gezegd acht ik ook de uitsluiting van een erfgenaam op de grond dat deze een bepaalde huidskleur, nationaliteit, etc. heeft, geldig, mede tegen de achtergrond van het Nederlands erfrecht dat in zekere mate het gelijkheidsbeginsel al dwingend voorschrijft nu elk kind recht heeft op zijn wettelijk erfdeel. Bovendien verkrijgt de erfgenaam om niet en is hij gerechtigd om, indien hij de voorwaarde onereus vindt, de erfenis te verwerpen. In het conflict tussen de privaatautonomie en het discriminatieverbod gaat hier in beginsel de eerste voor.

Bezenberger acht de voorwaarde dat de erfgenaam dient te trouwen met iemand van gelijke huidskleur wel in strijd met de goede zeden. Hij meent dat het niet aangaat om het kind de keuze van de erflater op een zo persoonlijk terrein op te dringen, zodat de keuze van de partner hier voor gaat boven de testeervrijheid.²⁶³ Ik zie evenwel geen wezenlijk verschil met de eerder besproken gevallen. Waarom zou discriminatie op grond van nationaliteit, geslacht of godsdienst minder erg zijn dan die naar ras? Al deze vormen van discriminatie zijn moreel even afkeurenswaardig, maar in het conflict tussen gelijkheidsbeginsel en privé-sfeer gaat in rechte de laatste voor. Hoewel Bezenbergers opvatting ook op mij uiteraard sympathiek overkomt, blijf ik mij keren tegen een beïnvloeding van de testeervrijheid door overwegingen van publieke aard.

Intussen zij bedacht dat de begunstigde van dit soort discriminerende voorwaarden in de uiterste wil vaak niet op de hoogte is, zodat van een beïnvloeding van diens gedrag ook geen sprake kan zijn. Kent de begunstigde de voorwaarde wél, dan blijft hij vrij, maar ontgaat hem enkel een financieel voordeel. Voor alle duidelijkheid voeg ik hier aan toe dat zodra het gaat om voorwaarden die inhouden dat de begunstigde ook ná de dood van de erflater (en het hebben verkregen van het voordeel) niet mag huwen, godsdienst belijden, etc. doorgaans wél sprake zal zijn van een ongeoorloofde voorwaarde. In dat geval zou immers de autonomie van de *begunstigde* weer te zeer worden aangetast.

Tweede gevaltype: contractsvrijheid en het vrijwillig prijsgeven van grondrechten

41. Thans kom ik toe aan conflicten tussen contractsvrijheid en andere grondrechten dan het gelijkheidsbeginsel. De al genoemde Mensendieck-arresten²⁶⁴ zijn daarvan een voorbeeld: kan men rechtsgeldig afstand doen van de vrijheid van onderwijs? De Hoge Raad sloot dat niet uit. Ook reeds aangehaald²⁶⁵ zijn de pachtzaken, waarin de afspraak dat de pachtovereenkomst mocht worden ontbonden indien de pachter van geloof veranderde, nietig werd geacht wegens strijd met de goede zeden. Bij de beantwoording van de vraag in hoeverre grondrechten contractueel kunnen worden prijsgegeven, kan het onderscheid tussen publieke en private sfeer mijns inziens ook goede diensten bewijzen.

Dit soort afspraken zal namelijk niet zelden in de privé-sfeer worden gemaakt en alleen daarom al niet afdwingbaar zijn. De afspraak met de verloofde om na het huwelijk het lidmaatschap van een motorclub op te geven, niet langer te demonstreren tegen globalisme of over te gaan tot het gereformeerd geloof,²⁶⁶ kunnen als in strijd met resp. art. 6, 7 en 8 van de Nederlandse Grondwet worden beschouwd, maar dat is eigenlijk niet relevant: dit soort afspraken tussen (aanstaande) familieleden behoort niet tot de rechtssfeer door te dringen. Ik citeer Lord Atkin in de beroemde Engelse zaak *Balfour v. Balfour*:²⁶⁷

²⁶¹ Zie ook Asser-Perrick, *Erfrecht en schenking*, 13^{de} dr., Deventer 2002, no.'s 107 en 174.

²⁶² Asser-Perrick, no. 115; evenmin in de 12^{de} dr. uit 1996.

²⁶³ Bezenberger, o.c., p. 418.

²⁶⁴ HR 31 oktober 1969, NJ 1970, 57 en HR 18 juni 1971, NJ 1971, 407 (Mensendieck I en II). Zie *boven*, no. 25

²⁶⁵ *Boven*, no. 13.

²⁶⁶ Vgl. ook J.H. Nieuwenhuis, *Promises, promises*, NJB 2001, p. 1796.

²⁶⁷ [1919] 2 KB 571.

‘the common law does not regulate the form of agreements between spouses. Their promises are not sealed with seals and sealing wax. The consideration that really obtains for them is that natural love and affection which counts for so little in these cold Courts’.

Hetzelfde geldt voor de afspraak tussen twee samenwoners dat de vrouw de pil zal gebruiken, maar dit vervolgens bewust nalaat om, in strijd met de wil van de man, een kind van hem te baren. Die afspraak werd door de Duitse rechter niet bindend beschouwd. De beslissing een kind te verwekken behoort volgens het Bundesgerichtshof²⁶⁸ namelijk tot het persoonlijkheidsrecht van de partners en enige afspraak daaromtrent bindt hen niet. Ook misleiding over de conceptie (en dus de eventuele onrechtmatigheid van het gedrag van de vrouw) viel daarmee volgens de rechter buiten de rechtssfeer.²⁶⁹

Dit komt anders te liggen indien buiten de vrienden- of familiesfeer wordt gecontracteerd over een grondrecht. In dat geval komt de vraag of de overeenkomst al dan niet geldig is ten volle aan de orde. Het oordeel dat *altijd* waar een grondrecht wordt ‘weggecontracteerd’ sprake is van een nietige overeenkomst, is in elk geval onjuist. Ik zou zelfs het tegendeel willen aannemen: in beginsel kan tegenover een *medeburger* vrijwillig afstand worden gedaan van een grondrecht (dat nu eenmaal slechts tegenover de *overheid* onvervreemdbaar is). Waarom zou ik immers, om mij moverende redenen, niet overeen mogen komen dat ik mij de komende vijf jaar zal onthouden van het publiekelijk belijden van enige godsdienst? Of dat ik geen uitspraken zal doen over politieke kwesties? Ik meen, met Cliteur,²⁷⁰ dat zelfs in de verhouding tot de overheid het recht op vrijheid van meningsuiting mag worden beperkt, namelijk waar het gaat om ambtenaren voor zaken die hun ambt aangaan. Dat geldt *mutatis mutandis* ook voor private personen. Indien ik met de bank bindend kan afspreken dat ik tot mijn 65ste meer dan de helft van mijn inkomen aan de aflossing van een hypothecaire lening zal besteden, mag ik er toch ook in toestemmen om openlijk het katholieke geloof te belijden in ruil voor het voordelig verkrijgen van een stuk grond? Die beslissing is aan mij; paternalistische overwegingen passen hier niet. Anders wordt het pas wanneer ik mij in een afhankelijke positie bevond toen ik de toezegging deed, maar dan kent het privaatrecht andere mechanismen om tot een rechtvaardige uitkomst te komen.

Het beginsel dat van grondrechten afstand kan worden gedaan, geldt uiteraard niet onverkort. De afspraak die de vrouwelijke werknemer met haar werkgever maakt dat zij gedurende de arbeidsovereenkomst niet zwanger zal raken, zal wel degelijk nietig zijn wegens strijd met de goede zeden. Zij kan daartoe in Nederland een beroep doen op art. 10 van de Grondwet, dat de persoonlijke levenssfeer beschermt, maar mijns inziens ook op de bescherming van lichamelijke integriteit.²⁷¹ Het economisch belang dat de werkgever daar tegenover kan stellen, weegt daar niet tegen op. In andere landen zal die afweging op gelijke wijze worden gemaakt. Evenzeer nietig is uiteraard de overeenkomst dat crediteur A aan debiteur B stokslagen mag toedienen indien B zijn verplichtingen niet nakomt.

Er zijn ook gevallen waarin kan worden getwist over de uitkomst. Of het naaktmodel dat toezegt voor een tijdschrift te zullen poseren een rechtsgeldige overeenkomst sluit, hangt mijns inziens af van in welke pose zij zich dient te vertonen.²⁷² Om het anders te zeggen: softporno is naar heersende maatschappelijke opvatting niet gelijk te stellen aan hardporno. In het laatste geval moet zij met een beroep op haar privacy of lichamelijke integriteit zich steeds kunnen bevrijden van de overeenkomst. Met Dirix neem ik aan dat zij in dat geval wel schadevergoeding moet betalen indien haar alsnog opgekomen morele bezwaren niet oprecht zijn (zij gaat voor de concurrent werken).²⁷³

²⁶⁸ BGHZ 97, 372.

²⁶⁹ Kritisch daarover: Nieuwenhuis, o.c., p. 1799, die onrechtmatigheid aan wil nemen als degene die de afspraak niet nakwam, ‘had behoren te beseffen dat zijn gedrag niet door de maatschappelijke beugel kon wegens de ernst van de voorzienbare schade van de ander.’

²⁷⁰ Cliteur, *De filosofie van mensenrechten*, o.c., p. 10 en 93 v. Grondrechten dienen er immers niet toe om ambtenaren te beschermen tegen democratisch gelegitimeerde ministers.

²⁷¹ Ten overvloede verwijs ik naar Asser-Hartkamp II, 11^{de} dr., Deventer 2001, no. 245: in art. 3:40 BW moet onder ‘wet’ mede worden verstaan grondwet en verdragenrecht.

²⁷² Asser-Hartkamp II, o.c., no. 45b maakt hier geen onderscheid en stelt dat de contractsvrijheid voor gaat.

²⁷³ Dirix, o.c., p. 79, over de stripteaseuse.

Contractsvrijheid en menselijke waardigheid: drie toepassingen in Duitsland

42. In rechtsvergelijkend perspectief is de meest interessante ontwikkeling op het vlak van het conflict tussen contractsvrijheid en andere grondrechten de wijze waarop het Duitse Bundesverfassungsgericht de *Grundgesetz* een centrale plaats heeft gegeven in het Duits contractenrecht. Het hof heeft op een drietal terreinen de bestaande rechtspraak van het Bundesgerichtshof over de bindendheid van contracten opengebroken. Zij betreffen achtereenvolgens concurrentiebedingen van handelsagenten, de particuliere borgtocht en afspraken tussen (toekomstige of gewezen) echtgenoten. Op elk dezer terreinen hanteerde het Bundesgerichtshof een strikt standpunt: contracten aangegaan door handelingsbekwame personen zijn bindend, ook indien deze leiden tot voor de debiteur op het eerste oog onrechtvaardige consequenties. De constitutionele rechter heeft die houding afgestraft. Tegelijkertijd werd in elk van deze zaken door de ‘zwakkere’ contractspartij impliciet van een haar toekomstig grondrecht afstand gedaan. In twee van de gevallen was dat een concreet grondrecht (de vrijheid van beroep en de bescherming van moeder en kind), maar belangrijker is dat volgens het Bundesverfassungsgericht in alle drie gevallen de menselijke waardigheid was aangetast, hoewel de zwakkere partij uitdrukkelijk zelf had gekozen voor een ‘onredelijke’ overeenkomst. Ik ga in het navolgende op deze drie Duitse zaken in en trek enkele parallellen met andere rechtsstelsels.

De *Handelsvertreter*-uitspraak

43. Het eerste geval, door het Bundesverfassungsgericht in 1990 beslist,²⁷⁴ betrof een handelsagent (*Handelsvertreter*). In casu vertegenwoordigde een 25-jarige agent een wijnhandel. De overeenkomst bevatte een concurrentiebeding, dat inhield dat indien de overeenkomst zou worden beëindigd op grond van een ‘von dem Mitarbeiter verschuldeter wichtiger Grund’, de werknemer gedurende twee jaar niet voor een concurrerend bedrijf mocht werken. Enige vergoeding voor de agent voor de periode waarin het concurrentiebeding zou gelden, was niet voorzien. Dit was ook in overeenstemming met § 90a lid 2 Handelsgesetzbuch (HGB), dat een dergelijke vergoeding bij een aan de agent zelf te wijten opzegging niet voorschreef. Toen de agent de overeenkomst, die toen ruim twee jaar had geduurd, opzegde om voor een andere wijnhandel te gaan werken, vorderde zijn eerste principaal dat hij zich gedurende twee jaar van alle concurrentie zou onthouden. Het Bundesgerichtshof wees die vordering toe: als zelfstandig en onafhankelijk agent stond het hem immers vrij, en was hij in staat, om de nadelen en voordelen van de door hem gesloten overeenkomst tegen elkaar af te wegen. Thans moest hij zich dan ook aan de gemaakte afspraak houden.

De agent stelde dat het Bundesgerichtshof hiermee in strijd met de *Grundgesetz* had gehandeld. Zijn voornaamste argument daarvoor was dat het concurrentiebeding nietig had moeten worden verklaard wegens strijd met de goede zeden (§ 138 BGB). Nu de hoogste civiele rechter dat niet had gedaan, had deze volgens hem zowel zijn persoonlijkheidsrecht als zijn vrijheid van beroep (resp. art. 1 en 2 en art. 12 van de grondwet) geschonden. Het Bundesverfassungsgericht geeft de agent gelijk: toewijzing van de vordering dat de agent zich van concurrentie heeft te onthouden, is in strijd met zijn vrijheid van beroep. § 90a lid 2 HGB is eveneens strijdig met de GG voor zover het een onbeperkt verbod van concurrentie inhoudt zonder enige vergoeding. Het hof stelt:

‘Die Berufsfreiheit des Beschwerdeführers wird durch die angegriffenen Entscheidungen in einer Weise beschränkt, die einer Beeinträchtigung der Berufswahl nahekommt. Dem Beschwerdeführer wird aufgrund der Verurteilung zur Wettbewerbsunterlassung seine berufliche Tätigkeit in einem Ausmass verschlossen, das seine Existenzgrundlage berührt. (...)’

Maar spelen dan geen rol de privaatautonomie en het argument van het Bundesgerichtshof dat wie in staat is voor- en nadelen van een overeenkomst tegen elkaar af te wegen, aan de gemaakte keuze moet worden gehouden? De constitutionele rechter zegt daar van:

‘Auf der Grundlage der Privatautonomie (...) gestalten die Vertragspartner ihre Rechtsbeziehungen eigenverantwortlich. Sie bestimmen selbst, wie ihre gegenläufigen Interessen angemessen auszugleichen sind, und verfügen damit zugleich über ihre grundrechtlich geschützten Positionen ohne staatlichen Zwang. Der Staat hat die im Rahmen der Privatautonomie getroffenen Regelungen grundsätzlich

²⁷⁴ BVerfGE 81, 242; NJW 1990, 1469 (*Handelsvertreter*). Zie daarover ook Christian Hillgruber, *Grundrechtsschutz im Vertragsrecht*, AcP 191 (1991), p. 69 v.

zu respektieren'. (...) Die Feststellung und Beachtung des Vertragsinhalts reicht jedoch nicht aus, um die Verurteilung zur Wettbewerbsunterlassung zu rechtfertigen. Privatautonomie besteht nur im Rahmen der geltenden Gesetze, und diese sind ihrerseits an die Grundrechte gebunden. (...) Hat einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen kann, bewirkt dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung. Wo es an einem annähernden Kräftegleichgewicht der Beteiligten fehlt, ist mit den Mitteln des Vertragsrechts allein kein sachgerechter Ausgleich der Interessen zu gewährleisten. (...)'

De uitoefening van privaatautonomie (*Selbstbestimmung*) door de een vindt, in de opvatting van het Bundesverfassungsgericht, zijn grens in de uitoefening van privaatautonomie door de ander. In geval van ongelijkwaardige partijen kan dat betekenen dat de ene partij zozeer autonoom bepaalt wat de overeenkomst inhoudt dat er voor de ander nog slechts *Fremdbestimmung* is. Dan wordt de grondwettelijk beschermde autonomie geschonden. Bij een concurrentiebeding zonder enige vergoeding is dat kennelijk het geval. Ik wijs er op dat de rechter hiertoe expliciet verwijst naar de 'Existenzgrundlage' van de handelsagent. Om een 25-jarige te verbieden om twee jaar lang zijn beroep uit te oefenen, zonder daarvoor enige vergoeding te krijgen, is een te grote inbreuk op diens reden van bestaan. Ik kom daar op terug.

De waarde van deze uitspraak ligt thans vooral nog in het principe dat autonomie grondwettelijk beschermd is en dat de vrijheid van beroep in de weg kan staan aan het doen van een beroep op een overeengekomen concurrentiebeding. Praktisch wordt de materie immers al lang beheerst door nieuwe wetgeving. De Europese richtlijn 86/653 inzake zelfstandige handelsagenten 1986,²⁷⁵ die in Duitsland is geïmplementeerd in § 84 e.v. HGB,²⁷⁶ stelt grenzen aan de geldigheid van concurrentiebedingen en kent de handelsagent bepaalde vergoedingen toe bij beëindiging van de agentuurovereenkomst.

44. Ik maak kort een vergelijking met het Nederlandse recht. Ook de Nederlandse Grondwet kent in art. 19 lid 3 een recht op 'vrije keuze van arbeid'.²⁷⁷ Dit sociaal grondrecht werd ingeroepen in Kolkman/Cornelisse.²⁷⁸ In casu ging het om een overeengekomen concurrentieverbod bij overname van een bedrijf: de verkoper mocht in de nabije omgeving de nieuwe eigenaar geen concurrentie aandoen. Toen de verkoper (maar helaas pas in cassatie) een beroep deed op zijn 'recht op vrije keuze van arbeid, in verbinding met het aan een ieder toekomend algemeen persoonlijkheidsrecht', oordeelde de Hoge Raad dat een direct beroep op dat grondrecht niet mogelijk was. Het oordeel van het Hof dat het concurrentieverbod geldig was, bleef daarmee in stand. Interessant is wel dat de Hoge Raad inging op het verschil tussen dit concurrentieverbod tussen bedrijven enerzijds en het concurrentiebeding bij agentuurovereenkomst (art. 7:443 BW) en arbeidsovereenkomst (nu art. 7:653) anderzijds: bij de laatste gaat het om bescherming van 'een zwakkere partij (een handelsagent respectievelijk een werknemer, van wie de broodwinning op het spel staat) tegen een sterkere partij (...)' en niet om verkoop van een onderneming door een 'zelfstandig zakenman'. Hier hoort men de echo van de 'Existenzgrundlage'.

Ik meen dat art. 19 lid 3 Grondwet met name kan worden ingeroepen om de bescherming die art. 7:443 en 7:653 BW aan handelsagent en werknemer bieden, mee te funderen. Naar het huidige art. 7:653 BW kan de rechter een concurrentiebeding immers vernietigen op de grond dat, in verhouding tot het te beschermen belang van de werkgever, de werknemer door het beding onbillijk wordt benadeeld. Het grondrecht op vrije arbeidskeuze speelt daarbij aan de kant van de werknemer een rol, zij het naast vele andere factoren (positieverbetering, het risico een nieuwe baan te verliezen of geen werk meer te kunnen vinden, etc.). Aan de kant van de werkgever wordt gelet op onder meer vrees voor benadeling door het verklappen van bedrijfsgeheimen, de duur van de aanstelling, in de

²⁷⁵ Richtlijn betreffende zelfstandige handelsagenten, Pb. EG L 382/17. In Nederland is die richtlijn geïmplementeerd in art. 7:440 v. BW.

