

## | 4 | Private vrijheid!

### Over de werking van grondrechten in het privaatrecht

mr.dr. R. Nehmelman<sup>1</sup>

#### 1. Inleiding

In staatsrechtelijke handboeken worden grondrechten primair gerekend tot het domein van het publiekrecht.<sup>2</sup> Zij vormen een essentieel onderdeel van de rechtsstaat aangezien deze rechten de fundamentele waarden garanderen van een individu ten opzichte van de potentieel almachtige overheid.<sup>3</sup> De staat zelf dient te allen tijde de grondrechten van de burger te respecteren, ongeacht de vraag of hij publiekrechtelijk dan wel privaatrechtelijk handelt.<sup>4</sup> Bovendien kan een overheidsinstelling zelf geen aanspraak maken op een grondrecht.<sup>5</sup> Het maken van een inbreuk op een grondrecht van een individu door de overheid is mogelijk, maar is aan strikte voorwaarden gebonden. Zo zal een inbreuk in beginsel terug te herleiden moeten zijn tot een wet in formele zin, en dus gemaakt door regering en Staten-Generaal samen.<sup>6</sup> Daarnaast zal de beperking de materiële toets, zoals geïntroduceerd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) in het befaamde Sunday Times-arrest, moeten kunnen doorstaan. Hierbij is de proportionaliteitsvraag tussen doel en middel een veelal lastig te nemen horde.<sup>7</sup> De strenge vereisten aan de overheid om een grondrecht te beperken zijn er uiteraard om de als gezegd (potentiële) almacht van de overheid 'in toom te houden'. De overheid kan immers *eenzijdig* burgers belastende maatregelen opleggen die aantasting van hun vrijheid, en daarmee dus grondrechten, teweegbrengt.

Ook in het privaatrecht genieten burgers een mate van vrijheid die wellicht nog groter is dan in het publiekrecht. In die zin kan dan ook worden gesproken van een andere civielrechtelijke betekenis van de vrijheid van het individu dan in het publiekrecht. In beginsel is in het privaatrecht immers geen sprake van een almachtige entiteit die eenzijdig burgers dwingende maatregelen kan opleggen. Weliswaar heeft de overheid in zijn hoedanigheid als wetgever bepaalde regels opgesteld om het verkeer tussen particulieren onderling te reguleren, maar

veelal is sprake van kaderwetgeving waarbinnen private partijen over allerlei zaken aanvullende en afwijkende afspraken kunnen maken (verbintenissen uit overeenkomst). Het gegeven dat in het privaatrecht geen sprake is van een almachtige entiteit zou kunnen leiden tot de gedachte dat grondrechten dan ook geen rol van betekenis hebben in het civiele recht. Deze gedachte is echter onjuist. Hoewel deze rechten een andere rol hebben in het privaatrecht dan in het publiekrecht, kan met de huidige stand van de rechtspraak niet meer worden beweerd dat zij een marginale of zelfs geen betekenis hebben in het civiele recht.

In deze bijdrage zal dieper op de betekenis van de grondrechten in het privaatrecht worden ingegaan. Daarbij zal niet alleen stil worden gestaan bij het zogeheten leerstuk van de horizontale werking van grondrechten, de werking van de fundamentele rechten tussen particulieren onderling, maar tevens bij de meer algemene vraag op welke wijze fundamentele rechten van betekenis zijn in het gehele civiele recht. Daarvoor zal eerst de voedingsbodem van de grondrechten in het privaatrecht worden gezien. Vervolgens of deze rechten in een privaatrechtelijke behoefte (hebben) voorzien. Daarna zal een korte, en daarom incomplete, schets worden gegeven van rechtsgebieden in het privaatrecht waarbij grondrechten een rol spelen. Ten slotte wordt gezien of er alternatieven zijn voor de werking van grondrechten in het privaatrecht die meer recht doen aan de rol van fundamentele rechten in het civiele recht. Een laatste opmerking in deze inleiding moet nog worden gemaakt: hoewel de term grondrechten als gezegd veelal tot het domein van het publiekrecht wordt gerekend, zal in deze bijdrage deze term in de eerste plaats worden gebruikt als synoniem van fundamentele rechten.<sup>8</sup> Dat betekent dat dit begrip zowel wordt gebruikt als term voor fundamentele rechten in het publiekrecht en het privaatrecht. Voorzover ik doel op de exclusief publiekrechtelijke fundamen-

<sup>1</sup> Remco Nehmelman is universitair hoofddocent Staats- en Bestuursrecht, Universiteit Utrecht.

<sup>2</sup> Vgl. o.a. C.W. van der Pot, D.J. Elzinga e.a., *Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer, 2006, hoofdstuk 15, p. 255 e.v. en ook C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer, p. 378. M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling, B.P. Vermeulen en R.J.G.M. Widdershoven, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, Deventer, 2006 (Burkens e.a. 2006), p. 119.

<sup>3</sup> Vgl. Burkens e.a. 2006, p. 41 e.v.

<sup>4</sup> Vgl. HR 26 april 1996, AB 1996, 372, NJ 1996, 728 (*Rasti Rostelli*).

<sup>5</sup> Zeer recent is een discussie gevoerd over de vraag of de overheid zelf ook drager is van (bepaalde) grondrechten, vooralsnog wordt dat alleen erkend voor procedurele grondrechten zoals de 'equality of arms-doctrine' uit art 6 EVRM, vgl. A.G. Maris, *Grondrechten tegen, jegens en voor de overheid*, Deventer, 2008.

<sup>6</sup> Vgl. art. 81 Gw en de beperkingsvereisten bij de klassieke grondrechten in hoofdstuk 1 van de Nederlandse Grondwet.

<sup>7</sup> EHRM 26 april 1979, NJ 1980, 146, m.nt. E.A. Alkema (*Sunday Times*).

<sup>8</sup> Ook de term fundamentele rechten zal in deze bijdrage worden gebruikt. Het betreft dan een synoniem van grondrechten.

tele rechten, dan is dit expliciet weergegeven door de term ‘publiekrechtelijk grondrechten’.

## 2. De voedingsbodem voor doorwerking van grondrechten in het privaatrecht

### 2.1. Inleiding

In het privaatrecht is er een wezenlijk onderscheid tussen verbintenissen uit de wet en verbintenissen uit overeenkomst. Voor zover het gaat om overeenkomsten, is het uitgangspunt dat contractspartijen zoveel mogelijk vrijheid wordt gelaten voor de inrichting van de overeenkomst.<sup>9</sup> Op voet van gelijkwaardigheid worden de rechtsgevolgen door beide partijen zelf vastgesteld. Zij streven daarbij enkel hun eigen belang na. De normering geschiedt daarom niet door de wetgever of de rechter, maar door partijen zelf door middel van overeenkomst. Een belangrijk uitgangspunt is dat partijen alleen gebonden kunnen worden indien zij daartoe uitdrukkelijk hun wil kenbaar hebben gemaakt, het zogeheten autonomiebeginsel.<sup>10</sup> Dit model geldt nog steeds als een belangrijke leidraad in het privaatrecht, maar is aan verandering onderhevig zoals uit hieronderstaande zal blijken.

