

Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht

Vranken, J.B.M.

Published in:

Beginselen van het contractenrecht

Document version:

Peer reviewed version

Publication date:

2000

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Vranken, J. B. M. (2000). Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht. In M. A. B. Chao-Duivis, & H. A. W. Vermeulen (Eds.), *Beginselen van het contractenrecht* (pp. 145-155). Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink.

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

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright, please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

OVER PARTIJAUTONOMIE, CONTRACTSVRIJHEID EN DE GRONDSLAG VAN GEBONDENHEID IN HET VERBINTENISSENRECHT

Ter inleiding

1. In deze bijdrage voor Benita Nieskens wil ik enkele opmerkingen maken over een thema dat haar al vanaf het begin van haar wetenschappelijke loopbaan boeit: de rechtvaardiging van contractuele gebondenheid. Ze heeft er haar dissertatie aan gewijd. Thans is ze bezig met een monografie over het onderwerp. De monografie ken ik niet - het is niet haar gewoonte om teksten die nog niet volledig af zijn aan anderen te laten lezen -, maar haar dissertatie uiteraard wel. Ik ben lid geweest van de promotiecommissie en heb in die hoedanigheid haar proefschrift grondig gelezen en bestudeerd. Door toevallige omstandigheden was ik niet in de gelegenheid te opponeren. Het liber amicorum biedt mij gelegenheid dit gemis in te halen, ruimschoots zelfs, want tijdens de promotie is de oppositietijd beperkt tot enkele minuten. Ik concentreer mij op drie aspecten van haar betoog. Het eerste is het onderscheid dat zij aanbrengt tussen partijautonomie en contractsvrijheid, het tweede is haar stelling dat de partijautonomie de eerste rechtvaardiging is voor de gebondenheid aan overeenkomsten, het derde is het verschil dat zij maakt tussen gebondenheid aan overeenkomsten en gebondenheid aan verbintenissen uit andere bronnen. Om mijn positie meteen op voorhand te markeren: met het eerste ben ik het geheel eens, met het tweede en derde niet.

2. Ik ben er mij van bewust dat wie met Benita Nieskens in debat wil treden, geen gemakkelijke taak wacht. Zij heeft krachtige opinies en duidelijke standpunten. Die worden niet zo maar op tafel gelegd, maar zijn het resultaat van een welhaast constructivistische aanpak. Iedere stap in het denkproces is gewikt en gewogen en leidt dwingend tot de volgende stap. Zo zegt ze het zelf ook regelmatig: uit het een vloeit het ander logisch voort. Inbreken in dit netwerk van argumentatielijnen vereist veel precisie en grote zorgvuldigheid. Ik hoop haar niet tekort te doen. Een tweede opmerking vooraf is dat over het onderwerp dat ik aan de orde stel, al hectoliters inkt zijn uitgestort. Ik heb niet de pretentie alles gelezen te hebben. Ook wat ik wél gelezen heb, zal ik niet allemaal in voetnoten verantwoorden. Ik geloof ook niet dat het nodig is, omdat ik een nogal afwijkende opinie heb over de rechtvaardiging van gebondenheid in het verbintenissenrecht. Ik loop al langer rond met het plan deze opinie eens kort en krachtig op te schrijven. Het liber amicorum voor Benita

Nieskens lijkt mij een geschikt forum, én omdat het onderwerp haar zo na aan het hart ligt, én omdat zij zelf ook kernachtigheid prefereert boven een verwoestende volledigheid.

Partijautonomie en contractsvrijheid

3. In haar dissertatie⁴ onderscheidt Benita Nieskens tussen partij-autonomie en contractsvrijheid. Zij wijst erop dat het onderscheid in Nederland⁵ niet gebruikelijk is en dat, áls het al gemaakt wordt, dit meestal gebeurt in het kader van de contractsvrijheid. Als voorbeeld van dit laatste noemt ze de dissertatie van Nieuwenhuis.⁶ Die omschrijft contractsvrijheid als de vrijheid om binnen zekere grenzen wel of niet overeenkomsten te sluiten. Autonomie daarentegen heeft volgens Nieuwenhuis te maken met zelfontplooiing. De overeenkomst is één van de middelen tot zelfontplooiing. Essentieel is de toestemming van partijen, aangezien deze mede⁷ de rechtvaardiging vormt voor de gebondenheid aan overeenkomsten. Het verband tussen contractsvrijheid en partijautonomie definieert Nieuwenhuis aldus dat partijautonomie de contractsvrijheid vóóronderstelt. Het heeft weinig zin,

⁴B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, 1991, p. 28 e.v.