²⁷⁶ Interessant is dat de Minister van Justitie zich middels een opinie had gevoegd in de procedure en had gesteld dat het BGH met zijn uitspraak inderdaad de Grundgesetz had geschonden.

²⁷⁷ Zie daarover ook Chantal Mak, Concurrentiebeding, onrechtmatige concurrentie en vrijheid van arbeidskeuze – Over doorwerking van grondrechten in het verbintenissenrecht, AA 52 (2003), p. 428 v.

²⁷⁸ HR 1 juli 1997, NJ 1997, 685 (Kolkman/Cornelisse).

werknemer gedane investeringen, etc.²⁷⁹ Ook maakt het artikel een billijkheidsvergoeding mogelijk indien de werknemer aan het beding wordt gehouden. In het wetsvoorstel voor een nieuwe regeling van het concurrentiebeding²⁸⁰ wordt die billijke vergoeding zelfs een *eis*.²⁸¹ De werking van art. 19 lid 3 Grondwet blijft daarmee mijns inziens zeer indirect: de *waarde* van een recht op beroepsmatige ontplooiing lijkt in de artt. 7:443 en 7:653 BW immers al geheel verwezenlijkt.

De belangrijkste rechtsvergelijkende les is echter dat de rechter, zou zich een geval als dat van de *Handelsvertreter* voordoen in Nederland én zouden geen specifieke wettelijke bepalingen bestaan, tot eenzelfde resultaat kan komen op grond van art. 3:40 of 6:248 BW. Dat gold ook voor het Bundesgerichtshof, maar het maakte daarvan geen gebruik. Het argument van de 'Existenzgrundlage' gaat ook in Nederland op, maar het lijkt me beter om daaraan gevolg te geven via de al bestaande privaatrechtelijke regels. Dat de voorwaarden voor een zinvol menselijk bestaan in het gedrang dreigen te komen (zoals in bovenstaand geval), 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. Redelijkheid en billijkheid wordt aldus ingevuld aan de hand van de fundamentele waarden die kenbaar zijn uit de grondwet.

De *Bürgschaft*-uitspraak

45. Dit brengt mij op een tweede geval, beslist in het bekende²⁸² arrest van het Bundesverfassungsgericht over borgtocht. Hier kwam het conflict tussen privaatautonomie (en contractsvrijheid) en het algemeen persoonlijkheidsrecht of de menselijke waardigheid bij uitstek aan de orde. Eerst kort de casus: de 21-jarige dochter van een makelaar stelde zich (door het ondertekenen van een voorbedrukt formulier) voor meer dan 100.000 Duitse Mark borg voor een schuld van haar vader jegens de bank. De dochter had geen opleiding, was overwegend werkloos en verdiende ten tijde van het aangaan van de borgtocht ongeveer 1150 DM netto in een visfabriek. Nadat haar vader de makelaardij er aan heeft gegeven en een rederij is begonnen, gaat het mis: de vader betaalt zijn schulden niet en de bank spreekt de dochter aan. Van belang is dat door het Oberlandesgericht werd vastgesteld dat de werknemer van de bank haar had gezegd: 'Hier bitte, unterschreiben Sie mal, Sie gehen dabei keine grosse Verpflichtung ein, ich brauche das für meine Akten'. Dit voerde deze appelrechter tot het oordeel dat de bank zijn inlichtingenplicht had geschonden (een geval van *culpa in contrahendo*), wat er toe leidde dat de dochter uiteindelijk niet gebonden was. Het Bundesgerichtshof²⁸³ bepaalde evenwel dat de vrouw wel degelijk een bindende overeenkomst van borgtocht was aangegaan. De redenering van het BGH was geheel technisch-juridisch van aard: onderzocht werd of wellicht sprake was van *Wegfall der Geschäftsgrundlage* of van *culpa in contrahendo*. Dat bleek niet het geval, wat betekende dat de bank zich op de borgtocht kon beroepen. Als redengevend noemde het BGH dat een volwassene ook zonder ervaring in het zakenleven in het algemeen weet dat borg staan risico's met zich brengt. Een mededelingsplicht van de bank jegens de dochter bestond dan ook niet. Gevolg van deze uitspraak was dat de dochter moest betalen. De schuld van 100.000 DM betekende alleen al een maandelijkse rentelast van 708 DM; om aan het bestaansminimum te komen, moest zij dan netto 1800 DM verdienen, een inkomen dat zij, toen het BGH zijn uitspraak deed, nog nooit had gehad.

Het Bundesverfassungsgericht²⁸⁴ heeft zich aan de technisch-juridische redeneerwijze van het BGH weinig gelegen laten liggen, maar concentreerde zich op de persoonlijke tragedie die het hier aantrof.²⁸⁵ De uitspraak is een fraai voorbeeld van de indirecte werking van grondrechten. Onder verwijzing naar de Lüth-uitspraak²⁸⁶ herhaalde het hof dat de open normen van § 138 en § 242 BGB moeten worden geconcretiseerd aan de hand van waarde-oordelen die mede door de Grondwet worden aangegeven. De rechter moet die grondrechten als richtlijnen in acht nemen en indien de grenzen van

²⁷⁹ Van der Heijden (T&C BW), art. 7:653 BW, aant. 6.

²⁸⁰ TK 2001-2002, 28 167.

²⁸¹ Zie daarover Mak, o.c., AA 52 (2003), p. 428 v.

²⁸² Het kreeg in Nederland vooral bekendheid dankzij de bespreking door R.P.J.L. Tjittes, *Bezwaarde verwanten*, Deventer 1996, p. 24 v.

²⁸³ BGH, NJW 1989, 1605.

²⁸⁴ BVerfG 19 oktober 1993, NJW 1994, 36 (Bürgschaft).

²⁸⁵ Zie ook Jürgen Eschenbach & Frank Niebaum, *Von der mittelbaren Drittwirkung unmittelbar zur staatlichen Bevormundung*, *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)* 1994, p. 1079 v.

²⁸⁶ Zie *boven*, no. 14.

een redelijke uitleg van de Grondwet zijn overtreden, acht het Bundesverfassungsgericht zich verplicht tot ingrijpen. In geval van een overeenkomst kan de grondwettelijk beschermde privaatautonomie zijn geschonden indien sprake is van een ‘strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils’ en de gevolgen van de overeenkomst voor de benadeelde contractspartij ‘ungewöhnlich belastend’ zijn. Die correctie vindt plaats door de civiele rechter aan de hand van de open normen. Centraal in de Bürgschaft-uitspraak staat de volgende overweging:

‘Ist aber der Inhalt des Vertrages für eine Seite ungewöhnlich belastend und als Interessenausgleich offensichtlich unangemessen, so dürfen sich die Gerichte nicht mit der Feststellung begnügen: “Vertrag ist Vertrag”. Sie müssen vielmehr klären, ob die Regelung eine Folge strukturell ungleicher Verhandlungsstärke ist, und gegebenenfalls im Rahmen der Generalklauseln des geltenden Zivilrechts korrigierend eingreifen. (...) Ein Verstoß gegen die grundrechtliche Gewährleistung der Privatautonomie kommt (...) dann in Betracht, wenn das Problem gestörter Vertragsparität gar nicht gesehen oder seine Lösung mit untauglichen Mitteln versucht wird’.

Naar het oordeel van het Bundesverfassungsgericht was dat in casu het geval. Dat de borg zich als volwassene *zelf* van de risico’s had moeten vergewissen, volstaat niet als redengeving voor haar gebondenheid. Het risico van borgstelling was volgens het hof in casu abnormaal hoog en moeilijk in te schatten, zelfs niet voor ervaren personen, laat staan voor een 21-jarige laag opgeleide. In zo een geval is beslissend de wijze van totstandkoming van de overeenkomst en in het bijzonder het gedrag van de wederpartij daarbij. Dat het niet informeren van de borg over de risico’s dan niet van belang is voor het rechterlijk oordeel – zoals het BGH meende – is een zo principiële inbreuk op de privaatautonomie dat de beslissing niet in stand kan blijven.

Deze uitspraak kwam niet uit de lucht vallen en de verbijstering die nogal wat Duitse civilisten kort na de uitspraak in tentoonspreidden,²⁸⁷ is dan ook niet geheel terecht. Het Bundesgerichtshof had namelijk in een lange reeks arresten²⁸⁸ consequent geweigerd om, in gevallen waarin de borgtocht leidde tot een ‘levenslang’ afbetalen door vaak onvermogene particulieren (doorgaans werd borg gestaan voor partner of ouders), de debiteur tegemoet te komen. Zoals gezegd was de opvatting van het BGH dat wie handelingsbekwaam is en een overeenkomst sluit, moet weten wat daarvan de consequenties zijn, ook als dat betekent dat men voor de rest van zijn leven op het bestaansminimum blijft. Dit was echter in de literatuur²⁸⁹ fel bekritiseerd: indien de borgtocht deze consequentie heeft, is de overeenkomst in strijd met de goede zeden (§ 138 BGB). In de literatuur werd daarbij ook steeds verwezen naar art. 1 en 2 van de Grondwet. Bovendien ligt de *Bürgschaft*-uitspraak geheel in het verlengde van de *Handelsvertreter*-zaak.

De betekenis van de uitspraak gaat verder dan enkel het geval van borgstelling voor schulden van familieleden (kinderen, ouders, echtgenoten). Steeds waar de overeenkomst ‘ungewöhnlich belastend’ is en dit het gevolg is van ‘strukturell ungleicher Verhandlungsstärke’ moet worden bezien of correctie aan de hand van de privaatrechtelijke open normen nodig is.²⁹⁰ Ik wijs er op dat in dit soort gevallen, net als bij de *Handelsvertreter*, eigenlijk het kunnen voeren van een ‘normaal leven’ (de ‘Existenzgrundlage’) wordt bedreigd.

46. Het stellen van zekerheid door familieleden is een vruchtbaar onderwerp voor rechtsvergelijking. Het type casus zoals berecht in Duitsland is het laatste decennium in vele landen voor de rechter gekomen. Ik verwijs naar wat daarover al door anderen is geschreven, met name door Tjittes²⁹¹ en Blaurock.²⁹² Waarin Duits, Engels en Nederlands recht overeenstemmen, is dat zij in geval van borgstelling voor verwanten een bijzondere zorgplicht op de crediteur (doorgaans de bank) leggen. In

²⁸⁷ Zie bijv. Zöllner, o.c., p. 1 v.; vgl. Hillgruber, o.c., p. 72.

²⁸⁸ Onder andere NJW 1989, 1276 en NJW 1990, 1034. Zie verder de beslissingen genoemd in de uitspraak van het BVerfG zelf en ook Heinrich Honsell, Bürgschaft und Mithaftung einkommens- und vermögensloser Familienmitglieder, NJW 1994, p. 565.

²⁸⁹ Zie bijv. Johannes Köndgen, NJW 1991, p. 2018 v. en de literatuur genoemd bij Honsell, o.c., p. 565 en in de BVerfG-uitspraak zelf.

²⁹⁰ Zie ook Honsell, o.c., p. 566.

²⁹¹ Tjittes, Bezwaarde verwanten, o.c.

²⁹² Uwe Blaurock, Nahe Angehörige als Sicherheitengeber – England und Deutschland, ZEuP 1996, p. 314 v.

Engeland is aldus beslist door de House of Lords in *Barclay's Bank plc v. O'Brien*²⁹³ in een geval waarin een echtgenote er in toestemde dat een tweede hypotheek op het 'family home' werd gegeven voor schulden van haar man nadat de man daartoe 'undue influence' op haar had uitgeoefend. In dat geval is de overeenkomst tussen bank en zekerheidsgever onder meer niet afdwingbaar indien de bank *wist* dat de instemming van de vrouw door een 'actionable wrong' (zoals undue influence of misrepresentation) van de man is veroorzaakt. De bank kan zich in beginsel echter evenmin op de overeenkomst beroepen indien de bank *behoorde* te weten dat de zekerheidsstelling het gevolg is van verkeerd gedrag van de man, hetgeen wordt vermoed indien de overeenkomst voor de vrouw ongunstig is. Dat vermoeden wijkt weer indien de bank 'reasonable steps' neemt om de vrouw te beschermen. Daartoe dient de crediteur de vrouw in te lichten in een gesprek waar haar echtgenoot niet bij is en waarin haar wordt gewezen op het bedrag waarvoor ze kan worden aangesproken en op de risico's die ze loopt, en waarin haar ook wordt aangeraden om onafhankelijk juridisch advies in te winnen.²⁹⁴ In de Engelse praktijk leidt dit er overigens zelden toe dat de vrouw niet gebonden is.²⁹⁵

Vanuit Nederlands perspectief is de vraag of de borgstelling kan leiden tot een te grote aantasting van de privaatautonomie niet zeer actueel. Onomstreden is dat voor de professionele kredietverlener een plicht bestaat om de borg in te lichten omtrent de risico's die aan de borgstelling zijn verbonden. Laat de kredietgever dat na, dan is onder meer een beroep op dwaling (art. 6:228 BW) mogelijk.²⁹⁶ Bovendien kent het Nederlands BW (net als het Duitse overigens) eigen regels (art. 7:857-864) voor de particuliere borg, juist om te voorkomen dat deze geen juiste beoordeling van de risico's kan maken. Daarnaast blijft art. 6:248 BW uitkomst bieden in uitzonderlijke gevallen. Ik herhaal dat juist waar de kredietgever op nakoming staat in een geval waarin dat een menswaardig leven ('Existenzgrundlage') zou bedreigen, het grondrecht indirect als waarde moet doorwerken in de afweging. Zonder twijfel gebeurt dat reeds in de Nederlandse rechtspraak, zij het niet expliciet.

Afspraken tussen echtgenoten: alimentatieovereenkomst en koude uitsluiting

47. De laatste hier te bespreken categorie betreft afspraken tussen (toekomstige of gewezen) echtgenoten. Het is een zeer actueel onderwerp, door Dauner-Lieb aangeduid als een van de 'spannendsten Themen der Zivilrechtsdogmatik'.²⁹⁷ Een interessant recent geval²⁹⁸ betrof het volgende. Echtgenoten waren in 1976 gehuwd onder de, kort vóór het huwelijk overeengekomen, voorwaarde dat in geval van echtscheiding (die er kwam in 1989) man en vrouw aan elkaar geen enkele alimentatie zouden betalen; wel was vastgelegd dat de man na scheiding maandelijks aan de moeder 150 DM zou betalen voor het onderhoud van het kind waarvan de vrouw op het moment van het huwelijk zwanger was. Op de achtergrond van deze uitsluiting van levensonderhoud voor de vrouw én bijna uitsluiting van de kinderalimentatie speelde dat de man al bij de start van de relatie met de moeder had aangegeven niet te willen trouwen of kinderen te wensen uit angst voor financiële aanspraken van vrouw of kind na een eventuele scheiding. Ook is relevant dat de moeder al een ander kind had uit een eerder huwelijk en gedurende haar tweede huwelijk aanzienlijk minder verdiende dan haar echtgenoot. De zoon, die in 1976 wordt geboren, spreekt na de scheiding van zijn ouders zijn vader aan tot betaling van een hogere alimentatie dan de 150 DM. De vordering wordt uiteindelijk afgewezen door de appelrechter in Stuttgart: volgens hem is de afspraak gewoon geldig. Dat was ook in lijn met de opvatting van het Bundesgerichtshof, dat in een reeks arresten²⁹⁹ had geoordeeld dat dit soort bedingen geldig zijn, ook wanneer zij de bestaande wettelijke regels over wie de alimentatie moet betalen, opzij zetten: het kind behoudt namelijk zijn wettelijk recht op alimentatie, maar moet

²⁹³ [1993] 4 All ER 417. Zie de uitgebreide bespreking bij Tjittes, o.c., p. 16 v.

²⁹⁴ Aldus de *leading speech* van Lord Browne-Wilkinson, [1993] 4 All ER, 429-430. Zie ook Belinda Fehlberg, *The Husband, the Bank, the Wife and her Signature*, MLR 57 (1994), p. 467 v. en MLR 59 (1996), p. 675 v.

²⁹⁵ Fehlberg, o.c., MLR 59 (1996), p. 677: 'the balance is tipped in favour of creditors'.

²⁹⁶ Zie HR 1 juni 1990, NJ 1991, 759 (Van Lanschot/Bink). Zie uitgebreid Tjittes, o.c., p. 50 v.

²⁹⁷ Barbara Dauner-Lieb, *Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Ehevertragsrecht*, AcP 201 (2001), p. 297.

²⁹⁸ BVerfG 6 februari 2001, BVerfGE 103, 89; NJW 2001, 957, waarover H.J. Papier, *Ehe und Familie in der neueren Rechtsprechung des BVerfG*, NJW 2002, p. 2129 v., die ook veel meer rechtspraak noemt, Dauner-Lieb, o.c. en Michel Fromont, *Chronique, Revue du Droit Public* 2002, p. 1826.

²⁹⁹ Zie de verwijzingen bij Dauner-Lieb, o.c., p. 296.

daartoe de moeder aanspreken omdat die nu eenmaal met de vader overeenkwam dat hij slechts 150 DM betaalt.

Wederom kan dit oordeel geen genade vinden in de ogen van het Bundesverfassungsgericht. Het herhaalt bij wijze van ‘preamble’ dat art. 2 lid 1 *Grundgesetz* de privaatautonomie beschermt en dat het de functie van het recht is om te verhinderen dat de *Selbstbestimmung* in een *Fremdbestimmung* komt te verkeren, hetgeen via de civielrechtelijke regels moet worden bewerkstelligd. Tot zover niets nieuws. In dit geval bestaat het conflict volgens het Bundesverfassungsgericht echter tussen de uitoefening van privaatautonomie en de artikelen die vrouw, moeder en kind beschermen. Art. 6 lid 4 *Grundgesetz* bepaalt dat elke moeder aanspraak kan maken op de bescherming en de zorg van de gemeenschap.³⁰⁰ Die bepaling moet worden gelezen in het licht van art. 3 lid 2 GG, dat een gebod van gelijke behandeling van mannen en vrouwen inhoudt. Bovendien geldt dat huwelijk en gezin voorwerp van bijzondere zorg van de overheid zijn (art. 6 lid 1 GG) en dat de Staat nog eens een extra verantwoordelijkheid heeft voor kinderen (art. 6 lid 2 GG). Privaatautonomie tussen partners wordt daarom alleen beschermd bij de ‘Ehe, in der Mann und Frau in gleichberechtigter Partnerschaft zueinander stehen’; is de vrouw zwanger op het moment van het sluiten van de overeenkomst (zoals in casu), dan is er reden om haar extra te beschermen. De uit de *Handelsvertreter-* en *Bürgerschaft-*uitspraak bekende factoren dat de overeenkomst niet ‘ungewöhnlich belastend’ mag zijn en dat geen ‘strukturell ungleicher Verhandlungsstärke’ mag bestaan, zijn hier bij uitstek van toepassing. Het Bundesverfassungsgericht stelt:³⁰¹

‘Eine Situation von Unterlegenheit ist regelmässig anzunehmen, wenn eine nicht verheiratete schwangere Frau sich vor die Alternative gestellt sieht, in Zukunft entweder allein für das erwartete Kind Verantwortung und Sorge zu tragen oder durch Eheschliessung den Kindesvater in die Verantwortung einzubinden, wenn auch um den Preis eines mit ihm zu schliessenden, sie aber stark belastenden Ehevertrags’.