### 2.2. Beperking van het autonomiebeginsel en invulling van open begrippen

In 1992 trad een nieuw Burgerlijk Wetboek (BW) in werking. Het was een markeringsmoment van een jarenlange inspanning van de wetgever waarin oude regels werden aangepast en nieuwe regels werden opgenomen. Regels die in de civiele rechtspraak waren ontwikkeld kregen een plek in het nieuwe Burgerlijk Wetboek.<sup>11</sup> Ook het hiervoor geschetste uitgangspunt van autonomie van contractpartijen bleef weliswaar een belangrijk uitgangspunt, maar de wetgever liet partijen minder vrij dan voorheen. Zo heeft de wetgever meer bepalingen opgenomen die de zwakkere contractpartij dwingend beschermen. Voorbeelden hiervan zijn de aanscherping van de regels betreffende de arbeidsovereenkomst en de huurovereenkomst, waardoor de rechtspositie van respectievelijk de werknemer en huurder versterkt werd. Ook de regeling van het gebruik van algemene voorwaarden in art. 6:231 e.v. BW betekende een verdere beperking van de contractsvrijheid en daarmee in zekere zin

een beperking van waarborgen die eveneens worden beschermd door grondrechten. Zo is het recht om te verhuren uiteindelijk terug te voeren op het recht op eigendom.<sup>12</sup> Van een onbeperkt genot van eigendom is door deze regulering geen sprake meer. Aan de andere kant kan worden gesteld dat de ‘zwakkere’ civielrechtelijke partij juist meer bescherming heeft gekregen door het in 1992 ingevoerde BW. Bescherming van normen die in zekere zin eveneens waarborgen zijn die terug te voeren zijn op de publiekrechtelijke grondrechtentheorie. De nadere regulering van het arbeidsrecht ten gunste van de werknemer kan bijvoorbeeld onder een ruime interpretatie van onder andere het begrip eerbiediging van de lichamelijke integriteit worden geschaard.<sup>13</sup>

Daarnaast moet worden gewezen op een belangrijke ontwikkeling in de rechtspraak die ertoe heeft bijgedragen dat fundamentele rechten een bepaalde werking kregen in het privaatrecht. Met de introductie van onder meer de begrippen redelijkheid en billijkheid heeft de wetgever expliciet aan de rechter een instrumentarium gegeven om in het individuele geschil maatwerk te leveren. Een rechtssubject in zijn relatie tot andere rechtssubjecten is niet meer vrij alleen zijn eigen belang na te streven; op grond van redelijkheid en billijkheid is hij verplicht om ook met tot een bepaalde hoogte de belangen van anderen rekening te houden. Deze zorgplicht heeft zijn gelding gekregen op allerlei terreinen van het privaatrecht.<sup>14</sup> Een goed voorbeeld hiervan is te vinden in art. 3:12 BW, waarin voor het vermogensrecht wordt bepaald dat bij de vaststelling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen, rekening moet worden gehouden met ‘algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in Nederland levende rechtsovertuigingen en met de maatschappelijk en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken’. Wiarda typeerde de mogelijke werking van deze algemene rechtsbeginselen aldus:

*‘Dat betekent dat zij voor de rechter niet de dwingende betekenis van een wettelijk voorschrift hebben, maar wél behoren tot de gegevens die voor de beoordeling van wat de redelijkheid en billijkheid eisen als richtingswijzers tot zijn beschikking staan; hij moet daarmee rekening houden, omdat zulke beginselen rechtswaarden vertegenwoordigen die in de rechtsgemeenschap waarvan de rechter exponent is, gelding hebben, zij het dat die gelding geen absolute maar slechts een relatieve is.’<sup>15</sup>*

<sup>9</sup> Zie o.a. Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht Deel II, Algemene leer der overeenkomsten*, Zwolle, 1989, nr. 16.

<sup>10</sup> Vgl. o.a. L.F.M. Verhey, *Horizontale werking van grondrechten*, in het bijzonder het recht op privacy, Zwolle, 1992, (Verhey 1992) p. 73 e.v. Zie ook J.M. Smits, *Constitutionalisering van het vermogensrecht*, Preadvies Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 2003, Deventer 2003, (Smits 2003) p. 1-163., in het bijzonder p. 7.

<sup>11</sup> Denk bijvoorbeeld aan de nieuwe regeling omtrent het Naamrecht die volgde naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad in 1989, HR 23 september 1989, NJ 1989, 70, m.nt. EAA (*Naamrecht*).

<sup>12</sup> Vgl. art. 1, Eerste Protocol, EVRM.

<sup>13</sup> Vgl. art. 11 Grondwet (Gw).

<sup>14</sup> Bekend in dit verband is het arrest Plas-Valburg, HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723.

<sup>15</sup> J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle, 1988, p. 113.

Vranken stelt dat door deze ontwikkelingen een fundamentele breuk zichtbaar wordt met het verleden.<sup>16</sup> Anders dan voorheen waarin het subjectieve recht in de betekenis van bevoegdheid, vrijheid en wilsmacht als het kernbegrip van het privaatrecht centraal stond, is het begrip 'rechtsbetrekking' in het privaatrecht centraal komen te staan. Daarmee is een ontwikkeling ingezet waardoor een rechtssubject altijd handelt in een verhouding tot andere rechtssubjecten en uit dien hoofde met diens belangen rekening dient te houden, aldus Vranken.<sup>17</sup> Hierdoor werd de rol van de civiele rechter ook groter. Vroeger stelde deze zich terughoudend op door zich toe te leggen op een strikte uitleg van de wet of hetgeen partijen waren overeengekomen.<sup>18</sup> De civielrechtelijke oordeelsvorming is tegenwoordig veeleer een belangenafweging aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval welke zich voornamelijk manifesteert aan de hand van de begrippen redelijkheid en billijkheid, zoals art. 6:248 BW waarin een overeenkomst niet alleen die rechtsgevolgen heeft die partijen zijn overeengekomen maar ook die rechtsgevolgen die uit de wet, gewoonte of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.<sup>19</sup> De rechter heeft zich daardoor kunnen transformeren van een leidende terughoudende rol in het proces naar een actievare en daarmee een meer inhoudelijke opstelling. Uiteraard blijft het hier een afwegingsproces waarbij het uiteindelijk de rechter is die inhoud geeft aan de open begrippen.

Bij de laatste grote herziening van het Burgerlijk Wetboek is deze ontwikkeling zoals gezegd duidelijk waarneembaar. De wetgever heeft een minder vrije rol voor private partijen willen codificeren dan voorheen het geval was.<sup>20</sup> Zo stelde Hartkamp in 1988 dat in het (nieuw) BW de volgende drie hoofdlijnen waarneembaar zijn: (1) de opdracht aan de rechter om te beoordelen of een algemeen belang aanwezig is, dan wel om algemene belangen in zijn oordeelsvorming te betrekken en tegen persoonlijke belangen af te wegen; (2) de toename van open normen (m.n. de redelijkheid en billijkheid) en ten slotte (3) de bescherming van de sociaal en economisch zwakkeren.<sup>21</sup>

De totstandkoming en de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek en de ontwikkeling in de rechtspraak waarin een lijn zichtbaar werd voor de bescherming van

de zwakkere civielrechtelijke partij, is een eerste voedingsbodem gebleken waardoor waarborgen zichtbaar zijn geworden die voorheen enkel aanwezig waren in het leerstuk van de bescherming van (publiekrechtelijke) grondrechten. Vooral bij de invulling van open privaatrechtelijke normen dienden en dienen de publiekrechtelijke grondrechten als inspiratiebron voor geschillen tussen burgers onderling. Uiteraard moet hierop die nuance worden gemaakt dat men kan stellen dat het hier een zelfstandig civielrechtelijke ontwikkeling betreft, maar niet miskend kan worden dat op (publiekrechtelijke) grondrechten gelijkende rechtswaarborgen tevens een plek kregen in het civiele recht.