⁵Elders ook vaak niet. Een voorbeeld is D. Medicus, die in een bijdrage over 'Abschied von der Privatautonomie?' al in de eerste zin laat weten dat hij het vooral zal hebben over de contractsvrijheid. De bijdrage is gepubliceerd in *Einheit und Vielfalt der Rechtsordnung, Festschrift zum 30-jährigen Bestehen der Münchener Juristischen Gesellschaft*, 1994, p. 9-25. Anders nog Raiser in zijn klassieke opstellen uit 1958 en 1960 over *Vertragsfreiheit heute*, resp. *Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit*, beide herdrukt in: L. Raiser, *Die Aufgabe des Privatrechts*, 1977, p. 38-61 en p. 62-97. Volgens Raiser is de contractsvrijheid een deel van de partijautonomie.

⁶J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, 1979.

⁷A.w. (noot 3), p. 6. Behalve de autonomie (toestemming) zijn voor de rechtvaardiging van de gebondenheid aan overeenkomsten nog twee andere beginselen van belang, te weten het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel.

zo is zijn redenering, zich druk te maken over de vraag óf de overeenkomst wel berust op toestemming van beide partijen (autonomie) als ze in het geheel geen vrijheid hebben om contracten te sluiten. In dezelfde zin recent Du Perron⁸, die op dit punt Nieuwenhuis nagenoeg helemaal volgt.⁹

4. Ook Benita Nieskens brengt partijautonomie in verband met zelfontplooiing en met de rechtvaardiging van juridische gebondenheid, maar er zijn grote verschillen. In de eerste plaats is volgens haar partijautonomie fundamenteler dan contractsvrijheid. Ik ben dat met haar eens. Partijautonomie wortelt in een mensbeeld dat de vrucht is van een denken vanaf de 17e, 18e eeuw, waarin centraal staat het postulaat van de vrijheid, opgevat als mogelijkheid tot zelfbepaling. Het gaat om de on-vervreembare en niet tot de staat of tot enige andere autoriteit herleidbare mogelijkheid zelf te bepalen wat men wil. Deze mogelijkheid gaat logisch vooraf aan de daadwerkelijke uitoefening.¹⁰ Dit betekent dat de verhouding van partijautono-

⁸C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden*, diss. 1999, p. 14-23. Vergelijk ook Bloembergen e.a., *Rechtshandeling en Overeenkomst*, 1998, p. 16 (Hijma), waarin dezelfde verhouding doorklinkt.

⁹Onlangs heeft Nieuwenhuis zijn standpunt dat de vrijheid om al of niet overeenkomsten te sluiten de voorwaarden schept voor zelfontplooiing, herhaald. Zie zijn artikel *Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel*, in: Hartlief en Stolker (red.), *Contractvrijheid*, 1999, p. 23-32. Wel valt op dat hij in dit artikel het autonomiebeginsel niet meer noemt. Beter: wat hij in zijn dissertatie onder het autonomiebeginsel brengt, is in het artikel onderdeel van de contractsvrijheid geworden.

¹⁰Dit alles is algemeen bekend en onomstreden. Ik verwijs onder meer naar Kl-P. Nanz, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffes im 16. bis 18. Jahrhundert*, 1985 passim, maar met name p. 149 e.v. (over Pufendorf); Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, 1991, met name vanaf p. 161; de in noot 2 genoemde artikelen van Medicus en Raiser; de in noot 11 en 12 te noemen artikelen van Reichold, Grziwotz en Voigt, waarin veel verdere verwijzingen; H. Kötz, *Europäisches Vertragsrecht*, 1996, p. 4-22; Zweigert en Kötz, *Einführung in die Rechtsvergleichung*, 1996, p. 314-325; O. Behrends, *Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts* en D. Reuter, *Freiheitsethik und Privatrecht*, beide opgenomen in Bydlinski en Mayer-Maly (Hrsg.), *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts*, 1994, p. 1-33 resp. p. 105-130.

mie en contractsvrijheid precies andersom is als Nieuwenhuis verdedigt: zonder erkenning van de mogelijkheid tot vrije wilsbepaling heeft contractsvrijheid geen basis. Hiermee is tegelijk een tweede verschil gegeven. Het fundamentele karakter van de partijautonomie brengt mee dat deze naar haar aard niet beperkt kan zijn tot het overeenkomstenrecht, maar dat zij zich uitstrekt tot het gehele recht. Wat het privaatrecht betreft worden in dit verband vijf of zes vrijheden genoemd waarin de partijautonomie tot uitdrukking komt. Behalve de contractsvrijheid zijn dit de vrijheden om eigendom te verwerven en daarover te beschikken, de vrijheid om volmachten te verlenen, de vrijheid om rechtspersonen op te richten, de vrijheid om het vermogen te laten vererven en de vrijheid om persoonlijke relaties aan te gaan (voor zover een en ander niet reeds in de contractsvrijheid ligt besloten¹¹).

