



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Partijautonomie in het relatievermogensrecht

Schonewille, F.

Citation

Schonewille, F. (2012, February 14). *Partijautonomie in het relatievermogensrecht*. Maklu, Antwerpen. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/18483>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/18483>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3.1 INLEIDING

In dit hoofdstuk wordt het rechtsbeginsel contractvrijheid verkend en geduid zoals dat ten grondslag ligt aan het Nederlandse privaatrechtelijk stelsel naar door vrijwel alle schrijvers wordt gemeend¹ en schets ik vervolgens de relatie tussen dit begrip en het rechtsbeginsel partijautonomie.

Voorts betoog ik dat contractvrijheid en het rechtsbeginsel solidariteit zich als tegenpolen tot elkaar verhouden en verwoord ik tot slot een zienswijze daarop die ik in dit onderzoek zal hanteren waar het de uit het huwelijk voortvloeiende rechtsverhouding tussen echtgenoten betreft, alsmede de contractuele relatie tussen echtgenoten in het huwelijksvermogens- en echtscheidingsrecht.²

3.2 CONTRACTVRIJHEID

Contractvrijheid heeft als zodanig geen regeling gevonden in het Burgerlijk Wetboek maar leidt niettemin een onbetwist bestaan waaraan tot op zekere hoogte dogmatische kanten kunnen worden onderscheiden. De desbetreffende rechtsfiguur drijft op de getijden van de zee van het civiele recht en wordt in die hoedanigheid te pas maar soms ook te onpas aangehaald.

C.J.H. Jansen onderbouwt echter op overtuigende wijze de stelling dat de 19^e eeuw niet de eeuw is geweest van de onbegrensde contractvrijheid waarvoor zij vaak wordt gehouden en waarschuwt tegen de vanzelfsprekendheid waarmee juristen bepaalde voorstellingen uit het verleden laten

1 Asser-Rutten, 1954, p. 28 en Kamphuisen, 1963, p. 124 vermelden met zoveel woorden dat contractvrijheid aan het wettelijk systeem ten grondslag ligt; deze gedachte is ook terug te vinden in de parlementaire geschiedenis (*Parlementaire Geschiedenis. Boek 6*, p. 919). Andere schrijvers die hiervan uitgaan zijn onder anderen: Nieuwenhuis, 1979, p. 63, Vranken, 2000, p. 146 e.v., Loth, 2009, p. 36, Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35; ik merk hierbij voor de goede orde op dat de definities van contractvrijheid die door deze schrijvers worden aangehangen verschillen en zij het begrip zich eveneens op verschillende wijzen laten verhouden tot het beginsel van partijautonomie. Anders: Nieskens-Isphording, 1991, p. 29.

2 Waar ik hierna en in de volgende hoofdstukken over contracterende echtgenoten spreek, heb ik in beginsel steeds het sluiten van huwelijksvoorwaarden of het aangaan van een echtscheidingsconvenant of vaststellingsovereenkomst door echtgenoten voor ogen.

voortleven, ook als deze onjuist blijken te zijn..³ Hij brengt in herinnering dat het oude artikel 1374 dat luidde:

Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangeaan tot wet.

een letterlijke vertaling betreft van artikel 1134 van de Code Civil, welk artikel is overgenomen uit het werk van Jean Domat⁴ die het op zijn beurt had ontleend aan een fragment uit de Digesten.⁵

Dit uitgangspunt van *pacta sunt servanda* staat wat Jansen betreft tegenover een algemeen beginsel van 'gemeenschapsbelang' waaruit bijvoorbeeld het verbod van rechtsmisbruik, misbruik van positie of buitengewone benadeling voortvloeien en hij constateert vervolgens dat *de mate van contractsvrijheid in de loop van de geschiedenis een kwestie van meer of minder is geweest, niet van zwart of wit*.

Steeds vormde het samenspel van maatschappelijke omstandigheden, sociaal-politieke opvattingen, de visie op recht en moraal en de economische toestand – tezamen: het algemeen belang – zoals dat tot uitdrukking kwam in wetgeving en beoordelingen door rechters, een tegenwicht ten opzichte van het beginsel van contractvrijheid en bepaalde de uitkomst hiervan de mate van vrijheid die partijen zich konden veroorloven bij het aangaan van hun overeenkomst.⁶

Jansen schetst met betrekking tot de opvattingen van vooraanstaande schrijvers in de 19^e eeuw een beeld dat verschuift van het aanvankelijk centraal stellen van de 'sovereine privaatrechtswil'⁷ naar het steeds meer oog hebben voor contractvrijheid als 'voertuig van rechtsongelijkheid' en wijst in het bijzonder op de opvatting van Molengraaff die tegen het einde van de desbetreffende eeuw de rechter een belangrijke rol toedichtte in die gevallen waarin de *aequitas* het onderspit dreigde te delven ten opzichte van het dogma van de contractvrijheid.⁸

3 C.J.H. Jansen 2003, p. 148. Feenstra en Ashmann bespreken de historische wording van het begrip contractvrijheid diepgaand in hun boek *Contract, aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer: Kluwer 1988. Ook Lokin en Jansen gaan hierop nader in: *Tussen droom en daad, de Nederlandse Juristenvereniging 1870-1995*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 89-113.

4 Het bedoelde werk van Domat betreft *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Parijs 1689, Liv. 1, tit. 1, sect. 2, no. 7.

5 D. 50, 17, 23: (...) *Nam hoc servitabur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit)* (...): men zal vasthouden aan wat oorspronkelijk is overeengekomen (de overeenkomst heeft dit immers als regel gegeven).

6 C.J.H. Jansen, 2003, p. 134 en 135.

7 De term is van J.P. Moltzer.

8 C.J.H. Jansen, 2003, p. 140-146 en de hier door hem aangehaalde schrijvers, onder wie G. Diephuis, P. van Bemmelen, H.L. Drucker, C.W. Opzoomer, J.P. Moltzer, H.J. Hamaker, W. Modderman en S.J. Fockema Andreae.

Molengraaff betoogt in dit verband in 1895:

Meer en meer wint de overtuiging veld, dat het dogma der contractsvrijheid, dat (...) wetgeving en wetenschap in deze eeuw geheel was gaan beheerschen, niet als de hoogste wijsheid mag gelden. Men is opnieuw gaan inzien (...) dat het recht slechts dan een *ars boni et aequi* mag heeten, als het in overeenstemming is met ethische beginselen en tot doorvoering daarvan medewerkt. De contractsvrijheid mag niet leiden tot den economischen ondergang van een der partijen (...).⁹

Na de voorlaatste eeuwwisseling werd de contractvrijheid door de wetgever in zekere mate begrensd, onder andere door het invoeren van bepalingen van dwingend recht en vormvoorschriften.¹⁰

Rutten stelt dat de leer dat de overeenkomst partijen tot wet strekt 'die in zijn volle consequenties hard is als graniet' nooit zonder aanmerkelijke verzachtingen is toegepast¹¹ en benadert de kern van de zaak waar hij naar voren brengt:

Men kan dan ook geen juist inzicht hebben in de ontwikkeling van het beginsel der contractsvrijheid en de uitbreidende en beperkende toepassing daarvan, zonder deze te stellen tegen de achtergrond van de maatschappelijke verhoudingen, de economische evolutie en de wijziging in de sociale opvattingen.¹²

