

J H Nieuwenhuis <sup>■</sup>

## 1 EEN ZOOLOGISCH WOORD VOORAF

Ik zag twee beren contracteren. Dat is pas een wonder. Een beetje beer kan broodjes smeren. Maar contracteren, dat is andere koek. De Schotse rechts-econoom Adam Smith gelooft niet in dit wonder. 'Nobody ever saw a dog make a fair and deliberate exchange of one bone for another with another dog'. Contracteren is een activiteit 'common to all men, and to be found in no other race of animals'.<sup>1</sup> Zelfs bij de mens gaat het niet van een leien dak. 'Ein Tier heranzuchten das versprechen *darf* – ist das nicht gerade jene paradoxe Aufgabe selbst, welche sich die Natur in Hinsicht auf den Menschen gestellt hat' (Nietzsche).<sup>2</sup> Ein Tier das versprechen *darf*. Zo zijn wij aangeland bij het thema contractvrijheid, de vrijheid om zich door beloften te binden. Voor het recht een paradoxe opdracht: het regelen van de vrijheid om de vrijheid prijs te geven.

## 2 CONTRACTEREN, HET VERVREEMDEN VAN EEN DEEL VAN ONZE VRIJHEID

De belofte is de grondvorm van het contractenrecht, de Anglo-Amerikaanse visie op het contract als een uitwisseling van beloften (een 'exchange of promises') verdient de voorkeur boven de continentale zienswijze: wilsovereenstemming (consensus) is de kern van het contract. De verkoper van een huis doet bij gelegenheid van de totstandkoming van de koopovereenkomst geen mededelingen omtrent zijn innerlijk leven, te weten de aanwezigheid van een wil tot levering van het huis, hij *beloofd* levering, met andere woorden: hij verleent de koper een *recht* op deze prestatie.

Op indringende wijze is dit onder woorden gebracht door Hugo de Groot. Hij onderscheidt drie wijzen van spreken over toekomstige gebeurtenissen die aan onze macht zijn onderworpen (*tres gradus loquendi de rebus futuris quae nostrae sunt potestatis*). De eerste trede wordt gevormd door het aan de ander meegedeelde *voornemen*: ik wil volgend jaar met vakantie naar Amerika. Als

■ Hoogleraar burgerlijk recht, Rijksuniversiteit Groningen

1 *Wealth of Nations*, ch. 2

2 *Zur Genealogie der Moral*, II, editie 1

ik in de loop van het jaar Amerika vervang door Luxemburg, mag de ander mij betichten van wispelturigheid, van een verzuim van een plicht om mijn woord gestand te doen, is geen sprake. De mens heeft niet alleen de mogelijkheid van mening te veranderen, hij heeft daartoe, aldus De Groot, ook het recht

Dit wordt anders als wij de derde<sup>3</sup> en hoogste trede bereiken: de volmaakte belofte (*perfecta promissio*). De Groot vergelijkt haar met de overdracht van eigendom, de volmaakte belofte is de vervreemding van een deel van onze vrijheid (*alienatio particulae cuiusdam nostrae libertatis*)<sup>4</sup>

### 3 CONTRACTVRIJHEID, EEN RECHTSBEGINSEL?

Is contractvrijheid een beginsel van ons recht?

*Contractvrijheid* de vrijheid om desverkiezend verbintenissen aan te gaan, maar ook, en even belangrijk, de vrijheid om geen verbintenissen aan te gaan.

*Rechtsbeginselen* vervullen een dubbele functie. In de eerste plaats markeren zij het uitgangspunt. Waar op de wereldbol ligt Warschau? Twintig graden ten oosten van het uitgangspunt Greenwich. Als *contractvrijheid* tot uitgangspunt wordt genomen, wordt het mogelijk de graad van afwijking te bepalen. De wet beperkt werkgever en werknemer in hun vrijheid naar eigen inzicht het ouderschapsverlof te regelen (art. 7:644 BW). Hebben we hier te maken met geheel, half of driekwart dwingend recht?<sup>5</sup> Deze functie van rechtsbeginselen is niet louter cartografisch van aard, zo wordt ook de orde van het betoog vastgesteld. Rechtsbeginselen markeren de uitzondering als uitzondering. Zij geven zo aan hoe de argumentatielast moet worden verdeeld. 'Ieder draagt zijn eigen schade' is een beginsel dat slechts van belang is voor de uitzondering die het oproept: het recht op schadevergoeding. Op degene die schade heeft geleden rust de last om de aanwezigheid aan te tonen van een toereikende grond voor die uitzondering: wanprestatie, onrechtmatige daad, bijvoorbeeld.