5. Belangrijker voor het onderwerp van mijn bijdrage is het derde verschil tussen Benita Nieskens en Nieuwenhuis over de verhouding van partijautonomie en contractsvrijheid. Benita Nieskens ontkent dat het autonomiebeginsel de inhoud van de contractsvrijheid voorschrijft. Zij ontkent zelfs dat er zoiets als contractsvrijheid bestaat, althans wanneer men deze opvat in de gangbare, nogal absolute betekenis als het beginsel om geheel naar eigen inzicht te bepalen óf, en indien ja, met wie, onder welke voorwaarden, met welke inhoud en waarover men een overeenkomst wil sluiten.¹² Deze begripsbepaling heeft meer ideologische dan feitelijke betekenis. Contractsvrijheid veronderstelt gelijkheid van partijen en, hoewel dit historisch van onmetelijk belang is geweest omdat het brak met het klassen- en standenrecht van

¹¹Alkema, Contractvrijheid als grondrecht, in: Hartlief en Stolker (red.), Contractvrijheid, 1999, p. 33 e.v. Alkema meent dat in de meeste bepalingen van het EVRM de contractsvrijheid wordt verondersteld.

¹²Aldus de omschrijving van bijv. Asser-Hartkamp 4 II, 1997, nr. 34, welke passage ook reeds kon worden aangetroffen in Asser-Rutten, 1961, p. 25. In vergelijkbare zin onder meer Hofmann-Abas, Het Nederlands verbintenissenrecht, Deel 1 tweede gedeelte, 1977, p.11 e.v.; Bloembergen e.a., Rechtshandeling en overeenkomst, 1998, p. 16 (Hijma); Nieuwenhuis, Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel, in: Hartlief en Stolker (red.), Contractvrijheid, 1999, p. 24. Zie ook recent de kritiek van de Eerste Kamer op het nieuwe erfrecht, kamerstukken 17 141, nr 120 (voorlopig verslag, p. 1-2), 120b (verslag na de memorie van antwoord, p. 2-3): de Kamer vond dat de testeervrijheid ontoelaatbaar werd beperkt. Bij de omschrijving van de testeervrijheid leunde ze aan tegen de omschrijving van contractsvrijheid, zoals opgenomen in Asser-Hartkamp 4 II, 1997, 34.

voordien, strookte het niet met de werkelijkheid. Het was een formele gelijkheid die erin besloten lag, geen inhoudelijke, want die was en is er niet. 'Nooit nergens', zoals Benita Nieskens schrijft.¹³ Zo lang dit niet veranderde, bleef de contractsvrijheid voor de meeste mensen een dode letter en waren het alleen de 'beati possidentes'¹⁴ die ervan konden profiteren. Inmiddels is de situatie veranderd. Er zijn consequenties verbonden aan het feit dat niet iedereen even goed in staat is voor zichzelf te zorgen. Financieel, verbaal, sociaal, economisch, psychologisch en intellectueel bestaan soms grote ongelijkheden die uitgebuit kunnen worden of die tot als onrechtvaardig ervaren onevenwichtigheden kunnen leiden. Wetgever en rechter hebben ingegrepen, eerst op gevoelige terreinen als wonen, werken, gezondheid en kredietverlening, later ook meer in het algemeen. In de Duitse literatuur wordt wel gezegd dat 'die Ungleichgewichtslage geradezu der Normalfall geworden ist'. Eraan toegevoegd wordt dat degene die de contractsvrijheid wil beperken tot de gevallen dat partijen als gelijken tegenover elkaar staan, er beter aan doet het gehele privaatrecht af te schaffen.¹⁵

6. Zo ver gaat Benita Nieskens niet. Wel sluit ze zich aan bij Zweigert¹⁶ en bij de

¹³A.w. (noot 1), p. 29.

¹⁴Hermann Reichold, Von der 'Sozialautonomie' zurück zur Privatautonomie, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1992, p. 63-87 (68).

¹⁵H. Grziwotz, Form und Formeln, in: Festschrift für Helmut Schippel, 1996, p. 24. Zie over het gelijkheidspostulaat van de contractsvrijheid en over de feitelijk bestaande ongelijkheden, ook de in de vorige noot genoemde H. Reichold, alsmede W. Voigt, Zum Stellenwert der Privatautonomie als eines von mehreren Begründungselementen nichtdeliktischer Ansprüche, in: Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1992, p. 89-114. Kritisch zijn onder meer D. Medicus, a.w. (noot 2), p. 23 en W. Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 1996, p. 1-36.