Kamphuisen beschrijft in diens preadvies¹³ contractvrijheid als de bevoegdheid overeenkomsten te sluiten, wanneer men wil, met wie men wil en met welke inhoud men wil:

men kan dit nog wel nader uitwerken maar iets nieuws voegt men daardoor er niet aan toe.¹⁴

Jansen komt tot een rijker palet in zijn opsomming – onder verwijzing naar Mayer-Maly¹⁵ – van de betekenissen die in de loop der tijd met contractvrijheid zijn verbonden: de vrijheid om al dan niet een overeenkomst aan te gaan, vormvrijheid, wilsovereenstemming als kern van de overeenkomst, de vrije keuze van de contractpartij, de vrijheid om de inhoud van de overeen-

9 W.L.P.A. Molengraaff, *Oude en nieuwe woekerwetten*, in: *Rechtsgeleerd Magazijn* 1895, p. 376.

10 C.J.H. Jansen, 2003, p. 147. Hartlief noemt de volgende wijzen van begrenzing van de contractvrijheid: dwingend recht, vormvoorschriften, bedenktijd en het opleggen van informatie- en waarschuwingsplichten; Hartlief, 1999 (B), p. 47. Houben wijst *contractdwang* aan als de meest vergaande beperking van de contractvrijheid omdat deze de vrijheid of men zal contracteren beperkt; Houben, 2009, p. 325.

11 Asser-Rutten, 1954, p. 35.

12 Asser-Rutten, 1954, p. 36.

13 Preadvies uitgebracht aan de Vereniging tot het bevorderen van beoefening der Wetenschap onder de Katholieken in Nederland, *Annalen van het Thymgenootschap* Jrg. XLV, afl. 1, 1957.

14 Kamphuisen, 1963, p. 118.

15 Mayer-Maly, 1998, p. 855.

komst te bepalen en de afdwingbaarheid van iedere afspraak die partijen hebben gemaakt.¹⁶

Kamphuisen acht algehele contractvrijheid echter onmogelijk omdat de staat te allen tijde beperkingen heeft opgelegd ter wille van de redelijkheid en de zedelijkheid.

Hij komt vervolgens tot de conclusie dat het een kwestie is van lichter of donkerder grijs en niet van zwart of wit.¹⁷

Kamphuisen wijst voorts – in navolging van Rutten – op het scherpe verschil dat dient te worden gemaakt tussen de beginselen contractvrijheid en *consensualisme*¹⁸ met welke laatste term door hem wordt bedoeld op het beginsel dat de enkele wilsovereenstemming voldoende is om een bindende overeenkomst tot stand te brengen. Door het verkort formuleren (*pacta sunt servanda*) van het oorspronkelijke adagium *pacta nuda sunt servanda* zijn beide beginselen vaak verward.

Rutten is echter van mening dat het maken van dit onderscheid weinig zinvol meer is omdat consensualisme naar geldend recht kan worden beschouwd als te zijn opgegaan in het beginsel van contractvrijheid waarop het niettemin een grote invloed heeft gehad.¹⁹

In de grote Leidse studie *Contractvrijheid*²⁰ die verscheen kort voorafgaand aan de laatste eeuwwisseling, wordt getracht het verschijnsel nader te duiden door dit vanuit verschillende perspectieven te ‘vatten’.

In veel gevallen slagen de desbetreffende schrijvers erin om heldere contouren te schetsen vanuit het gekozen eigen gezichtspunt maar anderzijds dringt zich uit de verschillende bijdragen het beeld op van contractvrijheid als *Ding an sich*²¹ dat zich nimmer in al zijn facetten tegelijkertijd toont aan de beschouwer. Mogelijk zou een poging om het begrip met literaire middelen te ‘betrappen’ hier soulaas bieden.²²

16 C.J.H. Jansen, 2003, p. 134.

17 Kamphuisen, 1963, p. 140.

18 Kamphuisen, 1963, p. 118.

19 Asser-Rutten, 1954, p. 30.

20 Hartlief & Stolker, 1999. Ik heb ervoor gekozen om een eigentijds theoretisch kader vooral te ontleen aan deze studie, alsmede aan de hierna genoemde studie *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit* op grond van het feit dat beide vrijwel geheel aan het spanningsveld tussen de beginselen contractvrijheid (partijautonomie) en solidariteit zijn gewijd en geen andere moderne rechtswetenschappelijke literatuur beschikbaar is waarin dit thema op een vergelijkbare kwalitatief hoogstaande en omvattende wijze wordt besproken. Voor de goede orde merk ik op dat alleen in de als tweede genoemde studie het thema wordt gerelateerd aan de positie van echtgenoten, zij het in zeer beperkte zin en tevens vanuit rechtsvergelijkend perspectief. De studie *Contractvrijheid* bespreekt de contractuele verhouding tussen echtgenoten slechts zijdelings.

21 Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, 1781.

22 Vgl. Harry Mulisch, *Siegfried*, 2001, p. 22: *Als ik gelijk heb met mijn opvatting (...) dan moet het mogelijk zijn haar beter te begrijpen door haar in een totaal gefingeerde, extreme situatie te plaatsen en te zien hoe zij zich vervolgens gedraagt.*

Nieuwenhuis kenschetst contractvrijheid in zijn bijdrage aan de genoemde studie als *de vrijheid om zich door beloften te binden* en ziet het als een weerbaarstig beginsel.²³ Hij noemt ook de in Boek 1, artikel 1 van het Burgerlijk Wetboek verdisconteerde algemene regel die de burger het recht op zelfontplooiing biedt. In het contractenrecht gaat het volgens hem dan om zelfontplooiing door middel van samenwerking met anderen, waarmee tevens de kern van het contractenrecht is gegeven.²⁴

Ik onderschrijf deze opvatting van het begrip maar zou – in het kader van dit onderzoek – zelfontplooiing willen aanscherpen door het te vervangen door het Duitse *Selbstbestimmung*, omdat dit naar mijn mening duidelijker naar voren brengt dat – waar het echtgenoten betreft – contractvrijheid als een van de fundamenteën van het recht mogelijk dient te maken dat de ene echtgenoot in de contractuele verhouding tot de andere echtgenoot in vrijheid tot zijn recht en uiteindelijk tot zijn bestemming kan komen.²⁵

Mijns inziens vormt de bijzondere band die het huwelijk tussen de echtgenoten in het leven roept de rechtvaardiging voor deze aanscherping. Deze omvat immers meer aspecten van het leven dan de vermogensrechtelijke, hetgeen in andere contractuele relaties niet of in aanzienlijk mindere mate aan de orde is.

Het voorgaande betekent dat waar het gaat om echtgenoten, contractvrijheid verstaan dient te worden als ‘de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot’. Ik heb hier derhalve geen absoluut opgevatte contractvrijheid voor ogen, maar een in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten om met elkaar te contracteren, waarbij de nadruk valt op de verantwoordelijkheid die elk van de echtgenoten voor de andere echtgenoot heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid. Deze bijzondere verantwoordelijkheid vloeit voort uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk is en die lotsverbondenheid meebrengt.²⁶

Hierbij sluit naadloos de notie van Nieuwenhuis aan dat ook contractvrijheid een waarde is die haar grondslag heeft in het recht van de persoon:²⁷ deze is van vitaal belang voor de ontplooiing van de eigen identiteit, die slechts kan worden ontplooid door gebruik te maken van de medewerking

23 Nieuwenhuis, 1999, p. 23.

24 Nieuwenhuis, 1999, p. 26.

25 Mak haalt, sprekend over partijautonomie, artikel 2 van de Duitse grondwet aan waar de vrijheid de eigen persoonlijkheid te ontwikkelen wordt gewaarborgd. Mak, 2003, p. 174.

