

# Tijd en goede zeden in het burgerlijk recht

*V. van den Brink\**

## 1. INLEIDING

Als het onderwerp van deze bijdrage zich zou beperken tot de enkele vraag of de goede zeden in de tijd aan verandering onderhevig zijn, zou een tweetal zinnen ter beantwoording volstaan. Dit antwoord moet immers bevestigend luiden, en in Nederland<sup>1</sup> noch daarbuiten<sup>2</sup> ben ik op een auteur gestuit die een tegengesteld standpunt verdedigt.

In deze bijdrage wil ik toch iets nader ingaan op deze vraag, en onderzoeken of deze eenstemmigheid in de literatuur overeenstemt met de praktijk. Voorts zal ik een tweetal vervolgvragen behandelen. In de eerste plaats gaat het om de vraag of juist is de in de praktijk veelgehoorde klacht dat normen als de goede zeden steeds vager en lossler worden. In deze opvatting bestond enerzijds vroeger een veel scherper beeld van wat zedelijk wel en niet geoorloofd was, en wordt anderzijds tegenwoordig vrijwel alles toegestaan, zodat nauwelijks nog van een toepasbare norm kan worden gesproken.

Daarnaast zal ik aandacht besteden aan de vraag naar welk moment beoordeeld moet worden of een bepaalde rechtshandeling al dan niet in strijd is met de goede zeden: als het juist is dat de goede zeden in de tijd aan verandering onderhevig zijn, kan het zo zijn dat de zedelijke waardering van een rechtshandeling verandert tussen het moment waarop partijen de handeling verrichten en het moment dat de

\* Mr. V. van den Brink was ten tijde van het schrijven van dit artikel gerechtsauditeur bij de Hoge Raad, thans rechter in de Rechtbank Haarlem.

1. Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht* 4II (1997), nr. 257, p. 243; Van Dam, *Studiereeks burgerlijk recht* (Bloembergen e.a.), *Rechtshandeling en overeenkomst* (1998), p. 178; Hoogervorst, *Openbare orde en goede zeden* in art. 3:40 BW, in: *Contractvrijheid* (red. Hartlief/Stolker, 1999), p. 142; *Contractenrecht (oud) losbl.* (Wuisman), nr. 85; *Vermogensrecht losbl.* (Van Kooten), aant. 6.2. bij art. 40. Geldt overigens niet voor iedere rechtsnorm dat deze in de tijd aan verandering onderhevig is – vgl. de bundel *Recht en verandering* (1999), Nieuwenhuis e.a. en de andere bijdragen aan deze aflevering van het BW-krant jaarboek.
2. Zie hierna voor het Duitse recht; vgl. voor het Franse en Engelse recht de verwijzingen en citaten in nr. 3a van de conclusie van Hartkamp voor het arrest HR 2 februari 1990, NJ 1991, 265 m.nt. CJHB onder NJ 1991, 266.

rechter daarover een oordeel moet uitspreken.

Teneinde de gedachten te bepalen en materiaal aan te dragen om deze vragen te beantwoorden zal ik de behandeling in de rechtspraak van een drietal mogelijk onzedelijke overeenkomsten kort bespreken. Het gaat om de bordeelverkoop, het opzetcontract en de draagmoeder-schapsovereenkomst. Ik kom dan terug op de gestelde vragen, en kijk of het antwoord dat uit deze onderzoeken voortvloeit overeenstemt met de heersende leer in Nederland. Vervolgens zal ik kort enige rechtsvergelijkende opmerkingen maken naar aanleiding van het Duitse recht, waarin bedoelde vragen eveneens aan de orde zijn gekomen.

Met het begrip goede zeden doel ik in het navolgende uitsluitend op de goede zeden zoals genoemd in art. 3:40 lid 1 BW.<sup>3</sup> De inhoud van dit begrip wordt dus besproken in de context van de vraag of het verrichten van een rechtshandeling met deze goede zeden in strijd is.<sup>4</sup>

## 2. BORDEELVERKOOP

De bordeelverkoop is een klassieker op het gebied van de onzedelijke overeenkomst. In 1920 was Petit<sup>5</sup> van oordeel dat de verkoop van een bordeel ongeoorloofd was indien partijen – uitdrukkelijk of stilzwijgend – waren overeengekomen dat het verkochte als middel tot onzedelijkheid zou worden gebezigd. Voor Petit moest de onzedelijke

3. In wetten en verdragen zijn nog talloos veel andere verwijzingen naar de goede zeden opgenomen. Geheel willekeurig verwijs ik naar: art. 1:121 BW; art. 4:935 en 938 BW; art. 7:678 lid 2 onder f en 679 lid 2 onder b BW; art. 7:902 BW; art. 7 Gw; art. 8:62 Awb; art. 429g, 1063, 1065 en 1069 Rv; art. 4 Eenvormige Beneluxwet op de merken; art. 4 Eenvormige Beneluxwet inzake tekeningen of modellen; art. 5 ROW; art. 3 ROW 1995; art. 53 Europees octrooiverdrag; art. 31 ESH; art. 6, 8, 9, 10 en 11 EVRM; art. 12, 14, 18, 19, 21 en 22 IVBPR. Overigens zal het navolgende in veel gevallen ook opgaan voor het begrip goede zeden zoals vermeld in die bepalingen.
4. Onder oud recht kwam het begrip goede zeden ter sprake in het kader van het oorzaakvereiste: een overeenkomst met een oorzaak in strijd met de goede zeden was ongeoorloofd, en derhalve ‘krachteloos’ (nietig): zie art. 1371 en 1373 (oud) BW. Met de invoering van het nieuw BW was geen inhoudelijke wijziging van de norm beoogd: Parl. Gesch. NBW, Boek 3 (1981), p. 190; Asser/Hartkamp, a.w., nr. 258, p. 244. Gemakshalve spreek ik hierna over rechtshandelingen in strijd met de goede zeden, ook wanneer het gaat om oud recht.
5. Overeenkomsten in strijd met de goede zeden, p. 248 e.v., 253 e.v., met veel verwijzingen.

bedoeling onderdeel zijn van de contractsinhoud; een subjectieve onzedelijke bedoeling bij één van partijen was daarvoor onvoldoende. Ingeval van verkoop van een bordeel was de onzedelijke intentie bijvoorbeeld vast te stellen indien voor het pand een abnormaal hoge prijs werd betaald. Een overeenkomst waarbij uitsluitend de exploitatie van een bordeel werd overgedragen, achtte Petit dus zonder meer nietig; de overdracht van de exploitatie impliceert immers de wederzijdse bedoelingen omtrent het mogelijk maken en bevorderen van prostitutie.