Naast deze coördinerende functie vervullen rechtsbeginselen nog een andere rol: zij *funderen* regels en beslissingen in de morele orde van de samenleving. De uitwerking die in het Wetboek van Strafrecht is gegeven aan het beginsel 'geen straf zonder schuld' is het resultaat van onze innerlijke opstand tegen de onverdiende beproevingen van Job, een man uit het land Uz, 'vroom, oprecht en wijkende van het kwaad'.

Het rechtsbeginsel contractvrijheid vervult beide functies. De vrijheid om *desverkiezend* verbintenissen aan te gaan is in de eerste plaats een uitgangspunt.

3 Op de tweede trede plaatst De Groot de 'pollicitatio', daaruit ontstaat voor de ander niet een afdwingbaar recht. 'We bellen nog wel' is daarvan een modern voorbeeld.

4 De jure belli ac pacis II, XI, 4.

5 Zie de bijdrage van Snijders in deze bundel.

Het geeft aan wat regel en wat uitzondering is, en het bepaalt zo de orde van het debat.

Eelman heeft zijn boerderij verkocht aan Hin. Rust op hem dus de verbintenis tot levering? Eelman voert daartegen aan dat in zijn geval geen sprake was van vrijheid van keuze, omdat hij werd geleid door compulsieve waan-ideeën (boze geesten hadden bezit genomen van zijn boerderij). De wetgever honoreert dit standpunt. Een met Eelmans verklaring overeenstemmende wil wordt geacht te ontbreken (art. 3:34 BW), en bij gebreke van een daarop gerichte wil komt als regel geen overeenkomst tot stand (art. 3:33). De door art. 3:35 geboden bescherming van het vertrouwen van Hin, zo deze redelijkerwijs niet op de hoogte kon zijn van de geestelijke stoornis van Eelman, is door de wetgever uitdrukkelijk geconstrueerd als een uitzondering op dit uitgangspunt.<sup>6</sup> Om het contract op de been te houden, zal Hin zich, deugdelijk gemotiveerd, moeten beroepen op zijn gerechtvaardigd vertrouwen in het vermogen van Eelman om in vrijheid zijn wil te bepalen.

Maar ook de bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen is een rechtsbeginsel en op zijn beurt uitgangspunt dat de plaats bepaalt van de uitzondering. De tussen Eelman en Hin geldende regel (bescherming van Hins gerechtvaardigd vertrouwen; art. 3:35) is niet van toepassing als dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:248 lid 2). Ter zake van de aanwezigheid van een dergelijke uitzonderlijke situatie rusten stelplicht en bewijslast op Eelman.

#### 4 HET DUBBELE GELAAT VAN DE VRIJHEID

In zijn funderende rol verankert het beginsel van contractvrijheid het geldende contractenrecht in de morele orde van onze samenleving. Die orde is geboren in de studeervertrekken van de verlichtingsfilosofen (Kant, Rousseau) en zij is vervolgens gedoopt in het vuur van de Franse Revolutie. 'Allen die zich in Nederland bevinden, zijn vrij en bevoegd tot het genot van de burgerlijke rechten'; het openingsartikel van ons Burgerlijk Wetboek biedt een bondige samenvatting van de winst van de revolutie. Het artikel onthult tevens het dubbele gelaat van de vrijheid: de *afwezigheid* van knechtschap ('persoonlijke dienstbaarheden worden niet geduld') en de *aanwezigheid* van mogelijkheid tot zelfontplooiing (de bevoegdheid tot 'het genot van de burgerlijke rechten'). Beide aspecten liggen in elkaars verlengde. Wie vrij is van knechtschap, moet kiezen op welke wijze hij gebruik zal maken van zijn vrijheid zich te verbinden. Voor een Javaanse koelie valt er weinig te kiezen; voor Batavus Droogstoppel ligt dat anders: zal hij een zolderkamer huren, pen en papier kopen

---

6 Zie *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 164.

en romans gaan schrijven of zulke dingen, of zal hij een maatschapsovereenkomst sluiten met Last, zijn schoonvader, en makelaar worden in koffie?