### 2.3. *Afname van de gemene rechtsleer*

Een tweede ontwikkeling van de afgelopen decennia die een voedingsbodem heeft gecreëerd voor de toenemende rol van fundamentele rechten in het privaatrecht, is het gegeven dat het publiekrecht en privaatrecht steeds meer naar elkaar zijn toegegroeid. De nadruk wordt steeds meer gelegd op de eenheid van het recht. Elk rechtssubject (publiek- of privaatrechtelijk) functioneert in rechtsbetrekkingen met andere rechtssubjecten en daarin bestaat over en weer de plicht om met elkaars belangen rekening te houden. Daardoor heeft de zogeheten algemene rechtsleer sterk aan betekenis ingeboet. Deze leer houdt in dat van het algemene (gemene) recht door middel van bijzondere regels, met name door het bestuursrecht, kan worden afgeweken.<sup>22</sup> De overheid kan zodoende inbreuk maken op het privaatrecht, voorzover dat niet is gedaan, dan gelden de regels van het gemene recht, te weten het privaatrecht. Op deze gemene rechtsleer is de afgelopen decennia kritiek geuit, zo wordt terecht betoogd dat het bestuursrecht<sup>23</sup> de afgelopen jaren zodanig is gegroeid en verzelfstandigd dat daarmee een gelijkwaardige naast het privaatrecht bestaand rechtsgebied is gecreëerd, en dat er geen ruimte meer is voor het gemene recht naast het bijzondere recht.<sup>24</sup>

Voorts is betoogd dat een strikte scheiding tussen het publiek- en privaatrecht een achterhaald concept is. Door het naar elkaar toe groeien van de twee grote rechtsgebieden beïnvloeden beiden elkaar over en weer. Beide rechtsgebieden kennen gemeenschappelijke beginselen

<sup>16</sup> J.B.M. Vranken, Enkele gedachten over de invloed en betekenis van de factor tijd in het privaatrecht, *RM Themis*, 1986, nr. 5/6, (Vranken 1986) p. 415 e.v.

<sup>17</sup> Vranken 1986, p. 415 e.v.

<sup>18</sup> Vgl. o.a. 13 maart 1925, NJ 1925, 561 (*Sarong*).

<sup>19</sup> H.C.F. Schoordijk 1984, *Bestuursrecht en privaatrecht, een interne rechtsvergelijking*, Deventer 1984, p. 36; Vranken 1986, p. 423 e.v. en Asser-Hartkamp, *Verbintenissenrecht deel III, De verbintenis uit de wet*, Zwolle, 1990, nr. 51g, 237.

<sup>20</sup> Vgl. A.S. Hartkamp, *Aard en opzet van het nieuwe vermogensrecht, Monografie NBW A-1*, Deventer 1988 (Hartkamp 1988), p. 39 e.v.

<sup>21</sup> Hartkamp 1988 p. 40 e.v.

<sup>22</sup> Zie meer over de kritiek op de gemene rechtsleer en de overgang naar de gemengde rechtsleer Verhey, 1992, p. 78 e.v.

<sup>23</sup> Dat vroeger werd gezien als interventies door de wetgever op het gemene recht.

<sup>24</sup> Vgl. voor een uiteenzetting van deze kritiek D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten* (diss.), Deventer 1982, p. 97.

die echter een andere specifieke uitwerking kunnen hebben in het desbetreffende rechtsgebied. Zo functioneert het gelijkheidsbeginsel zowel als uitgangspunt in het publiekrecht als in het privaatrecht, maar is er voor afwijking van dit beginsel in het privaatrecht (nog steeds) meer ruimte vanwege het autonomiebeginsel. Dat doet echter niet af dat beide rechtsgebieden een gemeenschappelijk beginsel kennen dat van belang is op geheel eigen wijze in het publiekrecht en in het privaatrecht. Ook hier zou kunnen worden gesteld dat het uitgangspunt van de vrijheid van het individu in het publiekrecht uitwerking heeft gekregen door middel van grondrechten en in het privaatrecht door middel van het autonomiebeginsel.

De signalering van het verlaten van de gemene rechtsleer is voor het eerst gedaan door Van der Hoeven in zijn befaamde betoog uit 1970: *De magische lijn*.<sup>25</sup> Van der Hoeven meende dat bij de beoordeling van het toe te passen recht vooral gewicht moet worden toegekend aan de 'aard of strekking van de te beoordelen handelingen'. Bezien moet aldus worden in hoeverre deze handelingen 'een maatschappelijk functie vervullen en of daarmee al dan niet een publiek belang wordt behartigd'. In de visie van Van der Hoeven is niet doorslaggevend wie de betrokken handeling verricht; ook particulieren kunnen een publiek belang behartigen. De opvatting van Van der Hoeven kan als grondslag worden gezien van de zogeheten gemengde (in plaats van gemene) rechtsleer. Ook deze leer heeft echter de nodige kritiek ondervonden. Zo stelt Konijnenbelt dat in de gemengde rechtsleer het autonomiebeginsel wel erg naar achteren wordt gedrukt en had Donner de vrees dat deze leer het gevaar met zich brengt dat rechtsschepping voor een belangrijke mate verschuift van wetgever naar rechter.<sup>26</sup> Toch moet geconstateerd worden dat er van een wederzijdse beïnvloeding van beide grote rechtsgebieden sprake is; de overheid is bij het privaatrechtelijk handelen gebonden aan de aanvankelijk in het civiele recht ontwikkelde algemene beginselen van behoorlijk bestuur<sup>27</sup> en anderzijds ziet men dat primair publiekrechtelijke normen zoals grondrechten invloed hebben gekregen op de verhouding tussen burgers onderling.

### 3. Behoeft aan grondrechten in het privaatrecht?

#### 3.1. Inleiding

Hierboven is kort uiteengezet dat in de afgelopen decennia een voedingsbodem is gecreëerd voor de toename van het gebruik van grondrechten in het privaatrecht. Het gegeven dat er in veel civielrechtelijke geschillen fundamentele rechten ook daadwerkelijk op enigerlei wijze een rol spelen, geeft echter nog geen antwoord op de vraag of er in het privaatrecht daadwerkelijk behoefte is aan de doorwerking van grondrechten in het privaatrecht. Het belangrijkste argument in de doctrine om deze doorwerking te laten plaatsvinden is dat er niet alleen in de publieke, maar ook in de private sector particuliere organisaties en personen over aanzienlijke macht beschikken ten opzichte van andere individuele burgers.<sup>28</sup> Indien van deze macht misbruik wordt gemaakt heeft de privaatrechtelijke vrijheid voor de zwakkere partij de facto weinig betekenis en kan wellicht met behulp van de uit de publiekrechtelijke grondrechten af te leiden rechtswaarborgen een correctie worden aangebracht om het gewenste evenwicht te herstellen, aldus de redenering.<sup>29</sup> De vraag is echter of men alleen met behulp van de publiekrechtelijke grondrechten deze correctie kan aanbrengen.

#### 3.2. *Het privaatrechtelijke instrumentarium voldoet reeds zonder de werking van grondrechten*

Zo moet men zich afvragen of er in het privaatrechtelijke instrumentarium niet al voldoende middelen voorhanden zijn voor de bescherming van fundamentele rechten en er dus wellicht geen behoefte bestaat om grondrechten een bepaalde doorwerking te geven in het civiele recht. Zo is in het hiervoor gaande reeds gebleken dat door middel van de invulling van open privaatrechtelijke normen de civiele rechter rekening houdt met fundamentele rechten in het privaatrecht.