¹⁶Zweigert, 'Rechtsgeschäft' und 'Vertrag' heute, in Ius Privatum Gentium, Festschrift für Max Rheinstein, Bd II, p. 493 e.v. (504). In vergelijkbare zin de in noot 7 genoemde passages in Zweigert en Kötz, Einführung in die Rechtsvergleichung, 1996, en in Kötz, Europäisches Vertragsrecht, 1996.

door haar terecht bewonderde Raiser¹⁷, die beiden hebben betoogd dat het nergens toe leidt wanneer men, zoals meestal geschiedt¹⁸, de contractsvrijheid als beginsel vooropstelt en alles wat daarmee niet verenigbaar is als beperking, uitzondering of grens aanmerkt. Veeleer ligt 'die moderne Aufgabe darin, Kriterien und Verfahren für die Vertragsgerechtigkeit zu entwickeln, die herzustellen gerade deshalb nötig ist, weil es eine Vertragsfreiheit in Wahrheit nicht gibt'. Contractsvrijheid als uitgangspunt heeft afgedaan. Waar het om gaat, is het realiseren van 'Vertragsgerechtigkeit', het verschuiven van 'procedural' naar 'substantive fairness',¹⁹ van formele vrijheid naar inhoudelijke verantwoording.²⁰

7. Men moege, zoals Hartkamp²¹ in zijn bespreking van de dissertatie van Benita

¹⁷Reeds in 1960. Zie Raiser, Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, a.w. (noot 2), p. 83-90.

¹⁸Zo ook in Hartlief en Stolker (red.), Contractvrijheid, 1999, delen IV en V. In zijn bijdrage aan dit boek verdedigt Hondius, De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigma's van het privaatrecht, p. 387-393, dat contractsvrijheid en de bescherming van zwakke partij naast elkaar staan ('Het contractenrecht dient twee meesters: de contractsvrijheid en de bescherming van de zwakke partij' - p. 393).

¹⁹Onder meer Atiyah, Contract and Fair Exchange, in: Essays on Contract, 1988, p. 329 e.v.; Collins, The Law of Contract, 1997, p. 1-45 (hoofdstuk 1 over Contract and Market en hoofdstuk 2 over The Transformation of the Law of Contract); S.A. Smith, In Defence of Substantive Fairness, The Law Quarterly Review, 1996, p. 138-158, met veel verdere verwijzingen.

²⁰D. Reuter, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts - formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP 1989, p. 199-222. Reuter is overigens kritisch over de in de tekst geschetste ontwikkeling. Hij herhaalt zijn kritiek in de in noot 7 vermelde bijdrage. De in de tekst verwoorde verschuiving is in Duitsland gemeengoed. Zie bijv. Schwenzer, Vertragsfreiheit im Ehevermögens- und Scheidungsfolgenrecht, AcP 1996, p. 101-104, met veel verdere verwijzingen.

²¹Hartkamp, De functie van het vertrouwen bij het ontstaan van verbintenissen, WPNR 6024 (1991), p. 747-752.

Nieskens, de volledige ontkenning van contractsvrijheid schromelijk overdreven achten²², wat blijft is het onderscheid tussen partijautonomie en contractsvrijheid. Ik meen mét haar dat het zinvol is het onderscheid te maken. De partijautonomie wordt niet aangetast wanneer de vrijheid om overeenkomsten te sluiten²³ meer of minder vérgaand is beperkt of zelfs helemaal ontbreekt. Beide begrippen/ beginselen zijn niet van dezelfde orde. De vraag is alleen waarin ze precies verschillen. Het is op dit punt dat onze meningen beginnen uiteen te lopen.

Partijautonomie als eerste rechtvaardiging van contractuele gebondenheid?

8. Voor Benita Nieskens fungeert de partijautonomie (de verklaarde wil) als de motor die de overeenkomst in werking zet. De wilsverklaring schakelt 'in', spreekt als het ware het Sesam Open U. Zonder wilsverklaring is er geen toegang tot het overeenkomstenrecht en kan er dus ook geen gebondenheid ontstaan. Daarmee bedoelt ze niet dat de wilsverklaring de grondslag vormt van de gebondenheid aan de *inhoud* van datgene waartoe partijen zich verbinden. De inhoud is immers door het ontbreken van algehele contractsvrijheid in meerdere of mindere mate onttrokken aan de wil van partijen. Niet partijen bepalen wat rechtens is wanneer ze zich verbinden, maar het recht: het recht creëert de voor de contractsvrijheid essentiële voorwaarde van gelijkheid, althans tracht deze zo dicht mogelijk te benaderen. Desondanks is voor Benita Nieskens de verklaarde wil de eerste rechtvaardiging voor de gebondenheid aan overeenkomsten. Waarom dat zo is, beredeneert ze in een passage op bladzijde 25/ 26 van haar dissertatie. Daar citeert ze Moltzer, die reeds in 1889 betoogde dat niet wat iemand gewild heeft, maar wat rechtens door hem gedaan, geschreven of gesproken is, de grondslag vormt voor zijn gebondenheid. Benita Nieskens vindt dat dit zeer overtuigend klinkt, zo overtuigend zelfs dat het lijkt alsof er geen speld tussen te krijgen is. Pas bij verder nadenken ontdekt men, zo zegt zij, dat het probleem verstopt zit in het sleutelwoord 'rechtens'.