26 Verbeke, 2009, p. 21.

27 Daarbij refererend aan HR 24 mei 1985, NJ 1986, 699 waarin de Hoge Raad van opvatting is dat enkele zeer fundamentele (grond)rechten hun oorsprong vinden in het ‘algemene persoonlijkheidsrecht’. Mak wijst op de *elaborate body of case law on personality rights* in Duitsland, die zich heeft ontwikkeld uit het *general right to personality* dat voortvloeit uit de artikelen 1 en 2 van het Duitse *Grundgesetz*. Mak, 2003, p. 179. Rutten zag contractvrijheid reeds als onderdeel uitmakend van de ‘vrijheidsrechten van de mens’; Asser-Rutten, 1954, p. 39.

van anderen onder wie – bezien vanuit mijn perspectief – de andere echtgenoot de eerste plaats inneemt.²⁸

3.3 BESCHERMING VAN DE ZWAKKERE PARTIJ

Hartlief beschouwt de bescherming van de zwakkere partij als een nieuw richtsnoer dat wetgever en rechter in toenemende mate volgen op vele terreinen van het recht en acht deze ontwikkeling potentieel bedreigend voor de contractvrijheid als fundament van ons contractenrecht.²⁹

Hij stelt tegen deze achtergrond voor dat de verhouding tussen contractvrijheid en de bescherming van de zwakkere partij nader onderzoek verdient. De figuur van de echtgenoot ontbreekt echter in het door hem genoemde rijtje dat onder andere wel de consument, de arbeider, de huurder en de kleine ondernemer omvat als voorbeelden van zwakkere contractpartijen.³⁰

Hondius relativeert de door Hartlief gevreesde bedreiging, aanvoerend dat het paradigma van de bescherming van de zwakkere partij niet de plaats van de contractvrijheid heeft ingenomen, doch een regel is die naast dit beginsel recht heeft op eenzelfde aanzien. Er zijn in zijn visie derhalve twee paradigma's die naast elkaar staan. Het contractenrecht dient naar zijn oordeel daarom twee meesters: de contractvrijheid en de bescherming van de zwakke partij.³¹

Lindenbergh ziet de in de positie of hoedanigheid van partijen niet steeds een bepalende voorwaarde voor het intreden van een bepaald gevolg maar deze vormt zijns inziens wel een bruikbaar gezichtspunt voor het antwoord op de vraag of hetgeen is overeengekomen in de concrete omstandigheden van het geval in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.³²

Hij past zijn opvatting ook toe op echtgenoten die met elkaar hebben gecontracteerd, in welk kader hij het voorbeeld noemt van huwelijkse voorwaarden waarin een zogenaamd vervalbeding is opgenomen: een bepaling die meebrengt dat een verrekenvordering met betrekking tot de in een kalenderjaar overgespaarde inkomsten niet meer geldend kan worden gemaakt na het verstrijken van een genoemde periode. Omdat de ervaring leert dat de desbetreffende verrekening tijdens het huwelijk meestal achter-

28 Nieuwenhuis, 1999, p. 31 en 32. Hij onderscheidt de ontplooiing van de eigen identiteit en het dragen van verantwoordelijkheid voor de wederpartij als de beide aspecten van het persoonsbegrip.

29 Ook Grosheide meent dat over de laatste honderd jaar een rechtsontwikkeling zichtbaar is waarin de rechtsbescherming voor de zwakkere partij steeds prominenter is geworden; Grosheide, 2009, p. 284.

30 Hartlief, 1999 (A), p. 1.

31 Hondius, 1999, p. 387 en 393. Hondius herhaalt zijn visie in 'Wet cliëntenrecht zorg zet eenheid van het privaatrecht op het spel', in *Tijdschrift voor Consumentenrecht en handelspraktijken* 2009/6, p. 226.

32 Lindenbergh, 1999, p. 408 e.v..

wege blijft, doet zich ingeval van echtscheiding de vraag voor of een vervalbeding gehandhaafd kan worden.

De Hoge Raad heeft in 1996 bepaald dat een beroep op een vervalbeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar moet worden geacht indien een van de voormalige echtgenoten na de echtscheiding verrekening vordert, tenzij blijkt van omstandigheden die een beroep op het beding rechtvaardigen.³³ Lindenbergh wil hiermee duidelijk maken dat de echtgenoot in een dergelijke zaak – veelal de vrouw – geen bescherming verdient *omdat* zij vrouw is maar omdat een vervalbeding naar zijn aard zeer bezwarend is voor de niet-verdienende of niet-betaalde echtgenoot, welke hoedanigheid vrijwel in alle gevallen de vrouw aankleeft. Er is daarom geen behoefte aan aparte wettelijke bepalingen die de vrouw als echtgenoot beschermen maar de positie of hoedanigheid van echtgenoot-zonder eigeninkomsten kan een bruikbaar gezichtspunt bieden voor het antwoord op de vraag of een overeenkomst in de concrete omstandigheden van het geval in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.³⁴

Ik sluit mij graag bij de opvatting van Hondius aan zoals deze wordt genuanceerd door Lindenbergh, zij het dat ik 'bescherming van de zwakkere partij' zou willen vertalen door het bredere rechtsbeginsel *solidariteit*, daarmee vooruitlopend op de bespreking hierna van de Amsterdamse studie *Privatrecht tussen autonomie en solidariteit*.

Tevens meen ik dat beide beginselen begrepen dienen te worden als staande tegenover elkaar en niet naast elkaar. Het blijkt derhalve noodzakelijk te zijn om contractvrijheid in brede zin te onderscheiden van contractvrijheid in enge zin.³⁵ Solidariteit is zo beschouwd dan de tegenpool van contractvrijheid in enge zin en is verdisconteerd in contractvrijheid in brede zin.

Ik versta Loth ook zo waar deze verdedigt dat contractvrijheid en de bescherming van de zwakkere partij – bijvoorbeeld door het stellen van regels van dwingend recht – niet twee beginselen van overeenkomstenrecht vormen maar één omdat ook bepalingen van dwingend recht hun grond en legitimatie vinden in de zelfbeschikking van het individu.³⁶

Contractvrijheid in enge zin en solidariteit zijn derhalve tegenpolen waartussen vrijwel steeds een spanningsveld bestaat. Ik acht deze visie zeer bruikbaar voor toepassing op de rechtsverhouding en de contractuele positie tussen echtgenoten: van geval tot geval zal moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.

33 HR 19 januari 1996, NJ 1996, 617, m.nt. WMK (*Rensing/Polak I*).

34 Lindenbergh, 1999, p. 408-409 en 411.

35 Waar ik in het vervolg over contractvrijheid spreek, bedoel ik daarmee vrijwel steeds de contractvrijheid in enge zin.

36 Loth, 2009, p. 1, 38 en 57. Loth maakt voorts onderscheid tussen contractvrijheid in negatieve zin – waaronder hij de *vrijheid van* inmenging van buitenaf verstaat – en contractvrijheid in positieve zin die hij definieert als de *vrijheid tot* zelfbeschikking. (p. 37). Mij spreekt deze zienswijze niet aan omdat de contractvrijheid in positieve zin die in negatieve zin impliceert.

Mak verwoordt het voorgaande voor het contractenrecht in het algemeen als volgt:

The picture of autonomy and solidarity as placed on a continuum, expressing different shades of intensity, confirms the double nature of the law: acting autonomously includes taking into account the interests of others, whereas acting with solidarity still acknowledges the existence of an autonomous sphere.³⁷

Hiermee heb ik mijn eerdere zienswijze verder aangescherpt.

