

Voorwoord bij de zesde druk

Tijd is een merkwaardig fenomeen, voor zijn bestaan en voortgang is geen mense-lijke inspanning vereist, misschien is dat de oorzaak van zijn snelheid (hij 'vliegt'). Een dergelijke overpeinzing is passend wanneer men bedenkt dat de vorige, 5^e druk van dit boek uit 2004 stamt. Dat was twee jaar voordat ik met emeritaat ging in Rotterdam, na een hoogleraarschap van 34 jaar, waarna zeeën van tijd zouden aanbreken, zei men. Het plan voor een herdruk werd dan ook toen al opgevat, en een uitgever gevonden, maar het liep toch anders. Mijn nevenactiviteiten liepen gewoon door: arbitrages, adviezen en het schrijven van artikelen en boeken. De laatste jaren kwamen daar veel *pro bono*-zaken bij, die soms tot cassatieprocedures geleid hebben (het pleiten voor hoven was daarbij een nieuwe ervaring), en dan was daar nog het dossier Mijnbouwschade Groningen, en de oprichting van de Studiekring Normatieve Uitleg in 2015, met jaarlijkse symposia (zie: *website*). Nu was dat in de periode ervoor met beschikbare tijd weinig anders geweest, met een zware onderwijs- en onderzoekaak, en leiding geven aan twee instituten met veel contractonderzoek. Het zijn van 'andere tijden' na pensioen, viel dus niet zo op.

Kortom, een herdruk van dit boek kwam er lange tijd niet van. Het teruglo-phen van sommige van die activiteiten, in combinatie met een Corona-tijd die het uitgaansleven *on hold* gezet had, bood in 2021 de gelegenheid om het werk einde-lijk ter hand te nemen. Dat werd vergemakkelijkt doordat ik over een groot aantal onderwerpen uit het contractenrecht was blijven schrijven (vaak gevoed door de adviespraktijk), hetgeen in deze druk verwerkt kon worden. Bij andere onderwer-pen was het nodig om de draad weer op te pakken en na te gaan wat er zich in de laatste tijd aan ontwikkelingen voorgedaan had. Een bijzonder intensieve, maar inspirerende bezigheid. Over beide aspecten nog enkele opmerkingen.

Sinds de vorige druk schreef ik artikelen over de volgende onderwerpen: uitleg van overeenkomsten, ook naar engels recht (2005, 2006, 2011, 2015, 2018, 2021); de invloed van onvoorziene omstandigheden, ook in bouwcontracten (2010(2), 2011, 2013, 2016, 2021); schade, ook in abstracte vorm (2018, 2020), en in dat ver-band: causaliteit en relativiteit (2007, 2009, 2010); contractsbedingen: exoneratione (incl. bewuste roekeloosheid), garantie, ouderdomsclausule bij koop, boetebe-ding (2008, 2020, 2021, 2022); dwaling (2020); bewijs (omkeringsregel en vaststel-lingsovereenkomst) en verjaring (2006, 2016, 2019); ingebrekestelling en verzuim (2022). Die publikaties, in bladen als: *NJB*, *WPNR*, *Contracteren*, *TGMA*, *AA*, en *ORP*, werden grotendeels verwerkt in deze nieuwe druk. Ze zijn overigens *full text* opgenomen in de Lijst van publikaties op mijn website, www.janvandunne.nl.

Het bijwerken van actuele ontwikkelingen, typisch voor een herdruk, leverde vaak verrassingen op. Nu was bij sommige onderwerpen al duidelijk geworden dat hetgeen door mij in de vorige druk (en eerdere drukken) verdedigd was – vaak tegen de heersende leer in – intussen algemeen aanvaard is, met als

paradepaard: de normatieve uitleg van overeenkomsten, en eerder ook het aanbod als eenzijdige rechtshandeling, in het nieuwe BW opgenomen bij Gewijzigd Ontwerp van 1976 (*exit*: wilsovereenstemming), en de onderzoeks- en mededelingsplicht bij dwaling. De normatieve uitleg vroeg in deze druk wederom veel aandacht; in de vorige druk kon *DSM – Fox* (2004) nog net besproken worden als voorbeeld daarvan. Tegenstanders bleven voor een uitzondering voor ‘commerciële overeenkomsten’ pleiten. Met de arresten *Vodafone* (2007) en *Lundiform – MEXX* (2013) viel echter ook dat laatste bastion: normatieve uitleg echt aanvaard. Toch bleven veel schrijvers nog hardnekkig op het verschil tussen uitleg en aanvulling wijzen. Maar dat onderscheid, al jaar en dag verworpen in het normatieve uitleg-kamp, hanteert ook de hoge raad niet, zoals uit *Skare – Flexmen* (2010) is gebleken. Aan ‘normatieve uitleg-light’ is geen behoefte.

Bij een aantal andere kwesties met vaak een even behoudende heersende opvatting, bleek de hoge raad oude, afwijkende wegen te bevestigen of nieuwe wegen in te slaan. Voorbeelden van het eerste zijn de normatieve toerekening van ‘bewuste roekeloosheid’ in *Scaramea – Telford* (2008) en *Qnow* (2016), en de normatieve uitleg van bankgaranties uit *Anthea Yachting* (2004) zoals bevestigd in *ABN AMRO – Rabobank* (2015) en *Rolocate – Rabobank* (2018). De jurisprudentie over de rol van verzekering voor de aansprakelijkheidsvraag, het taboe dat met *Fokker – Zentveld* (1968) doorbroken was en in *Kuunders – Swinkels* (2004) bevestiging vond, werd door lagere rechters gevolgd (zoals Hof Den Bosch 2018). Voorbeelden van het tweede zijn arresten over matiging van boetebedingen (*Turan – Easystaff*, 2018), en uitleg van testamenten met ook daar normatieve uitleg (*Testament ‘mijn broer’*, 2013). Maar er blijft voor de progressieve jurist toch nog veel te wensen over, ik noem de reparatie van de gebrekkige wettelijke ingebrekestelling/verzuimregeling (het teleurstellende arrest *Fraanje – Alukon*, 2019) en de werking van de ouderdomsclausule bij koop (het even zwakke arrest *Van Dalfsen – Gemeente Kampen*, 2008).

De door mij hier positief beschreven jurisprudentie handelde – hetgeen niet zal verbazen – over rechtsvragen die ik eerder op dezelfde wijze beantwoord had als in de tegenwoordig door de cassatierechter aanvaarde zin.

Is hiermee het *raison d’être* van deze herdruk aangetoond, zou ik menen, nog enkele opmerkingen over het bestaansrecht en betekenis van dit boek zelf, het karakter ervan.

Dit is een nog gevoeliger onderwerp dan het voorgaande, maar het zal eerder wel opgevallen zijn dat zoiets voor mij niet echt een belemmerende faktor is. Om een – niet door mij aangehangen – Weense stroming in de filosofie te parafraseren: *Was klar ist, lässt sich klar sagen*. Het is denk ik van algemene bekendheid dat de in dit boek door mij ingenomen standpunten veelal aanzienlijk afwijken van hetgeen in de Asser-delen *Overeenkomsten-* en *Verbintenissenrecht* gesteld wordt. Dat valt tegenwoordig sterker op, nu er geen sprake meer is van een veel-

voud aan handboeken, met een palet aan opvattingen over privaatrecht: de Pitlo-serie (bewerking door Bolweg) en de Hofmann-serie (bewerkingen door Van Opstall, Drion en Abas) zijn al lang geleden gestaakt. Daar komt nog bij, dat de Asser-serie uitgaat van het model: 'Het BW verklaard', een visie die teruggaat op de naamgever, Carel Asser (hoogleraar te Leiden, eind 19^e eeuw), die de eerste editie de titel 'Handleiding' meegaf, gericht op het in BW gecodificeerde recht en hoofdzakelijk ten dienste van het juridische onderwijs. Saillant detail: Carel Asser was tegenstander van de prille vertrouwensleer in zijn tijd, net zo als de latere bewerker Rutten, daarin gevolgd door Hartkamp.