In de literatuur wordt in dit verband gewezen op het Saladin/HBU arrest van de Hoge Raad uit 1967.<sup>30</sup> In deze zaak stond de vraag centraal of een beroep op uitsluiting van aansprakelijkheid op grond van een contractueel beding rechtmatig was. Deze vraag wordt door de Hoge Raad aan de hand van een vijftal betrokken belangen beantwoord. Zo werd naar de zwaarte van de schuld gekeken, de aard en verdere inhoud van de overeenkomst, de

<sup>25</sup> J. van der Hoeven, *De magische lijn. Verkenningen op de grens tussen publiek- en privaatrecht*, in: *Honderd jaar rechtsleven, Feestbundel NJV*, 1970, p. 201 e.v. i.h.b. p. 206 e.v.

<sup>26</sup> A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn, 1987, p. 65 en tevens A.M. Donner, *Nederlands bestuursrecht, Algemeen deel*, Alphen aan den Rijn, 1974, p. 59.

<sup>27</sup> Vgl. HR 27 maart 1987, AB 1987, 273 m.nt. FHvdB, NJ 1987, 727, m.nt. MS (*Amsterdam/IKON*).

<sup>28</sup> Vgl. hierover recent het proefschrift van B.J. de Vos, *Horizontale werking van grondrechten, Een kritiek*, Apeldoorn/Antwerpen, 2010.

<sup>29</sup> Vgl. Verhey 1992, p.85.

<sup>30</sup> Zie HR 19-05-1967, NJ 1967, nr. 261, uitvoerig o.a. in Verhey 1992, p. 75-76.

maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen, de wijze waarop het beding tot stand is gekomen en ten slotte de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest. Het arrest illustreert dan ook hoe de cassatierechter belangen meeweegt in een geschil tussen twee contractspartijen. Dommering vraagt zich gelet op deze uitspraak dan ook af of de in dit arrest ontwikkelde criteria niet juist betere mogelijkheden bieden dan de criteria die aan grondrechten zouden kunnen worden ontleend.<sup>31</sup> Biesheuvel merkte daarenboven op dat het idee om het grondrechten primair over te laten aan het privaatrecht en de beoefenaars daarvan 'geen geruststellende gedachte is'.<sup>32</sup> Dat laatste mag mijns inziens geen argument zijn om niet over de werking van fundamentele rechten in het privaatrecht te blijven nadenken. Bovendien is niet gezegd dat het goed mogelijk is om een eigenstandige privaatrechtelijke werking van deze rechten te bewerkstelligen zonder afbreuk te doen aan de publiekrechtelijke doctrine over grondrechten.

### 3.3 Positieve verplichtingen en horizontale werking van grondrechten

Ondanks de zojuist gestelde vraag of het privaatrechtelijke instrumentarium wellicht afdoende is om niet over te gaan tot enigerlei vorm van doorwerking van grondrechten in het privaatrecht, zijn er goede argumenten die kunnen worden aangevoerd om deze rechten toch door te laten werken in het privaatrecht.

Zo kan in de eerste plaats worden gewezen op het gegeven dat het internationale recht en de doorwerking daarvan in het Nederlandse recht tot een zekere doorwerking van grondrechten dwingt. Staten die partij zijn bij internationale mensenrechtenverdragen zijn verplicht om er voor te zorgen dat de verdragsrechten ook in horizontale verhoudingen, dat wil zeggen in rechtsrelaties tussen burgers onderling, worden gerespecteerd. Het betreft hier het leerstuk van de positieve verplichtingen.<sup>33</sup> De staat dient aldus zorg te dragen dat de mensenrechten<sup>34</sup> niet alleen worden gerespecteerd in de relatie tussen overheid en burger (negatieve of onthoudingsplicht),

maar ook heeft de overheid (meestal in zijn hoedanigheid als wetgever of rechter) de plicht om zijn burgers te beschermen tegen andere burgers voor zover sprake is van een inbreuk op een fundamenteel recht zoals neergelegd in het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) of andere een ieder verbindende verdragsbepalingen waaruit positieve verplichtingen zijn af te leiden.<sup>35</sup>

Vooraf in het personen- en familierecht heeft de leer van de positieve verplichtingen geleid tot een sterke doorwerking van artikel 8 EVRM waarin het recht op respect voor het gezinsleven is verrat.<sup>36</sup> Ook in het aansprakelijkheidsrecht heeft art. 8 EVRM een cruciale rol van betekenis gekregen. Zo werd door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) een aantal keer geoordeeld dat de staat nalatig was geweest voor de bescherming van zijn onderdanen na ernstige (milieu)rampen.<sup>37</sup> Ook in de nationale jurisprudentie heeft de leer van de positieve verplichtingen effect gehad. Zo bepaalde de Hoge Raad in het naamrechtarrest dat de oude regeling in het BW in strijd was met het gelijkheidsbeginsel zoals neergelegd in art. 26 IVBPR.<sup>38</sup> Hoewel de cassatierechter stelde dat het niet zijn taak was om te bepalen op welke wijze de naamwetregelgeving zijn beslag diende te krijgen, was het signaal aan de wetgever duidelijk. Deze heeft overigens een aantal jaar later een nieuwe naamwetregelgeving gemaakt die in overeenstemming is met de uitspraak en dus ook met art. 26 IVBPR.

In de tweede plaats moet hier aandacht worden besteed aan een ander leerstuk van (publiekrechtelijke) grondrechten in het privaatrecht, te weten de horizontale werking van grondrechten. Deze leer houdt in dat grondrechten niet alleen betrekking hebben in de relatie tussen overheid en burger (publiekrecht), maar ook gelding hebben in de rechtsverhoudingen tussen burgers onderling. In de literatuur is een tweedeling gemaakt ten aanzien van de wijze waarop de horizontale werking zijn beslag heeft gekregen in de civielrechtelijke rechtspraak,

<sup>31</sup> E.J. Dommering, *Algemene belangen in het burgerlijk recht*, Monografie NBW, Deventer 1982, p. 21.

<sup>32</sup> M.B.W. Biesheuvel, *Burgerlijk recht en grondrechten: 'een constitutioneel vraagstuk van den eersten rang'*, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1986, p. 42.

<sup>33</sup> Zie hierover uitvoerig J. Vandelanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM, Deel 1. Algemene beginselen*, Antwerpen-Oxford, 2005, p. 99 e.v. en tevens J. van der Velde, *Positieve verplichtingen: over het ontstaan en het karakter van positieve verplichtingen in de jurisprudentie*, Lelystad (Van der Velde, 2002) 2002.

<sup>34</sup> Deze term wordt veelal in de literatuur gebruikt ter duiding dat het hier om fundamentele rechten gaat voortvloeiend uit het internationale recht. De term grondrechten daarentegen wordt gebruikt voor nationale fundamentele rechten zoals voornamelijk verrat in de Nederlandse Grondwet.

<sup>35</sup> De term een ieder verbindende verdragsbepaling is van essentieel belang voor de voorrang in het Nederlandse recht, vgl. de artikelen 93 en 94 Grondwet. In het EVRM en IVBPR zijn veel fundamentele rechten als zodanig aan te merken. Veel daarvan zijn te duiden als afweerrechten (negatieve verplichtingen) tegenover de overheid, maar de laatste decennia volgen uit veel van deze verdragsrechten ook positieve verplichtingen. Vgl. Van der Velde, 2002.

<sup>36</sup> Zie M.J.C. Koens, A.P.M.J. Vonken (red.), *Personen- en Familierecht, Tekst & Commentaar*, Deventer, 2006, o.a. p. 452.

<sup>37</sup> Zie hierover onder meer de EHRM-zaken EHRM 19 juni 2002 (*Oneryildiz t. Turkije*) (48939/99) en EHRM 9 december 1994, Series A no. 303-C (*Lopez Ostra t. Spanje*).