²²Benita Nieskens lijkt op andere plaatsen overigens zelf ook al iets van haar vérgaande standpunt terug te nemen. Vergelijk onder meer a.w. (noot 1), p. 29 en 30, waar ze spreekt over meerdere en mindere mate. Zie ook hierna onder 8 in de tekst.

²³Of om één van de andere vrijheden die ik in nr. 4 heb genoemd, uit te oefenen.

'Hoe moet dit worden ingevuld? Wanneer wordt aangenomen dat er rechtens gedaan, geschreven of gesproken wordt? Als dat redelijk en billijk is? Maar wanneer/ waarom is dat redelijk en billijk? Toch zeker in de eerste - zij het bij lange na niet de enige - plaats, wanneer die binding in rechte door degene die is gebonden werd *gewild*?'

9. Ik begrijp haar standpunt aldus dat de gebondenheid aan overeenkomsten ontstaat, niet omdat de verklaarde wil op de rechtsgevolgen is gericht, maar omdat het vrijwillige karakter van de handeling de poort opent voor een, in meerdere of mindere mate, door het recht geregelde rechtsbetrekking.²⁴ Een verhelderend citaat in dit verband:

'In het verbintenissenrecht gaat het in wezen steeds om één ding: om rechtsfeiten die prestatieverplichtingen verwekken, m.a.w. om feiten die het rechtssysteem openen. Dat men voor toegang tot het systeem kan *kiezen* én dat dit "ik wil" voldoende verklaring is voor de geldigheid van de rechtshandeling is - in een gemeenschap waar de overtuiging heerst dat de waarde van de mens meebrengt dat hij, in beginsel, zijn leven zelfstandig en in vrijheid vorm moet kunnen geven - eigenlijk vanzelfsprekend. Deze overtuiging berust uiteindelijk op een levensbeschouwing en is wetenschappelijk niet dwingend te onderbouwen.'²⁵

10. Ik deel het levensbeschouwelijke uitgangspunt, maar niet de consequentie die zij eruit trekt voor de rechtvaardiging van de gebondenheid aan overeenkomsten. Partijautonomie is de mogelijkheid tot zelfbepaling. De erkenning hiervan in het recht betekent dat de partijautonomie voorwaarde is voor het kunnen aangaan van overeenkomsten, beter²⁶: voor het kunnen dragen van rechten en plichten. Zij die

²⁴Van dit laatste is veel terug te vinden in de dissertatie van C.E. du Perron, a.w. (noot 5), o.m. p. 14-17, die onderscheidt tussen autonome en heteronome normen van contractenrecht. De autonome normen zijn de zelf gewilde normen - ook Benita Nieskens erkent het bestaan hiervan -, de andere zijn door het recht bepaald en daarmee heteronoom. Een voorbeeld van een heteronome norm is volgens Du Perron de redelijkheid en billijkheid.

²⁵A.w. (noot 1), p. 27. Blijkens het vervolg heeft ze in deze passage het oog op partijautonomie, niet op contractsvrijheid.

²⁶Hiermee loop ik vooruit op wat ik hierna zal betogen over de vraag of bij het bepalen van de grondslag van gebondenheid, moet worden onderscheiden

geen drager van rechten en plichten kunnen zijn, zoals een verzameling mensen zonder juridisch organisatorisch verband, kunnen ook niet daadwerkelijk rechten en plichten op zich nemen of opgelegd krijgen. Het eerste is een voorwaarde voor het tweede. Een voorwaarde is echter iets anders dan een grondslag of een rechtvaardiging. Ik meen daarom dat de gebondenheid aan overeenkomsten niet steunt, zeker niet in de eerste plaats, op de partijautonomie.²⁷ Of en hoe gebondenheid aan overeenkomsten ontstaat, wordt door het recht bepaald. Moltzer - om bij het door Benita Nieskens genoemde voorbeeld te blijven²⁸ - heeft dat scherp geformuleerd. Sleutelwoord is inderdaad wat 'rechtens' is. Momenteel is bijvoorbeeld rechtens dat tijdens het voeren van onderhandelingen op een bepaald ogenblik de verhouding van partijen zich zodanig kan hebben verdicht, dat beiden juridisch niet meer vrijelijk kunnen terugtreden. Vóór 1982 was dat niet zo. Een ander voorbeeld is dat tot voor kort geen bijzondere eisen werden gesteld aan het totstandkomen van een borgtocht door familieleden of particulieren. Inmiddels is dit wel zo. Hoe komt dat? Wat is veranderd? De verklaarde wil, het vertrouwen, de verhouding van beide, onze kijk erop of is iets anders aan de hand?