Met deze opvattingen geeft Petit in ieder geval materieel de in die tijd heersende leer weer, zowel in Nederland als internationaal;<sup>6</sup> afwijkende opvattingen gingen veeleer uit van een nog verder strekkende werking van de norm. Beroemd is de uitspraak van de Engelse rechter in het geval *Pearce vs Brooks*:<sup>7</sup> de vordering van de verhuurder die een rijtuig aan een prostituee had verhuurd werd afgewezen op grond van het onzedelijke karakter van de overeenkomst. Ook over de eis dat beide partijen een onzedelijk oogmerk moesten hebben, is nadien verschillend gedacht.<sup>8</sup> Dat het mogelijk maken en bevorderen van prostitutie materieel gold als iets onzedelijks, was in 1920 echter evident.

In 1990 moest de Hoge Raad oordelen over een geval waarin de koper van de goodwill en inventaris van een bordeel weigerde de koopprijs te voldoen.<sup>9</sup> Deze overeenkomst voldoet zonder meer ook aan het criterium van Petit: de verkoop van de goodwill van een bordeel impliceert immers dat beide partijen de bedoeling hebben de exploitatie van het bordeel mogelijk te maken en daarmee een – ten tijde van Petit – onzedelijk geacht doel te bevorderen. Anders dan de rechtbank was het hof daarom van oordeel dat de overeenkomst, ‘waarvan het voor beide partijen duidelijk geweest moet zijn dat zij niet tot stand zou zijn gekomen indien bij de verkoopprijsbepaling geen rekening met voormelde winstcapaciteit was gehouden, wegens

6. Petit verwijst naar één Nederlandse uitspraak: Hof Amsterdam 29 juni 1888, W 5614, over de – geoorloofde – levering van zaken ten behoeve van de inrichting van een bordeel.

7. 1866, LR. 1 Ex. 213.

8. Met name Meijers wilde de onzedelijkheid al aannemen als een partij een onzedelijk motief heeft, en de ander daarvan slechts op de hoogte is; zie zijn toelichting op het ontwerp van art. 3:40 BW, Parl. Gesch. NBW, Boek 3 (1981), p. 190.

9. HR 2 februari 1990, NJ 1991, 265 m.nt. CJHB onder NJ 1991, 266.

strijd met de goede zeden en/of de openbare orde een ongeoorloofde oorzaak heeft en uit dien hoofde nietig is'. Het hof voegde daaraan toe dat art. 250bis Sr – kort gezegd – het bevorderen van ontucht als misdrijf aanmerkt.

De Hoge Raad was echter van oordeel dat de overeenkomst een geoorloofde oorzaak had en vernietigde het arrest van het hof. De motivering van de beslissing is nogal toegespitst op het – overigens pas onlangs gerealiseerde<sup>10</sup> – voornemen van de wetgever het huidige art. 250bis Sr te schrappen. Daarmee lijkt het oordeel van de Hoge Raad vooral te handelen over de ongeoorloofdheid van een overeenkomst op grond van strijd met de wet.<sup>11</sup> Uit de vernietiging van het arrest van het hof en de slotoverweging<sup>12</sup> van de Hoge Raad blijkt echter dat hij de verkoop van een bordeel op zichzelf naar huidige opvattingen niet in strijd acht met de goede zeden. Deze opvatting van de Hoge Raad past goed in een algemene tendens die zich ook in lagere rechtspraak aftekent, waarin in toenemende mate het verschijnsel prostitutie niet als iets op zichzelf ongeoorloofs wordt beschouwd.<sup>13</sup>

Daarnaast maakt de Hoge Raad in genoemd arrest duidelijk naar welk moment de onzedelijkheid van een overeenkomst moet worden

10. Inmiddels is er een nieuw daartoe strekkend wetsontwerp, nr. 25437, waarvan de parlementaire behandeling is afgerond (Wet van 28 oktober 1999, Stb. 464); zie Uit Beijerse, (Van) de bordeelhouders bevrijd, *Nemesis* 1999, p. 33-35. De tweede kamer van de Hoge Raad was overigens van oordeel dat het verbod strafrechtelijk gezien nog gold; zie HR 20 september 1993, NJ 1995, 186.
11. Vgl. de geheel in de sleutel van strijd met de wet geschreven noot bij het arrest.
12. Deze overweging luidt: 'Dit sluit niet uit dat een overeenkomst als de onderhavige nietig is wegens strijd met de goede zeden, bijv. omdat zij, kort gezegd, uitbuiting van de prostituées of andere misbruiken in de hand werkt (...).'
13. Vgl. Rb. Breda 3 februari 1979, NJ 1980, 184 (met de fraaie overweging: 'het is immers van algemene bekendheid, dat 'relaxen' een modern eufemisme voor ontucht plegen is'); Pres. Rb. 's-Gravenhage, 18 april 1985, KG 1985, 186; Hof 's-Gravenhage 29 mei 1986, NJ 1987, 676; van na genoemd arrest van de Hoge Raad zijn de volgende uitspraken: Hof 's-Hertogenbosch 25 juni 1991, KG 1991, 319; Ktr. Breda 11 maart 1992 (met het oordeel: 'deze [prostitutie-overeenkomst kan] in de huidige tijd niet als in strijd met de goede zeden worden aangemerkt, behoudens bijzondere bedingen ten aanzien van de te leveren prestatie'); Ktr. Breda 22 februari 1995, Prg. 1995, 4292 (afwijkend en m.i. onjuist; het beroep op de goede zeden wordt verworpen omdat 'beide partijen in ontucht handelen' en hen daarom in rechte geen beroep toekomt op 'elders gehanteerde normen ter zake goede zeden'). Vgl. tenslotte nog het geval dat aan de orde was in HR 15 januari 1999, NJ 1999, 574.