3.4 PARTIJAUTONOMIE

Het genoemde Amsterdamse onderzoeksverslag *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*³⁸ dat enkele jaren na de Leidse studie verscheen, lijkt contractvrijheid te beschouwen als een pijler van het privaatrecht die valt terug te voeren op de gedachte van partijautonomie en maakt daarmee een onderscheid tussen beide begrippen.

Ik acht deze nuancering zinvol omdat zij duidelijk maakt dat contractvrijheid een in de rechtspraktijk toepasbare vertaling betreft van een hogere rechtsfilosofische gedachte³⁹ die ook ten grondslag kan liggen aan andere vertalingen.⁴⁰

Het thema van de verhouding tussen partijautonomie en contractvrijheid is ook door Vranken aangesneden in zijn bijdrage aan de bundel voor Nieskens-Isphording, waarin hij met haar in discussie gaat aan de hand van enkele door haar in haar dissertatie⁴¹ betrokken stellingen.⁴²

Vranken ziet met Nieskens-Isphording de partijautonomie als fundamenteleler dan contractvrijheid omdat partijautonomie de onvervreembare vrijheid betreft om zelf te bepalen wat men wil en deze logischerwijs voorafgaat aan de daadwerkelijke uitvoering daarvan door het aangaan van een overeenkomst. Dit brengt volgens Vranken ook mee dat partijautonomie zich niet tot het overeenkomstenrecht beperkt maar zich uitstrekt over het gehele recht. Hij verschilt echter met Nieskens-Isphording van mening over het antwoord op de vraag of partijautonomie de eerste rechtvaardiging vormt van contractuele gebondenheid.

37 Mak, 2003, p. 174.

38 M.W. Hesselink, C.E. du Perron en A.F. Salomons, *Privaatrecht tussen autonomie en solidariteit*, 's-Gravenhage: Boom Juridische Uitgevers 2003.

39 Ik zal in dit boek trachten om dit zuivere onderscheid tussen beide begrippen zoveel mogelijk te handhaven.

40 Andere vertalingen worden door Alkema genoemd: de vrijheden om eigendom te verwerven, volmachten te verlenen, rechtspersonen op te richten, vermogen te laten vererven en de vrijheid om persoonlijke relaties aan te gaan. Alkema, 1999, p. 33 e.v..

41 Nieskens-Isphording, 1991.

42 Vranken, 2000, p. 145.

Waar Nieskens-Isphording gebondenheid aan de overeenkomst in de eerste plaats terugvoert op de wil van partijen omdat anders in rechte niet tot juridische kwalificatie kan worden overgegaan van hetgeen door partijen is geschreven, gezegd of gedaan, meent Vranken dat dit niet het geval is. In zijn zienswijze bepaalt het recht of en hoe gebondenheid aan een overeenkomst ontstaat en is de wijze waarop bepaalde verklaringen en gedragingen rechtens dienen te worden gewaardeerd een kwalificatievraag, waartoe de relevante feiten, normen, beginselen, belangen en gezichtspunten worden geselecteerd en in hun onderlinge betrekking bepaald.

Mij in deze discussie mengend meen ik dat het verschil in zienswijze bepaald subtiel is te noemen en dat de zienswijze van Nieskens-Isphording in elk geval juist is waar het betreft echtgenoten die met elkaar overeenkomen binnen het huwelijkvermogens- en echtscheidingsrecht. Ik merk in dit verband op – vooruitlopend op een uitvoeriger uitwerking van deze gedachte later in dit hoofdstuk en in de hoofdstukken 4 en 9 – dat het sluiten van een huwelijk waarvoor slechts het uitspreken van het woord ‘ja’ door man en vrouw volstaat als uitdrukking van hun autonome wil, tot gevolg heeft dat een geheel uitgewerkte rechtsbetrekking, de ‘algehele’ gemeenschap van goederen, aan hen deelachtig wordt.

Deze wettelijke gemeenschap van goederen kan in Vrankens opvatting van het recht als *discursieve* grootheid worden gezien, als het *altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging* of, in mijn woorden, als de uitdrukking van de huidige maatschappelijke opvattingen over wat een huwelijk rechtens met zich mee behoort te brengen in de standaardsituatie, derhalve als een rechtspolitieke keuze.⁴³

Voorts is vanzelfsprekend een andere vraag gerechtvaardigd, namelijk of de echtgenoten de desbetreffende rechtsbetrekking daadwerkelijk (kennen en) hebben gewild.⁴⁴

Echtgenoten die kiezen voor huwelijkse voorwaarden kunnen in de meest eenvoudige vorm daarvan hun wil tot uitdrukking brengen door af te zien van het desbetreffende wettelijke stelsel. De enkele zin ‘De echtgenoten stellen vast dat tussen hen geen gemeenschap van goederen zal ontstaan.’, volstaat daartoe en een nadere kwalificatie daarvan in rechte kan achterwege blijven omdat de door de echtgenoten neergelegde wilsovereenstemming juridisch volstrekt duidelijk is.

Bij Vranken komen partijautonomie, contractvrijheid, verklaarde wil en vertrouwen weer in beeld bij de rechtvaardiging van de gebondenheid aan overeenkomsten, doch alleen voor zover ze rechtens relevant worden geoordeeld.

43 De vraag of het denkbaar is dat het recht op dit punt toch *niet* de juiste weerslag vormt van de opvattingen die hierover thans leven in onze samenleving, behandel ik in hoofdstuk 9.

44 Op deze vraag kom ik terug in hoofdstuk 4.

Ik kies in dezen partij voor Nieskens-Isphording omdat de opvatting van Vranken over de wil van partijen bij mij het beeld van het intrappen van een open deur oproept, hoezeer ik overigens ook zijn opvatting van het recht als discursieve grootheid deel. Mijns inziens getuigt de formulering van De Beneditty in dezen van inzicht:

Ongewild komen geen overeenkomsten tot stand (...). Maar de vraag was of de rechtsregels, welke de – derhalve gewilde – contractuele verhoudingen beheerschen, of dus de rechtsgevolgen, welke uit den consensus voortvloeien, óók afhankelijk zijn van der partijen wil. Tot nog toe was men geneigd deze vraag in beginsel en in het algemeen bevestigend te beantwoorden. Zal men thans op zijn minst niet moeten zeggen, dat het rechtseffect van de wilsovereenstemming slechts deels wordt geregeerd door den partijwil, maar anderdeels door de geldende rechtsnormen, en wel in een verhouding, waarvan het zwaartepunt zich allengs meer verlegt van eerstgenoemde naar laatstbedoelde bron?⁴⁵

Voor contracterende echtgenoten geldt in elk geval dat het recht eerst aan het woord komt nadat zij hun wil hebben verklaard, wat niet wegneemt dat Vranken uiteraard het gelijk aan zijn zijde heeft waar het bijvoorbeeld de daaropvolgende kwalificatie in rechte betreft van de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden die door de echtgenoten is gesloten maar door hen niet is nageleefd.