De redenering is duidelijk: de ongetrouwde zwangere vrouw heeft, gezien haar zwakke lichamelijke, psychische en economische toestand, zo weinig keuze dat haar onderhandelingspositie ten opzichte van de vader van het kind zwak is. Het hof verwijst hier zelfs naar empirisch materiaal, waaruit zou blijken dat buitenechtelijke zuigelingen een grotere kans hebben om te overlijden dan kinderen die binnen huwelijk worden geboren. Het Oberlandesgericht Stuttgart³⁰² had al deze factoren niet betrokken in zijn oordeel: het had noch aandacht besteed aan de bijzondere positie van de zwangere moeder die al een kind heeft, noch was het nagegaan of de overeenkomst de moeder te zeer belastte. Daarmee had het zich in onvoldoende mate de grondwettelijk beschermde belangen van de moeder aangetrokken.

Men behoefde geen profeet te zijn om deze uitkomst te voorspellen: wederom ging het om een overeenkomst die leidde tot een fnuiken van de *Existenz* van moeder en kind. In zijn opinie aan het Bundesverfassungsgericht had het *Verband alleinstehender Mütter und Väter* gesteld dat de vader het kind, ook jegens de moeder, aldus had behandeld als een niet bestelde zaak, waarvoor niet hoeft te worden betaald. Intussen wordt het beschikken over de kinderalimentatie door een niet-zwangere vrouw niet getroffen door deze uitspraak.

Parallellen met Nederlands en Engels recht

48. De overeenkomst waarbij van het volgens de wet verschuldigde levensonderhoud wordt afgezien, is naar Nederlands recht nietig (art. 1:400 lid 2 BW³⁰³). Weliswaar is het mogelijk dat echtgenoten een alimentatieovereenkomst sluiten (art. 1:158 BW), maar die zal toch niet kunnen zien op de kinderalimentatie. Bovendien zijn overeenkomsten hieromtrent gesloten vóór het huwelijk, zoals in de Duitse zaak het geval was, sowieso nietig.³⁰⁴ Men kan wel vragen stellen bij deze rigoureuze oplossing: kan het werkelijk niet worden overgelaten aan (bijvoorbeeld) toekomstige echtgenoten die geheel bij zinnen zijn, om bij voorbaat te beslissen over aanspraken tot levensonderhoud na

³⁰⁰ Art. 6 lid 4 GG: ‘Jede Mutter hat Anspruch auf den Schutz und die Fürsorge der Gemeinschaft’.

³⁰¹ NJW 2001, 958.

³⁰² OLG Stuttgart 28 november 1991, FamRZ 1992, p. 716.

³⁰³ Waarover Asser-De Boer, Personen- en familierecht, 16^{de} dr., Deventer 2002, no. 639.

³⁰⁴ HR 7 maart 1980, NJ 1980, 363 (X/Y).

echtscheiding? Dat is natuurlijk een retorische vraag: ik meen dat dit wél moet kunnen, zeker nu de aanspraak op het overeengekomene altijd nog in strijd kan worden geacht met redelijkheid en billijkheid.

Wat hier van zij, ik besteed nog enige aandacht aan een verwant onderwerp: de uitsluiting van elke huwelijksgemeenschap (de ‘koude uitsluiting’). Ook deze is namelijk onder invloed van de grondrechten gebracht en wel – verrassend genoeg – door de Engelse rechter. Naar Nederlands recht is, zoals bekend, de koude uitsluiting in beginsel geldig, maar kán deze in strijd komen met de redelijkheid en billijkheid. In Nederland ontbreekt echter een goed gemotiveerde redenering *waarom* koude uitsluiting niet steeds rechtsgevolg mag hebben. Onlangs heeft Schoordijk de rechtspraak op dit punt als een ‘loterij’ betiteld³⁰⁵ en afgezet tegen ontwikkelingen in andere landen.³⁰⁶

Schoordijk beschrijft hoe op grond van de Matrimonial Proceedings and Property Act 1970 en (art. 25 lid 2³⁰⁷ van) de Matrimonial Causes Act 1973, de Engelse rechter bij verdeling van de boedel de vermogenstoename tijdens huwelijk aan de vrouw kan doen toekomen en dat de rechter daarbij vroeger meestal uitkwam op een derde voor de vrouw en twee derde voor de man. Dit is juist, maar ik moet daar twee dingen aan toevoegen. In de eerste plaats: de reden waarom de Engelse rechter doorgaans tot deze verdeling kwam, was dat hij het criterium van de ‘needs’ hanteerde: de ‘arme’ echtgenoot (doorgaans de vrouw) kreeg een bedrag dat overeenkwam met haar noden. Dat betekende dat indien het te verdelen vermogen groter was dan waaraan de echtgenoten redelijkerwijs behoefte hadden, de man stelselmatig meer kreeg. Dit nu komt in strijd met de gelijke behandeling van man en vrouw. In *White v. White*³⁰⁸ kreeg de House of Lords de eerste gelegenheid na de invoering van de Human Rights Act 1998 om de bestaande rechtspraak te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel. Ik kom daar zo op terug.

De tweede opmerking die ik maak, is dat de Engelse rechtspraak in het kader van art. 25 lid 2 Matrimonial Proceedings and Property Act niet – anders dan Schoordijk het doet voorkomen – zonder meer te transplanteren is naar de Nederlandse situatie van koude uitsluiting. Naar Engels recht is immers de uitsluiting van elke gemeenschap van goederen de hoofdregel, maar laten bovenstaande wetten toe om vermogen van de ene echtgenoot naar de andere over te hevelen. In de hieronder te bespreken uitspraken was er dus juist *geen* contract tussen de echtgenoten. Toch is het nuttig om *White v. White* te bespreken vanwege de grote rol die het gelijkheidsbeginsel daarin kreeg toebedeeld.

In casu ging het om de echtgenoten *White*, die lang waren getrouwd en die beiden werkten op de hen toebehorende boerderij met een waarde van ongeveer vier miljoen pond. De rechter in eerste aanleg paste het heersende ‘needs’-criterium toe en kende mevrouw *White* 980.000 pond toe. Court of Appeal en House of Lords gingen echter uit van een gelijkwaardige verdeling (50/50)³⁰⁹ op grond van het beginsel dat man en vrouw bij de verdeling gelijk dienen te worden behandeld (‘equality of division’). Lord Nicholls stelt het zo:

‘If, in their different spheres, each contributed equally to the family, then in principle it matters not which of them earned the money and built up the assets. There should be no bias in favour of the money-earner and the child-carer’.

Slechts indien een ‘good reason’ bestaat, mag hiervan worden afgeweken. Aldus is de rechter in staat om discriminatie te voorkomen. Opmerkelijk is natuurlijk dat deze uitspraak mede lijkt te zijn ingegeven door de Human Rights Act, dat het EVRM in Engeland implementeert, hoewel het EVRM nu juist geen horizontaal werkend gelijkheidsbeginsel kent!³¹⁰

³⁰⁵ H.C.F. Schoordijk, De syllabus errorum van de koude uitsluiting, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* (NTBR) 20 (2003), p. 7 v.

³⁰⁶ H.C.F. Schoordijk, Het huwelijk als partnership, *WPNR* 6525 (2003), p. 272 v.

³⁰⁷ Dat, sub f, de rechter verplicht rekening te houden met ‘the contributions which each of the parties has made (...) to the welfare of the family, including any contribution by looking after the home or caring for the family’.

³⁰⁸ [2001] AC 596.

³⁰⁹ Zij het dat een bedrag voor de vrouw werd afgetrokken omdat de vader van de man geld had geïnvesteerd in de boerderij.

³¹⁰ Vgl. *boven*, no. 30.

Wat hiervan zij, de regel uit *White v. White* werd door de Court of Appeal inmiddels toegepast in de zaak *Lambert v. Lambert*.³¹¹ Hier ging het om een bedrag van maar liefst twintig miljoen pond, gedurende het huwelijk van 23 jaar verdiend door de man in een door hem kort vóór het huwelijk opgericht bedrijf. Thorpe LJ neemt de gelegenheid te baat om de zaak ‘very suitable for use in a textbook on ancillary relief’ te noemen. Kortweg stelde de man dat het opgebouwde vermogen aan zijn werk en inzet was te danken, waar zijn vrouw tegen in bracht dat zij als vrouw en moeder ook een essentiële bijdrage had geleverd aan het succes van het bedrijf. De rechter in eerste aanleg acht de bijdrage van de man aan het succes van het bedrijf ‘special’³¹² en komt tot een 63-37% verdeling. In hoger beroep stelt de vrouw dat de rechter in de ‘val’ van discriminatie op grond van geslacht is gelopen door de bijdrage van de man als ‘money maker’ van grotere waarde te achten dan de bijdrage van de vrouw. De Court of Appeal, bij monde van Thorpe LJ, valt haar bij:³¹³

‘First it is unacceptable to place greater value on the contribution of the breadwinner than that of the homemaker as a justification for dividing the product of the breadwinner’s efforts unequally between them. Second both the practicality and the value of the exercise of marking the parties to a failed marriage on their respective performances is questioned. Some judges understandably regard it as a distasteful exercise’.

Uiteindelijk is het oordeel dat de aard van de wederzijdse bijdragen aan het huwelijk ‘intrinsically different and incommensurable’ is en dat de ene bijdrage daarom niet minder is dan de andere.³¹⁴ Dit lijkt mij een waardevol argument, dat ook in Nederland goede diensten kan bewijzen bij de vraag waartoe de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bij koude uitsluiting moet leiden. Ik herhaal dat naar Nederlands recht koude uitsluiting een contractuele keuze is en dat de Engelse regel daarom niet zo maar kan worden getransplanteerd. Maar in gevallen waarin een beroep op de koude uitsluiting duidelijk te ver gaat, wijst het Engelse recht de weg.

Welke les te trekken uit het bovenstaande?

49. Uit de in no’s 41-46 besproken Duitse rechtspraak kan worden afgeleid dat het Bundesverfassungsgericht grondrechten met name in het geweer brengt waar de menselijke waardigheid dreigt te worden aangetast.³¹⁵ In dat type zaken kunnen grondrechten inderdaad een nuttige rol vervullen als signaal aan de rechter dat een voor private personen essentiële vraag aan de orde is, d.w.z. een vraag die raakt aan de voorwaarden voor een zinvol menselijk bestaan (de ‘Existenzgrundlage’). Het gaat om het signaal dat een redelijke minimumstandaard van ‘wonen, werken, leven en gezondheid’³¹⁶ dreigt te worden geschonden. In die zin geven de (waarden achter de) grondrechten (klassiek én sociaal) invulling aan wat een rechtvaardige samenleving vormt. Zij zijn een belangrijke kenbron van wat redelijkheid en billijkheid, openbare orde en goede zeden en maatschappelijke zorgvuldigheid eisen.

Grondrechten in het privaatrecht dienen mijns inziens echter niet een veel grotere plaats te hebben dan deze signaalfunctie. Het zou in elk geval onjuist zijn om het geschil zelf direct aan de hand van de grondrechten te beslissen. Daarvoor zijn zij te algemeen geformuleerd en onvoldoende toegespitst op toepassing in private verhoudingen. Bovendien leidt inroepen van een grondrecht door de ene partij doorgaans tot niets: de wederpartij kan er vrijwel altijd een ander, haar beschermend, grondrecht tegenover stellen. Die botsing kan maar beter via het privaatrecht worden beslist. Dat in de

³¹¹ [2003] 1 WLR 926.

³¹² In geval van een ‘special contribution’ van een der echtgenoten kan worden afgeweken van de 50/50 verdeling. Zie *Cowan v Cowan*, [2001] 2 Family Law Reports (FLR) 192.

³¹³ [2003] 1 WLR 926, no. 27.

³¹⁴ [2003] 1 WLR 926, no. 38.

³¹⁵ In nogal wat landen is de bescherming van de menselijke waardigheid expliciet neergelegd in de grondwet. Aldus art. 1 lid 1 *Grundgesetz*, art. 23 van de Belgische en art. 10 van de Zuid-Afrikaanse grondwet. Zie ook art. 1 Europees grondrechtenhandvest en art. 1 Universele Verklaring voor de Rechten van de Mens 1948. Met Dirix, o.c., p. 79 meen ik dat de menselijke waardigheid als ‘fundamenteel ethisch beginsel’ ten grondslag ligt aan de meeste andere grondrechten. In gelijke zin Roger Brownsword, *Freedom of Contract, Human Rights and Human Dignity*, in: Friedmann & Barak-Erez (eds.), o.c., p. 183.

³¹⁶ Zie Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, o.c., nr. 27.

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 doorwerken. Het Bundesverfassungsgericht stelde terecht dat het burgerlijk recht zelf (met name de open normen van de §§ 138 I en 242 BGB) de mogelijkheid biedt voor de vereiste correcties op de privaatautonomie.

De hier verwoorde these dat grondrechten in het vermogensrecht een rol kunnen vervullen in geval de menselijke waardigheid wordt aangetast (en daarnaast als kenbron van fundamentele waarden), maar uiteindelijk te algemeen en te diffuus zijn om de privaatrechtelijke belangenafweging mee te volvoeren, zal ik thans – zij het minder uitgebreid – ook verdedigen voor het aansprakelijkheidsrecht en het goederenrecht.

II.B Aansprakelijkheidsrecht

Algemeen

50. Traditioneel wordt het aansprakelijkheidsrecht binnen het vermogensrecht het meest geassocieerd met de invloed van grondrechten. Dat komt vooral omdat de zogenaamde persoonlijkheidsrechten van oudsher behoren tot de belangen die door delictuele normen (zoals in Nederland art. 6:162 BW) worden beschermd en juist die persoonlijkheidsrechten van doen hebben met grondrechten. Zo zijn inbreuken op onder meer de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Grondwet) en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet) typisch gevallen van onrechtmatige daad. Daarnaast stelt Von Bar dat juist op het vlak van de onrechtmatige daad de invloed van grondrechten zich doet gevoelen omdat dit dwingend recht is, nauw verbonden met het algemeen belang.³¹⁷ Er is zelfs opgemerkt dat, nu het aansprakelijkheidsrecht principieel is gericht op het herstel van *onevenheid*,³¹⁸ het als geheel een uiting is van het gelijkheidsbeginsel.³¹⁹

Aan dit soort hooggestemde beschouwingen geef ik mij hier niet over. Ik beoog om, aan de hand van een aantal voorbeelden, mijn these dat grondwettelijke waarden vooral dan van pas komen waar de menselijke waardigheid in het gedrang komt, verder toe te lichten. Een systematisch overzicht van waar grondrechten in het aansprakelijkheidsrecht een rol hebben gespeeld of moeten spelen, treft men hier dus niet aan.³²⁰ Ik ga met name in op het persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland (no. 51-56); bovendien komen kort aan de orde de positieve verplichting van de Staat om dood en letsel te voorkomen in de rechtspraak van het EHRM (no. 57-58) en de rechtspraak van het Belgisch Arbitragehof over verjaring van vorderingen uit onrechtmatige daad (no. 59). Die twee laatste onderwerpen bespreek ik vooral om de lezer niet vals voor te lichten: zij hebben minder te maken met menselijke waardigheid, maar zijn toch voorbeelden van beïnvloeding van het aansprakelijkheidsrecht door grondrechten.

Het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland

51. De in rechtsvergelijkend opzicht meest interessante ontwikkeling vind ik de wijze waarop de Duitse rechter het zogenaamde ‘algemeen persoonlijkheidsrecht’ heeft gehanteerd als breekijzer om in problematische gevallen tot gewenste uitkomsten te komen. Hij is daarin deels – en schuchterder – gevolgd door de Nederlandse rechter. Ik besteed hier eerst aandacht aan het persoonlijkheidsrecht in

³¹⁷ Christian Von Bar, *The Common European Law of Torts*, Vol. 1, o.c., p. 577 en dez., *Der Einfluss des Verfassungsrechts auf die westeuropäischen Deliktsrechte*, *RabelsZ* 59 (1995), p. 207. Dit volgens hem in tegenstelling tot het contractenrecht, waar individuele partijen juist hun eigen belang mogen nastreven. Dat is natuurlijk niet zo overtuigend, gezien juist de grote invloed van grondrechten in het contractenrecht, met name in Duitsland. Zie dan ook kritisch Lurger, o.c., p. 227.

³¹⁸ Vgl. B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, Deventer 1991.

³¹⁹ Aldus Ofer Grosskopf, *Horizontal Equality and the Law of Torts*, in: Friedmann & Barak-Erez (eds.), o.c., p. 357 v.: ‘no man is allowed to cause damage to his fellow since no one is superior to another’.

³²⁰ Voor recente algemene beschouwingen verwijs ik, behalve naar de *onder* nog te noemen literatuur, naar S.D. Lindenbergh, *De positie en de handhaving van persoonlijkheidsrechten in het Nederlandse privaatrecht*, TPR 1999, p. 1673 v., Jane Wright, *Tort Law & Human Rights*, Oxford 2001 en R. Nehmelmann, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht; een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland*, Deventer 2002.

Duitsland en Nederland in het algemeen en vervolgens aan drie specifieke gevallen: het recht om de eigen afstamming te kennen, ‘wrongful birth’ en de toekenning van smartengeld.

Zoals bekend kent het Duitse BGB slechts enkele welomschreven gevallen van onrechtmatig handelen. § 823 biedt de meest algemene grondslag, maar is beperkt tot inbreuken op enkele daar omschreven rechtsgoederen, met als algemene restcategorie de inbreuk op een ‘sonstiges recht’.³²¹ Al in de jaren vijftig van de vorige eeuw heeft de Duitse rechter het ‘algemeen persoonlijkheidsrecht’ als een dergelijk ‘sonstiges Recht’ aangemerkt.³²² In een geval van respectievelijk het door een weekblad publiceren van een brief als de persoonlijke mening van een advocaat, hoewel de brief de mening van diens cliënt moest weergeven, en het publiceren van iemands portret zonder diens toestemming, werd geoordeeld dat sprake was van onrechtmatig handelen wegens schending van het algemeen persoonlijkheidsrecht van de benadeelden. Dat is wel gekarakteriseerd als de belangrijkste ontwikkeling op het terrein van de onrechtmatige daad sinds de invoering van het BGB.³²³ In het eerste geval was onzeker of *überhaupt* sprake was van onrechtmatig gedrag, in het tweede of de inbreuk op een persoonlijkheidsrecht ook reden was voor toekenning van een vordering tot vergoeding van immateriële schade. Het Bundesgerichtshof beantwoordde beide vragen bevestigend door op voorbeeldige wijze de waarden *achter de Grundgesetz* in het privaatrecht te laten doorwerken. In de *Schachtbrief*-uitspraak heet het:³²⁴

‘Nachdem nunmehr das Grundgesetz das Recht des Menschen auf Achtung seiner Würde (art. 1 GG) und das Recht auf freie Entfaltung seiner Persönlichkeit auch als privates, von jedermann zu achtendes Recht anerkennt, soweit dieses Recht nicht die Rechte anderer verletzt oder gegen die verfassungsmässige Ordnung oder das Sittengesetz verstösst (Art. 2 GG), muss das allgemeine Persönlichkeitsrecht als ein verfassungsmässig gewährleitetes Grundrecht angesehen werden. (...)’