Contractvrijheid de vrijheid om desverkiezend verbintenissen aan te gaan, schept de voorwaarden voor een vrije ontplooiing van de persoon. De waarde hiervan is juist geschat door John Stuart Mill

If a person possesses any tolerable amount of common sense and experience, his own mode of laying out his existence is the best, not because it is the best in itself, but because it is his own mode<sup>7</sup>

His own mode of laying out his existence, wie niet het pad van de kluis naar riest, is ter verzekering van zijn bestaan aangewezen op de weg van het contractenrecht, hij moet op zoek naar een wederpartij. Zelfontplooiing door samenwerking met anderen, dit is de kern van het contractenrecht.

Contractvrijheid, worden we er beter van? Rechtseconomen menen van wel. Zij hebben voor die verbetering ook een welluidende naam: Pareto. De verkoper behaalt voordeel als hij een hoger bedrag ontvangt dan de verkochte zaak hem heeft gekost, de koper gaat erop vooruit als hij een lager bedrag betaalt dan hij maximaal had willen betalen.

Een verandering waarbij de welvaart van één of meer leden van de samenleving toeneemt zonder dat de welvaart van enig ander lid van de samenleving afneemt, staat bekend als ( ) een Pareto-verbetering<sup>8</sup>.

Twee partijen op zoek naar een Pareto-verbetering. Baris heeft een bromfietsmotor ontworpen en Riezenkamp wil zijn vleugels uitslaan als producent van bromfietsmotoren. Beiden treffen elkaar in het Amsterdamse café-restaurant 'American'. Riezenkamp biedt f 100 000 voor het ontwerp en de reeds vervaardigde exemplaren. Na weigering door Baris verhoogt Riezenkamp het bod tot f 110 000. De koop wordt gesloten. Als blijkt dat de productiekosten per motor hoger uitvallen dan hij had verwacht, vordert Riezenkamp vernietiging van de overeenkomst wegens dwaling. De vordering wordt toegewezen, omdat Riezenkamp zijn verwachting, dat de productiekosten niet hoger zouden zijn dan f 135 per motor, ontleende aan hetgeen Baris hem had medegedeeld. Een getuige verklaarde dat Baris, toen hij hoorde dat de productieprijs veel hoger uitviel, had gezegd dat hij wilde dat hij zijn tong had afgebeten vóór hij die f 135 noemde. Maar had deze zelfverminking Baris gebaat? Had Baris mogen zwijgen als hij had geweten dat het door Riezenkamp verhoogde bod was ingegeven door diens – onjuiste – verwachting dat de productiekosten niet hoger zouden zijn dan f 135? Als het recht Baris een mededelingsplicht oplegt, slinken de kansen op een Pareto-verbetering aanmerkelijk, maar een *recht* om

7 *On liberty*, ch. 3

8 Van Wijck & Theeuwes in hun bijdrage in deze bundel

te zwijgen zal evenmin leiden tot een Pareto-verbetering. In dat geval zal de welvaart van enig ander lid van de samenleving immers afnemen, te weten de welvaart van Riezenkamp.

Welke drijfveer leidt tot welvaart: eigenbelang of naastenliefde? In een opstel dat in de Verenigde Staten inmiddels een canonieke status heeft verworven, onderscheidt Duncan Kennedy, met betrekking tot het debat over de beslechting van contractuele geschillen, twee retorische stijlen ('rhetorical modes') individualisme en altruïsme.<sup>9</sup> Met dit onderscheid correspondeert zijns inziens een voorkeur voor, in het eerste geval, strakke regels ('rigid rules rigidly applied'), dan wel, in het tweede geval, elastische normen als redelijkheid en billijkheid ('equitable standards').

In ons land vormt het arrest *Baris/Riezenkamp* een onbedreigd hoogtepunt van altruïstische retoriek: door in onderhandeling te treden komen partijen tot elkaar te staan 'in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrennende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij'.<sup>10</sup>

Is hiernaast nog ruimte voor retoriek uit de andere hoek? Hoe klinkt dit 'door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, komen partijen tot elkaar te staan in een rechtsverhouding, die meebrengt dat zij hun gedrag in de eerste plaats mogen laten bepalen door hun eigen kijk op hun eigen belang'?