<sup>38</sup> Wederom Naamrecht vgl. HR 23 september 1989, NJ 1989, 70, m.nt. EAA.

namelijk de directe en de indirecte horizontale werking van grondrechten. Van een directe werking horizontale werking is sprake indien een grondrecht op eenzelfde publiekrechtelijke wijze wordt toegepast in een geschil tussen burgers onderling, de zogeheten directe horizontale werking. Dat betekent dat eerst de vraag moet worden beantwoord of er in het individuele geval daadwerkelijk sprake is van een onder het grondrecht beschermde waarborg (reikwijdte) en zo ja of er een rechtmatige beperking heeft plaatsgevonden, zoals het voorhanden zijn van een formeel wettelijke norm en een materiële beoordeling tussen doel en middel van de beperking. Zo werd de beperking van de vrijheid van meningsuiting van het echtpaar Goeree die stevige uitlatingen deden over de Joodse bevolkingsgroep, gevonden in de formeel wettelijke bepaling van de onrechtmatige daad ex. art. 6:162 BW.<sup>39</sup> In de literatuur is op deze werkwijze stevige kritiek geuit.<sup>40</sup> In de publiekrechtelijke grondrechtentheorie dient een beperking zodanig te zijn dat deze specifiek voor het grondrecht geschreven is, de zogeheten bijzondere beperkingen. Uiteraard voldoet de open norm van art. 6:162 BW daar niet aan. De kritiek richtte zich vooral op de angst dat het niet ondenkbaar zou zijn dat ook de publiekrechtelijke werking van grondrechten beïnvloed zou worden door deze privaatrechtelijke beperkingssystematiek. Overigens is deze angst tot op heden nooit bewaarheid geworden.<sup>41</sup>

De zojuist uiteengezette directe horizontale werking van (publiekrechtelijke) grondrechten komt overigens minder vaak voor dan de zogeheten indirecte horizontale werking van (publiekrechtelijke) grondrechten. Bij deze werking gelden grondrechten als inspiratiebron voor de invulling van (zwaarwegende) belangen in een geschil tussen burgers onderling. Niet het (publiekrechtelijke) grondrecht als zodanig wordt in een civielrechtelijke verhouding ingeroepen, maar een zwaarwegend belang dat zijn equivalent vindt in een publiekrechtelijk grondrecht. Gesproken wordt in die zin over het (zwaarwegende) belang van godsdienst in plaats van het grondrecht op godsdienstvrijheid. Bovendien wil een aanspraak op een dergelijk belang niet altijd zeggen dat de partij die daarop een beroep doet altijd in het voordeel is. Aangezien het een belang betreft kan het daar tegenover staande belang, ook al is dat een niet van een grondrecht afgeleid belang, even zwaar of zelfs zwaarder wegen dan het uit een grondrecht afgeleide belang. Zo valt in dit verband

te wijzen op het Turkse werkneemster-arrest, waarbij de Hoge Raad een genuanceerde afweging maakte tussen enerzijds het belang op godsdienstvrijheid en anderzijds de afspraken die gemaakt waren in de arbeidsovereenkomst.<sup>42</sup>

Zowel de leer van de positieve verplichtingen als de leer van de horizontale werking van (publiekrechtelijke) grondrechten laten zien dat de fundamentele rechten op enigerlei wijze doorwerking hebben gekregen in het privaatrecht. Dat is ook niet verwonderlijk, zoals gezegd is het uitgangspunt van zowel het publiekrecht als het privaatrecht de vrijheid van het individu, en waarom zou een burger niet op de een of andere manier een aanspraak kunnen maken op een grondrecht of zo men wil op een zwaarwegend belang dat zijn equivalent in het privaatrecht vindt in een (publiekrechtelijk) grondrecht. Of nog korter gezegd: geldt het recht op privacy alleen ten opzichte van de overheid en niet ten opzichte van de buurman of werkgever?

In de literatuur is de kritiek geuit dat de leer van de positieve verplichtingen en de leer van de horizontale werking van (publiekrechtelijke) grondrechten, in het bijzonder de indirecte werking, weinig van doen hebben met de publiekrechtelijke werking van grondrechten. Het gaat volgens deze kritiek uiteindelijk om de wetgever, die bepaalde waarborgen in het privaatrecht vastlegt of moet vastleggen die in het publiekrecht weliswaar hun beslag hebben gekregen in de grondrechten, maar verder weinig met deze rechten van doen hebben. Ook de indirecte horizontale werking van grondrechten is uiteindelijk een zuiver privaatrechtelijke kwestie; het betreft immers de weging van belangen en niet van (grond)rechten. Ik deel deze kritiek niet, de in de publiekrechtelijke grondrechten vervatte fundamentele waarborgen krijgen in het publiekrecht bescherming door middel van de grondrechten en in het privaatrecht door middel van privaatrechtelijke wetgeving of door de invulling van open privaatrechtelijke begrippen onder andere in de rechtsverhoudingen tussen burgers onderling. De vrijheid van het individu is dus zowel in het publiek- als privaatrecht het uitgangspunt, de uitwerking daarvan is echter wezenlijk verschillend, en toegesneden op de specifieke omstandigheden waartoe zij dienen.

<sup>39</sup> De term formeel wettelijke bepaling is hier van belang aangezien publiekrechtelijke (nationale) grondrechten in eerste instantie enkel door de formele wetgever (regering en Staten-Generaal, vgl. 81 Grondwet) mogen worden beperkt. Pas als een delegatieterm wordt gebruikt is delegatie toegestaan. HR 5 juni 1987, NJ 1988, 702 (Goeree), zie voor kritiek o.a. M.C. Burkens, *Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht*, Zwolle 1989.

<sup>40</sup> Vgl. voor een goed overzicht van deze kritiek: I. van der Helm, *De privacybescherming van de zieker werknemer*, Deventer, (Van der Helm 2009) 2009, p. 37 e.v.

<sup>41</sup> Deze werking is tevens waarneembaar in het Aidstest-arrest van de Hoge Raad uit 1993, HR 18 juni 1993, NJ 1994, m.nt.EAA en CJHB (*Aidstest*).

<sup>42</sup> HR 30 maart 1984, AB 1984, 366, m.nt. FHvdB.

#### 4. **Privaatrechtelijke terreinen waar grondrechten werking hebben gekregen**

##### 4.1. *Inleiding*

Nu hierboven een schets is gegeven van de ontwikkeling van de werking van grondrechten in het privaatrecht en de positieve beantwoording van de vraag of er behoefte is aan de werking van de fundamentele rechten in het civiele recht, zal in deze paragraaf een korte uiteenzetting worden gegeven van de privaatrechtelijke deelrechten waarbinnen grondrechten op enigerlei wijze concrete uitwerking hebben gekregen. De indeling en voorbeelden zijn gebaseerd op een bijdrage van Lindenberg, die in 2006 een kort en bruikbaar overzicht schetste van de werking van grondrechten in het privaatrecht.<sup>43</sup>