Persoonlijkheidsrecht en menselijke waardigheid worden aldus onlosmakelijk met elkaar verbonden. Ik heb er al op gewezen dat de *Menschenwürde* het uitgangspunt is van de gehele Duitse grondwet. Zij wordt zelfs zo belangrijk geacht dat art. 1 lid 1, waarin zij is neergelegd,³²⁵ nimmer kan worden gewijzigd (art. 79 lid 3 GG). Het Bundesverfassungsgericht heeft uitgesproken dat het gehele stelsel der grondrechten draait om de ‘innerhalb der sozialen Gemeinschaft sich frei entfaltenden menschlichen Persönlichkeit und ihrer Würde’.³²⁶

De beide zojuist aangehaalde zaken, alsmede de eerder besproken uitspraken over contractenrecht, maken duidelijk dat dit niet slechts een beginseluitspraak zonder praktische betekenis is. Zowel Bundesgerichtshof als Bundesverfassungsgericht kennen aan art. 1 lid 1 in samenhang met art. 2 lid 1 GG eenzelfde status toe als aan de meer concrete grondrechten, wat betekent dat er subjectieve rechten uit kunnen voortvloeien. Individuen kunnen daarmee van de Staat afdwingen dat hun ‘waardigheid’ in stand wordt gelaten.³²⁷ Art. 1 lid 1 en art. 2 lid 1 zijn in een groot aantal gevallen jegens de Staat én jegens private personen ingeroepen.³²⁸ Zo om zich een financieel bestaansminimum te verzekeren³²⁹ en om zich te onttrekken aan een volkstelling.³³⁰ Tot Nederland drong al eerder door dat menselijke waardigheid en persoonlijkheidsrecht een grote rol speelden in de Duitse ‘wrongful birth’-zaak (zie *onder*, no. 54).

³²¹ § 823 lid 1 BGB luidt: ‘Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatze des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.’

³²² In de bekende uitspraken BGHZ 13, 334 (Schachtbrief) (uit 1954) en BGHZ 26, 439 (Herrenreiter) (uit 1958).

³²³ Zie Horst Ehmann, Das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, in: C.-W. Canaris e.a. (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof; Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. I, München 2000, p. 613 v., die een prachtig overzicht geeft van de ontwikkeling van het algemeen persoonlijkheidsrecht.

³²⁴ BGHZ 13, 334 (Schachtbrief), op p. 339.

³²⁵ Art. 1 lid 1 GG luidt: ‘Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt’. Art. 2 lid 1 GG is *boven*, no. 28 geciteerd.

³²⁶ BVerfGE 7, 205; zie ook Maunz/Zippelius, Deutsches Staatsrecht, o.c., Par. 23.

³²⁷ Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, o.c., Art. 1, RdNr. 2 (Höfling).

³²⁸ Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, o.c., Art. 1, RdNr. 2 v. (Höfling) geeft een overzicht.

³²⁹ BVerfGE 75, 348.

³³⁰ BVerfGE 27, 1 (Mikrozensus).

In Duitsland bestaat hiermee een grondrecht op ‘menselijke waardigheid,’ dat zich doorgaans via het persoonlijkheidsrecht manifesteert. In private verhoudingen vindt dat grondrecht bovendien, conform de leer van de indirecte werking, toepassing via de bestaande privaatrechtelijke normen. Of een inbreuk op privacy rechtsgevolg moet hebben, wordt bijvoorbeeld beoordeeld via de onrechtmatige daad: de inbreuk op de privacy wordt daartoe afgewogen tegen andere waarden, zoals de vrijheid van meningsuiting. Daarbij spelen dezelfde factoren een rol als naar Nederlands recht: met name de aard en de intensiteit van de schending (ernst van de inbreuk en de daarvan te verwachten gevolgen) zijn bepalend.³³¹ In dit type gevallen voegt de kwalificatie dat een persoonlijkheidsrecht is geschonden weinig toe aan de fundering van het rechterlijk oordeel. Dit is anders in de straks te bespreken gevallen.

52. In Nederland is pas in 1994 door de hoogste rechter uitgesproken dat een algemeen persoonlijkheidsrecht bestaat, zij het op veel schuchterder wijze dan het Bundesgerichtshof dat deed. In het Valkenhorst-arrest³³² repte de Hoge Raad van ‘het aan grondrechten als het recht op respect voor het privé-leven, het recht op vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst en het recht op vrijheid van meningsuiting ten grondslag liggende algemene persoonlijkheidsrecht’. Daarmee zegt de Hoge Raad niet dat dit algemeen persoonlijkheidsrecht ook een *grondrecht* is, alleen dat het een beginsel is dat aan *andere* grondrechten ten grondslag ligt.³³³ Bij een indirecte werking van grondrechten is dit echter niet zeer relevant omdat het algemeen persoonlijkheidsrecht als *waarde* wel een rol speelt en kennelijk, zo bleek in het arrest, als grondslag kan dienen voor nieuwe subjectieve rechten (in dat geval het recht om te weten van welke ouders men afstamt).

Het is dan ook beter om, met Lindenbergh,³³⁴ te zeggen dat het Nederlandse recht meerdere persoonlijkheidsrechten kent, die hetzij in de wet zijn neergelegd (zie behalve de Grondwet bijvoorbeeld art. 6:106 BW: eer en goede naam), hetzij in de rechtspraak zijn erkend. Dat laat onverlet dat op een abstract niveau óók kan worden gezegd dat, net zoals in Duitsland, het algemeen persoonlijkheidsrecht aan het leeuwendeel van het privaatrecht ten grondslag ligt. Het postulaat van Hegel, bij ons vooral bekend geworden door het indringende werk van Eggens,³³⁵ luidde al: ‘Sei eine Person und respektiere die anderen als Personen’.³³⁶

Een groot deel van de Nederlandse rechtspraak inzake persoonlijkheidsrechten betreft inbreuken op de bescherming van de persoonlijke levenssfeer.³³⁷ Het grondrecht op privacy (art. 10 Grondwet en art. 8 EVRM) speelt daarin echter slechts op de achtergrond een rol. Het is wederom privaatrechtelijke belangenafweging wat de klok slaat: de eiser kan wel stellen dat zijn recht op privacy is geschonden, maar gedaagde zal daar onmiddellijk een andere waarde (vrijheid van meningsuiting, publiek belang) tegenover stellen. Die impasse is alleen te doorbreken via een belangenafweging. De meest principiële uitspraak³³⁸ op dit terrein is ongetwijfeld die over het gemeenteraadslid,³³⁹ waarin zes factoren werden genoemd die bij die afweging een rol spelen.

Dat van de erkenning van een algemeen persoonlijkheidsrecht of een grondrecht op menselijke waardigheid in dit soort gevallen niet veel sturing uitgaat, blijkt overigens ook uit een vergelijking van het Nederlandse arrest inzake Ferdi E.³⁴⁰ met een Duitse zaak. In Ferdi E. vorderde de ontvoerder van

³³¹ Recent heeft J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden*, Deventer 2003, p. 7 dit nog eens in het licht gesteld.

³³² HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst).

³³³ Aldus ook terecht Nehmelman, o.c., p. 115. Zie hierover ook L.F.M. Verhey in zijn noot in NJCM-Bulletin 19 (1994), p. 654 v.

³³⁴ Lindenbergh, o.c., TPR 1999, p. 1673 v.

³³⁵ Zie bijv. J. Eggens, *Een man een man, een woord een woord*, in: VPO II, Alphen aan den Rijn 1959, p. 200.

³³⁶ Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Par. 36, geciteerd bij Ehmann, o.c., p. 613.

³³⁷ Zie voor overzichten bijv. H.L. Janssen, *Constitutionele interpretatie*, Den Haag 2003, p. 399 v.; Chantal Mak, *Personality rights in the Dutch and German law of obligations*, in: M.W. Hesselink e.a. (red.), *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, Den Haag 2003, p. 169 v.; A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht; een grondrechtelijk en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen 2001; Nehmelman, o.c., p. 55 v.; Van der Pot/Donner, o.c., p. 331 v.; Verhey, o.c., p. 231 v. Voor een rechtsvergelijkend perspectief: B. Markesinis (ed.), *Protecting privacy*, Oxford 1999.

³³⁸ Zie ook *boven*, no. 13 voor andere uitspraken.

³³⁹ HR 24 juni 1983, NJ 1984, 801 (Gemeenteraadslid). Zie ook *boven*, no. 25.

³⁴⁰ HR 21 januari 1994, NJ 1994, 473 (Ferdie E./Spaarnestad).

G.J. Heijn dat een foto van hem, genomen tijdens de reconstructie van de moord en toen ook gepubliceerd, later niet nog eens gepubliceerd zou worden. Volgens de Hoge Raad woog de persvrijheid in dit geval zwaarder dan de privacy van de ontvoerder en mocht de vordering dus door de rechter worden afgewezen. Opvallend is nu dat in een soortgelijke Duitse zaak het Bundesverfassungsgericht, met gebruikmaking van dezelfde argumenten, tot het tegengestelde oordeel kwam.³⁴¹ Het lijkt mij overigens dat in deze het tijdsverloop tussen het strafbare feit en de publicatie bepalend moet zijn. Aldus ook de Hoge Raad in een latere zaak,³⁴² waarin de cineast Louis van Gasteren er in Het Parool van werd beschuldigd in de oorlog een roofmoord te hebben begaan die volgens hem echter een verzetsdaad was. Hier destilleerde de Hoge Raad uit het algemeen persoonlijkheidsrecht van Van Gasteren het ‘recht om niet, méér dan veertig jaar nadat hij voor het ombrengen van Oettinger werd veroordeeld, zijn straf ter zake had ondergaan en voor het overige gratie had gekregen, in het openbaar wederom met deze – op jeugdige leeftijd, onder oorlogsomstandigheden begane – daad te worden geconfronteerd’.

Terzijde merk ik op dat de erkenning van een algemeen persoonlijkheidsrecht in Europa niet gemeengoed is. De belangrijkste uitzondering is Frankrijk:³⁴³ een algemeen persoonlijkheidsrecht bestaat daar niet. Hoewel de *Préambule* bij de Grondwet van 1946³⁴⁴ in art. 10 een algemeen beginsel kent dat lijkt op dat van de Duitse Grondwet (‘La Nation assure à l’individu et à la famille les conditions nécessaires à leur développement’), heeft de Franse rechter dit nimmer gebruikt als grondslag voor een zelfstandig algemeen persoonlijkheidsrecht. Het recht op privacy is uiteraard wel een zelfstandig recht en is in 1970 zelfs neergelegd in de Code Civil.³⁴⁵

Ik bespreek thans de gevallen waarin de Duitse rechter aan het algemeen persoonlijkheidsrecht argumenten heeft ontleend om problematische gevallen beter te kunnen beslissen. Ook die maken echter gelijk de zwakte van de grondrechtenbenadering duidelijk.

Het recht om de eigen afstamming te kennen

53. Zoals gezegd leidde de Hoge Raad in het Valkenhorst-arrest³⁴⁶ uit het algemeen persoonlijkheidsrecht een recht af om te weten van welke ouders men afstamt.³⁴⁷ Het persoonlijkheidsrecht fungeerde daarmee als fundament om dat – toen omstreden – recht te erkennen. Indirect fungeerde de Grondwet zo als argument voor een gewenste ontwikkeling. In casu ging het om een kind dat meer dan vijftig jaar geleden was geboren in een katholieke inrichting voor ongehuwde moeders en dat bij de inrichting inzage had gevraagd in het dossier waaruit zou blijken wie haar vader is. De moeder weigerde toestemming, maar overleed tijdens de gerechtelijke procedure, waarop de inrichting inzage bleef weigeren. De Hoge Raad overwoog dat het recht van het kind om te weten van wie het afstamt nog wel moet worden afgewogen tegen ‘rechten en vrijheden van anderen’ wanneer die zwaarder wegen, maar in casu wogen die belangen van de moeder niet zwaarder: het kind heeft volgens de Hoge Raad een ‘vitaal belang’ bij informatie over de afstamming en bovendien wordt de voorrang ‘daardoor gewettigd dat de natuurlijke moeder in de regel mede verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van het kind.’ Verhey wijst er terecht op dat daarmee van een echte afweging geen sprake was; sterker nog: de beide omstandigheden die de Hoge Raad aanvoert lijken mij in het geheel geen factoren in een afweging, maar argumenten *waarom* een recht op informatie over de afstamming bestaat.

De uitspraak van de Hoge Raad lijkt sterk beïnvloed door de conclusie van Advocaat-Generaal Koopmans, waarin deze inspiratie zocht bij een uitspraak van het Duitse Bundesverfassungsgericht uit 1989.³⁴⁸ Ook daar werd het recht om te weten van wie men afstamt gebaseerd op het algemeen

³⁴¹ BVerfGE 35, 202 (een zaak uit 1973). Ik ontleen dit aan Von Bar, o.c., *RabelsZ* 59 (1995), p. 227.

³⁴² In HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (Het Parool/Van Gasteren).

³⁴³ Zie Xavier Bioy, *Le libre développement de la personnalité en droit constitutionnel, essai de comparaison, Revue Internationale de Droit Comparé (RIDC)* 2003, p. 123 v.

³⁴⁴ De huidige Grondwet van 1958 verwijst naar die preambule.

³⁴⁵ Art. 9 lid 1 CC: ‘Chacun a droit au respect de sa vie privée’.

³⁴⁶ HR 15 april 1994, NJ 1994, 608 (Valkenhorst).

³⁴⁷ Opvallend is dat het voor aanvaarding van dat algemeen persoonlijkheidsrecht kennelijk nog te vroeg was in HR 2 december 1988, NJ 1989, 752 (GMD/Van Bekkum): een patiënt vroeg inzage in zijn medisch dossier en de Hoge Raad ging *langs* het recht op privacy: betrokkene had een recht op kennisneming van het dossier ‘dat wel samenhangt met het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer maar een zelfstandig karakter draagt’.

³⁴⁸ BVerfGE 79, 256.

persoonlijkheidsrecht van art. 1 en 2 *Grundgesetz* en vervolgens in een belangenafweging afgewogen tegen het recht van de moeder. Die afweging hield in dat de inbreuk op het persoonlijkheidsrecht van de moeder niet geoorloofd is indien het na te streven doel op andere, minder ingrijpende, wijze kan worden bereikt. Dat lijkt een betere benadering dan die van de Hoge Raad: zij laat meer ruimte voor een reële afweging van de wederzijdse belangen. Zeer interessant is in dit verband een latere uitspraak van het Bundesverfassungsgericht over het recht op inzage in de afstammingsgegevens.³⁴⁹ De lagere rechter had in casu gesteld dat het persoonlijkheidsrecht van het kind om te weten van wie het afstamt, zozeer voorop staat dat van een afweging met het belang van de moeder nauwelijks meer sprake kon zijn. Dat ging de constitutionele rechter te ver: de rechter moet wel degelijk ook het belang van (in dat geval eveneens) de moeder reëel meewegen. Ik concludeer: uit het persoonlijkheidsrecht zelf volgt niet veel!³⁵⁰ Net als andere grondrechten fungeert het als signaal aan de rechter dat de voorwaarden voor een menswaardig bestaan (waar kennis over de afstamming kennelijk deel van is) dreigen te worden geschonden. Het grondrecht kan vervolgens als hefboom worden gebruikt om een gewenste ontwikkeling mee mogelijk te maken.

Intussen is in Nederland voor informatie over de afstamming in geval van kunstmatige inseminatie reeds meer dan tien jaar een wet in de maak. In het Valkenhorst-arrest was dit geval door de Hoge Raad expliciet uitgesloten. De toekomstige Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting³⁵¹ bepaalt dat de door middel van kunstmatige inseminatie verwekte persoon van zestien jaar of ouder recht heeft om te weten van wie hij afstamt tenzij zwaarwegende belangen van de donor meebrengen dat verstrekking van de informatie niet behoort plaats te vinden. Daarnaast kan de donor uiteraard schriftelijk instemmen met de verstrekking. Ook hier kan men zich afvragen of de belangenafweging vaak in het voordeel van de donor zal uitvallen. De regering zelf meent in elk geval van niet: er is in beginsel een recht op informatie. Het gegeven voorbeeld waarin dit anders is, is dat van de donor die ten tijde van de donatie nog zeer jong was en geen gezin had en die vele jaren later, gelet op zijn dan bestaande gezinssituatie, ernstig te nemen bezwaren heeft tegen confrontatie met het 'kid-kind'.³⁵² Met andere woorden: de wet zal het Valkenhorst-arrest dicht naderen.

Een interessante vraag is of deze principiële keuze voor het belang van het kind wel voldoende recht doet aan het persoonlijkheidsrecht van de donor. Canaris³⁵³ heeft die vraag voor het Duitse recht – waar de genoemde uitspraken van het Bundesverfassungsgericht evenzeer gelden in geval van kunstmatige inseminatie – op indringende wijze gesteld. Naar Duits recht is de vraag nog pregnanter dan in Nederland omdat daar de donor zowel met erfrechtelijke consequenties als met een vordering tot alimentatie van het kind kan worden geconfronteerd. Dat is problematisch, zeker als men weet dat met één spermadonatie soms tien verschillende vrouwen worden bevrucht.³⁵⁴ Bovendien is de toezegging aan de donor dat zijn anonimiteit gewaarborgd zal blijven, volgens de heersende doctrine in Duitsland nietig op grond van § 138 BGB. Welk recht voorgaat, dat van donor of kind, is voor Canaris dan ook niet evident. Het schijnt mij toe dat indien de donor *van tevoren* weet dat zijn anonimiteit niet gewaarborgd is (zoals straks op grond van de Nederlandse wet het geval zal zijn), er geen inbreuk op zijn persoonlijkheidsrecht is indien achteraf zijn identiteit wordt prijsgegeven. In elk ander geval (de 'oude gevallen') dient in beginsel het recht van de donor voor te gaan boven dat van het kind. Canaris heeft gelijk dat in dat geval de anonimiteit van de donor de voorwaarde vormde voor het bestaan van het kind.³⁵⁵

³⁴⁹ BVerfGE 96, 56 (Vaterschaftsauskunft); zie ook *boven*, no. 5.

³⁵⁰ BVerfGE 96, 56 op 63: 'Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst zwar auch das Recht auf Kenntnis der eigenen Abstammung. [De GG] verleiht aber kein Recht auf Verschaffung solcher Kenntnisse, sondern kann nur vor der Vorenthaltung erlangbarer Informationen durch staatliche Organe schützen'.

³⁵¹ Thans in behandeling bij de Eerste Kamer: EK 2000-2001, 23 207, nr. 201. Zie art. 3 lid 2.

³⁵² EK 2000-2001, 23 207, nr. 201b (MvA).

³⁵³ Canaris, o.c., p. 66, rept in dit verband van donors recht op 'informationelle Selbstbestimmung'.

³⁵⁴ Naar Nederlands recht zullen geen erfrechtelijke consequenties optreden omdat tussen donor en kind geen familierechtelijke betrekking bestaat (art. 4:10 lid 3 BW); dat de vader geen onderhoudsplicht heeft jegens het kind, kan worden bewerkstelligd door deze niet als vader (verwekker) in de zin van art. 1:394 BW te zien. Vgl. Asser-De Boer, o.c., no. 693.

³⁵⁵ Canaris, o.c., p. 67, die een parallel trekt met de 'wrongful life'-zaken omdat ook daar naar heersende (internationale) mening het kind geen actie tot schadevergoeding heeft jegens de ouders, zonder wie het sowieso niet had bestaan.