beoordeeld. Direct op het oordeel dat in het licht van de maatschappelijke ontwikkelingen niet kan worden gezegd dat art. 250bis Sr thans tot nietigheid van de overeenkomst leidt, volgt de opvatting van de Hoge Raad op dit punt: '[a]ngenomen moet worden dat dit ook reeds gold ten tijde van het sluiten van de onderhavige overeenkomst'. De Hoge Raad stemt dus af op het tijdstip waarop partijen de rechtshandeling hebben verricht.

### 3. OPZETCONTRACT

Het opzetcontract heeft een buitengewoon rijke oogst aan jurisprudentie en literatuur opgeleverd.<sup>14</sup> Kort gezegd is het opzetcontract een overeenkomst tussen de verschillende aannemers die inschrijven op een werk en daarbij afspraken maken over hun inschrijving, waarbij zij in hun calculatie een bedrag (de opzet) opnemen dat de aannemer aan wie het werk wordt gegund zal doorbetalen aan zijn mede-inschrijvers. Daarbij kan het gaan om 'wilde' opzetten – door de inschrijvers zelf per werk overeengekomen – of om een door een branche-organisatie van aannemers gereguleerde vorm.

Goed vertrekpunt bij een nadere bestudering van de jurisprudentie over het opzetcontract is het arrest van de Hoge Raad van 22 november 1918.<sup>15</sup> In het geval dat leidde tot dit arrest zijn de vier beoogde aannemers voorafgaand aan hun definitieve inschrijving op het werk om de tafel gaan zitten, 'ter bespreking van hun gezamenlijke belangen'. Daarbij hebben zij hun prijzen aan elkaar bekend gemaakt en vergeleken. De laagste inschrijver bleek nogal wat onder de andere inschrijvingen te calculeren. Daarop spraken de aannemers af dat hij zijn inschrijving zou mogen verhogen, als hij aan de andere kandida-

14. Hierna volgt bespreking van enige arresten van de Hoge Raad over dit onderwerp. Voor literatuur over het opzetcontract zij hier slechts verwezen naar (telkens met uitvoerige verdere verwijzingen, ook naar lagere rechtspraak): Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht* 4II (1997), nr. 271, p. 254; *Contractenrecht (oud) losbl.* (Wuisman), nr. 211 e.v.; Van Wijngaarden, *Aanneming van bouwwerken* (1990), p. 95 e.v.; Biegan-Hartogh, *Kostenvergoeding bij precontractuele verhoudingen in de bouw*, Br 1972, p. 157-165; Diderich, *De opzetovereenkomst*, Br 1964, p. 259-264; Laus, *Het opzetcontract en de normen waardoor deze overeenkomst wordt beheerst*, AA 1966, p. 95-107; Cortlever, *Het opzetcontract en zijn oorzaak*, NV 1957-1958, p. 109-114; Groen, *Is het opzetcontract een geoorloofde overeenkomst*, SEW 1952, p. 235-240 en 262-270.

15. NJ 1919, p. 42; WPNR 1919 (2565) p. 73 m.nt. EMM.



ten een bepaalde vergoeding zou uitbetalen. Uiteindelijk weigerde de aannemer aan wie het werk gegund was dit bedrag uit te betalen, waarbij hij zich er onder meer op beriep dat de gemaakte afspraak in strijd was met de goede zeden.

De Hoge Raad verwierp dit betoog zonder omhaal: 'dat het dan ook noch bij de wet verboden, noch met de goede zeden in strijd is, wanneer aannemers zich dienaangaande met elkander beraden en er voor waken dat hun onderlinge mededinging hun belangen niet schaadt of hun wellicht verliezen bezorgt'. Aangezien de aanbesteder de vrijheid had een bepaalde inschrijving al dan niet aan te nemen, achtte de Hoge Raad dergelijke afspraken ook ten aanzien van deze aanbesteder niet onzedelijk. In zijn noot wijst Meijers er nog op dat ook in Duitsland 'het Bundesgericht een dergelijk contract niet in strijd [acht] met de goede zeden, veeleer in overeenstemming met een gezonde economische politiek'. Ongeclausuleerd ruim baan voor het opzetcontract, zo is de boodschap van dit arrest.

Reeds in 1923<sup>16</sup> komt er een eerste nuancering: een opzet van fl. 54.000 op een totale aanneemsom van fl. 326.000 was volgens de Hoge Raad ongeoorloofd, met name omdat de kennelijke strekking van de afspraak was dat betrokkenen zich een voordeel verschaffen zonder tegenprestatie.

In 1927<sup>17</sup> besliste de Hoge Raad echter weer onverkort ten gunste van een opzetcontract. Tussen de twee betrokken aannemers was afgesproken dat de een zijn offerte voor het leveren van 60.000 kubieke meter zand zou verhogen tot 30 cent per kubieke meter boven de prijs waarvoor de ander zou inschrijven. In ruil daarvoor zou hij een vergoeding ontvangen van fl. 3.000. Volgens de Hoge Raad was 'een zodanige overeenkomst zonder meer nog niet in strijd met de goede zeden'.