11. Ik meen dat er iets anders aan de hand is. Hoe bepaalde verklaringen en gedragingen rechtens moeten worden gewaardeerd, is een kwalificatievraag. Bij deze kwalificatie doen zich dezelfde problemen voor als bij iedere omgang met het recht. Ze hebben te maken met het omzetten van niet-normatieve feiten in een normatieve beslissing over juridische gebondenheid of aansprakelijkheid. Daarvoor is nodig dat de relevante feiten, normen, beginselen, belangen en gezichtspunten worden geselecte-

tussen overeenkomsten en andere bronnen van verbintenissen.

²⁷Deze conclusie trekt ook M.E. Storme, De bindende kracht van de overeenkomst, in: Franke e.a. (red.) Beginselen van vermogensrecht. BW-krant jaarboek 1993, p. 117-136 (122). Hij herhaalt dit standpunt in zijn preadvies De rechtszekerheid en het vertrouwensbeginsel, uitgebracht voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, TPR 1997, p. 1861-1935 (o.m. p. 1884-1892).

²⁸Er zijn er meer. Benita Nieskens noemt nog Atiyah en Van Dunné. Ik zelf denk voor Nederland ook aan Eggens (hierna in de tekst) en, recent, aan J.M. Smits, Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid, diss. 1995.

teerd en in hun onderlinge betrekking worden bepaald. Methodologisch is dit een ingewikkeld proces, omdat voor de vraag welke feiten en belangen relevant zijn en wat ze betekenen, vooruitgegrepen moet worden op wat rechtens is en dat weet men soms nog niet, terwijl wat in een concreet geval rechtens is op zijn beurt afhangt van de selectie en waardering van de relevante feiten en belangen.

12. Toegepast op het onderwerp van dit artikel betekent het dat verklaringen en gedragingen als bindende overeenkomsten worden aangemerkt, omdat en voorzover ze in zo'n proces van vooruitgrijpen, vaststellen en terugkoppelen worden gekwalificeerd als overeenkomstenrechtelijk relevant. Dat lijkt tautologisch - de grondslag van de gebondenheid aan overeenkomsten is gelegen in het overeenkomstenrecht zelf -, maar is het niet. Het is de consequentie van een (mijn) opvatting over recht als een discursieve grootheid²⁹, dit wil zeggen van recht als het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging. Een duidelijke illustratie vormen de gevallen waarin meningsverschillen bestaan over al of niet gebondenheid, zoals bij een overeenkomst omtrent draagmoederschap. Waarom vinden sommigen dit geen juridisch-geldige overeenkomst en anderen wel? Het antwoord heeft weinig tot niets te maken met de verklaarde wil, het vertrouwen of de verhouding van beide. Het berust op een waardering van morele overtuigingen, sociaal-psychologische gegevens, fundamentele beginselen, praktische overwegingen en aan het stelsel van het overeenkomstenrecht ontleende gezichtspunten, over wat een samenleving op zeker ogenblik bereid is te accepteren. Illustratief zijn ook de gevallen waarin het recht verandert zonder dat een nieuwe, geschreven norm hiertoe dwingt. Zo was lange tijd het zijn van particulier of familielid niet relevant bij het oordeel over de vraag of een borgtochtovereenkomst geldig was. Thans is dat wel het geval. De omslag is niet bewerkstelligd door een andere kijk op de verklaarde wil, het vertrouwen of de verhouding van beide, maar door de keuze om ook voor dit type gevallen aan te sluiten bij de ontwikkelingen in het overeenkomstenrecht, waarin het beter en juist wordt gevonden zorgvuldig te letten op factoren als het beschermen tegen ongelijkheid en, ten aanzien van familieleden, tegen het risico dat zij zodanig verblind zijn door de bereidheid hun in problemen verkerende verwanten te helpen

²⁹Meer daarover in Asser-Vranken, Algemeen Deel, 1995, passim, alsook bij Elderlein, Diskursethik und Privatrecht, in: Bydlinski en Mayer-Maly (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, 1994, p. 53-80, die uitvoerig de opvatting van Habermas en Apel bespreekt.

dat zij geen zakelijke afweging meer kunnen maken en onverantwoorde financiële lasten op zich nemen.

13. De voorbeelden kunnen met vele tientallen worden uitgebreid, maar dat zal niet nodig zijn. Waar het om gaat, is dat de kwalificatie van gedragingen en verklaringen als bindende overeenkomsten steunt op een inhoudelijk oordeel, dat gedragen wordt door een afweging van tal van gezichtspunten³⁰. Ze variëren van geval tot geval. Dat kan niet anders, omdat ook de af te wegen feiten, normen, beginselen, belangen en gezichtspunten van geval tot geval verschillen. In de rechtsvindingsliteratuur wordt de wijze waarop de afweging gebeurt en gebeuren moet op een meer algemeen niveau beschreven. Ik bespreek die literatuur hier niet, zo dit al zou kunnen in het bestek van een artikel. Ik bevind mij hiermee overigens in het goede gezelschap van Eggens, die zich in één van zijn artikelen eveneens gesteld zag voor het probleem te bepalen hoe en wanneer maatschappelijk onbehoorlijk gedrag kan worden aangemerkt als *rechtens* onbehoorlijk gedrag. Volgens Eggens kon dat niet in een formule omschreven, hoogstens aangeduid worden, omdat zo'n