‘das Informationsinteresse des Kindes einschränkungslos als vorrangig anzuerkennen, liebe letztlich auf die unhaltbare Ansicht hinaus, es sei besser, gar nicht zu leben, als in Unkenntnis von der Person seines biologischen Vaters zu leben’.

Waar het mij om gaat, is dat in de hier besliste gevallen zowel het kind als de verwekker een beroep kan doen op het hen toekomend persoonlijkheidsrecht en dat niet evident is welk recht heeft voor te gaan. Het persoonlijkheidsrecht als fundamentele waarde kan als signaal aan de rechter (zo men wil: als retorisch instrument) worden ingebracht, maar tot een oplossing van het geschil leidt dat niet. Daarvoor is meer nodig.

Wrongful birth

54. Ook in de beroemde ‘wrongful birth’-zaken, zoals die in heel Europa zijn beslist,³⁵⁶ heeft het argument van de menselijke waardigheid en het daarmee verbonden persoonlijkheidsrecht van het kind steeds een grote rol gespeeld. Zoals bekend gaat het bij de wrongful birth-claim om een vordering tot schadevergoeding van de ouders van een niet gepland kind tegen de persoon die voor de geboorte aansprakelijk wordt gehouden. Meestal is dat de arts die bij de man een sterilisatie niet goed uitvoerde of bij de vrouw een voorbehoedsmiddel (zoals een spiraaltje) niet goed inbracht.³⁵⁷ De vraag die in deze gevallen speelt, is of morele bezwaren (lees: de waardigheid of het persoonlijkheidsrecht van het kind) zich er tegen verzetten om de kosten die het kind met zich brengt (kosten van de zwangerschap en de bevalling, alsook de kosten van verzorging en opvoeding van het kind) te verhalen op de arts.

Deze vraag is in verschillende landen op fundamenteel verschillende wijze beantwoord. Ook binnen nationale rechtsstelsels is soms tot uiteenlopende uitspraken gekomen. Waartoe een maatstaf als de menselijke waardigheid moet leiden is met andere woorden zeer omstreden. Ik ga daarop wat uitgebreider in.

In Duitsland heeft het Bundesgerichtshof sinds 1980³⁵⁸ vorderingen tot vergoeding van de kosten van verzorging en opvoeding van het kind in beginsel toegewezen door eenvoudigweg de regels over niet-nakoming van de overeenkomst toe te passen: indien de arts zijn overeenkomst met de patiënt tot sterilisatie ondeugdelijk nakomt, is hij aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade. Er kan geen twijfel over zijn dat die schade ook de (gemiddelde) opvoedingskosten omvat; ook smartengeld voor de moeder werd in beginsel toewijsbaar geacht. In 1993 heeft de tweede senaat van het Bundesverfassungsgericht³⁵⁹ in een zaak over abortus echter als *obiter dictum* een principiële beschouwing gewijd aan de vraag of een kind als schade mag worden beschouwd. De vraag zo stellen, doet het antwoord raden:³⁶⁰

‘Eine rechtliche Qualifikation des Daseins eines Kindes als Schadensquelle kommt hingegen von Verfassungs wegen (Art. 1 Abs. 1 GG) nicht in Betracht. Die Verpflichtung aller staatlichen Gewalt, jeden Menschen in seinem Dasein um seiner selbst willen zu achten (...), verbietet es, die Unterhaltspflicht für ein Kind als Schaden zu begreifen.’

Ondanks deze oproep aan de civiele rechter tot wijziging van zijn rechtspraak, is het BGH zijn rechtspraak trouw gebleven. Zijn redenering is dat het Bundesverfassungsgericht geheel gelijk heeft dat een kind niet als schade mag worden beschouwd, maar dat het dit ook nimmer heeft gedaan: er is een wezenlijk verschil tussen het kind zelf als schade beschouwen en de onderhoudsplicht die ontstaat

³⁵⁶ Vgl. W. van Gerven e.a. (eds.), *Ius Commune Casebooks: Tort Law*, Oxford 2000, p. 114 v. en Von Bar, *The Common European Law of Torts*, Vol. 1, o.c., p. 601 v. De meest recente samenvatting van de rechtspraak in verschillende common-law landen biedt de Australische zaak *Cattanach v Melchior*, [2003] High Court of Australia (HCA) 38.

³⁵⁷ Om deze reden zal de vordering (ook) op grond van overeenkomst kunnen worden ingesteld. Toch bespreek ik de materie hier vanwege de nauwe band met het schadevergoedingsrecht.

³⁵⁸ NJW 1980, 1450 en zie de weergave bij Vranken in zijn conclusie voor HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (Wrongful birth).

³⁵⁹ Zie art. 13 en 14 van de Bundesverfassungsgerichtsgesetz voor de verdeling van taken over beide kamers.

³⁶⁰ BVerfGE 88, 203; NJW 1993, 1751 (Schwangerschaftsabbruch II), (het citaat in no. 264).

doordat het kind wordt geboren als schade zien.³⁶¹ In 1997 is het BGH daarin bijgevallen door de eerste senaat van het Bundesverfassungsgericht.³⁶² Het betrof het eerste geval waarin het Bundesgerichtshof had geweigerd om de beslissing van de tweede senaat uit 1993 te volgen.³⁶³ De eerste senaat achtte zich niet gebonden aan wat volgens hem slechts een overweging ten overvloede van zijn collega-senaat was:

‘Ausgangspunkt für die rechtliche Wertung des Unterhaltsaufwands als Schaden sei die vertragliche Haftung des Arztes für die Erfüllung der medizinischen Anforderungen (...) die er übernommen habe. (...) Der Schaden bestehe in dem durch die planwidrige Geburt des Kindes ausgelösten Unterhaltsaufwand. Die Unterscheidung zwischen der Existenz des Kindes und seinem unbestreitbaren Wert als Persönlichkeit einerseits und der sich für die Eltern ergebenden Unterhaltsbelastung andererseits bedeute keine künstliche Aufspaltung der “personalen Ganzheit”, sondern erweise sich aus schadensrechtlicher Sicht als folgerichtig’.

Vershil van inzicht over wat de menselijke waardigheid eist (het kind niet als schade zien), bestond dus niet, maar enig houvast ten aanzien van wat daarvan de consequenties moesten zijn, bood art. 1 *Grundgesetz* evenmin.

Bekend is dat de Nederlandse Hoge Raad³⁶⁴ voor de koers van het Bundesgerichtshof en eerste senaat heeft gekozen, maar zonder veel woorden vuil te maken aan grondrechten of overwegingen van menselijke waardigheid. De kosten van verzorging en opvoeding van het kind, die de financiële armslag van het gezin nu eenmaal lange tijd zullen bepalen, zijn voor de Hoge Raad onmiskenbaar vermogensschade. Dat betekent echter niet dat het kind zelf als schade wordt beschouwd nu het enkel gaat om de extra last die door de fout van de arts op het gezinsinkomen wordt gelegd. In strijd met de waardigheid van het kind is het dan ook niet om die kosten te vergoeden. Een principiële overweging is dat moeilijk te noemen.

De House of Lords³⁶⁵ heeft daarentegen, na uitgebreid rechtsvergelijkend onderzoek, de weg van de tweede senaat van het Bundesverfassungsgericht gekozen. De ouders van Catherine McFarlane, in 1991 geboren na een mislukte sterilisatie van haar vader, konden slechts de kosten van de zwangerschap en bevalling van de arts vorderen (naast smartengeld voor de moeder wegens ‘pain and distress’ tijdens zwangerschap en bevalling). Als wordt afgezien van de dogmatische argumenten voor en tegen toewijzing van de vordering tot vergoeding van de kosten van verzorging en opvoeding – in deze casus zeg ik Vranken na dat dogmatiek niet meer is dan de inkadering van de initiële keuze in het bestaande systeem³⁶⁶ – reesterde ook naar Engels recht de principiële vraag of

‘the damages should include, for a child then loved, loving and fully integrated into the family the cost of shoes at 14 and a dress at 17 and everything that can reasonably be described as necessary for the upbringing of the child until the end of school, university, independence, maturity?’

Zoals wel vaker in zaken beslist door de House of Lords, kan op grond van de formulering van de vraag (in dit geval door Lord Slynn) het juiste antwoord al worden geraden. Lord Steyn betreft de verdelende rechtvaardigheid er bij. Die vereist een rechtvaardige verdeling van lasten. Is het

³⁶¹ Zie onder meer BGH 27 juni 1995, NJW 1995, 2407 en recent BGH 15 februari 2000, NJW 2000, 1782. Voor de meerderheidsvisie in de Duitse doctrine dat die redenering onhoudbaar is, zie Vranken in zijn conclusie, no. 17.

³⁶² BVerfGE 96, 375; NJW 1998, 519 (Sterilisation), (het citaat in no. 25-26). Het verschil van mening tussen beide kamers blijft dus; zie ook de verklaring die de tweede senaat deed uitgaan n.a.v. de uitspraak van de eerste senaat: NJW 1998, 523.

³⁶³ BGH 16 november 1993, NJW 1994, 788.

³⁶⁴ HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (Wrongful birth). Zie de NJ-noot van C.J.H. Brunner voor de overvloedige commentaren die de uitspraak aan rechtsgeleerde auteurs ontlokte.

³⁶⁵ Macfarlane and Another v Tayside Health Board, [1999] 4 All ER 963; zie ook Van Gerven e.a. (eds.), *Ius Commune Casebooks: Tort Law*, o.c., p. 92 v. en W.H. van Boom & C.E.C. Jansen, *Aansprakelijkheid van artsen voor ‘wrongful conception’*, NTBR 17 (2000), p. 276 v.

³⁶⁶ In zijn al aangehaalde conclusie, o.c., no. 23. Zie ook Lord Steyn in Macfarlane: ‘formalistic propositions which mask the real reasons for the decisions’.

rechtvaardig dat de ouders van een gezond kind de arts of het ziekenhuis kunnen aanspreken tot vergoeding van de kosten die het kind met zich brengt?³⁶⁷

'I have not consulted my fellow travellers on the London Underground but I am firmly of the view that an overwhelming number of ordinary men and women would answer the question with an emphatic No. And the reason for such a response would be an inarticulate premise as to what is morally acceptable and what is not. (...) Instinctively, the traveller on the Underground would consider that the law of torts has no business to provide legal remedies consequent upon the birth of a healthy child, which all of us regard as a valuable and good thing. (...) What may count in a situation of difficulty and uncertainty is not the subjective view of the judge but what he reasonably believes that the ordinary citizen would regard as right. (...) Relying on principles of distributive justice I am persuaded that our tort law does not permit parents of a healthy unwanted child to claim the cost of bringing up the child from a health authority or a doctor. (...)'

Met Van Boom en Jansen³⁶⁸ ben ik kritisch over dit argument. In de eerste plaats weet ik niet of dit werkelijk het oordeel van de forens in de Londense metro zou zijn indien hem er bij wordt verteld wat Lord Steyn bij zijn formulering van de vraag op retorische wijze wegmoffelt: dat George en Laura McFarlane al vier kinderen hadden en vanwege de omvang van hun gezin naar een groter huis wilden verhuizen, dat zij daarom een hogere hypotheek moesten afsluiten, dat Laura besloot om weer te gaan werken en dat zij samen besloten om geen vijfde kind te nemen. In dat licht ook besloot George om zich te laten steriliseren. Hem werd door de behandelend arts na controle verteld dat hij en Laura geen voorbehoedsmiddelen meer hoefden te gebruiken. Door de fout van de arts blijkt Laura alsnog zwanger. In de tweede plaats kan het oordeel van de 'gewone man' in problematische gevallen wel meewegen, maar in de juridische afweging nimmer bepalend zijn: ware dat anders, dan zou ons recht er niet uitzien zoals thans en zou het studeren van rechten weinig zin meer hebben.

Maar waar het mij (wederom) om gaat, is dat de notie van menselijke waardigheid ('Menschenwürde', 'waardigheid van het kind', het kind als een 'valuable and good thing') zodanig inherent vaag is, dat het weliswaar als argument een rol kan spelen op weg naar de juiste uitkomst, maar nimmer redenevend kan zijn voor het rechterlijk oordeel. De verschillende oordelen van de Duitse, Nederlandse en Engelse rechters op basis van één begrip menselijke waardigheid getuigen daarvan.

Smartengeld (i.h.b. affectieschade) en het algemeen persoonlijkheidsrecht

55. In Nederland kan smartengeld (vergoeding van immateriële schade) op grond van art. 6:106 BW worden gevorderd in drie daar limitatief opgesomde gevallen (kortweg: bij opzet van de laedens om immateriële schade toe te brengen, bij aantasting in de persoon (waaronder lichamelijk letsel) en, onder nader bepaalde voorwaarden, bij aantasting van de nagedachtenis van een overledene). Vrij algemeen wordt aangenomen dat dit stelsel te beperkt is en dat er naar Nederlands recht ook ruimte moet zijn voor vergoeding van zg. affectieschade.³⁶⁹ Dat bestaat in het verdriet dat iemand heeft wegens het overlijden of gewond raken van een naaste verwante.³⁷⁰ Weliswaar zijn er kleine openingen om smartengeld ook in dat geval mogelijk te maken (vooral indien zg. 'shockschade' bestaat omdat dan jegens de derde *zelf* onrechtmatig kan zijn gehandeld³⁷¹), maar veel zoden zet dat niet aan de dijk. Enkele schrijnende gevallen berecht door de Hoge Raad hebben de behoefte aan vergoeding van affectieschade ook in andere gevallen vergroot. Met name het arrest inzake Baby Joost³⁷² heeft het gevoelen versterkt dat de huidige regeling te beperkt is. In casu was de gezonde Joost

³⁶⁷ [1999] 4 All ER 977.

³⁶⁸ Van Boom & Jansen, o.c., NTBR 17 (2000), p. 287.

³⁶⁹ Zie voor argumenten voor en tegen (en een gematigd eigen standpunt) recent C.E. du Perron, *Genoegdoening in het civiele aansprakelijkheidsrecht*, preadvies NJV 2003-I, p. 107 v., alsmede A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Nijmegen 2002, p. 191 v.

³⁷⁰ Aldus de definitie van Van Dam, o.c., no. 805. Zie over smartengeld i.h.a. Asser-Hartkamp I, 11^{de} dr., Deventer 2000, no. 467, alwaar verdere literatuur.

³⁷¹ Zie HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (Shockschade).

³⁷² HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (Baby Joost). Zie ook HR 9 oktober 1998, NJ 1998, 853 (Jeffrey), waarover G.E. van Maanen, *Een arrest dat shockeert*, NTBR 1999, p. 47 v. Lindenbergh, o.c., TPR 1999, p. 1685

enkele maanden na zijn geboorte geopereerd aan een liesbreuk. Door fouten van de behandelende artsen is een zware hersenbeschadiging opgetreden met als gevolg dat hij de rest van zijn leven zeer zwaar gehandicapt blijft. De ouders konden als ‘derden’ geen immateriële schade vorderen. Hoewel deze zaak naar oud recht werd beslist, zou de uitkomst onder het huidige BW identiek zijn. Inmiddels is een wetsvoorstel ingediend dat vergoeding van affectieschade mogelijk moet maken.³⁷³ Thans maakt art. 6:107 BW vergoeding mogelijk van de *vermogensschade* die een derde lijdt, daar wordt aan toegevoegd dat ook de immateriële schade van de derde voor vergoeding in aanmerking komt bij overlijden of ernstig en blijvend letsel van een naaste. Dat bedrag is beperkt tot 10.000 euro en de kring van gerechtigden wordt strikt omschreven.

Het is niet moeilijk om deze materie in verband te brengen met grondrechten. In de Baby Joost-zaak hadden de ouders aangevoerd dat de fout van de artsen een inbreuk vormde op de bescherming van hun *family life* in de zin van art. 8 EVRM en daarmee een aantasting in hun persoon. Als dat zo is, kunnen zij op grond van art. 6:106 lid 1 sub b BW smartengeld vorderen. Het Hof meende echter dat art. 8 EVRM hier niet van toepassing is en de Hoge Raad casseert dat oordeel niet. Toch was het mijns inziens mogelijk geweest dat de Hoge Raad art. 8 of het algemeen persoonlijkheidsrecht ook hier als hefboom had gebruikt. Weliswaar is er geen rechtspraak van het EHRM over de vraag of art. 8 EVRM dit soort inbreuken op het gezinsleven beschermt,³⁷⁴ maar dat neemt niet weg dat een Hoge Raad die de heersende maatschappelijke én rechtswetenschappelijke opvatting over de toekenning van affectieschade wil volgen, hier een instrument had gehad om tot een gewenst resultaat te komen.³⁷⁵ Ik verwijs ook naar Verheij,³⁷⁶ die op het moment dat de Hoge Raad zijn uitspraak deed al had bepleit dat de aantasting in de persoon van art. 6:106 BW moet worden ingevuld aan de hand van het algemeen persoonlijkheidsrecht en het recht op zelfbeschikking. Verheij laat ook zien dat in vrijwel alle gevallen waarin de Hoge Raad smartengeld toewijsbaar acht, de zelfbeschikking (ik zou zeggen: de menselijke waardigheid) van het slachtoffer is aangetast. Advocaat-Generaal Lange-meijer³⁷⁷ heeft gelijk dat die zelfbeschikking te veelomvattend is om als onrechtmatigheids criterium te dienen, maar – ik herhaal mijn these – als eerste stap naar nieuwe rechtspraak is zij wel nuttig. Vraag is immers of voldoende recht wordt gedaan aan het algemeen persoonlijkheidsrecht indien smartengeld niet wordt toegewezen hoewel dat wél zou bijdragen aan de verwerking van leed. Voor dat laatste is erkenning van het aangedane verdriet, door middel van de toewijzing van smartengeld, essentieel. Vandaar ook dat in de Memorie van Toelichting³⁷⁸ bij het wetsvoorstel deze functie van erkenning van het leed dat aan naasten is aangedaan, naast enige genoegdoening, voorop wordt gesteld. Van enige band met persoonlijkheidsrecht of andere grondrechten wordt daarbij overigens niet gerept. Inmiddels is het wetenschappelijk debat over de rol van smartengeld bij de verwerking van leed, met gebruikmaking van empirisch materiaal, gelukkig wel aangevangen.³⁷⁹

56. Ik wijs er kort op dat in het Duitse recht het algemeen persoonlijkheidsrecht wél is gebruikt als grondslag om tot een vergoeding van smartengeld te komen. Dat was al het geval in de *Herrenreiter*-zaak uit 1958,³⁸⁰ maar principieel stelt het Bundesgerichtshof in 1961:³⁸¹

roept de vraag op of hier wel voldoende recht is gedaan aan het persoonlijkheidsrecht, maar beantwoordt deze niet.

³⁷³ TK 2002-2003, 28 781, waarover kritisch C.C. Van Dam, <<http://www.aansprakelijkheidsrecht.com>>, no. 805.

³⁷⁴ Zie ook A.R. Bloembergen in zijn NJ-noot onder het arrest.

³⁷⁵ Ik verwijs ook naar Van Dam, die laat zien dat de visie van de wetgever op dit punt niet zo duidelijk is als lijkt op grond van art. 6:106 en 6:107.

³⁷⁶ A.J. Verheij, Een pleidooi voor de vergoeding van geringe immateriële schade, RMTh. 1998, p. 339 v. Zie thans dez., Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon, o.c., p. 387 v.