Aan die huisfilosofie lijkt weinig veranderd te zijn, de Asser-bewerker volgen het BW nog steeds op de voet, zijn wars van kritiek erop, of zelfs bespreking van die kritiek uit de vakliteratuur. Hartkamp werd in 1984 als bewerker speciaal met het oog op het komende NBW aangetrokken (zie het *Voorwoord* van opvolgend bewerker Sieburgh in deel 6-III 2018). Dat kan tot vreemde situaties leiden wanneer er een vrij eenstemmig koor van schrijvers is dat een bepaalde wettelijke regeling niet deugt, in theorie en praktijk (bijv. ingebrekestelling en verzuim). Of wanneer de grondslag van de gebondenheid uit overeenkomst niet ter discussie gesteld wordt (wil *versus* vertrouwen), want dat 'reikt verder dan het behandelde onderwerp, immers de grondslagen van ons privaatrecht', en dat valt buiten 'het kader van een handboek' (nr 131). Voor het geldend recht wordt 'de door de wetgever gekozen structuur gevolgd' (nr 44). Nu had de wetgever die grondslag in het midden gelaten, en juist aan de doktrine overgelaten ... (het helpt daarbij niet dat de vertrouwensleer door tegenstanders nog steeds verkeerd weergegeven wordt, zo ook in nr 129). In elk geval wordt in deze herdruk van mijn boek dat debat voortgezet, dat al in 1875 (nota bene in Leiden) ingezet werd, en daarbij worden ook enkele rechtstheoretische aspecten van de oude wil – vertrouwen strijdvraag aan de orde gesteld, aan de hand van twee rotterdamse proefschriften uit 2008. Feiten en normen staan in een dialektische verhouding tot elkaar – dat leerde Scholten ons al – en met andere relaties is het niet anders: rechtszekerheid en billijkheid, theorie en praktijk. Dewey, Popper en Levinas bieden ons hier nieuwe inzichten.

Tot slot nog enkele zaken die meer in de marge gelegen zijn. In deze herdruk zijn, evenals in vorige drukken, veel oude teksten over jurisprudentie en doktrine onder het oude BW blijven staan, vaak vrij omvangrijk. Kennisname ervan is meestal een voorwaarde voor het begrijpen van ontwikkelingen die nu, onder het huidige BW plaatsvinden. Dit nog afgezien van de gedachte: 'Een volk dat zijn verleden niet kent, heeft geen toekomst' – een ook voor het juristenvolk passend inzicht. Verder is wederom afgezien van het maken van een Zakenregister, ook al gingen daarover vroeger stemmen op vanuit de praktijk. Een heel uitvoerige Inhoudsopgave, evenals uitgebreide Jurisprudentieregisters (op datum, en op naam) zouden in de behoefte moeten kunnen voorzien.

Hieronder vindt men (passages uit de) *Voorwoorden* van eerdere drukken weergegeven, van 1985 tot 2004, die behulpzaam kunnen zijn om licht te werpen op de opzet van dit boek, ter aanvulling van hetgeen eerder hierover gezegd werd. Een kleine kanttekening daarbij, mijn voorspelling in 2001 dat dit boek uit de ‘Lijst van verkort aangehaalde werken’ in de Asser-delen geweerd zou blijven, is nog steeds uitgekomen. Daarentegen is mijn proefschrift (van 1971) wel op die Lijst geplaatst, dat gebeurde in 2018.

Bij deze herdruk staat hier voor de eerste keer geen dankwoord aan de medewerkers van mijn sectie aan de EUR voor het vele werk dat zij verzet hebben om een nieuwe druk mogelijk te maken. Dit keer stond ik er alleen voor, zij het, dat ik regelmatig een beroep kon doen op assistentie van de Sanders Instituut bibliotheek aan de EUR, waarvoor dank. Nog grotere dank gaat uit naar de uitgever van dit boek, Antoine Paris, en wat het gereedmaken van de kopij betreft, Annemieke van Garling-van Jaarsveld, met wie de samenwerking behalve zeer professioneel, ook heel plezierig was. Dat was in de Kluwer-tijd wel wat anders: alles moest toen *copy-ready* ingeleverd worden (opgemaakt door mijn sektieleden) – een uitgever geeft slechts uit, vond men in Deventer.

Als laatste, nog dit. In mijn oratie van 1974 haalde ik tot slot het woord van Hegel aan, die bij zijn intrede verklaarde: wat heeft men nog meer te wensen met *Ein sicheres Amt, ein kluges Weib!* Dat citaat is nog steeds passend, al is dat ambt wel enige tijd achter de horizon. Ik dank mijn vrouw, Beatrix, voor haar geduld bij deze herdruk – die als altijd bij mijn werken (aan het bureau of in de tuin), langer duurde dan gedacht. Hoewel, de tijd vliegt, gelukkig maar.

Rotterdam, 24 augustus 2022

Jan van Dunné

Kort overzicht van de inhoud

Inhoudsopgave	XVII
Inleiding. Het wettelijk systeem van verbintenissenrecht	XLV
Hoofdstuk 1. De overeenkomst. Totstandkoming; aanbod en aanvaarding	1
§ 1. Algemene inleiding	1
§ 2. De totstandkoming van overeenkomsten door aanbod en aanvaarding. Het stelsel van het geldend recht	40
§ 3. Aanbod: Het rechtskarakter van het aanbod	51
§ 4. Het rechtskarakter van het aanbod nader uitgewerkt: gerichtheid, rechtsgevolgen, nevenverbintenissen	74
§ 5. Aanbod en vrijblijvend aanbod naar geldend recht	93
§ 6. Aanvaarding en toestemming naar geldend recht	98
§ 7. Het moment van totstandkoming van overeenkomsten	122
§ 8. Naar een nieuw overeenkomstbegrip	139
Hoofdstuk 2. De inhoud van de overeenkomst: uitleg van overeenkomsten	151
§ 1. Inleiding. Het rechtskarakter van de uitleg	151
§ 2. Uitleg van overeenkomsten	157
Hoofdstuk 3. Grenzen van de overeenkomst	301
§ 1. Precontractuele fase. Onderhandelingen	301
§ 2. De grens met afspraken in het sociale verkeer. Het causa-vereiste	372
Hoofdstuk 4. Belangrijke clauses in overeenkomsten	383
§ 1. Standaardvoorwaarden in het algemeen	383
§ 2. Exoneratieclausules	486
§ 3. Garantiebedingen	584
Hoofdstuk 5. Problemen bij de totstandkoming van overeenkomsten	661
§ 1. Dwaling (misleiding)	661
§ 2. Bedrog en bedreiging	736
§ 3. Misbruik van omstandigheden	746
Hoofdstuk 6. Problemen bij de uitvoering van overeenkomsten	785
§ 1. Wanprestatie	785
§ 2. Schade en schadevergoeding	871
§ 3. Overmacht	973
§ 4. Veranderde omstandigheden	998
§ 5. Derdenwerking van overeenkomsten	1064
	XV

Hoofdstuk 7. Beëindiging van overeenkomsten	1087
§ 1. Betaling (nakoming)	1087
§ 2. Opzegging	1100
§ 3. Ontslag-problematiek	1130
§ 4. Nietigheden	1154
Jurisprudentieregister Chronologisch	1171
Jurisprudentieregister Alfabetisch	1195
Overige jurisprudentie	1221

Inleiding.