Ook in een tweetal naoorlogse arresten<sup>18</sup> achtte de Hoge Raad het voorliggende opzetcontract niet in strijd met de goede zeden. Wel kwam uit deze en met name ook lagere rechtspraak naar voren dat een opzetcontract moet voldoen aan een aantal criteria, wil het als een geoorloofde afspraak kunnen worden aangemerkt. Uitgangspunt moet

16. HR 8 juni 1923, NJ 1923, p. 1031.

17. HR 4 november 1927, NJ 1928, p. 254 m.nt. EMM.

18. HR 20 maart 1959, NJ 1959, 602; HR 11 februari 1972, NJ 1972, 259 m.nt. GJS.

zijn dat de opzet een vergoeding vormt voor reële kosten van mede-inschrijvers, dat zij ertoe bijdraagt dat inschrijving plaatsvindt tegen een economisch verantwoorde prijs en dat er geen sprake mag zijn van onrechtmatige verrijking ten koste van de aanbesteder.<sup>19</sup>

In 1986 heeft de minister van Economische zaken een generieke onverbindendverklaring vastgesteld met het doel ongewenste mededingingsregelingen in de bouw tegen te gaan.<sup>20</sup> Met ingang van 1 april 1987 was het uitsluitend onder strikte voorwaarden en tot een bepaald maximum nog mogelijk een opzetclausule, bedoeld om reële kosten van mede-inschrijvers te bestrijden, overeen te komen.<sup>21</sup> Onder de nieuwe Mededingingswet moet uitgangspunt zijn dat het opzetcontract valt onder het verbod van art. 6.<sup>22</sup>

De geschiedenis van het opzetcontract is hiermee bepaald niet volledig verteld, maar binnen dit kader volstaat deze schets. Duidelijk blijkt de nogal uiteenlopende, vrij casuïstisch ogende benadering van de verschillende gevallen door de Hoge Raad, waardoor een scherp beeld van wat nu eigenlijk wel en niet mocht nooit uit de jurisprudentie kon worden afgeleid. Duidelijk is ook dat de oorspronkelijke buitengewoon welwillende bejegening van deze contracten in de rechtspraak gaandeweg plaats heeft moeten maken voor een zeer stringente toetsing. In een tijd waarin concurrentiebeperving en mededingingsafspraken zeer verdachte begrippen zijn geworden, zal het opzetcontract in zijn klassieke vorm hooguit ondergronds nog een overlevingskans hebben.

#### 4. DRAAGMOEDERSCHAPSOVEREENKOMST

Alhoewel rechtspraak van de Hoge Raad hierover vooralsnog geheel ontbreekt, werd in Nederland vrij algemeen aangenomen dat de draagmoederschapsovereenkomst nietig is wegens strijd met de goede

19. Vgl. Contractenrecht (oud) losbl. (Wuisman), nr. 213, met verwijzingen.

20. Besluit mededingingsregelingen in de bouwsector van 29 december 1986, Stb 676; per 1 juni 1996 opgevolgd door het Besluit mededingingsregelingen aanbestedingen van 19 januari 1994, Stb. 55. Dit laatste besluit is met de inwerkingtreding van de Mededingingswet per 1 januari 1998 vervallen.

21. Zie Van Wijngaarden, Aanneming van bouwwerken (1990), p. 95 e.v.; Mok, TVVS 1987, p. 46 e.v.

22. Vgl. Essers/Van Eijck/De Jong, Kroniek aanbestedingsrecht 1997-1998 II, NTER 1999, p. 108.

zedes.<sup>23</sup> Als redenen hiervoor worden onder meer genoemd de menselijke waardigheid van het kind, de onmogelijkheid te contracteren over een (nog ongeboort) kind, het zelfbeschikkingsrecht van de draagmoeder en de algemene neiging van de overheid tot het voeren van een ontmoedigingsbeleid ten aanzien van nieuwe technieken op het terrein van de voortplanting, mede ingegeven door de maatschappelijke vrees voor experimenten op dit terrein.

Dat neemt niet weg dat de categorische nietigheid van alle draagmoederschapsovereenkomsten in toenemende mate wordt bekritiseerd. Een belangrijke grond voor deze kritiek is het gegeven dat ook het aannemen van nietigheid niet met zich meebrengt dat zich op dit terrein geen juridische problemen zullen voordoen. Daarnaast zijn maatschappelijke ontwikkelingen aan te wijzen waaruit blijkt dat in toenemende mate genuanceerd gedacht wordt over de toelaatbaarheid van bepaalde medische handelingen en in het spoor daarvan bepaalde draagmoederschapsverhoudingen. Bovendien blijkt dat in de rechtspraak over het gezag over de draagmoederkinderen, vrij algemeen wordt aanvaard dat wensouders het kind adopteren. Ik werk dit kort uit.

Relevant zijn in dit verband een tweetal onderscheidingen. In de eerste plaats is er het commercieel draagmoederschap tegenover het ideële. Bij wet<sup>24</sup> zijn bepaalde handelingen die het commerciële draagmoederschap bevorderen verboden: kort gezegd gaat het dan om de bedrijfsmatige bemiddeling bij het totstandbrengen van draagmoederschapsovereenkomsten, het in het openbaar aanbieden van dergelijke bemiddeling en het zich in het openbaar aanbieden als draagmoeder dan wel het in het openbaar zoeken naar een draagmoeder. Commercieel draagmoederschap is voor het overige niet verboden; waar de grens tussen commercieel draagmoederschap

23. Ik verwijs hier slechts naar: Broekhuijsen-Molenaar, *Civielrechtelijke aspecten van kunstmatige inseminatie en draagmoederschap* (1991), p. 154 e.v.; dezelfde, *Kunstmatige voortplanting en draagmoederschap*, in: *Vrouw en recht* (red. Holtmaat/Loenen, 1997), p. 248; De Ruiters, *Manipuleren met leven*, preadv. NJV 1993, p. 83; Schoots, *Draagmoederschapscontracten in de praktijk*, in: *Een dubbel acht ongestuurd* (Scheepelbundel, 1998), p. 173-184; *Contractenrecht (oud) losbl.* (Wuisman), nr. 233; allen met verwijzingen naar andere literatuur. Zie voor een rechtsvergelijkende 'tour d'horizon': Vranken, *Contractualisering en draagmoederschap*, TvP 1997, p. 1754 en De Ruiters, a.w., p. 105, 106.