³⁷⁷ In zijn conclusie voor HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (Baby Joost), no. 2.27.

³⁷⁸ TK 2002-2003, 28781, nr. 3, p. 1-2.

³⁷⁹ Zie G.E. van Maanen (red.), De rol van het aansprakelijkheidsrecht bij de verwerking van persoonlijk leed, Den Haag 2003.

³⁸⁰ BGHZ 26, 439 (Herrenreiter). Zie ook *boven*, no. 51.

³⁸¹ BGHZ 35, 363 (Ginseng).

‘Die unter dem Einfluss der Wertentscheidung des Grundgesetzes erfolgte Ausbildung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes wäre aber lückenhaft und unzureichend, wenn eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts keine der ideellen Beinträchtigung adäquate Sanktion auslösen würde. (...) Die Rechtsordnung würde dann auf das wirksamste und oft einzigste Mittel verzichten, das geeignet ist, die Respektierung des Personenwertes des einzelnen zu sichern’.

In een geval waarin opgeslagen sperma door een ziekenhuis ten onrechte was vernietigd,³⁸² en toen een kind tijdens de geboorte aan zodanige behandelingsfouten was blootgesteld dat het (zoals baby Joost) ernstig hersenletsel opliep, ging dezelfde redenering op. Het Bundesgerichtshof achtte dat een zodanige aantasting van het persoonlijkheidsrecht van het kind dat vergoeding van immateriële schade op haar plaats was.³⁸³ Ik moet hier wel aan toevoegen dat het hier niet ging om affectieschade. Waar het BGB smartengeld tot voor kort slechts in zeer uitzonderlijke gevallen toeliet – wat ook de rechtspraak van het BGH verklaart – is er inmiddels een meer algemene regeling in de nieuwe § 253 lid 2 BGB.³⁸⁴

De positieve verplichting van de Staat om dood en letsel toegebracht door individuen te voorkomen: de Court of Appeal en het EHRM

57. Ik wil niet de indruk wekken dat de invloed van grondrechten in het aansprakelijkheidsrecht beperkt is tot inbreuken op persoonlijkheidsrechten. Ik wijs daarom kort op twee geheel andere voorbeelden van invloed. Het eerste ontleen ik aan de Engelse Osman-zaak en handelt over art. 2 EVRM,³⁸⁵ het tweede voorbeeld gaat over de toepassing van het gelijkheidsbeginsel door het Belgisch Arbitragehof. In beide gevallen gaat het strikt genomen om invloed in de verhouding overheid-burger, maar met belangrijke consequenties voor private verhoudingen.

De Osman-zaak³⁸⁶ handelde over de leraar Paget-Lewis, die een ziekelijke belangstelling had ontwikkeld voor een leerling van hem, Ahmet Osman. Ook nadat de *headmaster* van de school Paget-Lewis hierop had aangesproken, bleef hij zich ten opzichte van Osman hinderlijk gedragen. Ook viel hij een andere leerling, die vriendschappelijk met Osman omging, lastig en verspreidde het gerucht dat deze Leslie zich te buiten ging aan orale seks met Osman. Intussen gaf Paget-Lewis toe dat hij een bijzondere relatie met Osman had ontwikkeld, foto's van hem maakte en buiten zijn huis postte en zeer jaloers was op Osmans vriendschap met Leslie. De *headmaster* had hierover tot vier maal toe contact met de plaatselijke politie. Enkele incidenten, die door de *headmaster* en *deputy headmaster* Perkins steeds aan de politie werden gemeld, leidden er toe dat eerst Osman naar een andere school werd verplaatst en vervolgens Paget-Lewis, nadat deze zijn naam had gewijzigd in Paul Ahmet Yildirim Osman,³⁸⁷ door de school werd verplicht tot het zoeken van psychiatrische hulp. Nadat een steen door een raam in Osmans huis was gegooid, de banden van zijn vaders auto waren lek geprikt (beide voorvallen werden aan de politie gemeld, maar onzeker bleef wie de dader was) en Osman verder werd *gestalkt*, ging Paget-Lewis op verzoek van de *headmaster* eerst met ziekteverlof en werd hij vervolgens geschorst. Een lange reeks incidenten gericht tegen de familie Osman (brandstichting, inslaan ruiten, het moedwillig inrijden op een auto waarin Leslie zich bevond, maar ook verbale dreigementen aan het adres van Leslie en Perkins) en het horen van Paget-Lewis door de politie volgden. In het proces-verbaal van de aanrijding tekende de politie op dat Paget-Lewis gezegd had ‘I'm not worried because in a few months I'll be doing life’. Ruim twee maanden later ging Paget-Lewis naar het huis van Osman, schoot diens vader dood en verwondde Osman zelf, reed door naar het huis van Perkins en schoot diens zoon dood en verwondde Perkins. Tijdens zijn arrestatie kan

³⁸² NJW 1994, 127 (Tiefkühlsperma).

³⁸³ BGHZ 120, 1; NJW 1993, 781, geciteerd bij Von Bar, o.c., RabelsZ 59 (1995), p. 218.

³⁸⁴ Ingevoerd in 2001 bij de *Schadensersatzrechtsreformgesetz*. Zie hierover J.M. Smits, De herziening van het Duitse verbintenissenrecht, NTBR 19 (2002), p. 368 v.

³⁸⁵ Zie voor andere rechtspraak van het EHRM op het vlak van aansprakelijkheidsrecht ook Van Gerven e.a. (eds.), *Ius Commune Casebooks: Tort Law*, o.c., p. 931 v.

³⁸⁶ Zie voor een weergave van de feiten de EHRM-zaak: *Osman v United Kingdom*, Reports 1998-VIII; NJ 2000, 134, ook beschikbaar via <<http://hudoc.echr.coe.int>>.

³⁸⁷ De werkelijke naam van Paget-Lewis blijkt intussen Ronald Potter te zijn: ook Paget-Lewis is de naam van een van zijn ex-leerlingen. Dit was bekend bij de *headmaster*, maar omstrede is of hij dit de politie had medegedeeld.

Paget-Lewis nog uitroepen ‘Why didn’t you stop me before I did it, I gave you all the warning signs?’ Hij wordt veroordeeld overeenkomstig Section 41 van de Mental Health Act (wat neerkomt op de Nederlandse TBS).

Osman en zijn moeder spreken hierop de politie in *negligence* aan tot betaling van schadevergoeding. De Court of Appeal³⁸⁸ wijst de vordering af: hoewel er zeker voldoende *proximity* bestond tussen eisers en de politie, verzette *public policy* zich volgens het hof er tegen dat op de politie ook een *duty of care* rust. Dat was terzake inderdaad het Engelse recht: in *Hill v. Chief Constable of West Yorkshire*³⁸⁹ had de House of Lords namelijk beslist dat de politie in beginsel niet aansprakelijk kan worden gesteld voor fouten bij de opsporing. Die *immunity* is ingegeven door de idee (zoals geformuleerd door het EHRM in *Osman*³⁹⁰) dat ‘the interests of the community as a whole are best served by a police service whose efficiency and effectiveness in the battle against crime are not jeopardised by the constant risk of exposure to tortious liability for policy and operational decisions’. Of, zoals Lord Templeman het zei in *Hill*:

‘If this action lies, every citizen will be able to require the court to investigate the performance of every policeman. If the policeman concentrates on one crime, he may be accused of neglecting others. If the policeman does arrest on suspicion a suspect with previous convictions, the police force may be held liable for subsequent crimes’.

De *Osman*-zaak is vooral bekend geworden omdat het EHRM unaniem een schending aanwezig achtte van art. 6 EVRM. Op zichzelf was volgens het hof het *public policy*-argument dat de politie in beginsel immuun moet zijn voor aansprakelijkheid, niet in strijd met het recht op een eerlijk proces. Wanneer dat argument van *public policy* in een concreet geval door de rechter echter in het geheel niet wordt afgewogen tegen andere beleidsargumenten, is het gebruik er van disproportioneel. In de wijze waarop de Court of Appeal de immuniteit van de politie had toegepast, namelijk als een ‘automatic immunity’ zonder op de merites van de zaak zelf in te gaan, zag het EHRM daarom een schending van art. 6.³⁹¹

De precieze reikwijdte van dit oordeel vind ik moeilijk in te schatten. In Engeland is de zaak buitengewoon kritisch³⁹² bejegend. Indien het zo is dat het afwijzen van een vordering tot schadevergoeding op de enkele grond dat eerder door de hoogste nationale rechter is beslist dat die vordering om bepaalde ‘beleidsmatige’ redenen niet voor toewijzing in aanmerking komt en daarom niet op de verdere merites behoeft te worden beoordeeld, dan stelt het hof in Straatsburg eigenlijk eisen aan de wijze van motiveren door de rechter. Die zal, in elk geval bij overheidsaansprakelijkheid, niet met een enkele verwijzing naar de door de hoogste rechter geformuleerde hoofdregel mogen verwijzen om de vordering af te wijzen, maar moeten steeds de tegenargumenten voor de hoofdregel van niet-aansprakelijkheid worden meegewogen. Als ik het goed zie, bestaan dit soort oordelen van de Nederlandse Hoge Raad echter niet omdat deze vrijwel altijd ruimte laten voor een nadere afweging door de lagere rechter. Wel volgt uit de *Osman*-zaak dat waar in Nederland immuniteit van de overheid wordt aangenomen, de rechter niet kan volstaan met enkele verwijzing naar die immuniteit om een ingestelde vordering af te wijzen. Dat geldt mijns inziens ook bij immuniteit die is toegekend door de wetgever. Zo zal de Nederlandse rechter die wordt geconfronteerd met de vraag of in casu de overheid risico-aansprakelijk is voor niet-ondergeschikten (art. 6:171 BW), mijns inziens in strijd met art. 6 EVRM handelen indien hij enkel verwijst naar de passage uit de Memorie van Toelichting dat die aansprakelijkheid er niet is omdat dit onoverzienbare consequenties zou hebben.³⁹³ Dat argument

³⁸⁸ *Osman v Ferguson*, [1993] 4 All ER 344.

³⁸⁹ *Hill v Chief Constable of West Yorkshire*, [1988] 2 All ER 238. Het betrof een op *Osman* lijkende zaak, in dat geval over een slachtoffer van de ‘Yorkshire Ripper’.

³⁹⁰ *Osman v United Kingdom*, Reports 1998-VIII; NJ 2000, 134, no. 149.

³⁹¹ *Osman v United Kingdom*, Reports 1998-VIII; NJ 2000, 134, no. 152. Vgl. no. 151: ‘(...) the application of the rule in this manner without further enquiry into the existence of competing public-interest considerations only serves to confer a blanket immunity on the police’.

³⁹² Zie over de zaak bijv. Ewan McKendrick, *Negligence and Human Rights: Re-Considering Osman*, in: Friedmann & Barak-Erez (eds.), o.c., p. 331 v. en Van Gerven e.a. (eds.), *Ius Commune Casebooks: Tort Law*, o.c., p. 939 v., alwaar verdere literatuur.

³⁹³ Vgl. G.E. van Maanen & R. de Lange, *Onrechtmatige overheidsdaad*, 3^{de} dr., Deventer 2000, p. 15.

zal moeten worden afgewogen tegen het argument waarom in de omstandigheden van het geval wél aansprakelijkheid moet bestaan.

58. Minstens even interessant vind ik de uitspraak die het EHRM doet over art. 2 EVRM, dat eveneens door de Osmans was ingeroepen. Dat artikel beschermt het recht op leven. Al bekend was³⁹⁴ dat art. 2 een positieve verplichting op de Staat legt: die moet gepaste stappen nemen om het leven van individuen op zijn grondgebied te waarborgen. Het enkele bestaan van een nationaal strafrecht is daarvoor niet afdoende: ook in individuele gevallen kan op de Staat de plicht rusten om preventieve maatregelen te nemen indien iemands leven in gevaar is. In Osman preciseert het EHRM dat dit het geval is indien³⁹⁵

‘the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk’.

In strijd met art. 2 is het volgens het EHRM om aansprakelijkheid van de overheid voor het niet nemen van voorzorgsmaatregelen enkel aanwezig te achten in geval van grove roekeloosheid. Art. 2 eist dat de benadeelde slechts hoeft aan te tonen dat de overheid niet alles heeft gedaan dat redelijkerwijs verwacht mocht worden om een ‘real and immediate risk to life’ te voorkomen. Die vraag kan alleen worden beantwoord in het licht van de omstandigheden van het geval.³⁹⁶

In casu was er volgens de meerderheid³⁹⁷ van het EHRM geen schending van art. 2 EVRM. Op geen moment wist de politie of had de politie moeten weten dat de familie Osman een ‘real and immediate risk’ liep. De incidenten waren niet levensbedreigend en bij de meeste incidenten is ook niet aangetoond dat Paget-Lewis de schuldige was. Uit het psychiatrisch onderzoek bleek niet dat hij geestelijk ziek was. Voor het hof lijkt hierbij een grote rol te spelen dat de politie naar Engels recht ook niet in staat was om Paget-Lewis op te pakken omdat een redelijke verdenking ontbrak. Had zij hem wel opgepakt, dan had het tot weinig geleid: hij had weer moeten worden vrijgelaten.³⁹⁸ Het oordeel had waarschijnlijk anders geluid indien had kunnen worden aangetoond dat Paget-Lewis concrete bedreigingen tegen Osman en diens vader had geuit, maar daarvan was geen sprake.

Hiermee treedt het EHRM direct in de vraag welke voorzorgsmaatregelen de overheid moet nemen om een inbreuk op het leven van het ene individu door het andere individu te voorkomen. Zij legt daarmee een plicht op de overheid tot handelen. Hier zien wij dus een andere functie van het grondrecht: art. 2 EVRM fungeert als bron van aansprakelijkheid in de verhouding overheid-burger. Het oordeel in de Osman-zaak op dit punt lijkt me actueel na de moord op Pim Fortuyn. In dat geval lijkt immers te zijn voldaan aan de eis van een ‘real and immediate risk’. Ik begrijp namelijk uit de Kamerstukken over het Rapport feitenonderzoek beveiliging Pim Fortuyn³⁹⁹ dat Fortuyn meerdere malen met de dood was bedreigd en dat dit ook bij de politie bekend was. Hij was ook al eerder het slachtoffer geweest van fysiek geweld. Een expliciet gedaan verzoek om politiebewaking werd tot twee maal toe afgewezen. Bovendien verklaren ‘beveiligingsspecialisten’ dat één enkele ‘begeleider’ het risico op een succesvolle aanslag aanzienlijk had verminderd. Vraag is natuurlijk wel waartoe dit alles naar Nederlands recht leidt: aangenomen dat de familie Fortuyn aanspraak wenst te maken op vergoeding van immateriële schade kan dat naar huidig recht alleen indien er sprake is van shockschade.⁴⁰⁰ Daarvoor is vereist dat men de gevolgen waarneemt ‘(kort) nadat de gebeurtenis’ die

³⁹⁴ Zie L.C.B. v United Kingdom, Reports 1998-III; NJ 1999, 283.

³⁹⁵ Osman v United Kingdom, Reports 1998-VIII; NJ 2000, 134, in no. 116.

³⁹⁶ Osman v United Kingdom, Reports 1998-VIII; NJ 2000, 134, in no. 116.

³⁹⁷ Maar met dissenting opinions van vier rechters.

³⁹⁸ Osman v United Kingdom, Reports 1998-VIII; NJ 2000, 134, in no. 121.

³⁹⁹ TK 2001-2002, 28374, nr. 5.

⁴⁰⁰ In het wetsvoorstel affectieschade (TK 2002-2003, 28781) behoren de erven Fortuyn niet tot de kring van gerechtigden.

dood of letsel veroorzaakte plaatsvond⁴⁰¹ en dat daardoor een in de psychiatrie erkend ziektebeeld is opgetreden. Aan geen van beide eisen zal in casu zijn voldaan.⁴⁰²

Verjaring in België

59. Het tweede voorbeeld van invloed dat ik hier noem betreft een geheel andere materie. Het gaat om de wijze waarop het Belgische Arbitragehof toepassing heeft gegeven aan het gelijkheidsbeginsel in het aansprakelijkheidsrecht. Dat gelijkheidsbeginsel (art. 10 Belgische Grondwet) was tot voor kort⁴⁰³ een van de drie nationale grondrechten waaraan het Arbitragehof wetten mocht toetsen. De andere twee waren het met het gelijkheidsbeginsel nauw verbonden verbod van discriminatie (art. 11) en de vrijheid van onderwijs (art. 24). Art. 10 en 11 zijn in vergelijking met veel andere nationale grondwetten summier geformuleerd.⁴⁰⁴ Volgens vaste rechtspraak van het hof is een verschil in behandeling alleen toegestaan als dat berust op een objectief criterium en redelijk verantwoord is. Daarbij moeten doel en gevolgen van de betwiste maatregel en de aard van de terzake geldende beginselen in ogenschouw worden genomen. Ontbreekt een redelijk verband tussen de aangewende middelen en het beoogde doel, dan is het gelijkheidsbeginsel geschonden.⁴⁰⁵

Een van de meest in het oog springende gevallen waarin het Arbitragehof het gelijkheidsbeginsel heeft toegepast, betreft de verjaring van rechtsvorderingen. Ten aanzien van verschillende verjaringstermijnen is door het hof gezegd dat zij ten onrechte bepaalde personen ongelijk behandelen. Zo kende het Belgische recht een verschil in verjaring van rechtsvorderingen uit onrechtmatige daad, afhankelijk van de vraag of de fout tevens een misdrijf was. Indien de dader van een misdrijf privaatrechtelijk werd aangesproken tot vergoeding van de schade, bedroeg de verjaringstermijn volgens een wet uit 1961 – in afwijking van de toen geldende algemene verjaringstermijn van dertig jaar – vijf jaar vanaf de dag dat het misdrijf was gepleegd. De gelaedeerde die was benadeeld door een feit dat toevallig tevens een misdrijf vormde (vaak in geval van een verkeersongeval), verkeerde zo in een ongunstiger positie dan andere slachtoffers. Het Arbitragehof oordeelde dit in strijd met het gelijkheidsbeginsel: er was geen evenredige verhouding tussen het door de wetgever met de korte verjaringstermijn nagestreefde doel (het waarborgen van het recht op vergetelheid van de dader en van de rechtszekerheid en het voorkomen dat opnieuw de ‘openbare vrede’ wordt verstoord) en de gevolgen daarvan voor de slachtoffers van misdrijven.⁴⁰⁶ De wetgever heeft in reactie op deze uitspraak de verjaringstermijn van alle vorderingen tot vergoeding van schade op grond van buitencontractuele aansprakelijkheid gesteld op vijf jaar vanaf de dag na die waarop de benadeelde kennis heeft gekregen van de schade en van de identiteit van de laedens, zij het met een maximumtermijn van twintig jaar (art. 2262bis BW).⁴⁰⁷

Ook de verjaring van vorderingen jegens de Staat was aan een andere termijn onderworpen dan de gewone verjaring. Hier werd op grond van verspreide wettelijke bepalingen door de rechter aangenomen dat een algemene verjaringstermijn van vijf jaar bestond voor de aansprakelijkheid van de Staat. Redengevend daarvoor was dat de Staat nu eenmaal op een bepaald ogenblik zijn rekeningen moet kunnen afsluiten. Indien de Staat vele jaren na dato nog eens wordt geconfronteerd met schuldeisers, staat dat bovendien aan de parlementaire controle in de weg. Hoewel het Arbitragehof

⁴⁰¹ Zie HR 22 februari 2002, NJ 2002, 240 (shockschade).