Of daarbij door de echtgenoten over en weer voldoende rekening is gehouden met de gerechtvaardigde belangen van de andere echtgenoot, is een vraag die bij de bedoelde kwalificatie dient te worden beantwoord.⁴⁶

Vranken verbindt aan dit rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij de term 'zorgplicht', welk begrip mij zeer aanspreekt ter zake van de contractuele relatie tussen echtgenoten. Deze zorg voor elkaar is aan de orde in de precontractuele fase, maar ook tijdens de looptijd van de overeenkomst en – waar het echtgenoten betreft – zelfs daarna als sprake is van een alimentatieverhouding of ingeval van de uitoefening van het gezamenlijk gezag door ex-echtgenoten over hun minderjarige kinderen.

Vranken stelt voorts dat de omvang van de desbetreffende zorgplicht niet op voorhand is te bepalen maar dat verschillende omstandigheden hierbij een rol spelen, waaronder de hoedanigheid, de onderlinge verhouding en de deskundigheid van partijen, maar ook de aard van de overeenkomst en de wijze waarop deze tot stand is gekomen.

Deze factoren wijzen naar mijn oordeel op een in beginsel grote zorgplicht van echtgenoten voor elkaar. Ik werk dit standpunt verder uit in hoofdstuk 7.

In zijn afscheidsrede noemt ook Nieuwenhuis de term zorgplicht en stelt hij dat de meeste zorgplichten niet paternalistisch van aard zijn doch als *fra-*

45 De Beneditty, 1934, p. 435.

46 Vgl. Vranken, 2000, p. 151 e.v..

ternalistisch moeten worden gekarakteriseerd: zij strekken ertoe de autonomie van de ander te optimaliseren.⁴⁷

Sieburgh wijst waar het de wil van partijen bij een overeenkomst betreft, terecht op het feit dat idealiter een overeenkomst in volledige vrijheid wordt gesloten door het samenvallen van twee overeenstemmende willen die in vrijheid zijn gevormd en geuit. Waarop zij niettemin direct laat volgen: *deze idylle doet zich in werkelijkheid echter zelden voor*.⁴⁸

Nieskens-Isphording had in dit verband al eerder de verdergaande conclusie getrokken dat *nergens ooit sprake is geweest van een inhoudelijke gelijkheid van contractspartijen*.⁴⁹ Dat rechtens met dit – door mij ook voor contracterende echtgenoten onderschreven – feit, terdege rekening dient te worden gehouden is evident.

Hartkamp en Sieburgh achten partijautonomie een belangrijke voorwaarde voor partijen om zich over en weer te binden door het maken van afspraken en beschouwen contractvrijheid als een in het verlengde daarvan liggend zelfstandig beginsel dat meebrengt dat:

men bij het effectueren van de autonomie niet wordt belemmerd gebruik te maken van de mogelijkheid met behulp van een wilsverklaring bepaalde rechtsgevolgen in het leven te roepen.⁵⁰

Gebondenheid van partijen aan een overeenkomst berust echter niet alleen op partijautonomie en de daaruit voortvloeiende contractvrijheid maar vereist ook dat is voldaan aan het vertrouwensbeginsel:

Op grond hiervan wordt degene die zijn vrijheid heeft aangewend door op een bepaalde wijze te handelen (en daarmee zijn wil te verklaren), verantwoordelijk gehouden voor verwachtingen die bij degene die deze verklaring ontvangt gerechtvaardigd zijn gewekt.⁵¹

In mijn visie ligt dit opgewekte vertrouwen zeer dicht bij de pool van het solidariteitsbeginsel.⁵² Het vertrouwen dat de ene contractpartij bij de andere doet ontstaan – indien gerechtvaardigd –, impliceert immers verantwoordelijkheid van de eerstbedoelde voor de andere partij en de notie van verantwoordelijkheid vormt een kernpunt binnen het beginsel solidariteit.⁵³

Hiermee ben ik op het punt gekomen dat ik mijn zienswijze verder kan nuanceren door te betogen dat partijautonomie niet alleen contractvrijheid inhoudt maar tegelijkertijd ook de plicht verantwoordelijkheid en zorg voor

47 Nieuwenhuis, 2009, p. 2256.

48 Sieburgh, 2004, p. 16.

49 Nieskens-Isphording, 1991, p. 29.

50 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35.

51 Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35 en 36.

52 Nieuwenhuis bespreekt de verhouding tussen partijautonomie en het vertrouwensbeginsel uitvoerig in zijn dissertatie; Nieuwenhuis, 1979.

53 Waar het beginsel van opgewekt vertrouwen in de context van contracterende echtgenoten relevant is, kom ik er in de volgende hoofdstukken op terug.

de wederpartij aan de dag te leggen: derhalve om solidair te zijn met de wederpartij, zonder daarbij het eigen belang uit het oog te verliezen.

Parijautonomie kan mitsdien gelijk worden gesteld aan contractvrijheid in brede zin zoals hiervoor in paragraaf 3.3 gedefinieerd.

3.5 SOLIDARITEIT

In het genoemde Amsterdamse onderzoek wordt de vraag opgeworpen of de autonomie in het privaatrecht door wetgeving en rechtspraak inmiddels al niet zover is teruggedrongen dat het juist zou zijn om te spreken over autonomie en solidariteit⁵⁴ als twee gelijkwaardige grondslagen van het privaatrecht en wordt voorts de verhouding tussen beide beginselen besproken, alsmede in welke mate elk van beide grondslagen doorwerkt op de verschillende terreinen van het privaatrecht.⁵⁵ Hiermee wordt de zienswijze van Hondius *de facto* overgenomen. Vermeldenswaard is in dit verband dat Huls verwijst naar de door Unger ontwikkelde deviationistische rechtsleer waarin centraal staat dat in het recht tegenover elk beginsel een tegenbeginsel staat.⁵⁶ Hij is van mening dat door dit soort ‘fundamentele contradicties’ aan te nemen, tegenover het mogelijke verlies aan rechtszekerheid dat daarmee gepaard gaat een grotere maatschappelijke zeggingskracht staat.

Ik zou willen verdedigen dat deze leer niet voert tot de door Huls bedoelde fundamentele contradicties maar slechts tot paradoxen: het rechtssysteem bestaat in de werking van beide beginselparen tegelijkertijd en het spanningsveld dat daardoor ontstaat doet geen afbreuk aan het systeem maar is integendeel een essentieel onderdeel daarvan.

Veel dichterbij komt naar mijn oordeel dan ook de door Vranken geciteerde⁵⁷ Reuter die – evenals andere Duitse schrijvers – betoogt dat het onjuist is om contractvrijheid voorop te stellen en alles wat daarmee niet verenigbaar is als beperking of uitzondering aan te merken maar dat het veeleer de opgave is om:

54 Mak noemt in haar bijdrage aan de desbetreffende bundel de paren *liefde vs. vrijheid*, het *persoonlijkheidsbeginsel vs. gemeenschap* en *individualism vs. altruïsm*, daarbij het tweede paar ontleend aan P. Scholten ('Rechtsbeginselen', in: *Mededeelingen der Koninklijke Akademie van Wetenschappen Afdeling Letterkunde Deel 80, Serie B*, Amsterdam: N.V. Noord-Hollandsche Uitgeversmaatschappij 1935, p. 273 e.v.) en het laatste paar aan D. Kennedy ('Form and Substance in Private Law Adjudication', *Harvard Law Review* 1976, p. 1713 e.v.). De desbetreffende paren kunnen tot op zekere hoogte als synoniemen van het paar autonomie vs. solidariteit worden gezien en verlenen daaraan nieuwe facetten die als uitdrukkingen van idealen het inzicht in de uiteindelijke betekenis ervan vergroten; Mak, 2003, p. 171 en 172.