24. Art. 151b Sr.



en ideëel draagmoederschap ligt is overigens onduidelijk.<sup>25</sup> Uit genoemde strafbepaling is wel af te leiden dat de afkeer van het draagmoederschap bij de wetgever met name ligt op het terrein van het commerciële draagmoederschap.

Een andere onderscheiding is die tussen wat wel genoemd wordt hoog-technologisch draagmoederschap, waarbij gebruik gemaakt wordt van eiceldonatie (met een bevruchte eicel van de wensouders), en bevruchting van een eigen eicel van draagmoeder door inseminatie met zaad van de wensvader. In het eerste geval is het kind genetisch een kind van de beide wensouders, in het tweede geval is het kind genetisch gezien een kind van de wensvader en de draagmoeder. Tot voor kort was eiceldonatie voor deze gevallen onmogelijk<sup>26</sup> en was draagmoederschap dus uitsluitend in de tweede vorm mogelijk. Recentelijk lijkt dit beleid zich te wijzigen.<sup>27</sup>

Met het invoeren van nieuwe regelgeving en het gebruik van nieuwe medische technieken, ontstaat ook de mogelijkheid juridisch genuanceerder te opereren. Pleidooien in deze richting zijn te vinden bij Vranken<sup>28</sup> en De Ruiter.<sup>29</sup> Behalve de hiervoor genoemde onderscheidingen is het daarbij van groot belang in welke context een beroep wordt gedaan op de geldigheid c.q. nietigheid van het contract. De vraag naar de toelaatbaarheid van bepaalde overeenkomsten wordt in mijn ogen gekleurd door deze context. De draagmoeder die om vergoeding van met de geboorte verband houdende medische kosten vraagt, of die extra kosten vordert wegens complicaties als gevolg van de geboorte van het kind, waardoor zij een half jaar niet heeft kunnen werken; de weigering van wensouders het contract na te komen wanneer het kind niet gezond blijkt; de weigering van de draagmoeder het kind af te staan, tenzij er extra betaald wordt: het aantal mogelijke complicaties is oneindig groot en het uitspreken van een categorische

25. Er is echter wel een grens, waarbij een forse beloning en een niet met de wensouders bekende draagmoeder eerder op een commerciële verhouding duidt, en een draagmoederschap om niet door een met de wensouders bevriende draagmoeder als ideëel kan worden beschouwd.

26. Op grond van het planningsbesluit IVF 1989 mocht een IVF-centrum de behandeling niet uitvoeren.

27. Zie uitvoeriger over deze materie: Sutorius/Kersten, Het gezag van draagmoeders, NJB 1997, p. 1116 e.v.

28. Contractualisering en draagmoederschap, TvP 1997, p. 1751-1761.

29. Manipuleren met leven, preadv. NJV 1993, p. 76-102, met name p. 92-94.

nietigheid van alle draagmoederschapscontracten leidt er allerminst toe dat deze complicaties op voorhand worden vermeden. Gezien het maatschappelijke gegeven dat draagmoederschapscontracten worden gesloten en uitgevoerd, zal de rechter er niet omheen kunnen deze genuanceerder te beoordelen, rekening houdend met de belangen van alle betrokken partijen, waaronder met name ook die van het kind. De geboorte van dit kind is immers het directe 'resultaat' van de gesloten overeenkomst; nietigheid en ongedaanmaking zijn ten aanzien van deze geboorte begrippen zonder inhoud.

Iets dergelijks is al te zien in het familierecht, waar de rechter geroepen wordt te oordelen over het gezag over het uit een draagmoeder geboren kind. Los van alle tegenstand die het draagmoederschap in juridisch opzicht te verduren heeft, wordt in de meeste gevallen het gezag over het kind, door middel van ontheffing en adoptie,<sup>30</sup> overgeheveld naar de wensouders.<sup>31</sup> Het zo bekritiseerde draagmoederschapscontract krijgt op die manier, na zijn feitelijke uitvoering, ook een juridische bekroning.

Gezien het voorgaande is naar mijn oordeel te verwachten dat de weerzin tegen het draagmoederschap ook in verbintenissenrechtelijk opzicht zal afnemen. Dit is een logische ontwikkeling: als draagmoederschap maatschappelijk, medisch, familierechtelijk en strafrechtelijk binnen bepaalde marges inmiddels wordt aanvaard, moet ook civielrechtelijk worden aangenomen dat de goede zeden niet aan alle afspraken op dit terrein de geldigheid kunnen onthouden.

## 5. TUSSENCONCLUSIES

Terugkerend naar de in de inleiding gestelde vragen, vloeit uit de hiervoor behandelde voorbeelden een beantwoording voort.

In de eerste plaats is de reeds genoemde verandering van de goede zeden in de tijd met het voorgaande helder geïllustreerd. In alle besproken gevallen is een duidelijke ontwikkeling zichtbaar ten aanzien van de vraag wat op een bepaald terrein al dan niet in

30. Art. 1:266 en 1: 227 BW.

31. Zie voor verwijzingen naar lagere rechtspraak: Sutorius/Kersten, Het gezag van draagmoeders, NJB 1997, p. 1116 e.v.; Wortmann, Kroniek van het personen- en familierecht, NJB 1998, 1486; Kalkman-Bogerd, Ontheffing en draagmoederschap, FJR 1998, 196-202; Schoots, Draagmoederschapscontracten in de praktijk, in: Een dubbel acht ongestuurd (Schepelbundel, 1998), p. 173-184.

overeenstemming wordt geacht met de goede zeden. Als motor achter deze veranderingen lijken zowel juridische als niet-juridische factoren een rol te spelen.

Overigens heeft Nieuwenhuis erop gewezen dat het met de snelle wisseling van tijden en zeden nogal meevalt:<sup>32</sup> de wisseling van opvattingen betreft vooral de buitenkant van het bestaan, de diepere kern van de normen die de inhoud van het ongeschreven recht bepalen zijn constanten. Wat hier ook van zij: feit is dat op grond van de goede zeden bepaalde contracten in een zekere periode voor nietig werden gehouden, terwijl zij in een andere tijd geldig werden geacht.