⁴⁰² Het door broers en zussen op televisie zien van beelden van Fortuyn kort na de aanslag lijkt me niet voldoende. Ik verwijs naar Lord Keith in *Alcock v Chief Constable of the South Yorkshire Police*, [1992] 1 AC 155.

⁴⁰³ Sinds 2003 is toetsing aan alle grondrechten mogelijk: zie de Wet van 9 maart 2003, Belgisch Staatsblad 11 april 2003.

⁴⁰⁴ Art. 10 luidt: ‘Er is in de Staat geen onderscheid van standen. De Belgen zijn gelijk voor de wet; zij alleen zijn tot de burgerlijke en militaire bedieningen benoembaar, behoudens de uitzonderingen die voor bijzondere gevallen door een wet kunnen worden gesteld. De gelijkheid van vrouwen en mannen is gewaarborgd’. Art. 11 luidt: ‘Het genot van de rechten en vrijheden aan de Belgen toegekend moet zonder discriminatie verzekerd worden (...)’.

⁴⁰⁵ Zie Meersschaut, o.c., TPR 35 (1998), p. 867 v., no. 22.

⁴⁰⁶ Arbitragehof 21 maart 1995, 25/95, Arresten Arbitragehof 1995, 377, RW 1994-1995, p. 1324 v. De rechtspraak van het Arbitragehof is ook te vinden via <<http://www.arbitragehof.be>>.

⁴⁰⁷ Wet van 10 juni 1998, waarover Ignace Claeys, *De nieuwe verjaringswet: een inleidende verkenning*, RW 1998-1999, p. 377 v.

deze doelstelling op zichzelf niet onredelijk vindt, zegt het echter dat die in concrete gevallen niet in verhouding staat tot het gebruikte middel van een verjaringstermijn van vijf jaar. Met name indien het gaat om schade door werkzaamheden van de overheid die pas vele jaren later aan de oppervlakte komt, is er geen redelijke doel-middel verhouding. In casu had de Staat in 1960 ophogingswerken verricht op een stuk grond van de Staat zelf; de burens vorderden de schade die zich pas veel later manifesteerde.⁴⁰⁸

‘Ten aanzien van dergelijke schuldvorderingen blijkt de maatregel niet redelijk verantwoord te zijn. Het gaat immers om schuldvorderingen die zijn ontstaan uit een nadeel dat pas aan de oppervlakte kan komen talrijke jaren nadat de werken zijn uitgevoerd. De laattijdige klachten vinden hun verklaring meestal niet in de nalatigheid van de schuldeiser, maar in het feit dat de schade zich laattijdig manifesteert. (...) Door de vordering (...) aan de vijfjarige verjaring te onderwerpen, terwijl dezelfde vordering aan de dertigjarige verjaring is onderworpen wanneer zij is gericht tegen een particulier, houdt de wet een maatregel in die onevenredig is met het door de wetgever nagestreefde doel. Aldus worden, zonder redelijke verantwoording, categorieën van personen verschillend behandeld (...)’

Deze ratio gaat dus zeker niet op bij alle vorderingen jegens de overheid. Zo heeft het Arbitragehof reeds uitgemaakt dat een kortere verjaring van een vordering op grond van (niet-nakoming van) een overeenkomst met de overheid, *niet* in strijd komt met het gelijkheidsbeginsel. De wederpartij contracteert in dat geval immers vrijwillig met de overheid en weet dus op grond van de overeenkomst welke zijn rechten en plichten zijn.⁴⁰⁹

Deze rechtspraak van het Arbitragehof laat een geheel andere toepassing van grondrechten in het privaatrecht zien. Hier wordt het gelijkheidsbeginsel immers gebruikt om bestaande wetgeving in strijd met de Grondwet te verklaren.⁴¹⁰ Geheel los van de menselijke waardigheid staat dit uiteraard ook weer niet: in beide genoemde gevallen wordt de private partij in een gunstiger positie geplaatst dan waarin zij op grond van die wetgeving verkeerde. Overwegingen van publieke aard worden aldus opzij gezet om het individu te beschermen. In het asbestose-arrest van de Nederlandse Hoge Raad⁴¹¹ geschiedde dit ook, zij het daar gemotiveerd op grond van redelijkheid en billijkheid en in een geval waarin de menselijke waardigheid veel meer in het geding was dan in de Belgische zaken.

II.C Goederenrecht

Bescherming van de eigendom als grondrecht

60. Binnen het goederenrecht besteed ik enige aandacht aan de bescherming van eigendom. Eigendom is traditioneel een grondrecht dat slechts tegenover de overheid kan worden ingeroepen: het is *het* voorbeeld van een grondrecht dat beoogt te beschermen tegen een grillige overheid die neemt wat zij wil. Dat is ook de oorspronkelijke betekenis van eigendom als een ‘droit inviolable et sacré’, zoals geformuleerd in de *Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen* van 1789. Eigendom is doorgaans ook het enige ‘privaatrechtelijke’ recht dat als grondrecht in de nationale grondwet is erkend.⁴¹²

In private verhoudingen speelt dit grondwettelijk recht op eigendom geen grote rol. Dit is mijns inziens geheel toe te schrijven aan wat ik eerder (onder meer in no. 27) heb geschreven over indirecte werking van grondrechten: waar de privaatrechtelijke regels zelf al uitgebalanceerde belangenafwegingen bieden (en in Nederland bieden grote delen van het BW, alsmede Onteigeningswet, Wet op de Ruimtelijke Ordening en andere wetten deze), bestaat aan een

⁴⁰⁸ Arbitragehof 15 mei 1996, 32/96, RW 1996-1997, p. 292 v.

⁴⁰⁹ Arbitragehof 17 december 1997, 75/97.

⁴¹⁰ Er zijn meer zaken waarin dit gebeurde: zie over verjaring van de vordering tot uitbetaling van wedden van ambtenaren bijv. Arbitragehof 12 februari 2003, 25/2002, RW 2002-2003, p. 1504.

⁴¹¹ HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (Asbestose).

⁴¹² Zij het in art. 14 Nederlandse Grondwet (dat handelt over onteigening) niet expliciet; wel in art. 14 *Grundgesetz* en art. 16 van de Belgische grondwet; in Frankrijk verwijst de grondwet van 1958 naar de preambule bij de grondwet van 1946 en de *Déclaration* van 1789 (ook Conseil Constitutionnel en Cour de Cassation hebben eigendom veelvuldig als grondrecht erkend); zie voorts art. 17 Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie en art. 17 van de Universele Verklaring van de Rechten van de Mens 1948.

constitutionele bescherming van eigendom weinig behoefte meer. Anders gezegd: de privaatrechtelijke regels *zijn* al uiting van (de waarden achter) het grondrecht in particuliere verhoudingen. Dan terugvallen op het grondrecht zou de discussie slechts vertroebelen. Ik heb evenwel één uitzondering gemaakt, namelijk voor het geval waarin de menselijke waardigheid in het gedrang zou komen. Dan kan het invoeren van een grondrecht helpen om de rechtsvinder er van te doordringen dat een geval aan de orde is waarin de voorwaarden voor een zinvol menselijk bestaan dreigen te worden aangetast. Daarnaast speelt in Nederland nog een andere dimensie: omdat art. 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM de eigendom beschermt, bestaat de mogelijkheid om in Straatsburg te klagen over formele wetten waarin aan burgers eigendom wordt ontnomen of waarin zij in hun eigendom worden beperkt. Dat maakt de discussie over eigendom als mensenrecht actueel.

De meningen over de potentie van art. 1 Eerste Protocol in private verhoudingen zijn echter verdeeld. Nieuwenhuis spreekt van ‘een geheid groeifonds’ en een ‘goudmijn voor een hernieuwd discours over eigendom, autonomie en solidariteit’.⁴¹³ Daartegenover kennen Ploeger en Stolker aan art. 1 in private verhoudingen een geringe betekenis toe en voeren dat terug op ‘de aard’ van het burgerlijk recht:⁴¹⁴

‘Even if one takes the view (...) that this fundamental right provides the foundation for the protection of the individual against violation of his rights as laid down in practice in the rules of private law, one must still acknowledge that in a private law dispute between individuals this fundamental right does not provide any criteria by reference to which it is possible to determine whether there has indeed been a violation of this kind’.

Duidelijk moge inmiddels zijn dat ik Ploeger en Stolker daarin volg. Ik acht eigendom zelfs bij uitstek het voorbeeld van een grondrecht dat in horizontale verhoudingen al geheel privaatrechtelijk is vormgegeven. Dankzij art. 1 Eerste Protocol bestaat vooral een extra rechter in Straatsburg die als enige met rechtskracht kan constateren dat de Nederlandse (formele) wetgever het recht op eigendom heeft geschonden. Een *materiële wijziging* van het Nederlands eigendomsbegrip brengt dat niet.

In het navolgende werk ik mijn stelling uit. Ik ga eerst in op de betekenis van art. 1 Eerste Protocol en probeer aan te tonen dat de in dat kader uit te voeren toets weinig toevoegt aan de Nederlandse eigendomsbescherming in private verhoudingen. Vervolgens laat ik zien dat in gevallen waarin de menselijke waardigheid (of het daarmee nauw verbonden persoonlijkheidsrecht) wordt geschonden, eigendom als constitutionele waarde wel een zinnige rol kan spelen. Dat doe ik aan de hand van de rechtspraak van het EVRM en het Zuid-Afrikaanse recht.

Art. 1 Eerste Protocol

61. Volgens vaste rechtspraak van het EHRM⁴¹⁵ bevat art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM⁴¹⁶ drie te onderscheiden regels. In de eerste plaats is dat het beginsel dat een ieder het ongestoorde genot van zijn eigendom heeft (dat wil zeggen: ongestoord door de Staat). Vervolgens is er een tweede regel die ontneming van eigendom door de Staat mogelijk maakt ‘in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet (...)’. Beide regels zijn te vinden in lid 1 van art. 1. Ten slotte is er in lid 2 een derde regel over de statelijke bevoegdheid om (onder andere) ‘het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang’.

⁴¹³ Hans Nieuwenhuis, Een geheid groeifonds, TPR 2001, p. 1230.

⁴¹⁴ H.D. Ploeger & C.J.J.M. Stolker, In search of the importance of Article 1 Protocol No. 1 ECHR to private law, in: Jan-Peter Loof e.a. (eds.), The right to property, Maastricht 2000, p. 76.

⁴¹⁵ Sporrang en Lönnroth v Zweden, Serie A-Vol. 52; NJ 1988, 290 (tevens de eerste zaak waarin een beroep op art. 1 slaagde).

⁴¹⁶ Protocol van 20 maart 1952, Trb. 1952, 80, waarvan art. 1 luidt: ‘1. Iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon heeft recht op het ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht; 2. De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.’

Aldus wordt een onderscheid gemaakt tussen het ontnemen en het reguleren van eigendom. Bij de eerste vorm denke men aan onteigening of nationalisering, maar ook aan een feitelijk wegnemen van (ook roerende) eigendommen van een burger door de overheid. Regulering van eigendom bestaat bijvoorbeeld in geval van het aannemen van een bestemmingsplan of van een publieke beperking van het gebruiksrecht (zoals een verbod om te vissen of te jagen op de eigen grond) of bij het intrekken van een vergunning. Hoewel het onderscheid tussen 'ontnemen' (*deprivation*) en 'reguleren' (*control*) niet steeds even helder is, is het van belang voor de rechtsgevolgen: onder regel 2 dient in beginsel ter compensatie schadevergoeding te worden betaald, onder regel 3 is dat minder snel het geval.⁴¹⁷

De rechtspraak van het EHRM is zeer lankmoedig bij de interpretatie van wat onder 'eigendom' (*possessions*) in art. 1 moet worden verstaan: behalve roerende en onroerende zaken vallen onder meer ook aandelen, recht op huurgenot, goodwill, pensioenen, een bouwvergunning, verbintenisrechtelijke aanspraken (zoals die tot schadevergoeding) en zelfs de toelating als accountant-administratieconsulent⁴¹⁸ onder art. 1. Dit is overigens in rechtsvergelijkend perspectief niet uitzonderlijk. Indien in een bepaald rechtstelsel naast de privaatrechtelijke eigendom ook een grondrecht op eigendom bestaat, omvat dat laatste steeds veel meer dan enkel eigendom van roerende en onroerende zaken. Het is een uiting van de gedachte dat voor de moderne mens de belangrijkste vermogensbestanddelen vaak niet bestaan uit stoffelijke objecten.⁴¹⁹

Hier staat tegenover dat de eis dat sprake is van een ontnemen of reguleren van eigendom 'in het algemeen belang' door het EHRM eveneens ruim wordt geïnterpreteerd. Uit de rechtspraak blijkt dat niet snel sprake is van een inbreuk op art. 1. Dit is niet de plaats om uitgebreid in te gaan op de rechtspraak over de eis van algemeen belang.⁴²⁰ Deze komt er op neer dat een ontneming slechts in het algemeen belang is 'when it is for a legitimate purpose, when it is appropriate to the achievement of that purpose and when, by virtue of compensation reasonably related to the value of the property, it strikes a fair balance between the demands of the general interest and the requirements of the individual's fundamental rights.'⁴²¹ Ook bij het reguleren van eigendom moet een 'fair balance' worden gevonden tussen bescherming van het algemeen belang en bescherming van de eigendom van het individu. Dat is niet het geval indien op de eigenaar een 'individual and excessive burden' wordt gelegd. In beide gevallen moet dus zijn voldaan aan de eis van proportionaliteit, zij het dat die eis bij ontneming van eigendom strenger zal uitpakken dan bij de enkele regulering.

62. De betekenis van art. 1 Eerste Protocol in private verhoudingen lijkt mij zeer beperkt. Zoals uit mijn schets blijkt, is het artikel zoals uitgelegd door het EHRM moeilijk toepasbaar op verhoudingen tussen burgers nu daarin zozeer het algemeen belang centraal staat. Dat maakt mijns inziens ook het aannemen van een positieve verplichting van de Staat om het ene individu de inbreuk op het andere individu te verbieden zeer onwaarschijnlijk. Daar spelen immers in beginsel slechts private belangen en behoeft met het algemeen belang (behoudens uitzonderingen) niet te worden gerekend. Hoezeer hier vragen van algemeen belang spelen, bleek ook in de meest bekende Nederlandse zaak waarin art. 1 werd ingeroepen: die van de boeren die de Wet Herstructurering Varkenshouderij in strijd met art. 1 achtten omdat daarin hun (verhandelbare) 'varkensrechten' door de Staat werden verminderd.⁴²² Hen werd gemiddeld eerst 10% en later maximaal 15% van het recht om varkens te houden weggenomen. De Hoge Raad beschouwde dit als reguleren en niet als ontneming van eigendom. Waar het Hof Den Haag⁴²³ echter oordeelde dat een *fair balance* was bereikt omdat het verder voorkomen van

⁴¹⁷ Vgl. Rook, in: *Property Law and Human Rights*, o.c., p. 94.

⁴¹⁸ Van Marle/Nederland, Serie A-Vol. 101; NJ 1987, 581. Zie echter ook T.A. van Kampen, *Inperking van de strekking van art. 1 Eerste Protocol EVRM?*, NJB 2001, p. 991 v.

⁴¹⁹ Zie voor de interpretatie van art. 14 Grundgesetz door het Bundesverfassungsgericht bijv. Maunz/Zippelius, *Deutsches Staatsrecht*, o.c., Par. 28 II.

⁴²⁰ Zie voor goede overzichten bijv. Rook, o.c., p. 60 v. en T. Hartlief, *The right to own property under the ECHR*, in: Loof e.a. (eds.), o.c., p. 29 v.

⁴²¹ Dit is een min of meer vaste formulering in de rechtspraak van het EHRM.

⁴²² HR 16 november 2001, NJ 2002, 469 (Varkenswet). De overvloedige literatuur over deze kwestie vindt men grotendeels in de conclusie van de P-G Mok voor het arrest, alsmede in de beide NJ-noten bij het arrest. Over de beleidsaspecten van de wet: L.F.M. Verhey e.a. (red.), *Op zoek naar kwaliteit*, Den Haag 2003, p. 61 v.

⁴²³ Hof Den Haag 20 januari 2000, NJB 2000, p. 298 v.

milieuschade door het bestaan van mestoverschotten in het algemeen belang is en niet voor rekening van de gemeenschap mag worden gebracht, benadrukte de Hoge Raad dat daarmee nog niet is gezegd dat aan *bepaalde* varkensboeren geen ‘individual and excessive burdens’ wordt opgelegd. Dat moest door de feitenrechter nader worden onderzocht. Dit soort afwegingen van publiek en individueel belang zijn moeilijk denkbaar (of misschien wel denkbaar, maar dan mijns inziens ongewenst) in verhoudingen tussen private partijen. Met menselijke waardigheid heeft deze zaak in beginsel evenmin veel te maken. De dertien boeren werden hoogstens in hun bedrijf getroffen (en dan nog eens tot slechts gemiddeld maximaal 25% van hun verdien capaciteit). Indien evenwel een individuele boer inderdaad onevenredig wordt getroffen, met bijvoorbeeld als gevolg dat hij failliet gaat en daardoor zijn leven verwoest ziet,⁴²⁴ komt de menselijke waardigheid weer in zicht. In dat geval kan een beroep op een grondrecht helpen om de eigen positie verder te onderbouwen.

Een aardige illustratie van de beperkte betekenis van art. 1 in particuliere verhoudingen biedt mijns inziens het leerstuk van de hinder. Ik verwijs daartoe naar de *López Ostra*-zaak.⁴²⁵ De Spaanse mevrouw *López Ostra* had permanent last van rook, stank en lawaai afkomstig van een nabij haar huis gelegen fabriek. Zij stelde dat dit haar leven en dat van haar gezin ondraaglijk maakte en ook leidde tot gezondheidsproblemen. Bij de Spaanse rechter kreeg zij nul op het rekest met haar vordering tot tijdelijke of definitieve sluiting van de fabriek. Ten onrechte, zo oordeelt het EHRM: in casu is art. 8 EVRM geschonden omdat de Spaanse overheid onvoldoende heeft gedaan om *López Ostra* te beschermen tegen de inbreuk op haar privé- en gezinsleven, gelegen in de overlast die de fabriek veroorzaakte. Ernstige milieuverontreiniging ontnemt immers het genot van de privé-woning, zo stelt het hof.⁴²⁶ Naar nationaal recht zou deze kwestie als een vraag van hinder in het genot van de eigendom worden beschouwd en zou de vraag moeten worden gesteld wat de ernst is van die hinder en wat de omstandigheden zijn waaronder die plaatsvindt.⁴²⁷ Dat is een vraag van al dan niet onrechtmatig gedrag. Een beroep op art. 1 kan de rechter er van doordringen dat eigendom een fundamentele waarde is, maar ik neem aan dat hij dat al wist en dat de werkelijke vraag is hoe het gebruik van eigendomsbevoegdheden door de een (de fabriekseigenaar) moet worden afgewogen tegen het genot van eigendom van de ander. Art. 1 biedt zo beschouwd weinig extra.⁴²⁸

De *López Ostra*-zaak laat echter fraai zien dat waar naast de schending van het eigendomsrecht *tevens* een inbreuk op de menselijke waardigheid plaatsvindt (in casu een ondraaglijk bestaan door de permanente overlast van de fabriek), er wél reden is om een grondrecht in te roepen. In dat geval is er reden om het persoonlijk belang van de getroffen eigenaar een hogere rang te geven dan het economisch belang van de fabriekseigenaar. Met eigendom heeft die menselijke waardigheid als zodanig echter weinig van doen: het is dan ook terecht dat het EHRM in casu juist art. 8 EVRM inroept. Dat artikel staat in veel nauwer verband met de menselijke waardigheid dan art. 1 van het Eerste Protocol.