Iets hiervan valt te beluisteren in het betoog van Baris. Bij memorie van antwoord wijst hij erop 'dat het zaak was van Riezenkamp om in alle vrijheid te beslissen of hij koper wilde worden of niet'. Maar een verwijzing naar het welbegrepen eigenbelang zal men niet snel tegenkomen in de motivering van een rechterlijke uitspraak. Dit kan twee dingen betekenen. Ofwel, de voorrang van het eigenbelang als richtsnoer voor onderhandelende partijen, vormt nog steeds een vanzelfsprekend, en dus onuitgesproken, uitgangspunt van het contractenrecht, ofwel, een verwijzing naar het eigenbelang zou thans nog slechts lippendienst bewijzen aan een 19e eeuwse liberaal-individualisme (ieder voor zich, en de duivel hale de achterblijvers).

Feit is in ieder geval dat de ontwikkeling van het burgerlijk recht gedurende de 20e eeuw vooral wordt gekenmerkt door de accentuering van altruïstische thema's, gehuld in vage normen van ongeschreven recht. Naast de goede trouw (redelijkheid en billijkheid) als bron voor de verplichting om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, is er sedert 1919 de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed, en sinds 1926 de natuurlijke verbintenis jegens een ander, welke slechts berust op de voorschriften van de moraal of

9 Duncan Kennedy, 'Form and substance in private law adjudication', *Harvard Law Review* 1976, p. 1685 e.v.

10 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67.

het fatsoen In zoverre strookt dit met de constatering van Kennedy ten aanzien van de correlatie tussen altruïstische retoriek en 'equitable standards'

De confrontatie van eigenbelang en altruïsme komt het scherpst naar voren in het relaas van de wederwaardigheden van de mededelingsplicht in de onderhandelingsfase Castermans heeft daarover een belangrijk boek geschreven Zijn uitgangspunt is 'de gedachte dat de positie van onderhandelende partijen gelijk moet zijn Zodra één van beide partijen wat kennis betreft meer in haar mars heeft dan de ander, is er reden een mededelingsplicht aan te nemen' Castermans voegt daaraan toe dat dit slechts een uitgangspunt is en dat 'een ongebreidelde mededelingsplicht ( ) één van de drijfveren om met elkaar te handelen – het eigenbelang – zou wegnemen' Evenwicht 'tussen enerzijds de gelijkheidsidee en anderzijds de bescherming van het eigenbelang', dat dient het richtsnoer te zijn, aldus Castermans<sup>11</sup>

Vormt de gelijkheidsidee een aantrekkelijk uitgangspunt? Is spreiding van kennis een contractueel ideaal? Zou een onderhandelaar die zich laat leiden door de hoogste maatstaven van redelijkheid en billijkheid alle relevante informatie waarover hij beschikt spontaan delen met de wederpartij? Een confrontatie met de (pre)contractuele herinneringen van Willem Frederik Hermans

Ik kocht aan een handkar op het Amsterdamse Waterlooplein de *Memoires* van Casanova voor heel weinig geld Zeven delen waren het Acht delen hadden het moeten zijn, maar het tweede deel ontbrak ( ) Twee jaar later vond ik bij een heel andere koopman, op de Albert Cuypstraat ditmaal, het tweede deel dat mij ontbrak ( ) Ik stak mijn vondst uit naar de koopman en vroeg schijnheilig 'Heeft u de rest niet?' Nee, die had hij niet Met een bedroefd gezicht deed ik of ik het boek terug wilde leggen 'Je mag het voor drie centen meenemen', zei de handelaar Drie cents Dit vroeg mij de enige mens op de gehele wereld die mij deel twee dat mij ontbrak kon leveren zonder dat ik de andere delen kopen moest Ik overhandigde hem de drie centen en zo completeerde ik mijn Casanova<sup>12</sup>

De handelaar wist niet, wat Hermans wel wist, namelijk dat er in Amsterdam één persoon rondliep die bereid zou zijn geweest, ook het honderdvoudige van de gevraagde koopprijs te betalen W F Hermans Toch is Hermans niet gehouden zijn kennis op dit punt met de handelaar te delen Het opleggen van een mededelingsplicht in dit geval zou de rechtseconomische basis van het contractenrecht volledig ondergraven Voor de koper bestaat een Pareto-verbetering in het verschil tussen het bedrag dat hij betaalt en het bedrag dat hij maximaal had *willen* betalen Zouden kopers verplicht zijn de verkoper inlichtingen te verschaffen omtrent de waarde die de aangeboden zaak voor hen heeft, dan verdwijnt aan koperszijde de kans op Pareto-verbetering als sneeuw voor de zon Het opbouwen en vervolgens uitbaten van een voor-