De tweede vraag is of deze veranderingen van de goede zeden in een bepaalde richting gaan, met name of het zo is dat de zeden steeds lossler worden. Op het gebied van prostitutie – een terrein dat vanouds natuurlijk sterk met de goede zeden wordt geassocieerd – is dat zeker het geval, zo bleek uit de beschouwing over de bordeelverkoop. De eventuele nietigheid van rechtshandelingen op dit terrein zal niet meer zozeer met de afkeuring van prostitutie op zichzelf verband houden, maar meer met mogelijk misbruik of uitbuiting van personen.

De bespreking van het opzetcontract heeft echter aangetoond dat het bepaald ook de andere kant op kan gaan: afspraken die destijds zonder probleem werden aanvaard, zijn naar huidige opvattingen ondenkbaar. Het is dus bepaald niet zo dat de goede zeden als nietigheidsgrond alleen maar afkalven: in de loop der tijd kan de houding van de rechter tegenover een bepaald type contract steeds kritischer worden.<sup>33</sup>

De bespreking van het draagmoederschapscontract heeft een andere manier laten zien waarop nieuwe verboden kunnen ontstaan en evolueren. Door voortschrijdende technieken, bijvoorbeeld op medisch gebied, ontstaan nieuwe terreinen waarop mensen contracten sluiten. Het civiele recht loopt op dergelijke terreinen per definitie achter de maatschappelijke ontwikkelingen aan: pas na het sluiten van de contracten rijst de vraag naar de afdwingbaarheid. Daarbij zal de rechter de nodige voorzichtigheid en terughoudendheid in acht moeten nemen: een nietigheidsgrond als de goede zeden is niet een geschikt instrument om eventueel gewenste maatschappelijke vernieuwingen te

32. Ieder het zijne, in: *Confrontatie en compromis* (1997), p. 26.

33. Zie ook: Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht* 4II (1997), nr. 256, p. 243.

realiseren. Aan de andere kant: op een terrein als het draagmoederschapscontract moet de rechter er ook voor waken dat hij te ver achter gaat lopen bij wat maatschappelijk reeds algemene aanvaarding lijkt te hebben gevonden.

Dat normen behalve lossers ook vager worden is uit de voorgaande casusposities niet gebleken. Ik ga op deze plaats niet uitgebreid op deze kwestie in, maar wijs slechts op twee in dit verband belangrijke punten. In de eerste plaats zou het zo kunnen zijn dat de maatschappelijke consensus op door de goede zeden beheerste terreinen minder is geworden. Deze stelling zou ik niet zonder meer voor mijn rekening willen nemen: op het gebied van de seksuele moraal bijvoorbeeld is naar mijn oordeel de consensus vrij groot, zij het dat deze veel minder strikt is dan voorheen en vooral uitgaat van tolerantie en individualiteit in plaats van verboden, met als begrenzing het schade toebrengen aan anderen.

Een andere factor waarmee rekening moet worden gehouden is het gegeven dat de maatschappij door een veelheid van oorzaken gedifferentieerder en minder doorzichtig wordt. De normen die op een dergelijke samenleving moeten worden losgelaten zijn dus noodzakelijkerwijs eveneens gedifferentieerder en daardoor ingewikkelder. De bespreking van het draagmoederschapscontract biedt hiervan een illustratie. Het domweg nietig verklaren van een bepaalde overeenkomst betekent allerminst dat de met dergelijke contracten samenhangende problemen zijn opgelost; een genuanceerde benadering zal noodzakelijk zijn, juist om ongewenste ontwikkelingen tegen te gaan. Maatschappelijke ontwikkelingen en differentiatie vragen als vanzelf om rechtsontwikkeling en rechtsverfijning.

Interessant is de rol die de wetgever in dit verband kan spelen. Door regelgeving kan hij het aangaan van bepaalde rechtshandelingen verbieden, of zijn afkeuring van de inhoud of strekking van bepaalde rechtshandelingen laten blijken.<sup>34</sup> Ten aanzien van het opzetcontract bleek dat de normen die de wetgever in gedachten had, scherper waren dan de in de rechtspraak ontwikkelde gezichtspunten. Het toelaten van de bordeelverkoop motiveerde de rechter met een verwijzing naar de

34. In dat geval is de rechtshandeling niet bij wet verboden als bedoeld in art. 3:40 lid 2, maar is zij nietig op grond van strijd met de goede zeden, art. 3:40 lid 1. Zie Parl. Gesch. NBW, Boek 3 (1981), p. 191; Asser/Hartkamp, Verbintenissenrecht 4II (1997), nr. 258, p. 244.

ophanden zijnde intrekking van art. 250bis Sr. Bij de draagmoeder-schapsovereenkomst duidt het gegeven dat de wetgever slechts optreedt tegen commercieel draagmoederschap, er m.i. op dat de nietigheid van ideële overeenkomsten niet zonder meer mag worden aangenomen. Waar de inhoud van de goede zeden (mede) afhankelijk lijkt van het maatschappelijk draagvlak, is de wetgever van nature veel beter in staat vanuit een bepaalde consensus algemene normen te ontwikkelen. De rechter mist daartoe het inzicht en de representativiteit: zijn oordelen zijn gebaseerd op specifieke gevallen en gelden in beginsel ook slechts in die gevallen. Het ligt dus voor de hand dat de rechter afstemt op door de wetgever geïnitieerde ontwikkelingen.

De derde vraag had betrekking op het tijdstip waarnaar de rechter moet beoordelen of een bepaald contract in strijd is met de goede zeden. Als de goede zeden veranderen ontstaat de mogelijkheid dat de rechter moet oordelen over een overeenkomst waarvan op dat moment vast staat dat zij in strijd is met de goede zeden, terwijl de overeenkomst op het moment dat partijen haar aangingen zonder meer aanvaardbaar was, of omgekeerd.