'omschrijving is de beschrijving - en doordenking - der "rechtsvinding" (rechtsvorming), en zij kan dus ook hier niet, ook maar enigszins volledig, beproefd worden, want zij zou een gans boek vergen. En dat behoeft hier ook niet beproefd te worden, want dit boek bestaat reeds, in den vorm van *Scholten's Algemeen Deel*, dat ik dan ook - om in de taal der "dingtalen" te spreken - als hier ingelast beschouwd zou willen zien.'³¹

14. De (mijn) discursieve opvatting over de grondslag van de gebondenheid van overeenkomsten staat ver af van de gangbare benadering op basis van partijautonomie, contractsvrijheid, verklaarde wil en vertrouwen. Dit wil niet zeggen dat ik de verklaarde wil en het vertrouwen in de ban doe. Natuurlijk spelen zij een rol - soms groot, soms bijna onzichtbaar - bij de rechtvaardiging van de gebondenheid aan overeenkomsten. Zij doen dat echter slechts voorzover ze rechtens relevant worden geoordeeld. De particulier die gaat speculeren met opties of andere derivaten, geeft daartoe opdracht aan zijn bank. Dat is een duidelijke wilsverklaring waarop de bank

³⁰Zie voor een vergelijkbare benaderingswijze de bijdrage van Voigt, a.w. (noot 12): het gaat om een 'Zusammenspiel verschiedener Wertungsgesichtspunkte'.

³¹Eggens, De bronnen van verbintenis, 1950, opgenomen in Schoordijk en Smits (red.), Eggens-bundel, 1998, p. 246.

zou mogen afgaan. Desondanks wordt de verklaring rechtens niet erkend, tenzij de bank een aantal maatregelen heeft genomen om te verzekeren dat de particulier, kort gezegd, beseft wat hij doet. Pas dan is de particulier gebonden, wordt hij aan zijn wilsverklaring gehouden, ook als deze nadelig voor hem uitpakt. Ik vind het geforceerd om in een dergelijke situatie te blijven vasthouden aan de idee dat de verklaarde wil de eerste rechtvaardiging vormt van contractuele gebondenheid. Het sleutelwoord 'rechtens' wordt niet ingevuld door 'wilsverklaring', zoals Benita Nieskens in haar commentaar op Moltzer schrijft (nr. 8 hierboven), maar de wilsverklaring moet eerst zelf gekwalificeerd en ingevuld worden als rechtens relevant. Of en wanneer dit het geval is, hangt mede af van de interpretatie en waardering van al die andere factoren die ik genoemd heb. Het is gebruikelijk deze factoren voor te stellen als uitzonderingen op dan wel nuanceringen van de verklaarde wil. Ik voel daar weinig voor. Men blijft dan vasthouden aan een concept van het overeenkomstenrecht waarin de inhoudelijke controle - het streven naar 'Vertragsgerechtigheid', naar 'substantial fairness', naar inhoudelijke verantwoording - als een beperking of verfijning wordt voorgesteld van het individuele zelfbeschikkingsrecht.

15. Ik meen dat een dergelijke individualistische benaderingswijze van het overeenkomstenrecht al lang door de werkelijkheid achterhaald is. Kern van het huidige contractenrecht is de gehoudenheid rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dat begint al in de precontractuele fase en loopt door tijdens de overeenkomst en ook daarna. De omvang van deze 'zorgplicht' (duty of care) is niet in het algemeen of op voorhand te bepalen. Veel uiteenlopende omstandigheden spelen een rol, zoals de aard van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst gesloten wordt en de hoedanigheid, onderlinge verhouding en deskundigheid van partijen. Ook de wijze waarop de 'zorgplicht' gestalte krijgt, is niet in één formule weer te geven. Rechtsvergelijkend worden in dit verband enkele plichten vermeld.³² De belangrijkste, ook in Nederland, is de 'duty to inform'. De een kan verplicht zijn de ander te informeren, hem te wijzen op consequenties of te waarschuwen voor bepaalde risico's opdat de ander voldoende informatie heeft om een verantwoorde keuze te maken. Soms mag de een ervan uitgaan dat de ander zelf voldoende inlichtingen inwint of voorzorgsmaatregelen treft om onplezierige

³²Onder meer Hesselink, *De redelijkheid en billijkheid in het Europese privaatrecht*, diss. 1999, p. 173-273, met ontelbaar veel verwijzingen.