11 A G Castermans, *De mededelingsplicht in de onderhandelingsfase*, Deventer Kluwer 1992, p 189 e v

12 W F Hermans, *De onversleten wandelaar*, Leiden 1994, p 6 e v

sprong in kennis, is de kern van de koophandel. Waar ter wereld bevinden zich kopers die bereid zijn de hoogste prijs te betalen voor 'stone washed' spijkerbroeken, en welke prijs is dat? Als de koopman gehouden zou zijn de resultaten van zijn marketingonderzoek mede te delen aan de leveranciers van spijkerbroeken, zou de aardigheid er spoedig af zijn.

Is niet bij voorbaat tot mislukken gedoemd iedere poging om het al dan niet bestaan van een mededelingsplicht te herleiden tot een of meer *regels*?

Cattier verkoopt zijn varkenshouderij aan Waanders. Ter bepaling van de prijs die Waanders bereid was te betalen, was het voor hem van belang te weten hoeveel varkens hij in dat bedrijf mocht houden. Navraag bij het Ministerie van Landbouw had hem geleerd dat het houden van 200 mestvarkens was toegestaan. Cattier wist dat het toegestane aantal varkens in werkelijkheid geringer was. Rustte op Cattier de plicht om aan Waanders de precieze stand van zaken mee te delen? Nee, aldus de rechtbank; ja, aldus het hof. Valt over dit verschil van mening niet méér te zeggen dan dat partijen blijkbaar achtereenvolgens zijn geconfronteerd met een liberaal-individualistisch ('ieder voor zich') ingestelde rechtbank en een altruïstisch denkend hof? Zijn het oordelen die 'als verweven met waarderingen van feitelijke aard, in cassatie niet op juistheid kunnen worden getoetst'? Ja, aldus de Hoge Raad, die eraan toevoegde dat 's hofs oordeel dat in de omstandigheden van het onderhavige geval op Cattier een mededelingsplicht rustte, niet blijkt gaf van een onjuiste rechtsopvatting. Wat de *juiste* rechtsopvatting inhoudt, blijkt niet uit het arrest van de Hoge Raad.<sup>13</sup>

Zijn onderhandelende partijen die zich afvragen of op hen een mededelingsplicht rust, louter aangewezen op de maatstaven van redelijkheid en billijkheid?

Berusten in deze stand van zaken is daarom zo onfortuinlijk omdat een mededelingsplicht van de betrokkene vergt dat hij diep in eigen vlees snijdt. Als Cattier moet mededelen dat het houden van slechts 100 varkens is toegestaan, is voor hem de kans op een voordelig contract verkeken. Van rechtswege verlangd altruïsme dient bij voorkeur te zijn vervat in heldere, onmiskenbare geboden. Menig uiterst redelijk en billijk burger zal niet spontaan op de gedachte komen van iedere door hem verdiende gulden 60 cent af te staan ten behoeve van het algemeen belang. Als de samenleving vindt dat dit toch moet gebeuren, doet zij er goed aan deze plicht stevig te verankeren in de wet.

Rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander. Welke belangen zijn dat? Waarom schoot Cattier te kort? Het antwoord is *niet* dat Cattier erop had moeten toezien dat Waanders niet méér bood dan een rechtvaardige prijs voor een bedrijf waarin slechts 100 varkens mochten worden gehouden. Het belang om niet méér te betalen dan een *iustum pretium* behoort niet tot de belangen waarop *Baris/Riezenkamp* het oog heeft.<sup>14</sup>

13 HR 2 april 1993, NJ 1995, 94.

14 Zie de bijdrage van Hartlief in deze bundel.

De wet bevat in art. 6:228 lid 1 onder b BW een aanwijzing omtrent de gerechtvaardigde belangen waarop het arrest wél ziet. Cattier had Waanders behoren in te lichten over het juiste aantal varkens in verband met hetgeen Cattier wist of behoorde te weten met betrekking tot de dwaling van Waanders. Het antwoord op de vraag of op een onderhandelende partij al dan niet een mededelingsplicht rust, is afhankelijk van hetgeen zij wist of behoorde te weten omtrent de dwaling van de wederpartij. Het belang dat door Cattier is geschonden, is het belang van Waanders om niet, geleid door een onjuiste voorstelling van zaken, betrokken te raken in een contract dat hij bij een juiste voorstelling van zaken nimmer zou hebben gesloten.