##### 4.2. *Werking van grondrechten in het privaatrecht: enkele voorbeelden*

Een belangrijke wet die aantoont dat een grondrecht zowel werking kan hebben in het publiek- als privaatrecht, is de in 1994 in werking getreden Algemene wet gelijke behandeling (Awgb). Deze wet is een uitwerking van het grondrecht op gelijke behandeling zoals neergelegd in art. 1 van de Nederlandse Grondwet. Bijzonder aan deze wet is dat deze expliciet is bedoeld om regels te stellen over het verbod op discriminatie die niet alleen in publiekrechtelijke maar juist ook in privaatrechtelijke rechtsbetrekkingen gelding hebben. In de artikelen 5 juncto 7 van de Awgb is vastgelegd dat in een arbeidscontract in beginsel niet gediscrimineerd kan worden. Art. 9 Awgb verklaart dergelijke met de Awgb strijdige bepalingen nietig. Het is een eerste voorbeeld waarbij een grondrecht doorwerkt in private verhoudingen, aangezien de wetgever heeft bepaald dat het gelijkheidsbeginsel een sterke werking dient te hebben niet alleen in het publiek- maar ook in het privaatrecht. Ook ten aanzien van andere contractuele verhoudingen ziet men een grote invloed van grondrechten, aangezien de wetgever heeft bepaald dat deze grondrechten een juridische grondslag hebben gekregen in het privaatrecht. Zo kan worden gewezen op art. 7:646 BW dat een andere bepaling inzake gelijke behandeling reguleert, en tevens op art. 7:685 BW waarin wordt gezegd dat bij bepaalde contractuele verhoudingen bepaalde persoonlijke veiligheidsvoorzieningen moeten zijn opgenomen.

Een belangrijke invloed van grondrechten in het contractrecht is voorts waarneembaar in medische (behandel)relaties. Zo wordt in de artikelen 7:448-456 BW (Af-

deling 5 Overeenkomsten inzake geneeskundige behandeling) bepaald dat een patiënt recht heeft op bepaalde informatievoorziening en het recht op zelfbeschikking en voorts worden in de artikelen 7:457 jo 7:459 en 7:464 BW voorschriften gegeven over de bescherming van patiëntgegevens en meer breder in relatie tot zijn privéleven dat zijn publiekrechtelijke equivalent kent in art. 10 Gw. Daarnaast wordt in art. 7:463 BW bepaald dat de aansprakelijkheid van de zorgverlener niet bij contract kan worden uitgesloten. Een dergelijk verbod kan worden opgevat ter bescherming van de lichamelijke integriteit van de patiënt zoals in art. 11 Gw is vastgelegd.

Naast bovenstaande dwingende wettelijke bepalingen waaraan een bepaald contract moet voldoen zijn het algemene privaatrechtelijke normen in het aansprakelijkheidsrecht waarbij fundamentele rechten (grondrechten) een steeds grotere rol van betekenis spelen. Voornamelijk is dat het geval bij art. 3:40 BW waarin wordt bepaald dat de aansprakelijkheid niet kan worden uitgesloten indien dat in strijd zou zijn met de openbare orde en goede moraal. Ook bij de invulling van de begrippen redelijkheid en billijkheid in de artikelen 6:2 jo 6:248 BW hebben de grondrechten – zoals reeds gezegd – invulling gekregen. Een goed voorbeeld in het aansprakelijkheidsrecht dat grondrechten in een horizontaal geschil werking kunnen hebben wordt voorts gevonden in het recente HIV-testarrest.<sup>44</sup> Tijdens een verstandskiesoperatie sneed een assistent-tandheelkundig chirurg zich per ongeluk in de vinger waardoor zijn bloed werd geïnfecteerd met bloed van de patiënt. De arts eiste in een civiel geding dat de patiënt bloed zou afstaan voor een HIV-test aangezien de arts vreesde dat hij met dit virus besmet was vanwege het drugs- en gevangenisverleden van de patiënt. De cassatierechter diende te beoordelen of uit de medische contractuele relatie een plicht van de patiënt voortvloeide voor het ondergaan van een HIV-test. De Hoge Raad stelde dat de patiënt recht had op het in de Grondwet beschermde recht op de eerbiediging van zijn persoonlijke levenssfeer en het recht op de onschendbaarheid van zijn lichamelijke integriteit, maar dat deze rechten evenals in de artikelen 10 en 11 Gw door middel van een wet in formele zin kunnen worden beperkt. Deze beperking kan dan ook worden gevonden in art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). De beperking is van zodanige marginale omvang dat de patiënt deze zich moet laten welgevalen. Men ziet hier wederom een zeldzaam voorbeeld van de besproken directe horizontale werking van grondrechten. Overigens had de zaak mijns inziens ook goed opgelost kunnen worden door middel van de indirecte horizontale werking van grondrechten;

<sup>43</sup> S. Lindenberg, *The Constitutionalisation of Private Law in The Netherlands*, in: *Constitutionalisation of Private Law*, Tom Barkhuysen en Siewert D. Lindenberg, Leiden 2006, p. 97-128. Zie voor een andere indeling De Vos 2010, p. 133-178.

<sup>44</sup> HR 12 december 2003, NJ 2004, 117 (*HIV test*).

het zwaarwegende belang op persoonlijke levenssfeer en lichamelijke integriteit zou moeten worden afgewogen tegenover het daar tegenoverstaande belang. Het voorbeeld doet vermoeden dat met de toepassing van de directe horizontale werking van grondrechten de rechter aan wil geven dat het recht om te weten of men al dan niet besmet is met HIV sowieso een zwaarder gewicht toekomt, nu geen ruimte wordt gelaten voor een belangenafweging. Voor zover dat zo zou zijn, acht ik dat een kwalijke ontwikkeling. Bovendien is er als gezegd geen reden om niet tot een gelijkkluidend oordeel te komen indien er wel tot een belangenafweging zou zijn overgegaan.

Ook in het schadevergoedingsrecht treft men de invloed aan van de werking van grondrechten. Meest in het oog springend is hier het recht op immateriële schadevergoeding ex art. 6:106 BW. In deze bepaling is onder andere de schadevergoeding gereguleerd voor zover een aantasting heeft plaatsgevonden van het recht op eer en goede naam. Juist dit recht is nauw gelieerd aan het recht op privacy zoals Boesjes in het verleden heeft aangetoond.<sup>45</sup>

Ten slotte zijn ook in het familierecht talrijke voorbeelden te vinden van uit grondrechten afgeleide rechtsnormen. In de Duitse rechtsdoctrine wordt het recht op naam gekwalificeerd als een grondrecht aangezien zonder naam feitelijk en juridisch een natuurlijk (en ook een rechtspersoon) niet kan deelnemen aan de samenleving en het rechtsverkeer.<sup>46</sup> Het is dan ook een elementaire behoefte voor een mens om een naam te hebben. Ook in familiebetrekkingen spelen fundamentele rechten een elementaire rol. Vooral door de invloed van het EHRM met betrekking tot art. 8 EVRM zijn vele familierechtelijke kwesties opgelost.

Deze paragraaf is slechts een topje van de ijsberg om aan te tonen dat grondrechten (fundamentele rechten) momenteel een elementaire rol spelen in het privaatrecht. Zowel in rechtsbetrekkingen die voortvloeien uit de wet als uit overeenkomst treft men elementen aan die tevens waarneembaar zijn bij het grondrechtenvraagstuk. Eén belangrijk recht mag overigens niet ontbreken: het recht op eigendom. Bij het EHRM hebben de meeste zaken thans betrekking op dit fundamentele recht dat uiteraard een belangrijk privaatrechtelijk recht betreft.<sup>47</sup> Als gezegd is hier niet getracht een uitputtende opsomming te geven van de invloed die grondrechten in het privaatrecht hebben. Het is slechts een poging om aan te illus-

treren dat fundamentele rechten een rol spelen in het Nederlandse civiele recht. Uiteraard kan men nog steeds twisten op welke wijze deze doorwerking plaatsvindt en in welke mate, maar dat deze rechten een plek hebben gekregen in het privaatrecht moge inmiddels (hopelijk) duidelijk zijn.