Het wettelijk systeem van verbintenissenrecht

Het verbintenissenrecht volgens het huidige BW dat 1 januari 1992 van kracht is geworden, is op veel punten gelijk aan het oude recht, maar wijkt ook op veel punten daarvan af. Het is niet mijn bedoeling om aan te geven in welke mate van beide verschijnselen sprake is – dat zou geen eenvoudige opgave zijn, zeker niet voor een inleiding – en daarmee is deze opmerking een open deur. Voor een eerste paragraaf van een boek geen slecht begin, dacht ik, maar ik wil toch meer dan de deur van het verbintenissenrecht openzetten (wat frisse lucht kan hier nog steeds geen kwaad, trouwens). Alvorens met de behandeling van enkele onderdelen van het verbintenissenrecht te beginnen, is het goed om even bij de indeling en systematiek van het verbintenissenrecht volgens het nieuwe wetboek stil te staan. Daarbij kunnen ook enkele algemene zaken besproken worden die later telkens zullen terugkomen, beginselen, terminologie, en dergelijke.

Allereerst de indeling volgens het BW; het verbintenissenrecht is over een aantal Boeken verdeeld. In Boek 6 vinden wij het algemeen gedeelte, terwijl de bijzondere contracten in de Boeken 7 en 8 opgenomen zijn. Onze aandacht zal in dit werk naar Boek 6 uitgaan, dat globaal overeenkomt met de eerste vier titels van het vierde Boek van het oude BW: verbintenissen in het algemeen, onrechtmatige daad en andere ‘verbintenissen uit de wet’, en overeenkomsten in het algemeen. Maar dan zijn wij er nog niet: men moet voor sommige algemeen vermogensrechtelijke onderwerpen in Boek 3 te rade gaan, en de betreffende artikelen in samenhang met de verwante bepalingen van Boek 6 hanteren. Daar is nogal wat kritiek op geweest, aangezien dit volgens de dogmatische benadering die in sommige studeerkamers gebruikelijk is wel uit te leggen is, maar niet echt voor de hand liggend is, en zeker niet praktisch voor de gebruiker van het wetboek, niet alleen de praktijkjurist, maar ook de jurist in opleiding (student dus). Soms is het slechts een kwestie van een klein ongemak, je moet het even weten (en eraan blijven denken), vaak zit het dieper, en komen er dogmatische problemen aan de oppervlakte, omdat er wat aan de samenhang schort. De aangebrachte indeling is bovendien vaak op oude dogmatiek gebaseerd, die toen Meijers het Grote Werk begon (ruim voor de oorlog) eigenlijk al niet meer bij de tijd was als men zijn meer vooruitstrevende collega's als oriëntatiepunt genomen zou hebben (Suijling, Scholten, Van Oven, Eggens, e.a.). Vaak hebben wij met een persoonlijke hobby van Meijers te maken, die, zoals wel meer grote juristen van zijn tijd, liever niet tegengesproken wenste te worden. Die eerbied voor de oer-ontwerper heeft op sommige punten van systematiek en terminologie nog lang nageijld, ook lang na zijn dood in 1954.

Ik geef enkele voorbeelden. Als men de zogenaamde ‘wilsgebreken’, volgens het traditionele woordgebruik, wil opzoeken, dan vindt men die in Boek 3, art.

3:44 BW, met uitzondering van de dwaling, want daarvoor moet men in Boek 6, bij de overeenkomsten zijn: art. 6:228 BW. Waarom? Omdat Meijers vond dat bij eenzijdige rechtshandelingen geen beroep op dwaling openstond, en deze figuur daarom thuishoorde bij de meezijdige rechtshandelingen. Dat standpunt was vijftig jaar geleden al niet echt houdbaar, en is nu zeker verlaten; onlangs heeft de hoge raad dat nog bevestigd.

Als men – andersom – in Boek 6 met de totstandkoming van overeenkomsten bezig is, moet men wel de bepalingen van Boek 3, art. 3:37 BW, bij de hand hebben over de verklaring, en die van art. 3:33 v. over de rechtshandeling en de kwestie van opgewekt vertrouwen in het algemeen. Verschillende onderwerpen die typisch bij het contractenrecht horen, Pauliana, vernietiging, goede zeden, e.d., zijn in Boek 3 ondergebracht, omdat ze een meer algemene toepassing hebben (ook al is dat uitzonderlijk in de praktijk).

Verder is er het fenomeen van de zogenaamde ‘schakelbepalingen’ die een analoge toepassing van artikelen op andere gebieden inhouden. Belangrijke schakelbepalingen in het verbintenissenrecht zijn bijvoorbeeld: art. 6:216, analoge toepassing van bepalingen over (totstandkoming van) overeenkomsten op andere meezijdige vermogensrechtelijke rechtshandelingen; art. 6:218, idem van de artikelen voor meezijdige rechtshandelingen op de eenzijdige rechtshandelingen aanbod en aanvaarding; art. 6:261, idem van bepalingen over wederkerige overeenkomsten op andere rechtsbetrekkingen. De rechter kan ook zelfstandig analoge wetstoepassing hanteren; het arrest van de hoge raad met betrekking tot dwaling en eenzijdige rechtshandelingen is een recent voorbeeld daarvan.

De terminologie van het nieuwe recht is een chose apart; veel neologismen zijn echter weer teruggedraaid, in die zin dat de minister heeft laten weten dat de oude termen nog accepté zijn, en dat zelf in de meest recente stukken wetgeving ook in de praktijk gebracht heeft. Voor de nieuwe term ‘redelijkheid en billijkheid’ is het vertrouwde begrip ‘goede trouw’ een goed alternatief, en hetzelfde geldt voor veel begrippen die aanvankelijk in de ban gedaan waren door overijverige ontwerpers. Dat geldt bijvoorbeeld voor ‘wanprestatie’, ‘overmacht’ en zelfs voor ‘zakenrecht’ (dat door ‘goederenrecht’ vervangen werd). Ik zal in dit boek de oude termen blijven gebruiken, afgewisseld door de nieuwe.

Over goede trouw gesproken, in Boek 6 is dit beginsel in het jasje van ‘redelijkheid en billijkheid’ op twee pregnante plaatsen verankerd, in de artt. 6:2 (verbintenissen in het algemeen) en 6:248 (overeenkomsten). De ‘oude’ jurist had de artt. 1374 en 1375 als kapstok. Men kan de nieuwe artikelen als super-schakelbepalingen zien, die het gehele verbintenissenrecht beheersen, zoals dat ook onder het oude recht het geval was.

Over al deze onderwerpen valt uiteraard veel meer te zeggen, maar dat gebeurt wel bij de behandeling in extenso in dit boek. Wij gaan maar eens aan de slag, en beginnen met het contractenrecht.

Hoofdstuk 1.

De overeenkomst. Totstandkoming; aanbod en aanvaarding

§ 1. Algemene inleiding

1. *Het verschijnsel 'overeenkomst'*

De overeenkomst behoort met de eigendom en de onrechtmatige daad tot de kernbegrippen van het privaatrecht. De figuur van de overeenkomst is zo oud als het recht zelf; de oudste ons bekende contracten stammen uit ongeveer 2500 v. Chr. en zijn in hiërogliefen in steen gebeiteld of in spijkerschrift op kleitabletten gegrift, zoals het koopcontract van Tsjenti, gevonden bij de pyramiden van Giza en een soortgelijk contract uit Mesopotamië.¹ De overeenkomst is dus van alle tijden, en is nog steeds één van de meest voorkomende figuren in de rechtspraktijk.

De tekst van dit contract luidt als volgt:

... (naam, onleesbaar) ...

Hij zegt: 'Ik heb verkregen tegen een tegenprestatie dit huis van de schrijver Tsjenti;

ik heb gegeven tien *shat* hiervoor:

een lap stof van 4...(?) drie *shat*

een bed vier *shat*

een lap stof van 2...(?) drie *shat*

Het contract werd gezegd ten overstaan van de magistraat van de pyramidestad Achet-Choefoe in bijzijn van vele getuigen:

de slager Tsjenti,

de bouwvakkers Ini, Rahertep,

de ambtenaren Nehoet, Kamipoe.

De schrijver Tsjenti.