Hier verschijnt wederom het dubbele aspect van de (contract)vrijheid in beeld: de afwezigheid van dwang en de aanwezigheid van de bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigenbelang. Wie dwaalt, is in eerstgenoemde zin 'onvrij'. Hij is als Plato's grotbewoner, die, vastgeklonken aan een wand, slechts schimmen ziet. Zo verging het ook Waanders; hij was gevangene van de illusie dat hij voor f 290.000 een bedrijf zou verwerven waarin hij 200 varkens mocht houden.

Maar waarom zou Cattier hem van deze illusie moeten verlossen door hem omtrent de ware stand van zaken in te lichten? Op dit punt speelt het tweede aspect van de vrijheid een rol. Cattier was in een ander opzicht 'onvrij'. Weliswaar was hij bevoegd een nieuw, zelfgekozen, pad in te slaan, door zijn bedrijf te verkopen, maar, zoals geldt voor iedere vrijheid in het recht, deze vrijheid is niet onbeperkt. Vrijheid wordt slechts erkend, voorzover verenigbaar met de vrijheid van de ander. De eigenaar is vrij om desverkiezend de herfstbladeren uit zijn tuin de verwijderen, maar hij mag dit niet doen met behulp van een *power blower* die door zijn oorverdovend kabaal de buurman berooft van diens vrijheid om in eigen tuin een zelfgekozen boek te lezen. Zo is het ook in het contractenrecht; de ondernemer is vrij om zijn bedrijf te verkopen. Hij mag daartoe gebruikmaken van een wederpartij die hem het meest te bieden heeft, maar hij moet erop toezien dat ook aan de zijde van die wederpartij sprake is van contractvrijheid. Wie weet dat de keuzevrijheid van de ander is uitgeschakeld door een onjuiste voorstelling van zaken, is gehouden de voorwaarden voor die vrijheid te herstellen, door die ander naar behoren in te lichten en zo hem van zijn waan te bevrijden.

Rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Dit betekent *niet* dat partijen gehouden zijn zich ervan te vergewissen dat sprake is van Pareto-verbetering, dat wil zeggen dat geen van beiden als gevolg van de overeenkomst erop achteruitgaat. Het inzicht dat het hier vooral erom gaat dat partijen erop toezien dat ook aan de zijde van de ander de voorwaarden voor contractvrijheid zijn gewaarborgd, verleent aan het *Baris/Riezenkamp*-altruïsme enerzijds een scherper profiel, maar anderzijds ook een ruimere strekking, die niet ophoudt bij de grenzen van het leerstuk waarop het aldus genoemde arrest betrekking had: dwaling bij de totstandkoming van overeenkomsten.

Na echtscheiding komen man en vrouw overeen dat de voormalige echtelijke woning (waarde f 120 000) zal worden toegescheiden aan de man, de lasten verbonden aan een hypotheekschuld, groot f 45 000 zal de man voor zijn rekening nemen. De vrouw vordert nietigverklaring van de boedelscheiding, zij voert aan dat zij niet in staat was haar wil te bepalen. Is voor toewijzing van de vordering vereist dat de man dit begreep, althans had moeten begrijpen? Of heeft de man, door een belangrijke overwaarde te bedingen, de gerechtvaardigde belangen van de vrouw reeds zozeer geschonden dat hij de vrouw naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet mag houden aan de overeengekomen boedelscheiding? Het eerste is het geval, aldus de Hoge Raad, die voorts overwoog dat de omvang van het voordeel wel van belang kan zijn voor het antwoord op de vraag welke onderzoeksplicht 'te dier zake' (de wilsbekwaamheid van de vrouw) op de man rustte<sup>15</sup>

## 5 CONTRACTVRIJHEID ALS RECHT VAN DE PERSOON

Hoe fundamenteel is contractvrijheid?<sup>16</sup> De Hoge Raad heeft enkele jaren geleden enkele zeer fundamentele rechten, zoals het recht op respect voor het prive-leven en het recht op vrijheid van meningsuiting, op een stevig voetstuk geplaatst. Zij vinden hun grondslag in 'het algemene persoonlijkheidsrecht' dat, aldus de Hoge Raad, mede omvat het recht om te weten van welke ouders men afstamt. Omvat dit algemene persoonlijkheidsrecht ook de vrijheid om zelf te bepalen of men contractuele relaties zal aangaan?