55 Huls, 1999, p. 398 en 399.

56 R.M. Unger, 'The critical legal studies movement', 96 *Harvard Law Review* 1983, p. 563-675.

57 D. Reuter, *Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?*, AcP 1989, p. 199-222; Vranken, 2000, p. 149.

Kriterien und Verfahren für die Vertragsgerechtigkeit zu entwickeln, die herzustellen gerade deshalb nötig ist, weil es eine Vertragsfreiheit in Wahrheit nicht gibt.

Het begrip *Vertragsgerechtigkeit* is daarmee mijns inziens te beschouwen als synoniem voor partijautonomie zoals hiervoor door mij gedefinieerd als contractvrijheid in brede zin: contractvrijheid derhalve die de tegenpool daarvan, solidariteit, impliceert.⁵⁸

Zoals hiervoor in paragraaf 3.3 door mij gesteld, is het opnieuw kwalificeren van het beginsel 'bescherming van de zwakkere partij' als solidariteit een verbetering, omdat deze leidt tot een objectivering van de tegenpool van de contractvrijheid en daarmee recht doet aan het feit dat de positie of hoedanigheid van een partij niet altijd tot voorspelbare gevolgen leidt, zoals ook door Lindenbergh wordt betoogd.⁵⁹

Ik betrek in dit kader voorts de stelling dat het in bepaalde gevallen afhangt van het perspectief van de beschouwer of een partij kan worden aangemerkt als sterker dan wel zwakker dan de andere partij en dat soms zelfs kan worden verdedigd dat de partij die de sterkere lijkt te zijn in werkelijkheid de zwakkere is. Daarnaast kan sprake zijn van echtgenoten die ieder zowel de figuur van de sterkere als die van de zwakkere in zich verenigen, afhankelijk van het terrein waarop zij zich bevinden.

CASUS

Echtgenoten zijn in de loop van een lang huwelijk geleidelijk uit elkaar gegroeid. De man is een in zichzelf gekeerde advocaat uit de *haute finance* die – nog maar kort met pensioen – zijn dagen thuis achter zijn laptop doorbrengt op zoek naar 'vertier buiten de deur' zoals zijn vrouw dat omschrijft. De vrouw is veel in het tweede, zeer comfortabele huis van het echtpaar op Texel en besluit op zeker moment dat het genoeg is geweest.

Tijdens de mediationgesprekken lijkt aanvankelijk sprake te zijn van een onevenwichtige machtsbalans. De man is veel aan het woord, legt sluitende berekeningen over, maakt een dominante indruk en heeft kennelijk alle troeven in handen. De vrouw is zwijgzaam en zegt dat ze niets van geldzaken weet.

Na vier gesprekken verandert het beeld en wordt duidelijk dat de vrouw een ragfijn psychologisch spel speelt: zij blijkt heel goed te weten hoe ze haar man daar moet krijgen waar ze hem wil hebben. Uiteindelijk komt een overeenkomst tot stand die zakelijk gezien nog wel evenwichtig is maar die waar het de daarin opgenomen lusten betreft, enigszins overhelst naar de zijde van de vrouw.

Een ander argument dat in dezen voor mij meeweegt is dat solidariteit de gedachte van *evenwicht* en – als het gaat om echtgenoten – lotsverbondenheid of hun *partnership*⁶⁰ tot uitdrukking brengt, waar het begrip 'bescherming van de zwakkere partij' veeleer de bevoogdende notie van *correctie* oproept.

58 Vranken noemt in dit verband ook de verschuiving van *procedural* naar *substantive fairness*; Vranken 2000, p. 149. Schoordijk breekt in het algemeen maar in het bijzonder waar het de overeenkomst van huwelijkse voorwaarden betreft, een lans voor *substance above form*: ik bespreek zijn visie in hoofdstuk 7; Schoordijk, 2005, p. 166.

59 Lindenbergh, 1999, p. 406 e.v.

60 Deze term is van Schoordijk; Schoordijk, 2003.

3.6 GRONDRECHTEN

Hartlief wijst nog op een andere ontwikkeling die tornt aan de contractvrijheid en die mijns inziens nauwe samenhang met het voorgaande vertoont, te weten het feit dat *niet langer uitsluitend de 'klassieke' grenzen van dwingend recht, openbare orde en goede zeden* bepalen wat nog aanvaardbaar is maar dat in deze tijd ook dient te worden gerekend met grondrechten, het recht op gelijke behandeling en met Europees recht.⁶¹

Alkema beantwoordt de vraag of contractvrijheid überhaupt een grondrecht is en komt tot de conclusie dat bij de afweging door de rechter van belangen en rechtsbeginselen, de contractvrijheid als één van die beginselen lijkt te worden beschouwd maar wel stilzwijgend. Hij verklaart zich in zijn verkenning niet een voorstander te zijn van het codificeren van contractvrijheid als grondrecht, omdat een definitie lastig zou zijn en afgrenzing zou leiden tot een verlies aan souplesse.⁶² Interessant in dit verband is dat de Duitse grondwet⁶³ in artikel 2, lid 1 bepaalt:

Jeder hat das Recht auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit, soweit er nicht die Rechte anderer verletzt und nicht gegen die verfassungsmäßige Ordnung oder das Sittengesetz verstößt.

en daarnaast in artikel 6 stelt:

Ehe und Familie stehen unter dem besonderen Schutze der staatlichen Ordnung.

Vooruitlopend op hetgeen in hoofdstuk 6 wordt behandeld, merk ik hier reeds op dat het ene artikel de autonomie van het individu beschermt, ook die van de individuele echtgenoot, terwijl het andere zoals in het genoemde hoofdstuk wordt onderbouwd, de solidariteit die echtgenoten jegens elkaar aan de dag dienen te leggen, zowel tijdens het huwelijk als tot op zekere hoogte tijdens de periode na een echtscheiding, indirect vastlegt.

De Duitse rechter heeft in de interpretatie door het Duitse *Bundesverfassungsgericht* uitdrukkelijk de taak gekregen om ingeval van echtscheiding recht te doen aan beide grondwettelijke bepalingen en te beoordelen of in een concreet geval aan beide beginselen aandacht is besteed waar het betreft de inhoud van het *Ehevertrag* ten tijde van de huwelijkssluiting.

61 Hartlief, 1999 (A), p. 1 en 2.

62 Alkema, 1999, p. 45 en 46. De opvatting van Huls sluit hierbij aan: hij is van mening dat de rechter beter kan *finetunen* dan de wetgever, juist omdat burgers niet als categorie per definitie zwak of sterk zijn; Huls, 1999, p. 402.

63 Vgl. over de Duitse grondwet in het algemeen: Haverkort, 2009.

3.7 MEDEDELINGSPLICHT

Nieuwenhuis beschrijft het *dubbele gelaat* van de contractvrijheid, in haar funderende hoedanigheid die haar in de morele orde van onze samenleving verankert, bestaande uit de vrijheid om verbintenissen aan te gaan en de vrijheid om dit niet te doen.⁶⁴ Daarnaast kan aan contractvrijheid ook een coördinerend aspect worden onderscheiden waar het beginsel het ijkpunt vormt dat het mogelijk maakt om de graad van afwijking daarvan te bepalen in een concreet geval.⁶⁵

Hij besteedt ook aandacht aan de rol die de mededelings- en onderzoeksplichten spelen op het terrein van contractvrijheid en stelt dat voor het antwoord op de vraag of op een onderhandelende partij al dan niet een mededelingsplicht rust, afhankelijk is van wat deze weet of behoort te weten over de dwaling van zijn wederpartij.