Hij heeft gezegd: 'Zo waar de koning leeft, ik zal geven iets wat in orde is en gij zult hiermee tevreden zijn, en al hetgeen bij het huis behoort is overgedragen.

Gij hebt de betaling volledig nagekomen door overdracht.

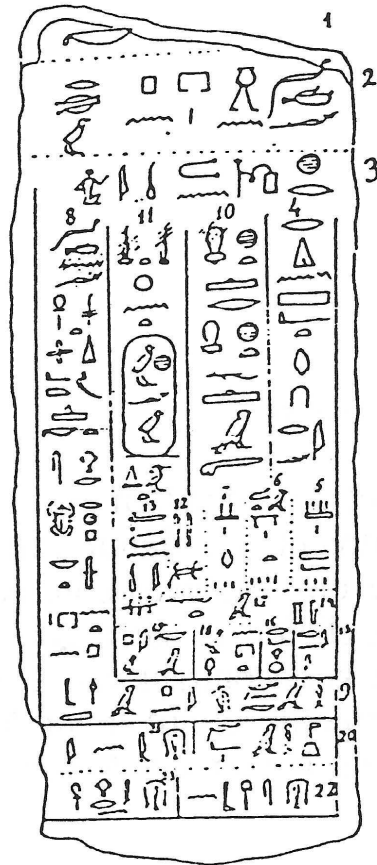
De steenhouwer van de dodenstad Meha,

de dodenpriester Jini,

de dodenpriester Sabka,

de dodenpriester Nianchher'.

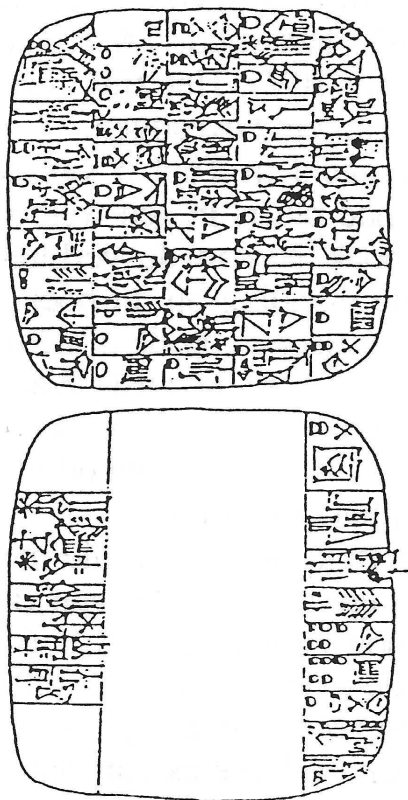
¹ Zie, met bronvermelding, mijn diesrede EUR 1987, *De magie van het woord. Juristen en hun omgang met teksten*, Arnhem: Gouda Quint 1987, ook opgenomen in: *De dialectiek van rechtsvinding en rechtsvorming*, Deel 1c, 1988, p. 125, op p. 132 v., evenals in: *Normatief Uitgelegd. Verz. privr. opstellen van J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer 2006, p. 776 v.



Het koopcontract van Tsjenti

Er zijn vele verschijningsvormen van de overeenkomst; omdat dit boek over verbintenissenrecht gaat, houden wij ons hier bezig met de *obligatore* overeenkomst, de verbintenis-scheppende overeenkomst (*obligare* is verbinden of verplichten, denk aan het woord 'obligaat', iets dat een verplicht nummer is, zoals de 'obligate' baspartij in de muziek). Andere overeenkomst-vormen, die hier niet aan de orde komen, zijn: de familierechtelijke overeenkomst (het huwelijk is ook een contract; volgens Kant werd daarmee de vrouw in eigendom aan de man overgedragen, hetgeen later door Hegel bestreden werd), de zakelijke overeenkomst (waarmee zakelijke rechten overgedragen worden), de bewijsovereenkomst (een procesrechtelijke overeenkomst met betrekking tot bewijsvragen) en de publiekrechtelijke overeenkomst (regelingen met een publiekrechtelijk karakter).²

² Vgl. Asser-Hartkamp II, *Verbintenissenrecht*, 11^e dr., 2001, nrs 15-32; 15^e dr.; Asser/Sieburgh 6-III 2018/19-38.



Babylonisch koopcontract inzake land

In dit contract wordt, zoals men ziet, de koopprijs in zilver en gerst uitgedrukt; verder worden vele geschenken genoemd voor de schrijver en de getuigen, o.m. koper, brood en koeken. Ook de registratie van de akker is vastgelegd, met vermelding van het registratiekantoor. Het kleitablet werd bij Suruppak gevonden, in het oude Babylonië.

Ik gebruikte daarnet de termen ‘overeenkomst’ en ‘contract’ door elkaar: dat is conform het juridisch spraakgebruik, de termen hebben eenzelfde betekenis. In de praktijk komt het echter voor dat men onder een ‘contract’ het schriftelijke stuk, de akte, verstaat. Een wijdverbreid misverstand bij leken is, dat zo’n akte een voorwaarde is voor het ontstaan van een overeenkomst; een mondelinge overeenkomst is echter even bindend als een schriftelijke, zij het dat in het eerste geval er bewijsvragen kunnen ontstaan over de vraag of het inderdaad zover gekomen is, en wat precies overeengekomen is. Het opstellen van een akte, onderhands of notarieel, is echter geen waterdicht middel om bewijsvragen over de inhoud van het contract te voorkomen. Juristen hebben altijd van groot optimisme over het gebruik van de taal getuigd; het leerstuk van de uitleg van overeenkomsten is niet voor niets een bloeiend onderdeel van het contractenrecht.

Met de term overeenkomst kan men zowel de *rechtsverhouding* tussen partijen aangeven als de *rechtshandeling* die dat teweeg gebracht heeft. Zoals later nog zal blijken heb ik een voorkeur voor die eerste betekenis van het woord.

De vorm waarin de overeenkomst gegoten wordt is vrij. Het komt echter voor, dat de wetgever om redenen van algemeen belang een vormvereiste aan de overeenkomst of een onderdeel daarvan gesteld heeft, bijvoorbeeld dat deze schriftelijk overeengekomen moet zijn (bijv. het concurrentie-beding in de arbeidsovereenkomst, art. 7:653 BW (oud: 7A:1637x)), of zelfs bij notariële akte (bijv. schenking, art. 7A:1719 BW). Het zijn uitzonderingen die de regel van vormvrijheid in het contractenrecht bevestigen.

De overeenkomst is geregeld in Titel 5 van Boek 6 BW. Overigens een niet erg voor de hand liggende plaats in een wetboek, voor een zo belangrijke rechtsfiguur: achterin het boek waarin de verbintenissen behandeld worden. Maar, zoals wij zagen bij de inleiding op dit boek, is het nieuwe wetboek niet zozeer op de praktijk gericht als wel op de systematiek en dogmatiek, en dan gaat er heel wat vooraf aan de overeenkomst. Wat de systematiek betreft, men moet ook Boek 3 bij de overeenkomst betrekken, met name Titel 2 over de rechtshandelingen (art. 3:33 v. BW); bij aanbod en aanvaarding moet men art. 3:37, over de verklaring, in het oog houden.