Wat is de waarde van het door de Hoge Raad in het leven geroepen 'algemene persoonlijkheidsrecht'? In het desbetreffende arrest ging het om de vaststelling van de rangorde tussen het recht van een meerderjarig buitenechtelijk kind om te weten door wie het is verwekt en het recht van de moeder om dit, ook tegenover haar kind, verborgen te houden. Anders dan het hof, oordeelde de Hoge Raad dat het recht van het kind 'prevaleert'

Behalve door het vitaal belang van dit recht voor het kind, wordt deze voorrang daardoor gewettigd dat de natuurlijke moeder in de regel mede verantwoordelijkheid draagt voor het bestaan van dat kind<sup>17</sup>

Welk recht 'prevaleert'? Het algemene persoonlijkheidsrecht vormt de fundering van de rangorde van waarden. Ook contractvrijheid is een waarde die haar grondslag vindt in het recht van de persoon van vitaal belang voor de ontplooiing van de eigen identiteit. Die identiteit kan slechts worden ontplooid

---

15 HR 24 mei 1985, NJ 1986, 699

16 Zie over de vraag of contractvrijheid kan worden gerekend tot de grondrechten de bijdrage van Alkema in deze bundel

17 HR 15 april 1994, NJ 1994, 608

door gebruik te maken van de medewerking van anderen. Zo komt het tweede aspect van het persoonsbegrip in beeld: drager van verantwoordelijkheid. Waanders wil zijn leven een nieuwe wending geven: varkenshouder in Twente. Cattier is zijn boerderij met varkensschuren, kippenhok en opslagloods, staande en gelegen in Enterbroek, liever kwijt dan rijk. Zij zien elkaar als middel om hun doel te bereiken. De waarde van de ander is in de eerste plaats zijn 'gebruikswaarde'. Dat is volstrekt niet in strijd met de menselijke waardigheid, en ook niet met de Kantiaanse imperatief, de ander niet *louter* als middel te gebruiken. Het zal voor velen trouwens een geruststellende gedachte zijn dat zij niet 'als mens' worden benaderd, maar 'functioneel', als notaris, melkboer of winterschilder. Maar er is een grens aan deze functionaliteit. Ook als wederpartij is de winterschilder principieel wat anders dan een verfkwast.<sup>18</sup> De toegevoegde waarde wordt, wat het contractenrecht betreft, gevormd door zijn autonomie. Waanders en Cattier moeten, net als Baris en Riezenkamp, hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Voor Waanders houdt dat in dat hij maatregelen moet nemen om te voorkomen dat hij onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken een overeenkomst sluit. Van die plicht heeft Waanders zich op ondeugdelijke wijze gekweten: de door hem ingewonnen informatie klopten van geen kant. Dat valt hem aan te rekenen. Cattier daarentegen treft verwijt omdat hij, wetend dat Waanders werd geleid door een illusie (200 varkens), heeft nagelaten hem uit de droom te helpen. Wederzijds plichtsverzuim, welk verzuim weegt het zwaarst? Op dit punt heeft de Hoge Raad het niet gelaten bij de constatering dat het antwoord op die vraag is verweven met waarderungen van feitelijke aard. Reeds een kwart eeuw geleden is (rang)orde geschapen: het recht van de wederpartij om uit de droom te worden geholpen, prevaleert.<sup>19</sup> Die keuze wordt door de Hoge Raad niet breed gemotiveerd, volstaan wordt met de enkele verwijzing naar de goede trouw. Deze kardinale deugd, die in 1992 ten prooi is gevallen aan een terminologische vervlakkings ('redelijkheid en billijkheid'), weerspiegelt helder het altruïstische aspect van de contractvrijheid: de vrijheid van de een, voorzover verenigbaar met de vrijheid van de ander, altruïsme hier niet begrepen als samaritaanse barmhartigheid, maar als erkenning van de persoon van de ander. Wie een ander beweegt tot het sluiten van een overeenkomst, wetend dat de ander dwaalt, berooft hem van zijn vrijheid.

---

18 Zie over het verschil tussen een loodgieter en een waterpomptang, J H Nieuwenhuis, *Confrontatie en Compromis*, Deventer: Kluwer 1997.

19 HR 30 november 1973, NJ 1974, 97.