Bij contractvrijheid hoort weliswaar dat partijen elkaar zien als middel om het beoogde doel te bereiken maar:

wie een ander beweegt tot het sluiten van een overeenkomst, wetend dat de ander dwaalt, berooft hem van zijn vrijheid.⁶⁶

Naar mijn mening geldt het voorgaande *a fortiori* voor echtgenoten die zowel voorafgaand aan, als tijdens en – tot op zekere hoogte – ook ten tijde van de echtscheiding in een bijzondere verhouding tot elkaar staan waarin concrete rechtsgevolgen zijn ingebed in wat zou kunnen worden omschreven als een morele dimensie. Nieuwenhuis haalt in zijn beschouwing Castermans⁶⁷ aan die vindt dat zodra één van partijen meer kennis heeft dan de ander, er in beginsel een reden is om een mededelingsplicht aan te nemen, zij het dat een ongebreidelde mededelingsplicht ten koste zou gaan van het gerechtvaardigd eigenbelang van een contractpartner.

Het gaat derhalve steeds om het bereiken van het juiste evenwicht tussen enerzijds het idee dat contractpartners een gelijke positie dienen te hebben in hun onderhandeling en anderzijds de bescherming van het eigenbelang van ieder der partners.⁶⁸

Indien echtgenoten met elkaar contracteren is in mijn oordeel snel sprake van een mededelingsplicht omdat dan – zoals eerder door mij aangevoerd –, een bijzondere rechtsverhouding aan de orde is. Het mogen profiteren van het opbouwen en vervolgens uitbaten van een voorsprong in kennis – hetgeen de kern van koophandel uitmaakt volgens Nieuwenhuis –, gaat

64 Hondius beschouwt de vrijheid om zelf te bepalen of men wil, met wie men wil en vooral ook met wie men niet wil contracteren, als een van de belangrijkste uitingen van de menselijke autonomie; Hondius, 2003, p. 387.

65 Nieuwenhuis, 1999, p. 24 en 25.

66 Nieuwenhuis, 1999, p. 31 en 32.

67 Castermans, 1992, p. 189 e.v..

68 Nieuwenhuis, 1999, p. 28.

voor echtgenoten dan ook niet op. Voor hen geldt in beginsel dat over en weer gesproken dient te worden om te voorkomen dat een verkeerde voorstelling van zaken het huwelijk uiteindelijk vergiftigt. Onnodig te zeggen dat deze door mij aangenomen plicht tot mededeling sterk samenhangt met het rechtsbeginsel solidariteit.⁶⁹

CASUS

Echtgenoten zijn in voor beiden tweede echt gehuwd in de wettelijke gemeenschap van goederen. Het eerdere overlijden van de vader van de man heeft meegebracht dat de man aanzienlijke schulden op papier heeft aan zijn kinderen, uit hoofde van een zogenaamd *ik-opa* testament.

Voorafgaand aan hun huwelijk hebben partijen een adviesgesprek gevoerd met een notaris over hun huwelijksgoederenregime. De desbetreffende notaris – die destijds ook de bedoelde *ik-opa* testamenten had opgemaakt voor de ouders van de man en die tevens de broer van de man is –, raadt partijen af om huwelijkse voorwaarden op te maken.

Gedurende het huwelijk zijn de bedoelde schulden met enige regelmaat de bron van twist-gesprekken tussen de echtgenoten omdat de vrouw vreest dat haar kinderen uit haar eerste huwelijk hierdoor zullen worden benadeeld.

In een mediationtraject worden tussen de echtgenoten bindende afspraken gemaakt over de juridische aspecten, lijkt het wederzijdse vertrouwen te zijn hersteld en wordt tevens afgesproken om niet meer met elkaar te spreken over dit punt maar de blik op de toekomst te richten. Partijen slagen hierin niet, enerzijds omdat de vrouw niet van zich kan afzetten dat de man en diens broer in dezen kennelijk hebben samengespannen en anderzijds gezien het feit dat de man het zijn echtgenote ten zeerste kwalijk neemt dat zij zijn integriteit ter discussie stelt: zijn zwijgen over de bedoelde schulden was immers ingegeven door hetgeen zijn broer – die als notaris een gezags- en vertrouwenspositie binnen de familie genoot – hem hierover had geadviseerd.

In dit verband noem ik ook de uitspraak van de Hoge Raad die onder de naam *Zwijgzame bruid* bekendheid geniet.⁷⁰ Ik behandel dit arrest in hoofdstuk 5 maar merk hier reeds op dat naar mijn overtuiging de Hoge Raad in zijn beoordeling vooral oog lijkt te hebben gehad voor de pool contractvrijheid⁷¹ in enge zin, daarbij de tegenpool solidariteit kennelijk geheel uit het oog verliezend.

De maatstaf wordt hier steeds gevormd door het criterium wat de echtgenoot op wie eventueel een mededelingsplicht rust, wist of behoorde te weten omtrent de dwaling van de andere partij. Het belang dat door een echtgenoot kan worden geschonden is, aldus Nieuwenhuis, het belang van de andere echtgenoot om niet door een onjuiste of onvolledige voorstelling van zaken betrokken te raken in een contract dat deze bij een juiste voorstelling van zaken niet zou hebben gesloten.

69 In de woorden van Schoordijk gaat het om wat echtgenoten moeten willen, zo zij aan de persoon van de ander recht willen doen; Schoordijk, 2002, p. 200.

70 HR 8 oktober 2000, LJN AA7362; NJ 2004, 58 m.nt. WMK.

71 In deze casus was geen sprake van huwelijkse voorwaarden maar naar mijn mening hebben de begrippen contractvrijheid en solidariteit ook betekenis binnen het kader van het systeem van de wettelijke gemeenschap van goederen. Ik werk deze gedachte hierna uit in hoofdstuk 4.

Het gaat hier, zo betoogt Nieuwenhuis, om de afwezigheid van dwang en de aanwezigheid van de bevoegdheid om naar eigen inzicht gestalte te geven aan het eigenbelang. Wie dwaalt is onvrij. Het recht van een partij bij een overeenkomst om uit de droom geholpen te worden prevaleert boven de onderzoeksplicht van de andere partij.⁷²

Wie weet dat de keuzevrijheid van zijn wederpartij 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.⁷³

Nieuwenhuis ziet in het voorgaande zowel een aanscherping van wat hij het *Baris/Riezenkamp-altruïsme* noemt als het verlenen van een ruimere betekenis daaraan, omdat de strekking ervan niet beperkt is tot dwaling bij de totstandkoming van een overeenkomst, welke rechtsfiguur in het desbetreffende arrest⁷⁴ aan de orde was. K.J.O. Jansen is van mening dat het oordeel van de Hoge Raad in het door mij aangehaalde arrest de juistheid van deze zienswijze onderstreept waar het echtgenoten betreft, omdat niet goed valt in te zien dat de man op de handelswijze van de vrouw bedacht had kunnen of moeten zijn. Indien de Hoge Raad in diens arrest *Zwijgzame bruid* de ruimere strekking van het door Nieuwenhuis bedoelde altruïsme zou hebben onderkend, had de man vermoedelijk niet aan het kortste eind getrokken in deze casus.