Dat is niet de enige gebruiksaanwijzing die men nodig heeft, ook de dogmatiek die aan de onderhavige titel (en die van Boek 3) ten grondslag ligt is niet eenvoudig, zoals wij nog zullen zien. Art. 6:213 begint heel onschuldig met een omschrijving van de overeenkomst: 'Een overeenkomst in de zin van deze titel is een meerzijdige rechtshandeling, waarbij een of meer partijen jegens een of meer andere een verbintenis aangaan'. Als men dit legt naast de artikelen over de totstandkoming van overeenkomsten, art. 217 en het later ingevoegde art. 218, komen de vraagtekens. Art. 6:217 luidt: 'Een overeenkomst komt tot stand door een aanbod en de aanvaarding daarvan'; art. 6:218 zegt: 'Een aanbod is geldig, nietig of vernietigbaar overeenkomstig de regels voor meerzijdige rechtshandelingen'. Uit dat laatste blijkt dat aanbod en aanvaarding als *eenzijdige* rechtshandelingen opgevat worden. Hieronder gaan wij dieper op deze materie in. Hier is slechts van belang, dat de tweespalt die aan de regeling van de overeenkomst in het wetboek ten grondslag ligt, al direkt blijkt uit de genoemde artikelen. Immers, enerzijds wordt uitgegaan van de overeenkomst als *meerzijdige* rechtshandeling (art. 213), anderzijds van de overeenkomst als bestaande uit twee *eenzijdige* rechtshandelingen, aanbod en aanvaarding. In dat eerste element is nog de zogenaamde *consensus-leer* te herkennen, alias het beginsel van *wilsovereenstemming*, terwijl dat ver te zoeken is bij het tweede element, aanbod en aanvaarding als zelfstandige rechtshandelingen.

Bij de verdere behandeling van aanbod en aanvaarding in de artt. 219 v. wreekt zich deze gespletenheid: men heeft de consensus-leer verlaten, maar niet op alle punten daarvan afstand genomen. In commentaren op de wettelijke

regeling, met name van Asser-Hartkamp, is dit alles nog sterker het geval, aangezien de auteur (aanvankelijk Rutten, wiens tekst in de laatste drukken door Hartkamp gehandhaafd is) geen afstand kan doen van de wilsovereenstemming als grondslag van de overeenkomst en nog steeds de gehele problematiek vanuit die gezichtshoek beziet.

Een complicerende faktor is hier, dat dit onderdeel van Boek 6 tot de slechtst geredigeerde behoort. Het hinken op verschillende gedachten doet een tekst nooit goed, zo ook hier. Voeg daaraan toe de problematische artt. 3:33 v., waar verouderde dogmatiek al tot kritische commentaren geleid heeft, dan is het palet wel compleet. 'Een beetje chaos is niet zo erg', zei een minister van Justitie eens in de Kamer. Bij het onderhavige onderwerp is dat nog maar de vraag.

2. *Grondslagen van de overeenkomst*

Alvorens nader op deze materie in te gaan, eerst nog enkele opmerkingen over de grondslagen van de overeenkomst. Rutten heeft in zijn handboek in de Asser-serie (gehandhaafd door Hartkamp) hier de werking van drie beginselen aangenomen, die 'rechtstheoretisch zorgvuldig van elkaar onderscheiden moeten worden'. Dit zijn:

1. het consensualisme;
2. de verbindende kracht van de overeenkomst;
3. de contractsvrijheid.³

Curieus is, wat betreft het strikte onderscheid dat aangehouden moet worden, dat de auteur vrijwel in één adem zegt dat deze drie beginselen 'zó nauw met elkaar verweven zijn' dat het voor een juist begrip noodzakelijk is ze gezamenlijk te behandelen. Bij een rechtgeaarde lezer behoort dit al achterdocht te wekken. Dit stuk dogmatiek behoort dan ook tot een methode van denken uit de jaren vijftig, die toen al sterk verouderd was, indien men deze naast de rechtsvisie van de grote civilisten van voor de oorlog legt, zoals Suijling, Paul Scholten, J.C. van Oven en Eggens. Dat geldt ook voor de uitwerking die Rutten daaraan geeft ten aanzien van het begrip consensus en de rechtshandeling in het algemeen, zoals wij aanstonds zullen zien.

Allereerst een verklaring wat onder de drie beginselen verstaan wordt. Het eerste houdt in dat overeenkomsten in de regel niet formeel, maar consensueel worden aangegaan, dat wil zeggen dat zij door enkel wilsovereenstemming (consensus) van partijen tot stand komen. Hartkamp heeft hierbij een verwijzing naar art. 3:37 lid 1 toegevoegd. Men ziet hierin een merkwaardige combinatie van twee gedachten: ten eerste dat in beginsel geen vormvereisten gelden voor het tot stand brengen van een overeenkomst; dat was onder oude rechtssystemen, zoals het

3 Asser-Hartkamp II, nr 34 v. Vgl. Asser-Rutten II, 3^e dr., 1968, p. 23 v. (zie ook al: 1^e dr. 1952). De teksten zijn vrijwel identiek, met toevoeging van recente wetsartikelen en literatuur. Zie thans: Asser/Sieburgh 6-III 2018/41 v., waarover onder, nr 3.

romeinse, anders, tot het 'nudum pactum' doorbrak, het 'blote contract', waarvoor geen eedsaflegging nodig was. De tweede gedachte is, dat *dus* het vereiste van wils-overeenstemming of consensus geldt, als enige. Nu is dat, rechtstheoretisch, een mooi voorbeeld van een *petitio principii*, een 'begging the question': het is immers de vraag of consensus wel de grondslag van de overeenkomst is. In de vorige eeuw was dit tot ongeveer 1875 een gangbare opvatting, die echter daarna in toenemende mate, hier en elders, bestreden werd. Naar huidig recht kan men in ieder geval niet zonder nadere argumentatie van de consensus-grondslag uitgaan.

Het tweede beginsel, de verbindende kracht van de overeenkomst, vond in het oude wetboek uitdrukking in art. 1374: 'de overeenkomst strekt partijen tot wet'. In het huidige wetboek is dit verscholen in art. 6:248 lid 1, 'de overeenkomst heeft ... de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen'. Tenslotte het beginsel van de contractsvrijheid, dat houdt in dat partijen vrij zijn een overeenkomst aan te gaan, zowel wat de wederpartij, de vorm als de inhoud betreft. Met enige goede wil is dit beginsel in de daarnet genoemde artikelen van het oude en het nieuwe wetboek te lezen, maar het is eigenlijk niet uitdrukkelijk in de wet neergelegd, maar als beginsel door de wetgever voorondersteld.

Rutten/Hartkamp verklaren het dogmatische onderscheid tussen de drie beginselen, door te stellen dat het consensualisme het *tot stand komen* van de overeenkomst betreft, het beginsel van de verbindende kracht het *gevolg*, en het beginsel van contractsvrijheid vooral de *inhoud* van de overeenkomst. Deze stelling is niet slechts cosmetisch bedoeld, er wordt 'verwarring gesticht' door het niet uiteen houden van de grondslag *van de overeenkomst* enerzijds, en de grondslag *van de verbindende kracht* van de overeenkomst anderzijds (nr 36). Daarbij worden Nieuwenhuis en schrijver dezes opgevoerd als auteurs die dit helaas uit het oog verloren hebben (evenals Paul Scholten, waarop ik mij beroepen had). In dat laatste geval zou immers sprake zijn van binding aan een overeenkomst die al rechtsgeldig tot stand gekomen is, iets heel anders dus, volgens Rutten/Hartkamp.

Ik houd mijn commentaar hierop nog even aan. Van belang is, dat Rutten/Hartkamp direkt op de aangehaalde passage de opmerking laten volgen, dat het 'uiterst moeilijk blijkt de grondslag der verbindende kracht der overeenkomst met juistheid aan te wijzen'. Zij komen niet verder dan de constatering dat de trouw aan het gegeven woord 'een eis der natuurlijke rede' is. Onvermeld blijft, dat nu juist de schrijvers die sinds 1875 tot de dag van vandaag in West-Europa de consensusleer bestreden hebben zich met name beroepen op het gebonden zijn aan het gegeven woord, 'belofte maakt schuld'. Deze stroming is rond de eeuwwisseling bekend geworden als de *vertrouwensleer*, ter vervanging van de wilsleer. Of zoals Eggens het later in een beroemd artikel uit 1949 noemde: 'een man een man,

een woord een woord' (met in deze tijd, excuses aan de vrouwelijke lezers).⁴ Er is derhalve wel degelijk een alternatief, al geruime tijd zelfs. Ik kom dadelijk nog op deze materie terug.