## 5. Alternatieven voor de werking van grondrechten in het privaatrecht

### 5.1. Inleiding

In het bovenstaande is uiteengezet dat fundamentele rechten op diverse manieren doorwerken in het privaatrecht. In grote lijnen komt deze werking neer op twee verschillende methoden. In de eerste plaats is dat door middel van codificatie van bepaalde aan grondrechten gelieerde rechtsnormen, waarvan de wetgever de overtuiging heeft om die te moeten codificeren in rechtsrelaties tussen burgers onderling. Het betreft dan niet een vergelijkbaar algemeen publiekrechtelijk grondrecht zoals de klassieke grondrechten in hoofdstuk 1 van de Nederlandse Grondwet of zoals beschermd in de internationale mensenrechtenverdragen, maar specifieke op het privaatrecht en meer bijzonder voor een bepaald deelreik daarvan toegesneden rechten die in het publiekrecht onder de noemer van een bepaald grondrecht zouden vallen. De bescherming van medische gegevens zoals hiervoor geschetst is daarvan een goed voorbeeld. De wetgever acht het dermate van belang dat bepaalde medische gegevens bescherming verdienen, ook bij het aangaan van een medische overeenkomst, dat daarvoor afzonderlijke wettelijke bepalingen zijn gemaakt, te weten de reeds genoemde art. 7:448 e.v. BW. In de tweede plaats hebben de open privaatrechtelijke normen zoals de welbekende redelijkheid en billijkheid tot gevolg dat de civiele rechter deze normen onder andere is gaan invullen aan de hand van de in het publiekrecht ontwikkelde grondrechten. Deze ontwikkeling is ook waarneembaar in de indirecte horizontale werking van grondrechten waarbij bepaalde civielrechtelijke zwaarwegende belangen worden ingekleurd door middel van de grondrechten.

Hoewel de privaatrechtelijke doctrine in overwegende mate ontvankelijk is gebleken voor deze vormen van doorwerking, is er als gezegd de afgelopen jaren ook kritiek geweest op de werking van (publiekrechtelijke) grondrechten in het privaatrecht, in het bijzonder op de

<sup>45</sup> J. Boesjes, *Preadvies over de bescherming van de eer en de goede naam in het staats- en administratiefrecht*, Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, (Boesjes 1972) 1972.

<sup>46</sup> Vgl. R. Nehmelman, *Het algemeen persoonlijkheidsrecht, Een rechtsvergelijkende studie naar het algemeen persoonlijkheidsrecht in Duitsland en Nederland* (diss. UU) Deventer, 2002 (Nehmelman 2002), p. 157.

<sup>47</sup> Art. 1, Eerste protocol, EVRM, zie hierover uitvoerig: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik, H.D. Ploeger, *De eigendomsbescherming van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM*, Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, 2005.



indirecte en directe horizontale werking. Zo schrijft Smits dat hij geen voorstander is van de werking van grondrechten in het privaatrecht en voor zover daar toch sprake van is, dan alleen via een inkleuring door middel van grondrechten bij open privaatrechtelijke bepalingen.<sup>48</sup> Als uitgangspunt neemt Smits het reeds besproken autonomiebeginsel waarbij privaatrechtelijke partijen in principe vrij zijn te doen en laten wat men wil voor zover het privaatrecht daarvoor geen dwingende regels over heeft bepaald. Stevige kritiek is ook geuit op de beschreven directe horizontale werking van grondrechten waarbij als gebleken de grondrechten direct inroepbaar zijn in het privaatrecht en zelfs de grondwettelijke beperkingsystematiek wordt gehanteerd.<sup>49</sup> Deze wijze van werking heeft ook mijn voorkeur niet. In de eerste plaats bestaat er een gevaar van vermenging tussen de publiekrechtelijke en privaatrechtelijke uitleg (reikwijdte) van een bepaald grondrecht. Er moet ruimte zijn voor een zelfstandige publiekrechtelijke en privaatrechtelijke interpretatie van een fundamenteel recht. Anders gezegd: het publiekrechtelijke grondrecht op privacy kan in het publiekrecht een striktere uitleg krijgen dan in het privaatrecht. In de tweede plaats, en meer bedenkelijk dan het zojuist genoemde bezwaar, is dat bij de directe horizontale werking van een (publiekrechtelijk) grondrecht dezelfde beperkingssystematiek van grondrechten wordt gehanteerd. Zo bepaalde de rechter in een aantal reeds besproken zaken dat de beperking van een grondrecht in een geschil tussen burgers onderling gevonden kan worden in de open privaatrechtelijke norm van art. 6:162 BW. Dit strookt niet met de gedachte uit de publiekrechtelijke doctrine dat de beperking van een grondrecht juist specifiek moet zijn en derhalve expliciet moet zijn toegesneden op de beperking van het desbetreffende grondrecht. Hierin schuilt niet alleen een bedenkelijke precedentwerking voor de publiekrechtelijke werking van grondrechten, maar tevens is de privaatrechtelijke werking daardoor zeer omstreden. Immers, de onrechtmatige daad is zo'n open privaatrechtelijk begrip dat het mogelijk is iedere beperking van een grondrecht aan de hand van deze open bepaling in te vullen, waardoor van de vrijheids-gedachte weinig overblijft.

### 5.2. Codificatie van grondrechten in het privaatrecht

Met het gegeven dat enerzijds fundamentele rechten (grondrechten) een rol spelen en moeten spelen in het privaatrecht, maar er anderzijds kritiek kan worden geuit op de indirecte en directe horizontale werking van grondrechten, rijst de vraag of er een alternatief is voor

de werking van grondrechten in het privaatrecht. Er bestaan mijns inziens twee alternatieven. In de eerste plaats kan men eenvoudig denken aan het codificeren van zwaarwegende fundamentele normen in het privaatrecht zelf. Zoals gebleken zijn nu ook op bepaalde plaatsen in het BW rechten opgenomen die kunnen worden aangeduid als grondrecht of in ieder geval een uitvloeisel van een grondrecht. Te denken valt bijvoorbeeld aan het recht op naam en het recht op eer en goede naam. Anders echter dan specifieke rechten uit een bepaald grondrecht in het privaatrecht te codificeren, stel ik hier voor om een grondrecht 'in zijn totaliteit' in het privaatrecht te codificeren. Een aantal grondrechten leent zich goed voor rechtstreekse codificatie in het BW. Het recht op privacy bijvoorbeeld laat zich goed plaatsen in het privaatrecht. Het zou kunnen dienen als algemeen uitgangspunt in privaatrechtelijke betrekkingen. Contracten die worden gesloten mogen tot op zekere hoogte een inbreuk maken op dit algemene privaatrechtelijke recht op privacy. In het Burgerlijk Wetboek zou bovendien een opsomming kunnen worden opgenomen van situaties waarop geen beperking van dit recht mogelijk is. Daarmee wordt tevens bewerkstelligd dat het privaatrechtelijke recht op privacy een andere reikwijdte en beperkingen kent dan de publiekrechtelijke equivalent.