Het antwoord van de Hoge Raad op deze vraag blijkt uit het arrest over de bordeelverkoop: relevant is slechts het tijdstip waarop de rechtshandeling werd verricht: was zij op dat moment niet in strijd met de goede zeden dan is de rechtshandeling geldig, ongeacht latere wijziging van opvattingen omtrent dit punt, en vice versa. De literatuur hierover is eenstemmig;<sup>35</sup> het oordeel van de Hoge Raad in de zaak van de bordeelverkoop stemt overeen met zijn eerdere rechtspraak.<sup>36</sup>

## 6. DUIJS RECHT

Het zal niemand verbazen dat de hiervoor besproken kwesties ook in Duitsland in de context van § 138 BGB<sup>37</sup> een (uitvoerige) behandeling

35. Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht* 4II (1997), nr. 262, p. 248; Van Dam, *Studiereeks burgerlijk recht* (Bloembergen e.a.), *Rechtshandeling en overeenkomst* (1998), p. 182; *Contractenrecht* (oud) losbl. (Wuisman), nr. 82; *Vermogensrecht* losbl. (Van Kooten), aant. 10 bij art. 40; *Burgerlijk wetboek, tekst & commentaar* (1998), aant. 2a bij art. 3:40 (Hijma).

36. HR 8 december 1972, NJ 1973, 496 m.nt. KW; HR 14 april 1950, NJ 1951, 17 m.nt. PhANH.

37. Het eerste lid van deze bepaling luidt: "Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten



hebben gekregen.<sup>38</sup>

Ook in Duitsland is onbestreden dat de gute Sitten in de tijd aan verandering onderhevig zijn.<sup>39</sup> Uitgangspunt is verder dat de geldigheid van een rechtshandeling moet worden beoordeeld naar het tijdstip waarop zij werd verricht.<sup>40</sup>

Reeds uit de genoemde bronnen volgt echter dat dit laatste niet geheel onproblematisch is. Uit een recent verschenen studie van Mathias Schmoeckel<sup>41</sup> blijkt dat juist met betrekking tot het beoordeelingsmoment een genuanceerde benadering van groot belang kan zijn.

Een eerste nuttige opmerking van Schmoeckel is het scherpe onderscheid dat hij maakt tussen verandering van omstandigheden en verandering van de norm zelf. Mocht de verandering in de zedelijke waardering van een rechtshandeling gelegen zijn in gewijzigde feitelijke omstandigheden van het geval, dan moet het geval worden beoordeeld op grond van de feiten zoals die zich voordeden op het moment van verrichten van de rechtshandeling, tenzij partijen op dat moment al rekening hielden met een wijziging van deze omstandigheden. Op zichzelf ligt deze gevolgtrekking voor de hand.

Schmoeckel komt dan toe aan de behandeling van de veranderde

Sitten verstößt, ist nichtig.”

38. Voor algemene beschouwingen over de inhoud van het begrip gute Sitten verwijs ik naar (telkens met verdere verwijzingen): Esser/Schmidt, Schuldrecht, Band I Teilband 1 (1995), p. 160-165; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Das Rechtsgeschäft (1992), p. 363-388; Larenz/M. Wolf, Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts (1997), p. 742-762; Münchener Kommentar zum BGB (Mayer-Maly), aant. bij § 138, Rn. 11 e.v.; Palandt/Heinrichs, Bürgerliches Gesetzbuch (1998), aant. bij § 138, Rn. 1 e.v.; Soergel/Hefermehl, Bürgerliches Gesetzbuch, aant. bij § 138 (1987), Rn. 3 e.v.; Staudinger/Sack, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, aant. bij § 138 (1996), Rn. 11 e.v.
39. Zie de in de volgende noot te noemen vindplaatsen. Voor een inhoudelijke bespreking van enkele daadwerkelijk veranderde maatschappelijke opvattingen en de doorwerking daarvan in het burgerlijk recht, onder meer langs de weg van § 138, verwijs ik naar: Würtenberger, Zeitgeist und Recht (1991), p. 90 e.v., met name p. 174-190.
40. Larenz/M. Wolf, a.w., p. 750; Münchener Kommentar, a.w., Rn 17; Palandt-Heinrichs, a.w., Rn. 9, 10; Soergel/Hefermehl, a.w., Rn. 40 e.v.; Staudinger/Sack, a.w., Rn. 77 e.v.; dit is ook vaste rechtspraak, vgl. BGH 30 juni 1983, NJW 1983, 2692.
41. Schmoeckel, Der Maßgebliche Zeitpunkt zur Bestimmung der Sittenwidrigkeit, AcP 197 (1997), p. 1-79. Wat hier volgt is een nogal vrije bespreking van zijn opvattingen.

zedelijke normen. Daarbij stelt hij voorop de twee mogelijke visies op het doel van § 138: enerzijds de meer subjectieve bedoeling te voorkomen dat rechtshandelingen worden verricht die strijdig zijn met de goede zeden, anderzijds het meer objectieve oogmerk dat de rechter recht spreekt volgens de (zedelijke) normen zoals die op dat moment volgens hem gelden. Na een uitgebreide analyse, waarbij hij ook aandacht besteedt aan uitgangspunten die gelden bij de verwerping van terugwerkende kracht van nieuwe wetgeving,<sup>42</sup> komt Schmoeckel tot de volgende conclusies:

1. De rechter past in het algemeen het recht toe zoals dat geldt op het moment van oordelen, daarom kan hij niet anders dan afgaan op zijn kennis van de goede zeden zoals hij die op dat moment heeft; daaruit vloeit voort dat hij uiteindelijk vanuit zijn op het moment van oordelen bestaande standpunt moet rechtspreken.
2. Onderdeel van de zedelijke bagage van de rechter is de bescherming van vertrouwen, de rechtszekerheid en het respect voor morele opvattingen zoals die in het verleden golden en werden gerespecteerd. Daaruit volgt dat hij nieuwe normen doorgaans niet met terugwerkende kracht mag toepassen – een uitgangspunt dat doorgaans ook wettelijke overgangsregelingen beheerst. Pas uit deze vaststelling leidt Schmoeckel af dat in gewone gevallen geldt dat afgestemd moet worden op de goede zeden zoals die golden op het tijdstip waarop de rechtshandeling werd verricht. Duidelijk blijkt hieruit dat het primaire belang van § 138 volgens Schmoeckel niet ligt in het voorkomen (verbieden) van rechtshandelingen in strijd met de goede zeden, maar in het voorkomen dat de rechter zijn oordeel moet baseren op rechtshandelingen die in strijd zijn met de goede zeden, waarmee hij aan deze onzedelijke rechtshandelingen rechtskracht zou moeten geven. Dit lijkt mij, zowel uit theoretisch als uit pragmatisch oogpunt, een goede gedachte.
3. In bijzonder krasse gevallen moet weer van deze regel worden afgeweken. Schmoeckel spreekt van oude normen die zo strijdig zijn met de huidige opvattingen dat het rechtspreken op basis van dergelijke verouderde opvattingen strijd oplevert met wat hij

42. Vgl. voor Nederland de – genuanceerde – regeling van de nietige rechtshandelingen in art. 79-81 Overgangswet NBW, Parl. Gesch. Overgangsrecht (1991), p. 75-85.

noemt de 'ordre public'. Een sprekend voorbeeld is de toetsing van een overeenkomst die is aangegaan in de tijd van het nationaal-socialisme.<sup>43</sup>

4. Een andere indicatie om niet af te stemmen op het tijdstip van verrichten maar op het tijdstip van oordelen is het geval waarin dit ten gunste werkt van (alle) betrokken partijen. Daarvan zal vaak sprake zijn indien een bepaalde rechtshandeling ten tijde van het verrichten verboden was, maar naar huidige opvattingen wel is toegelaten. Gezien het voorgaande dient het nietig verklaren van een dergelijke rechtshandeling geen enkel doel.
5. Tot slot concludeert Schmoeckel dat er geen reden is erfrechtelijke rechtshandelingen op een andere manier te behandelen.<sup>44</sup>

In aansluiting op het voorgaande zijn ook naar Nederlands recht gevallen denkbaar waarin naar mijn oordeel afgestemd moet worden op de normen zoals die gelden ten tijde van de rechterlijke toets. Indien in het kader van de draagmoederschapsovereenkomst afspraken worden gemaakt tussen de betrokken partijen bij voorbeeld in het belang van het kind, dan moet de geldigheid van deze afspraken naar de meest recente maatstaven worden beoordeeld. De nietigheid van de overeenkomst aannemen omdat daar ten tijde van het sluiten van de overeenkomst vanuit moest worden gegaan, dient in een dergelijke situatie geen enkel doel.

43. Zie over de rechtsorde onder het nationaal-socialisme met name: Jakobs, Karl *Larenz und der Nationalsozialismus*, JZ 1993, p. 804-815 en Rütters, *Die unbegrenzte Auslegung – zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus* (1997). Vaste rechtspraak in die tijd was dat de inhoud van de gute Sittennorm werd vastgesteld aan de hand van de beruchte formule van het 'gesunde Volksempfinden', waarmee de nationaalsocialistische wereldbeschouwing tot rechtswaardige rechtsnorm kon worden verheven; vgl. over deze formule (en een – ongelukkige – recente toepassing daarvan): LG Flensburg 1 september 1992, NJW 1993, 1866; Renk: *Rückkehr des 'gesunden Volksempfindens'?*, NJW 1993, p. 2727, 2728 en Meyer, *Nochmals: Rückkehr des 'gesunden Volksempfindens'?*, NJW 1993, p. 3124.
44. Het testament is daarom naar Duits recht een zeer geschikte rechtshandeling om de gevolgen van al te rigide vasthouden aan het tijdstip van verrichten van de rechtshandeling te illustreren; vgl. Schmoeckel, a.w., p. 64 e.v. Overigens kent het Duitse recht een 'eigen' nietigheidsbepaling in het erfrecht (§ 2171 BGB), maar deze verwijst niet uitdrukkelijk naar de goede zeden; op dit punt wijkt het Duitse recht dus af van het Nederlandse, vgl. art. 4:935 BW.

## 7. SLOT

In het voorgaande is de verandering van de goede zeden in de tijd besproken en van enige achtergronden voorzien. Een tweetal met deze verandering samenhangende vragen is aan de orde gesteld. Daarbij is gebleken dat de inhoud van de norm lossier kan worden (bordeelverkoop), maar ook strikter (opzetcontract). Voorts kan het zo zijn dat nieuwe maatschappelijke en technologische ontwikkelingen vragen om nieuwe of meer verfijnde normen (draagmoederschap). Bij de bespreking van de verschillende overeenkomsten was te zien dat veranderingen in de inhoud van het begrip goede zeden sterk beïnvloed kunnen worden door activiteiten van de wetgever.

Ten slotte bleek dat het nuttig kan zijn kennis te nemen van de in Duitsland ontwikkelde gedachten over de vraag welk moment moet worden gekozen bij de toetsing van de rechtshandeling aan de goede zeden. In bepaalde gevallen, met name die waarin een ten tijde van het verrichten verboden rechtshandeling naar huidige opvattingen wel aanvaardbaar is, zal de rechter niet naar de inhoud van de goede zeden ten tijde van het verrichten van de rechtshandeling, maar naar de huidige inhoud van deze norm moeten oordelen.<sup>45</sup> Dit laatste vormt een afwijking van de in Nederland heersende leer.

45. Een argument voor deze opvatting naar Nederlands recht is het in art. 81 lid 1 Overgangswet NBW verwoorde uitgangspunt dat een naar oud recht nietige rechtshandeling (met terugwerkende kracht) onaantastbaar wordt indien deze rechtshandeling naar nieuw recht geldig is; aangezien de invoering van het NBW geen inhoudelijke wijziging van de norm meebracht -zie nt. 5 hiervoor- heeft deze regeling overigens materiëel geen rechtstreekse betekenis voor art. 3:40 lid 1.