verrassingen te voorkomen. De verhouding tussen informatie- en onderzoeksplichten is niet echt scherp te trekken, maar inmiddels wel al verder ontwikkeld dan, zeg, vijftien jaar geleden³³. Meestal worden ze gerubriceerd onder de redelijkheid en billijkheid. Ook elders in Europa gebeurt dit, net als in de Principles of European Contract Law (Lando-principles) en in de Unidroit Principles for International Commercial Contracts (Unidroit-principles). Behalve de 'duty to inform' wordt ook genoemd de 'duty to cooperate'.³⁴ Deze plicht verlangt van contractspartijen dat ze hun best doen om de overeenkomst zoveel mogelijk tot een goed einde te brengen op de manier die beoogd was. Niemand is gediend met ontbonden, vernietigde of om andere redenen niet of slechts half uitgevoerde overeenkomsten. Vereist is een redelijke, coöperatieve opstelling, die bijvoorbeeld de vorm kan aannemen van een verbod om de overeenkomst op te zeggen of van een plicht om bij sommige vernietigingsgronden en bij onvoorziene omstandigheden in te stemmen met een aanpassing en wijziging van de overeenkomst.

16. Een beschrijving van het huidige contractenrecht in termen van deze 'duties' is realistischer dan een beschrijving die nog steeds de wilsverklaring tot uitgangspunt neemt en de informatie-, medewerkings- en zorgplichten als beperkingen, inbreuken, uitzonderingen, verfijningen of toespitsingen aanmerkt. Ook de inhoudelijke toetsing die inmiddels gemeengoed is geworden in het overeenkomstenrecht, in ieder geval als streven, komt aan de hand van de geschetste 'duties' beter tot uitdrukking³⁵. Als

³³Zie ook Van den Akker en Barendrecht, Informatieplichten van dienstverleners, 1999.

³⁴Zie art. 1:202 van de Principles of European Contract Law (Lando-principles). Hierover ook mijn preadvies voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, TPR 1997, p. 1825-1860. Zie voorts het in noot 11 genoemde artikel van Reichold, a.w., p. 83 e.v.

³⁵In het al vaker genoemde boek van Bydlinski en Mayer-Maly (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, 1994 worden enkele theorieën besproken die beredeneren en proberen te rechtvaardigen waarom de plicht rekening te houden met de belangen van anderen, bestaat en tot hoever ze strekt. Zie met name de bijdrage van Graf, Sozialvertragstheorie und Privatrecht, p. 81-104, waarin veel verdere verwijzingen. Aangezien deze theorieën evenwel geen betrekking hebben op de grondslag van de gebondenheid in het verbintenissenrecht, laat ik ze hier onbesproken.

het goed gebeurt, leidt het tot een opener afweging van wat de werkelijk door-slaggevende argumenten zijn om voor een bepaalde benadering te kiezen. Dat geldt voor de gewone tweepartijen-overeenkomsten, het geldt nog sterker voor gevallen van overeenkomst en derden. Ik geloof niet dat de positie van derden adequaat kan worden beschreven en gerechtvaardigd in termen van verklaarde wil en vertrouwen, maar dit uitwerken vergt een afzonderlijk artikel.

De grondslag van de gebondenheid aan overeenkomsten en aan verbintenissen uit andere bronnen

17. In het debat over de grondslag van de gebondenheid aan verbintenissen wordt meestal onderscheiden tussen overeenkomsten en andere bronnen van verbintenissen. Gesproken wordt van vrijwillig aangegane verbintenissen en opgelegde verbintenissen. Ook Benita Nieskens doet dit, zij het dat bij haar de scheidslijn iets anders loopt, aangezien volgens haar ook binnen het contract meer en meer sprake is van opgelegde verbintenissen.³⁶ Zij deelt evenwel het standpunt dat de gebondenheid aan vrijwillig aangegane verbintenissen steunt op de partijautonomie en dat de grondslag van opgelegde verbintenissen een andere is/ moet zijn. Het zal duidelijk zijn waarom ik het niet met haar eens ben: contractuele gebondenheid steunt niet in de eerste plaats op de partijautonomie en daarom kan deze ook geen van andere verbintenissen te onderscheiden grondslag vormen. Mijns inziens gebeurt methodologisch bij de vraag naar gebondenheid uit andere bronnen van verbintenissen hetzelfde als bij overeenkomsten. Er is sprake van een kwalificatievraag, waarbij gebondenheid en aansprakelijkheid worden bepaald door het recht, d.w.z. door wat op zeker ogenblik als 'rechtens' wordt aangemerkt. Het verschil is alleen dat de regels, beginselen, het ongeschreven recht en de andere gezichtspunten die bij de kwalificatie worden gebruikt, in het onrechtmatige daadsrecht - om dat voorbeeld te nemen - ten dele andere zijn dan in het overeenkomstenrecht. Indien er een verschil in grondslag is, is het daarop terug te voeren en niet op het wel of niet aanwezig zijn van partijautonomie.

³⁶A.w. (noot 1), p. 32 e.v. Zie ook noot 21.

J.B.M. Vranken
september 1999