Partijen die met elkaar contracteren moeten er derhalve steeds op toezien dat ook aan de zijde van de andere partij sprake is van contractvrijheid. Zoals voor vrijheid in het algemeen geldt, is ook ingeval van contractvrijheid aan de orde dat slechts sprake kan zijn van vrijheid van de een voor zover deze verenigbaar is met de vrijheid van de ander, hetgeen zeker ook opgeld doet voor echtgenoten in hun onderlinge verhouding.

72 Vranken ziet de *duty to inform* en overigens ook de *duty to cooperate* als uitwerkingen van redelijkheid en billijkheid; Vranken, 2000, p. 154.

73 Nieuwenhuis, 1999, p. 30-32. Nieuwenhuis verwijst tevens naar HR 30 november 1973, NJ 1974, 97 m.nt. GJS (Van der Beek/Van Dartel) waarin de Hoge Raad bepaalt dat waar het gaat om het leerstuk van de dwaling de spreekplicht prevaleert.

74 HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp). K.J.O. Jansen constateert dat het riskant is om blind te varen op de desbetreffende voorrangsregel omdat een inhoudelijke rechtvaardiging voor het principiële overwicht van de mededelingsplicht ontbreekt. Hij pleit ervoor om de regel op te vatten als dienend ter regulering van het proces-suele debat zodat een partij zich niet enkel onder verwijzing naar de onderzoeksplicht van de wederpartij kan verweren; K.J.O. Jansen, 2009, p. 350. Nieuwenhuis haalt een uitspraak van de Hoge Raad aan in een zaak die handelt om de verdeling van de boedel na echtscheiding, in welke casus de onderzoeksplicht van de man naar de wilsbekwaamheid van de vrouw centraal staat. De Hoge Raad overweegt in dit verband dat de omvang van het voordeel dat voor de man is gelegen in de door de vrouw aangevochten verdeling een rol kan spelen bij de beantwoording van de vraag welke onderzoeksplicht op de man rustte (HR 24 mei 1985, NJ 1986, 699); Nieuwenhuis, 1999, p. 31.

Hartlief spreekt in dit verband van een paradoxale legitimatie: de beperking van de vrijheid omwille van de vrijheid.⁷⁵ Mij spreekt in dit verband de gedachte van Kamphuisen aan:

De vrije mens kan beslissen of hij zich al dan niet zal binden maar heeft hij dit gedaan, dan vraagt juist die vrijheid dat hij zijn woord houdt. (...) Hierin ligt juist het gevaar van een al te sentimentele wetgever dat hij het verantwoordelijkheidsbesef vermindert, dat hij de neiging aanwakkert om onder het gegeven woord uit te komen, om (...) de mens te doen vergeten dat hij zijn vrijheid alleen waard is, indien hij vrijwillig aangegane verplichtingen honoreert.⁷⁶

K.J.O. Jansen maakt een gevolgtrekking die hierbij aansluit waar hij betoogt dat in een bepaald tijdsgewricht de slinger doorslaat naar de contractvrijheid en in een andere periode naar de bescherming van de zwakkere partij, waarbij thans naar zijn mening thans sprake is van een te ver doorslaan van de slinger naar het laatstgenoemde beginsel met als gevolg dat de eigen verantwoordelijkheid van het individu te veel uit het oog wordt verloren.⁷⁷

Van Schaick⁷⁸ vraagt zich af hoe vrij de rechtsorde haar rechtssubjecten laat in het sluiten van overeenkomsten van een willekeurige inhoud, een vraag die ook in dit onderzoek centraal staat waar het echtgenoten betreft. Hij geeft ook het antwoord waar hij concludeert dat deze vrijheid in belangrijke mate wordt bepaald door het tijdsbeeld en dat de opvattingen over contractvrijheid derhalve in de loop van de tijd veranderen.

3.8 TOETSINGSKADER

Contractvrijheid in enge zin is het praktisch goed meetbare rechtsbeginsel dat wordt omsloten door het beginsel der partijautonomie en dat binnen partijautonomie – of contractvrijheid in brede zin –, tegenover het beginsel solidariteit is gepositioneerd.

Hartkamp en Sieburgh onderscheiden in concreto vijf aspecten van contractvrijheid (in enge zin):

- een partij is vrij om te beslissen of zij een overeenkomst aangaat;
- een partij is vrij om te beslissen met wie zij een overeenkomst aangaat;
- partijen zijn vrij de inhoud, werking en voorwaarden van de overeenkomst naar eigen inzicht te bepalen;
- partijen zijn vrij om de overeenkomst al dan niet aan een vorm te binden;
- partijen zijn vrij om hun overeenkomst aan de bepalingen van een gekozen wetgeving te onderwerpen.⁷⁹

⁷⁵ Hartlief, 1999 (B), p. 14.

⁷⁶ Kamphuisen, 1963, p. 141.

⁷⁷ K.J.O. Jansen, 2009, p. 350.

⁷⁸ Van Schaick, 1994, p. 315.

⁷⁹ Asser-Hartkamp/Sieburgh, 2010, p. 35.

Ik voeg aan deze vijf toetsstenen het aspect van handhaafbaarheid van de overeenkomst toe, omdat niet uit het oog moet worden verloren – in de woorden van Stolker in zijn voorwoord op de hiervoor genoemde Leidse bundel –, dat de waarde van contractvrijheid uiteindelijk in belangrijke mate afhankelijk is van de vraag of en zo ja in hoeverre afspraken ook daadwerkelijk afspraken zijn die door de rechter worden gehandhaafd.⁸⁰

Deze vijf⁸¹ criteria bieden een praktisch toepasbaar toetsingskader dat ik in de hoofdstukken 4 en 5 zal gebruiken om te bepalen of en in welke mate sprake is van contractvrijheid in de bedoelde enge zin.

3.9 AFSLUITING

In het voorgaande ben ik tot een zienswijze gekomen op de verhouding tussen de beginselen van contractvrijheid en solidariteit ten aanzien van echtgenoten in het algemeen en in het bijzonder waar het betreft echtgenoten die huwelijkse voorwaarden aangaan,⁸² deze ontleend aan de discussie die daarover is gevoerd tegen de achtergrond van het algemene overeenkomstenrecht.

De desbetreffende zienswijze acht ik eveneens toepasselijk op de andersoortige rechtsverhouding die de wet tussen echtgenoten doet ontstaan in de wettelijke gemeenschap van goederen.

Ik vat deze visie hier samen. Partijautonomie dient verstaan te worden als de vrijheid te komen tot *Selbstbestimmung* van ieder van de echtgenoten door samenwerking met de andere echtgenoot. Het betreft hier een in redelijkheid en billijkheid ingebedde vrijheid van echtgenoten, waarbij de nadruk valt op de bijzondere verantwoordelijkheid die elk van hen voor de ander heeft wanneer hij gebruik maakt van deze vrijheid, welke bijzondere verantwoordelijkheid voortvloeit uit de nauwe persoonlijke band die het huwelijk in het leven roept.

Deze definitie impliceert dat binnen het verband van de partijautonomie, contractvrijheid (in enge zin) in een continuüm tegenover het beginsel van solidariteit staat en tussen deze tegenpolen daardoor vrijwel steeds een spanningsveld aanwezig is.

Met betrekking tot de contractuele positie tussen echtgenoten (of hun rechtsverhouding) als bedoeld, zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld waar het evenwicht tussen beide polen wordt bereikt, waarin de spanning die daartussen bestaat zich ontlaadt.

80 Stolker, 1999, p. X.

81 Ik laat de mogelijkheid een rechtskeuze te doen verder buiten beschouwing.

82 Of een echtscheidingsconvenant dan wel een vaststellingsovereenkomst.