Nog een enkel woord over de contractsvrijheid. Dit beginsel betreft, anders dan Rutten/Hartkamp doen voorkomen, niet hoofdzakelijk de inhoud van het contract, maar vooral ook de vrijheid om te contracteren met wie men wil, en in de vorm die men verkiest. Men kan een contract sluiten op een oude envelop, een sigarendoos, een strookje krant of zelfs louter in gesproken woord, met lucht dus. *Anything goes*. Een minstens zo belangrijk onderdeel van het beginsel, in deze jachtige tijden, geldt bij contractsvrijheid: 'Vrijheid, blijheid?' Het kost weinig fantasie om te bedenken dat dit te mooi is om waar te zijn. Dat houdt verband met het begrip 'vrijheid', dat in theorie en praktijk een moeizaam begrip is, en sterk afhankelijk van de maatschappelijke opvattingen van de persoon in kwestie die de vrijheid geniet of van de samenleving die de vrijheid meent te moeten beperken. Men sla er de krant maar op na, iedere dag. De beschouwingen van filosofen als Kant en Hegel vormen het beginpunt van vele rechtsfilosofische verhandelingen, die respectievelijk de meer liberale en de meer sociaal-democratische maatschappij-opvattingen weerspiegelen, waarbij de ontwikkeling van de mens in zijn persoonlijkheid en waardigheid voorop staan. Het résidu hiervan is, dat 'vrijheid' slechts als 'vrijheid *in gebondenheid*' gezien kan worden, waarbij de meningen verdeeld zijn wat die gebondenheid inhoudt. Het is hier niet de plaats om dit thema uit te werken, wij komen er nog gedeeltelijk op terug bij de behandeling van de standaardvoorwaarden; vrijheid heeft ook te maken met vrij onderhandelen over de inhoud van de overeenkomst, hetgeen een steeds zeldzamer voorkomend fenomeen in de praktijk is. De invloed van de overheid is op dit gebied (waar niet?) groeiende, ook in internationaal verband.⁵

Dat dit geen ontwikkeling van de laatste tijd is, bewijzen uitspraken van de ontwerpers van de Code civil, het model voor ons oude BW, in een tijd die als de bloeiperiode van de contractsvrijheid bekend staat, in de schaduw van de franse revolutie. In de *Discours préliminaire* wordt over contractsvrijheid opgemerkt: 'La liberté de contracter ne peut être limitée que par la justice, par les bonnes mœurs, par l'utilité publique' (1800, p. LX). De aartsvader van het CC, Portalis, had betoogd: 'La vraie liberté consiste dans une sage composition des droits et des

4 Eggens' opstel verscheen – niet toevallig – in een bundel opgedragen aan zijn leermeester Suijling, 1949, zie: J. Eggens, *Verzamelde privaatrechtelijke opstellen II*, 1959, p. 200. In dit artikel wordt de denkwereld waarop Rutten en Hartkamp zich baseren bestreden, die gebaseerd is op de visie van Meijers en Van der Heijden ('toerekenbare schijn' van wil). Het wekt geen verbazing dat de recensie van de eerste druk van Asser-Rutten (1952) door Eggens heel kritisch uitvalt, zonder dat dit de auteur overigens beïnvloed heeft, vgl. *WPNR* 4294 (1953).

5 Voor de vraag of contractsvrijheid een grondrecht is, en de verhouding tot het EVRM, zie Asser-Hartkamp II, nr 45a v., waarbij ook de horizontale werking en de botsing van grondrechten ter sprake komt. Vgl. Asser-Sieburgh 6-III 2018/58 v.

pouvoirs individuels avec le bien commun'. Een tekst die de tand des tijds goed doorstaan heeft.⁶

De conclusie dat 'vrijheid' in het recht slechts een beperkt begrip is, heeft een spiegelbeeld in de constatering dat 'gebondenheid' ook slechts beperkt opgevat kan worden. Men is aan zijn woord gebonden, maar in redelijkheid. 'A l'impossible nul est tenu', men kan niet het onmogelijke van iemand vergen. Dat geldt niet alleen voor het fysiek onmogelijke, maar ook hetgeen moreel ontoelaatbaar is of naar redelijkheid niet te vergen is, niet 'zumutbar' is, zoals de Duitsers dat noemen. Het beginsel van gebondenheid aan het overeengekomene, doorgaans in het romeinse *adagium pacta sunt servanda* gehuld (contracten moeten nagekomen worden, zaken zijn zaken), kent dus ook zijn grenzen. Van oudsher hebben contractanten zich te houden aan hetgeen geëist wordt door de wet, openbare orde en goede zeden (art. 3:40 BW, zie ook het citaat van de ontwerpers CC, dat tot de artt. 1371 en 1373 oud-BW geleid heeft). Van groter belang is nog het vereiste dat een overeenkomst conform de goede trouw dient te zijn, de redelijkheid en billijkheid, zoals de huidige wetgever het doorgaans noemt (art. 6:248 lid 2, vgl. ook 6:2 BW). In het oude recht was dit neergelegd in de artt. 1374 en 1375 BW. Wij stuiten hierbij op een verschil in benadering; de rechtstreekse werking van de goede trouw bij de vaststelling van de inhoud van de overeenkomst, het stelsel van het oude BW en de doktrine, en de zogenaamde derogerende werking van de goede trouw van het huidige wetboek, in het verleden door enkele schrijvers bepleit. Wij komen later nog uitvoeriger op deze materie terug, onder meer bij de uitleg van overeenkomsten, maar op deze plaats is voornamelijk van belang het inzicht dat de gebondenheid aan het overeengekomene haar grenzen in de eisen van goede trouw vindt.

Wij hebben hier te maken met een bekende controverse in het contractenrecht, die op allerlei terreinen de kop opsteekt; behalve de uitleg kan nog genoemd worden: wanprestatie, overmacht en veranderde omstandigheden. De kern hiervan is goed duidelijk te maken aan het standpunt van twee schrijvers, J.C. van Oven ('de Oude' Van Oven) en Nieuwenhuis. Van Oven, met Telders behorend tot de normatieve vleugel van de Leidse fakulteit, had in 1926 de uitspraak gedaan 'dat wat uitdrukkelijk overeengekomen werd niet onmiddellijk, doch slechts indirect, van belang is als bron der verbintenis: men is niet gebonden aan wat men overeengekomen is, maar aan datgene wat de goede trouw eist naar aanleiding van het overeengekomene'. In 1953 zegt hij het nog bondiger: 'alle overeenkomsten binden tot hetgeen de goede trouw meebrengt in verband met of op de grondslag van het uitdrukkelijk bepaalde'. Een tegenovergesteld standpunt neemt Nieuwenhuis in zijn dissertatie van 1979 in: 'Partijen zijn niet aan hun overeenkomst gebonden, omdat en voorzover dit redelijk is, maar hun gebondenheid is rede-

⁶ Zie verder voor dit onderwerp, Asser-Hartkamp II, nr 39 v., waaraan beide citaten ontleend zijn. Rutten/Hartkamp hebben echter die visie niet verwerkt in hun standpunt, anders dan bijv. bij Telders en Eggens het geval is. Vgl. Asser-Sieburgh 6-III 2018/47 v.

lijk, omdat en voorzover het *hun* overeenkomst is'.⁷ Een variant dus op het *pacta sunt servanda*; als partijen eenmaal een overeenkomst gesloten hebben, zitten zij eraan vast, je kunt hoogstens de vraag stellen of zij wel op rechtsgeldige wijze die overeenkomst gesloten hebben. Deze benadering vertoont overeenkomsten met de visie van John Rawls, die in zijn *Theory of Justice* (1971) de waarborg van rechtvaardigheid zoekt in het *proces* waarin een beslissing tot standgekomen is, en niet zozeer in de *inhoud* van die beslissing. Het is een Kantiaanse benadering die in onze tijd tot neo-positivisme kan leiden, het gebruik van het syllogisme bij de rechtsvinding inclusief.⁸