Het bovenstaande is op andere wijze verwoord door Schermers.⁴²⁹ Hij heeft de vraag gesteld of eigendom eigenlijk wel een grond- of mensenrecht is. Daartoe onderscheidt hij tussen ‘strictly personal rights’ (zoals het recht op leven, de vrijheid van meningsuiting en het recht om niet te worden gemarteld) en ‘connected rights’ (zoals eigendom en *family life*). Het eerste type rechten is van een hogere orde; zij kunnen (anders dan eigendom) volgens Schermers ook niet worden overgedragen aan anderen. Waar het mij nu om gaat, is dat Schermers onderscheid maakt tussen diverse vormen van eigendom van privé-personen. Achtereenvolgens is dat eigendom die nodig is om een privé-leven te kunnen voeren (zeg: bed, kleding, boeken, voedsel, ijskast en televisie), inkomen en spaargeld uit

⁴²⁴ Zoals ook in HR 2 mei 1997, NJ 1997, 662 (Kip en Sloetjes/Rabobank), waarin op aandringen van de bank Kip aandelen verkoopt, vervolgens failliet gaat, psychiatrische hulp moet zoeken en zodanig aangeslagen is dat alle levensvreugde, die hij uit zijn bedrijf haalde, verdwenen is en niet meer terug kan komen. Smartengeld was volgens de Hoge Raad in beginsel op zijn plaats.

⁴²⁵ EHRM 9 december 1994, Serie A-Vol. 303; NJ 1996, 506 (*López Ostra*).

⁴²⁶ ‘(...) severe environmental pollution may affect individuals’s well-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life (...)’ (in no. 51)

⁴²⁷ Zie voor Nederlands recht bijv. HR 10 maart 1972, NJ 1972, 278 (Vermeulen/Lekkerkerker) en art. 5:37 BW. In andere landen spelen soortgelijke factoren een rol.

⁴²⁸ Vgl. ook de al aangehaalde Ploeger & Stolker, o.c., p. 76.

⁴²⁹ Henry G. Schermers, *The international protection of the right of property*, in: F. Matscher & H. Petzold (eds.), *Protecting Human Rights: The European Dimension* (studies in honour of G.J. Wiarda), Köln 1988, p. 565 v.

werk, goederen die men erft en ten slotte inkomen en spaargeld uit vermogen. Schermers meent dat op zijn minst twijfelachtig is of de vier laatst genoemde typen van eigendom als fundamenteel mensenrecht moeten worden beschouwd. Hoewel het trekken van grenzen tussen de genoemde categorieën soms moeilijk is (want wat is nodig om een privé-leven te kunnen voeren: ook een dvd-speler en een auto?), stelt Schermers dat alleen de ‘privé-leven eigendom’ bescherming als mensenrecht verdient. Aantasting van die eigendom maakt immers ‘any normal way of life impossible’.⁴³⁰ In mijn visie is dit het geval omdat daar de menselijke waardigheid op het spel staat. Ik herhaal: ook andere eigendomsvormen verdienen bescherming, maar aan de hand van ‘gewone’ privaatrechtelijke regels. Zoals ook ‘privé-leven eigendom’ bij voorkeur via het privaatrecht wordt beschermd, maar met als ratio de menselijke waardigheid (en daarmee in geval van conflict met andere waarden mogelijk een hogere status).

Zuid-Afrika: beperking van de eigendomsbevoegdheid in geval van ‘plakkers’

63. Ik licht mijn standpunt nog eens toe aan de hand van Zuid-Afrikaans recht. Zoals al aangegeven,⁴³¹ bestaat in Zuid-Afrika inmiddels een uitgebreide ervaring met de invloed van grondrechten op de privaatrechtelijke eigendom. Eigendom moet worden geïnterpreteerd in het licht van de grondwettelijke waarden ‘human dignity’, ‘equality’ en ‘freedom.’ Ik concentreer mij hier op een van de meest pregnante problemen, namelijk hoe om te gaan met de zg. ‘okkupasie’ van grond. Iedereen die Zuid-Afrika heeft bezocht, kent het probleem: grond die in eigendom toebehoort aan iemand anders of aan de Staat wordt bezet door (grotendeels) arme zwarten, die daar provisorische hutjes (‘sinkies’) op bouwen. Deze ‘plakkers’ nemen bijvoorbeeld een groot deel van de Kaapse vlakte in beslag: wie van het vliegveld van Kaapstad richting Stellenbosch rijdt, ziet aan beide zijden van de snelweg onafzienbare rijen zelf geplaatste huisjes. Vraag is hoe hiermee om te gaan.⁴³²

Uitgangspunt in Zuid-Afrika is art. 26 Grondwet dat, onmiddellijk na de bepaling over de bescherming van eigendom in art. 25,⁴³³ een recht op ‘access to adequate housing’ toekent. Wat dat betekent wordt nader bepaald in lid 2 en lid 3 van art. 26. Lid 2 legt een plicht op de overheid om, binnen haar mogelijkheden, redelijke maatregelen te nemen om dit recht geleidelijk te realiseren. Art. 26 lid 3 bepaalt vervolgens:

‘No one may be evicted from their home, or have their home demolished, without an order of court made after considering all the relevant circumstances. No legislation may permit arbitrary evictions.’

Vast staat dat dit artikel horizontale werking heeft.⁴³⁴ Ter uitwerking hiervan is de Wet op Voorkoming van Onwettige Uitsetting en Onregmatige Okkupasie van Grond 1998⁴³⁵ tot stand gebracht. Indien deze bijzondere wet niet van toepassing is, heeft de eigenaar in beginsel een recht van revindicatie en kan hij de onrechtmatige gebruiker van de grond overeenkomstig de gewone privaatrechtelijke regels laten verwijderen. Dat maakt van groot belang wat het toepassingsbereik van de wet precies is. De wet geldt in geval van onrechtmatige occupatie van woonruimte: het zonder toestemming van de eigenaar gebruiken van grond door daarop een gebouw voor eigen bewoning te plaatsen of te gebruiken. Inmiddels⁴³⁶ is, na lagere rechtspraak in andere zin,⁴³⁷ duidelijk dat zelfs indien een huurovereenkomst is afgelopen en de huurder in de woning aanwezig blijft, de wet van toepassing is en revindicatie dus niet zonder meer mogelijk is.⁴³⁸

⁴³⁰ Schermers, o.c., p. 579.

⁴³¹ *Boven*, no. 16.

⁴³² Het navolgende is grotendeels ontleend aan Juanita Pienaar, Die beskerming van onroerende eiendom: nuwe ontwikkelings, in: Smits & Lubbe (red.), *Remedies in Zuid-Afrika en Europa*, o.c., p. 141 v.

⁴³³ *Zie boven*, no. 16.

⁴³⁴ *Zie Brisley v Drotskey*, [2002] 4 SA 1, ook aangehaald door Pienaar, o.c., p. 157 en Van der Walt, o.c., SAJHR 18 (2002), p. 403.

⁴³⁵ Prevention of Illegal Eviction from and Unlawful Occupation of Land Act 1998.

⁴³⁶ *Zie Absa Bank v Amod*, [1999] 2 All SA 423.

⁴³⁷ *Zie Pienaar*, o.c., p. 145 v.

⁴³⁸ *Ndlovu v Ngcobo*; *Bekker v Jika*, [2002] JOL 10161, beschikbaar via <<http://www.constitutionallaw.co.za>>. De uitspraak is van het Hoogste Hof van Appel.

De wet voorziet in een aantal procedures voor de ontruiming van land. In de horizontale verhouding tussen burgers onderling is voorzien in een normale procedure voor uitzetting (art. 4) en in een spoedprocedure (art. 5). In de normale procedure mag uitzetting slechts plaatsvinden indien dat in de omstandigheden van het geval rechtvaardig is. Art. 4 lid 6 bepaalt dat indien de bezetting van het land minder dan zes maanden heeft geduurd, de rechter slechts een uitzettingsbevel mag geven indien hij van mening is dat het is 'just and equitable to do so, after considering all the relevant circumstances'. Daarbij moet extra worden gelet op de behoeften van bejaarden, kinderen, gehandicapten en huishoudens met een vrouw aan het hoofd. Zit de 'plakker' al langer dan zes maanden op de grond, dan speelt bovendien nog een andere factor mee, namelijk of andere grond door de overheid of een andere grondeigenaar ter beschikking is gesteld of kan worden gesteld (art. 4 lid 7).

Dit wettelijk systeem komt er op neer dat in geval grond van een ander wordt gebruikt om op te wonen, het niet voldoende is dat de eigenaar stelt dat zijn grond onrechtmatig in bezit is genomen: die omstandigheid moet worden afgewogen tegen het belang van de 'plakker' en het is aan de eigenaar om de bijzondere omstandigheden te stellen op grond waarvan de occupant de grond moet verlaten. De kans dat die vordering slaagt, is in geval van een bejaarde of alleenstaande moeder met kind niet groot.⁴³⁹ Pienaar wijst op de zaak *Betta Eiendomme v. Ekple-Epoh*,⁴⁴⁰ waarin een huurder slechts vier maanden huur betaalde en de woning ook daarna bleef onderverhuren. Hij werd veroordeeld tot betaling van de achterstallige huurpenningen, maar de onderhuurder mocht in de woning blijven op de grond dat 'illegal occupation in itself [is] not sufficient relevant circumstances for the granting of an order for the eviction of a person from his home'.⁴⁴¹ De eigenaar verliest zijn eigendom dus niet (anders zou ook strijd met art. 25 Grondwet bestaan), maar hij mag zijn eigenaarsbevoegdheden enige tijd niet uitoefenen.

Van der Walt wijst er op dat met deze wet iedere eigenaar die met 'bewoners' van zijn grond wordt geconfronteerd, de 'socio-political legitimacy'⁴⁴² moet aantonen van zijn eigendom. De rechter is zo verplicht om bij te dragen aan de politiek van herverdeling van land. Gemakkelijk is dat niet. Wat bijvoorbeeld te doen indien grond illegaal in bezit is genomen, maar die grond al eerder was aangemerkt om te dienen voor sociale huisvesting door de gemeente? De rechter woog in dat geval het traditionele recht van de eigenaar op exclusief gebruik en bescherming van zijn eigendom af tegen 'the genuine despair of people in dire need of adequate accommodation'. De rechter vond dat hij, om tot een rechtvaardige uitkomst te komen⁴⁴³

'would be obliged to break away from the traditional, purely legalistic, common law approach and have regard to extraneous factors such as morality, fairness, social values and implications and any other circumstances which would necessitate bringing out an equitably principled judgment'.

Dat leidde er toe dat uitzetting mogelijk was omdat de bezetting de gemeentelijke plannen om huisvesting te regelen doorkruiste, maar onder de voorwaarde dat eerst alternatieve woonruimte beschikbaar kwam voor de bezetters.⁴⁴⁴

Het is niet moeilijk om de Wet op Voorkoming van Onwettige Uitzetting en Onregmatige Okkupasie van Grond 1998 in verband te brengen met de López Ostra-zaak en mijn eigen terughoudende benadering van de betekenis van grondrechten in private verhoudingen. In het Zuid-Afrikaanse recht vindt de bescherming van eigendom van de een haar grens in de bescherming van de

⁴³⁹ Pienaar, o.c., p. 154.

⁴⁴⁰ [2000] 4 SA 468. De uitspraak is van de Witwatersrand High Court. Zie ook Van der Walt, o.c., SAJHR 18 (2002), p. 397 v.

⁴⁴¹ Pienaar, o.c., p. 155.

⁴⁴² A.J. Van der Walt, *Exclusivity of Ownership, Security of Tenure and Eviction Orders: a Critical Evaluation of Recent Case Law*, SAJHR 18 (2002), p. 373.

⁴⁴³ *Port Elisabeth Municipality v Peoples Dialogue on Land and Shelter*, 2000 (2) SA 1074, op 1081. Dit is een uitspraak van de Eastern Cape High Court.

⁴⁴⁴ Vernietigd door de hogere rechter omdat de beschikbaarheid van alternatieve woonruimte alleen een *factor* mag zijn en niet een *eis*. Zie Van der Walt, o.c., SAJHR 18 (2002), p. 377 en 414, die een parallel trekt met de uitspraak van de Rb. Middelburg 1 oktober en 24 december 1980, NJ 1981, 374 (Fortress/Geldof), waarin kraken niet als onrechtmatig werd beschouwd indien de eigenaar zijn eigendom op onverantwoordelijke wijze gebruikte door die leeg te laten staan in tijden van woningnood.

menselijke waardigheid van de ander. Dat betekent dat waar grond of huizen illegaal als woonruimte worden gebruikt, de eigenaar niet zomaar mag overgaan tot uitzetting: in de botsing tussen art. 25 en art. 26 Grondwet moet het recht op ‘access to adequate housing’ prevaleren omdat anders de menselijke waardigheid in het gedrang komt. Eenzelfde nadruk op het voorkomen van een ondraaglijk bestaan was te zien in de uitspraak van het Straatsburgse hof, zij het dat daar nu juist mevrouw Løpez Ostra *zelf* werd beschermd in haar privé-sfeer om te voorkomen dat zij tot een menonwaardig bestaan zou worden veroordeeld. Ik herhaal: waar de menselijke waardigheid in private verhoudingen dreigt te worden geschonden, kunnen grondrechten een extra argument bieden om een juiste afweging te maken.

Afsluitende opmerkingen

64. Mijn conclusies kunnen kort zijn, zeker nu de hoofdlijn van het betoog al aan het begin van dit preadvies is uiteengezet (zie no. 3). De centrale stelling in het voorafgaande is dat grondrechten, gegeven hun traditionele betekenis van afweerrechten tegen de overheid, slechts een beperkte betekenis hebben in private verhoudingen. 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. Ik heb dit uitgewerkt voor het gelijkheidsbeginsel en voor het ‘grondrecht’ op menselijke waardigheid. Het gelijkheidsbeginsel kan mijns inziens slechts worden doorgevoerd waar dat niet in strijd komt met het recht op privé-leven. Hoe sympathiek het ook lijkt om een discriminatieverbod ook in de privé-sfeer door te voeren, is dit in het algemeen een te vergaande inbreuk op de principieel vrije private sfeer van de burger. Een beroep op de menselijke waardigheid kan helpen om de rechter (of andere rechtsvinder) er van te overtuigen dat de voorwaarden voor een zinvol menselijk bestaan dreigen te worden aangetast. Het grondrecht kan dan als kenbron worden gebruikt voor wat tussen private personen fundamentele waarden zijn.

Om misverstand te voorkomen, merk ik nog op dat privaatrecht ook voor mij zeker geen autonoom, apolitiek, rechtsgebied is. Ik onderschrijf geheel de stelling van de Critical Legal Studies-beweging⁴⁴⁵ dat recht en politiek niet te scheiden zijn en wil ook graag aanvaarden dat de private sfeer slechts kan bestaan dankzij de aanwezigheid van een Staat. Daarmee is echter nog niets gezegd over wat de juiste verhouding is tussen, zoals Hesselink en Mak dat noemen, autonomie en solidariteit.⁴⁴⁶ Het is zeker mogelijk om, zoals zij doen, alle verbintenissenrecht te plaatsen op een continuüm tussen die twee polen. Ik herhaal echter 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. Ook Grosheide heeft gewezen op de autonome betekenis van het privaatrechtelijk systeem en gewaarschuwd voor een deconstructie van het privaatrecht tot vragen van constitutionele aard.⁴⁴⁷

65. Ik eindig met wat oorspronkelijk de aanleiding vormde om dit preadvies te schrijven (zie no. 1): mijn nieuwsgierigheid naar grondrechten als een methode van unificatie van privaatrecht in Europa. Mijn aanvankelijke optimisme heeft plaatsgemaakt voor scepsis.⁴⁴⁸ Als ik de harmoniserende invloed

⁴⁴⁵ Vgl. Mark Kelman, *A guide to critical legal studies*, Cambridge Mass. 1987.

⁴⁴⁶ Hesselink, o.c., p. 129 en Mak, *Personality rights in the Dutch and German law of obligations*, o.c., p. 171 v.

⁴⁴⁷ Grosheide, o.c., *Contracteren 3* (2001), p. 48.

⁴⁴⁸ Overigens wordt de betekenis van grondrechten in de verhouding overheid-burger ook steeds meer gerelativeerd. Zie bijv. de Luikse auteur Edouard Delruelle, *L’humanisme, inutile et incertain?; une critique des droits de l’homme*, Bruxelles 1999, die de hang naar grondrechten ontmaskert als van politieke aard en uiteenzet hoe grondrechten meer en meer de plaats van godsdienst hebben ingenomen (p. 6: ‘En substituant l’homme à Dieu, ils ont inventé une foi et une prêtreise d’un genre nouveau’).

van EG-recht buiten beschouwing laat, lijken grondrechten maar weinig te kunnen bijdragen aan unificatie van het vermogensrecht. Daarvoor zijn minstens⁴⁴⁹ twee redenen aan te voeren.

In de eerste plaats is juist bij een indirecte werking van grondrechten het unificerend effect niet groot. Grondrechten vinden dan immers vooral toepassing via het bestaande *nationale* recht en worden mede daardoor gevormd en vervormd. Dit betekent dat, in private verhoudingen, getwijfeld moet worden aan de pretentie van universaliteit van grondrechten. De door het EHRM gecreëerde standaard is van een dergelijk minimumniveau dat ook daarvan weinig valt te verwachten in het vermogensrecht.

In de tweede plaats verschillen ook de interpretaties van grondrechten door nationale rechters aanzienlijk. Dat bleek bijvoorbeeld bij de bespreking van het conflict tussen persvrijheid en privacy van een crimineel (*boven*, no. 52): in een identieke zaak oordeelden de Nederlandse Hoge Raad en het Duitse Bundesverfassungsgericht op principieel verschillende wijze. Dat de vraag waartoe de menselijke waardigheid precies leidt, ook op zeer verschillende wijzen kan worden beantwoord bleek onder meer bij de bespreking van de wrongful birth-problematiek. Het enkele feit dat in diverse Europese landen aan de hand van identieke waarden wordt geredeneerd, zij het dat de afweging tussen botsende waarden per land vaak verschillend uitvalt, vind ik onvoldoende om van een uniforme waardengemeenschap te spreken.⁴⁵⁰ Dat is ook de les van de rechtsvergelijking zoals uitgevoerd in dit preadvies: grondrechten dragen weinig bij aan de regulering van de verhoudingen tussen private personen.

⁴⁴⁹ Een andere reden kan zijn dat unificatie op dit terrein een uniforme visie op de 'public/private distinction' vereist. Dat is onmogelijk: zie Clapham, o.c., p. 129.

⁴⁵⁰ Anders: Bioy, o.c., RIDC 2003, p. 128 ('Il existe de nombreux indices d'une notion européenne commune en matière de libre développement de la personnalité') en Von Bar, o.c., RabelsZ 59 (1995), p. 228.