### 5.3. *Erkenning en bestendiging van persoonlijkheidsrechten*

In de tweede plaats kan worden gedacht aan het vertalen van de grondrechten in zogeheten persoonlijkheidsrechten. Beide soorten rechten zijn terug te herleiden tot één algemeen persoonlijkheidsrecht dat de algemene vrijheids-gedachte omvat. De grondrechten zijn dan te duiden als de publiekrechtelijke fundamentele rechten in het publiekrecht en de persoonlijkheidsrechten equivalenten daarvan in het privaatrecht, beide terug te voeren tot het overkoepelende algemeen persoonlijkheidsrecht of beter gezegd algemeen persoonlijkheidsbeginsel. Deze gedachte is niet nieuw en is zelfs al door de Hoge Raad in 1994 erkend.<sup>50</sup> In dat jaar oordeelde de Hoge Raad dat het aan grondrechten ten grondslag liggende algemeen persoonlijkheidsrecht nieuwe fundamentele rechten omvat die door de rechter kunnen worden geconcretiseerd in een geschil tussen burgers onderling. In het Valkenhorst-arrest stelde de cassatierechter, vermoedelijk op voorspraak van AG-Koopmans, dat het recht op de kennis van de eigen afstamming te duiden is als een persoonlijkheidsrecht dat voortvloeit uit het algemeen persoonlijkheidsrecht. Tot op heden heeft de Hoge Raad

<sup>48</sup> Smits 2003, p. 64-65.

<sup>49</sup> Zie o.a. F. de Graaf en M.J.O.M. de Haas, Horizontale werking van grondrechten, een heilloos leerstuk, in: *Nederlands Juristenblad*, 1984, nr. 43, p. 1353 e.v., Van der Helm, 2009, p. 37 e.v. Zie voor recente stevige kritiek tevens B.J. de Vos, 2010.

<sup>50</sup> HR 15 april 1994, NJ 1994, 608, m.nt. WH-S en tevens NJCM-bulletin 1994, p. 652 e.v., m.nt. L.F.M. Verhey (*Valkenhorst*). Zie ook Smits 2003, p. 50 e.v.

slechts weinig gebruik gemaakt van deze methode<sup>51</sup>, niettemin betekende dit arrest een doorbraak in een nieuwe werking van grondrechten in het privaatrecht en in het bijzonder in geschillen tussen burgers onderling.<sup>52</sup> Voordeel van deze constructie is dat in het privaatrecht niet (meer) wordt gesproken van grondrechten of fundamentele privaatrechtelijke belangen, maar van persoonlijkheidsrechten. Overigens is niet onbelangrijk om hier op te merken dat de theorie over persoonlijkheidsrechten aan het einde van de negentiende eeuw in Zwitserland en Duitsland werd ontwikkeld in het privaatrecht.<sup>53</sup> Destijds werden deze persoonlijkheidsrechten opgevat als subjectieve rechten die sterke gelijkenis vertoonden met de in het publiekrecht ontwikkelde grondrechten.

Een dergelijke erkenning van de uit het algemeen persoonlijkheidsrecht af te leiden persoonlijkheidsrechten heeft als voordeel dat onverkort kan worden gesproken van *rechten* en niet meer zoals tot nu toe veelal het geval van (al dan niet zwaarwegende) fundamentele privaatrechtelijke belangen. Dit lijkt wellicht op 'etikettenplakkerij', maar niet uit het oog moet worden verloren dat een belangrijk gegeven voor de niet erkenning van fundamentele rechten in het privaatrecht veelal is geweest dat de publiekrechtelijke grondrechten niet thuishoren in het privaatrecht. Dat wordt mijns inziens anders indien men de persoonlijkheidsrechten als begrip reserveert voor het privaatrecht en grondrechten als begrip voor het publiekrecht. Bovendien heeft dit ook hier als voordeel dat de privaatrechtelijke persoonlijkheidsrechten een andere invulling (reikwijdte) kunnen hebben dan de publiekrechtelijke grondrechtelijke equivalent. Concreet betekent dit dat het persoonlijkheidsrecht op privacy (in het privaatrecht) dan een andere invulling kan krijgen dan het grondrecht op privacy (in het publiekrecht). In hoeverre een privaatrechtelijke partij beter af is met een persoonlijkheidsrecht dan met een uit een grondrecht afgeleid fundamenteel belang is een vraag die nader zal moeten worden onderzocht. Indien men bovendien stelt dat persoonlijkheidsrechten als subjectieve rechten kunnen worden opgevat zoals deze vroeger in het recht gebruikelijk waren, is tevens een nieuwe discussie gestart over de definitie van het begrip subjectief recht en de vraag naar de waarde van dit begrip in het privaatrecht.<sup>54</sup>

## 6. Conclusie

De klassieke opvatting van grondrechten in het publiekrecht is het garanderen van de vrijheid van het individu ten opzichte van de staat. Deze claim op grondrechten in het publiekrecht heeft als gevolg gehad dat lang is volgehouden dat deze fundamentele rechten geen of slechts een zeer marginale betekenis hebben in het privaatrecht. Bovendien geldt ook in het privaatrecht het uitgangspunt van de vrijheid van het individu, maar dat hijzelf kan bepalen in hoeverre hij die wil beperken. In het hiervoor gaande is in grote lijnen aangegeven dat grondrechten wel degelijk een bepaalde werking hebben in het privaatrecht. Weliswaar kan men twisten over de vraag of daadwerkelijk sprake is van een toepassing van een publiekrechtelijk grondrecht in het privaatrecht of dat er sprake is van een daaruit afgeleid belang, maar dat er sprake is van een zekere werking in het privaatrecht wordt in de doctrine niet meer betwist. Voor de ontwikkeling van fundamentele normen in het privaatrecht is hier voorgesteld om na te gaan denken over de codificatie van grondrechten in het privaatrecht. Gedacht moet dan bijvoorbeeld worden aan het opnemen van algemene grondrechten in het BW zoals het recht op privacy. Vooralsnog zijn alleen uit de grondrechten afgeleide rechten in het BW opgenomen. Daarnaast kan er ook aan worden gedacht om grondrechten in het privaatrecht een andere kwalificatie te geven, te weten persoonlijkheidsrechten. Deze rechten vloeien evenals de publiekrechtelijke grondrechten voort uit het algemeen persoonlijkheidsrecht. Beide voorgestelde systemen hebben mijns inziens als voordeel dat de erkenning van fundamentele rechten een zelfstandige, dat wil zeggen onafhankelijk van de publiekrechtelijke grondrechtendoctrine, positie krijgen in het privaatrecht. Ook kan worden voorkomen dat onwenselijke wederzijdse beïnvloeding plaats gaat vinden. De reikwijdte van een bepaald fundamenteel recht kan in het publiekrecht een andere invulling krijgen dan in het privaatrecht. Vooralsnog betekent de erkenning van deze methoden niet dat afbreuk wordt gedaan aan het privaatrechtelijke autonomiebeginsel, integendeel, de vrijheid van het individu in privaatrecht (de private vrijheid) wordt daarmee juist versterkt.

<sup>51</sup> De andere spraakmakende zaak betrof het Parool-arrest waarbij de cineast Louis van Gasteren door het Parool werd achtervolgd over zijn oorlogsverleden. De Hoge Raad oordeelde in deze zaak dat het recht om met rust te worden gelaten voortvloeit als persoonlijkheidsrecht uit het algemeen persoonlijkheidsrecht. HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422, m.nt. EJD (*Parool*).

<sup>52</sup> Zie verder over het algemeen persoonlijkheidsrecht; Nehmelman 2002 en tevens A.J. Nieuwenhuis, *Tussen privacy en persoonlijkheidsrecht, Een grondrechtelijke en rechtsvergelijkend onderzoek*, Nijmegen 2001.

<sup>53</sup> Vgl. Nehmelman 2002, hoofdstuk 2 p. 5 e.v.

<sup>54</sup> Zie voor een uitvoerige beschrijving van het begrip subjectief recht: C.P. Aubel, *Persoon en pers: over onrechtmatige aantasting van persoonsbelangen door perspublicaties*, Deventer, 1968.