In mijn opvatting is dit geen aantrekkelijk model voor de rechtsvinding; het geeft bovendien geen goede weergave van de methode van rechtsvinding die in vele standaardarresten door de hoge raad gehanteerd wordt. Het kenmerk daarvan is – wij zullen daar nog vele voorbeelden van tegenkomen – dat de rechtsnorm in de confrontatie met de feiten van het geval haar inhoud krijgt, geconcretiseerd wordt in de beslissing zelf.⁹ Dat ligt zelfs voor de hand indien een zogenaamde 'open norm' in het geding is (goede trouw, bijvoorbeeld), maar is eveneens het geval wanneer een rechtsregel toegepast wordt (inzake overmacht, bijvoorbeeld). In het verbintenissenrecht is het veelal zo dat men de regels pas leert kennen door de toepassingen in de jurisprudentie, vandaar dat in dit boek zo'n grote plaats ingeruimd wordt voor een bespreking van de rechtspraak met betrekking tot de behandelde onderwerpen. Zoals de Romeinen al zeiden: *ius in causa positum*, het recht ligt in het voorliggende geval besloten. Maar ook dit uitgangspunt houdt de geesten verdeeld; voor de één is dit een grote wijsheid, voor de ander een vloek: 'omstandighedenrecht', waardoor de rechtszekerheid in gevaar komt. In twee oraties uit het einde van de vorige eeuw kwam deze scheiding der geesten aardig naar voren; de ene had als titel: *Door de regel tot het recht*,

7 Voor vindplaatsen, zie mijn recensie van Nieuwenhuis' diss. *Drie beginselen van contractenrecht*, Leiden 1979, in *WPNR* 5524/25 (1980), sub 9; ook opgenomen in mijn *Dialektiek R. en R., Serie Rechtsvinding, Deel 1b, 1984*, p. 49, evenals in: *Normatief Uitgelegd. Verz. priv. opstellen J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer 2006, p. 62 v. Zie ook Van Ovens bespreking van Boek 6 in *WPNR* 4279 (1962), door mij aan de orde gesteld in *WPNR* 5371 (1976). In zijn diss. verwerpt Nieuwenhuis overigens de door Rutten aangehangen beginselen van consensualisme en contractsvrijheid, en vervangt deze door het 'autonomiebeginsel' (naast het 'vertrouwensbeginsel' en het 'causabeginsel'). Verder ziet hij het contracteren als 'taalhandeling'. Vgl., in kritische zin, Ruttens recensie in *RmTh* 1980, p. 191.

8 Nieuwenhuis heeft dan ook een pleidooi voor het syllogisme gehouden, dat al enige tijd uit de gratie was in de rechtsvindingsliteratuur, vgl. zijn artikel in *RmTh* 1976, p. 494. Het syllogisme is de logische figuur waarbij van een *maior*, *minor* en *conclusio* uitgegaan wordt, bijv.: 1. 'bezit geldt als volkomen titel'; 2. 'Piet bezit een boek'; 3. 'het bezit van Piet van het boek geldt als volkomen titel'. Rechtsnorm, feiten, beslissing. Een tegengestelde visie is die van Telders, die het syllogisme als *pia fraus* zag, als vroom bedrog, en niet essentieel voor de rechtsvinding. Zie over het syllogisme, mijn preadvies Ver.v.Wijsbegeerte des rechts 1985: 'Recht en dialektiek. Of: de uitzondering die de regel bevestigt', *R&R* 1985-3, p. 180 v., op p. 187 v.

9 Zie voor deze materie mijn genoemde recensie uit 1980, en andere beschouwingen opgenomen in *Dialektiek R. en R., Deel 1a en Deel 1c*.

de andere: *Door het recht tot de regel*. Het probleem is zo oud als de weg naar Rome.¹⁰

Er zijn weinig regels of standpunten waarop geen correcties aangebracht worden, zo ook met de gebondenheid aan het overeengekomene. In extreme gevallen leiden derhalve beide wegen naar Rome, aangezien de *pacta sunt servanda*-aanhangers een beroep op de derogerende werking van de goede trouw toelaten, zodat het resultaat hetzelfde is dat de andere stroming bereikte door de gebondenheid rechtstreeks aan dat beginsel te verbinden (Van Oven, c.s.). Eind goed, al goed?

Wij zullen deze discussie nog op allerlei terreinen tegenkomen, vandaar dat ik er hier, bij de algemene beschouwingen over het contractenrecht, bij stil sta. In de praktijk lopen de wegen vaak uiteen, met processen tot de hoge raad als gevolg. De reden hiervan is, dat men van mening kan verschillen wat een extreem geval is. Wanneer wijkt het 'een man een man, een woord een woord' voor een afwijken van dat gegeven woord op grond van de billijkheid? Het belang van de visie van Van Oven c.s. is, dat men al direkt bij de vaststelling wat het gegeven woord inhoudt dit aan de hand van redelijkheid en billijkheid doet. De kans op ontsporingen, het hangen aan de letter van het contract, wordt aldus verkleind.¹¹

Ik zou nog terugkomen op de kwestie van het onderscheid dat Rutten/Hartkamp maken tussen de grondslag van de overeenkomst en de verbindende kracht van de overeenkomst. In mijn opvatting, mede gebaseerd op de visie van Scholten en Van Oven c.s., is voor dat onderscheid geen plaats, aangezien beide vragen beheerst worden door de vertrouwensleer. Het gegeven woord, de belofte, heeft ten aanzien van de totstandkoming van de overeenkomst, een soortgelijke functie als met betrekking tot de vaststelling van de omvang van de gebondenheid van partijen: de inhoud van hun contract dat het rechtsgevolg van het contracteren is. De vraag naar het *gebonden* zijn tegenover de ander, en de vraag *waartoe* men gebonden is, hebben niet alleen dezelfde grondslag maar gaan ook in elkaar over. Zij vormen één organisch geheel. Het betreft steeds een gebondenheid die bepaald wordt door hetgeen de goede trouw in het concrete geval eist.

De grondslagenstrijd: de belofte nader onderzocht; het causa-beginsel

Er zijn nog enkele vragen blijven liggen die de grondslagen van de overeenkomst betreffen, en die nadere uitwerking nodig hebben. Hierboven werd al opgemerkt

¹⁰ Vgl. ook een dergelijke tegenstelling tussen Wolfsbergen en J. Drion m.b.t. de onrechtmatige daad, zie mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2, Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer, 5e dr., 2004, Hfdst. 10, § 2, nr 1.

¹¹ Hierbij dient men te bedenken dat een goed jurist met elke theorie, hoe krakkemikkig ook, wel tot een aanvaardbaar resultaat kan komen, zoals een handig knutselaar ook met een nijptang een spijker kan inslaan. Maar men moet ook de middelmatige jurist in gedachten houden – de zessen en zevens, zoals Van Schellen dat eens noemde – en voorkomen dat zij brokken maken, dat wil zeggen door een aanvechtbare theorie op het verkeerde been gezet worden.

dat Paul Scholten de grondslag van de overeenkomst in de *belofte* ziet; hij heeft dat betoogd in zijn *Algemeen Deel* van de Asser-serie (1931; 3^e dr. 1974). Daarmee is hij één van de weinige schrijvers die afstand neemt van het consensus-beginsel. Scholten stelt ten aanzien van de vraag naar de grondslag van de gebondenheid uit overeenkomst, dat men daarvoor niet een rechtsregel (zoals art. 1374 oud-BW) kan aanwijzen. Als grondslag ziet schr. de *belofte* die elke partij deed: ‘Het eigen woord is hier het bindende – doch het woord tot een ander gericht; ik moet betalen, niet omdat ik het gewild heb, maar omdat ik het beloofd heb, d.w.z. dien wil tegenover een ander heb verklaard’, p. 22. ‘Een samenleving is alleen mogelijk indien de eene mensch het woord van den ander kan vertrouwen’, stelt Scholten even verder (p. 23) zonder echter daarin de verklaring van deze gebondenheid te zoeken.¹² Zijns inziens kan de rechtswetenschap geen nadere verklaring geven, dan dat ‘het contract bindt omdat het belofte is, gelijk de wet, omdat zij bevel is van de wetgever. Niet in den inhoud, doch in den oorsprong van de contractueele verklaring ligt haar rechtskarakter ... dat een belofte bindt is tenslotte niet anders te verklaren dan uit het feit, dat zij belofte is’.¹³ Hoezeer deze zienswijze overeenstemt met die van de aanhangers van de ‘nieuwe leer’ die in 1875 in Leiden ontstond, blijkt uit het citaat van een van hen, dat ik hier laat volgen:

‘Waarom bindt de belofte? het antwoord luidt, omdat zij belofte is, dus vertrouwen onderstelt. Wie zou alsnog beloven, indien hem a priori bleek, dat zijn woord geacht wordt geen geloof te verdienen?’¹⁴

Aldus blijkt ook Paul Scholten in wezen tot de aanhangers van het ‘belofte maakt schuld’-beginsel te behoren¹⁵, al kan men betreuren dat hij nergens expliciet van de heersende leer afstand neemt, die immers van het consensus-beginsel uitgaat. Daardoor is naar mijn indruk deze zo belangrijke passage in zijn *Algemeen Deel* in de literatuur onopgemerkt gebleven: bij de schaarse beschouwingen over het

12 In zijn gelijklopende beschouwing in *Convenances vainquent loi* (Kon. Akademie 1930) ziet schr. het vertrouwen in het gegeven woord als een ‘nécessité morale’, een van de bestaansvoorwaarden van het recht, met een verwijzing naar *Deuteronomium* 23:23, vgl. *Verz. Geschr.* III, p. 21 v.

13 P. 25. Scholten merkt nog op dat hij dit alles niet nader kan uitwerken, en verwijst nog naar de overeenkomstige figuur in het volkenrecht, waar staten door een verdrag gebonden geacht worden, zonder dat een wet dat beveelt. In een noot verwijst hij o.a. naar twee schrijvers, A. Reinach en F. Somlò. De duitse fenomenoloog Reinach aanvaardt *das Versprechen* als grondslag voor ‘Anspruch und Verbindlichkeit’, Somlò volgt Reinach hierin, doch ziet bovendien de ‘Versprechensnorm’ als een *Verknüpfung des Rechtsers und der Moral*, vgl. *Juristische Grundlehre*, 1917, p. 206 v. Het komt mij voor dat Scholten door de denkbeelden van beide schrijvers sterk beïnvloed werd.

14 Levy, *Nw. Bijdr.* 1881, p. 364. Levy behoort tot de gematigden in de revolutionaire stroming, aangezien hij – vaak echter meer in schijn – aan de wil een plaats toekent in het recht, zij het een wil ‘gehanteerd uit het oogpunt van vertrouwen’. Dat laatste maakt de verwantschap met Scholten nog sterker.

15 Over de ‘nieuwe leer’, te onzent of in den vreemde, vindt men bij schr. niets vermeld. In nt 1 op p. 22, wordt echter naar ene W. Schapp verwezen, met de opmerking: ‘In het belofterecht is, naast de eigenlijke belofte de beschikking te stellen’.

karakter van de overeenkomst vond ik Scholten althans nergens vermeld. Zijn zienswijze past intussen fraai bij de door hem altijd al verdedigde normatieve methode van uitleg, en het begrip ‘toerekening’ dat hij bij het leerstuk van de ver- tegenwoordiging introduceerde.¹⁶

Kort na het verschijnen van Scholtens *Algemeen Deel* heeft De Beneditty de consensusleer de wacht aangezegd in een opmerkelijk artikel dat in 1934 verscheen, met als titel: ‘Evolutie van “autonome” naar “heteronome” overeen- komst?’¹⁷ Bestudering van de jurisprudentie en raadpleging van de handboeken van zijn tijd leidt De Beneditty tot de conclusie dat er een discrepantie tussen beide bestaat: ‘Is de literatuur met hare volle accentuering van de consensus nog wel op de hoogte van haar tijd?’. Naar zijn mening heeft (anno 1934!) de consensus zijn allerbeste tijd gehad: ‘verplichtingen uit overeenkomst worden voor een afne- mend deel bepaald door de wilsovereenstemming en voor een ander, steeds was- send, deel door hetgeen de meer en meer sociaal voelende rechtsorde betamelijk acht’. Het valt te raden wat het commentaar van De Beneditty geweest zou zijn als hij het handboek Asser-Hartkamp II, anno 1997 geraadpleegd zou hebben, waarin de consensus nog steeds in ere gehouden wordt, zelfs nu dit begrip in het nieuwe BW geen plaats meer gevonden heeft. Hieronder zullen wij nog zien hoe dat precies in zijn werk gedaan is.

De gesignaleerde onbekendheid van de ‘belofte maakt schuld’-leer, verbonden met de ‘vertrouwensleer’ die in 1875 ontstond (als de ‘nieuwe leer’), gaat heden ten dage nog steeds op. Dat blijkt ook bij kennisname van het heel uitvoerige boek van C.J.H. Jansen, *De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijk recht in de lange 19^e eeuw*. Het onderwerp komt slechts terloops ter sprake in Hfdst. 3, als het gaat over: ‘Deductie of inductie in de positie van de rechtspraak’, waarbij het boekje van Modderman uit 1880, *Wil of vertrouwen* wordt aangehaald. In noot 52 noemt hij wil of vertrouwen als bindend element van de overeenkomst wel ‘een van de meest besproken kwesties in die tijd’, maar volstaat dan met de verwijzing naar Kop die dit bespreekt in zijn boek *Legisme en privaatrechtwetenschap*. Jansen gaf veel aandacht aan de stroming van ‘vrije rechtsvinding’ uit die tijd, in § 3.2.1 v., waarbij veel schrijvers aan bod komen die ook een grote rol speelden bij het ingang brengen van de vertrouwensleer en de belofteleer, zoals Moltzer, Drucker, J.F. Houwing en Hamaker. In dezelfde tijd werd door onder meer deze juristen de normatieve uitleg gepropageerd (vanaf 1875), een ontwikkeling die bij Jansen helaas eveneens onbesproken is gebleven.

16 Vgl. onder, Hfdst. 2, en mijn *Verbintenissenrecht, Deel 2, Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer, 5e dr., 2004, Hfdst. 9, § 3, een methode die o.a. in dezelfde passage van het *Algemeen Deel* verdedigd wordt, p. 24.

17 *WPNR* 3379/80 (1934), ook besproken in mijn artikel, ‘De overeenkomst: de neushoorn in het pri- vaatrecht?’, *NJB* 1980, p. 668. Ook in: *Dialektiek R. en R.*, Deel 1b, 1984, p. 54, en in: *Normatief uitge- legd. Verz. priv. opstellen J.M. van Dunné*, Deventer: Kluwer 2006, p. 85.

Voor een rechtsvergelijkend onderzoek naar de wijze waarop in andere rechtsstelsels het consensus-beginsel door het beginsel 'belofte maakt schuld' vervangen is, verwijs ik naar eerdere beschouwingen.¹⁸ Daaruit blijkt onder meer dat het consensus-beginsel door de duitse hoogste rechter al in 1904 verlaten werd, en door de zwitserse in 1983. Wij lopen dus niet echt voorop in Nederland.

Ten aanzien van het belgische recht zijn er interessante ontwikkelingen te melden. Tot voor kort was de situatie vergelijkbaar met die in Frankrijk, waar de strijd tussen het consensus-beginsel en de zogenaamde 'déclaration unilatérale de volonté', na een opvallend succes van de laatste leer in het begin van deze eeuw, tenslotte in het voordeel van de eerste beslecht was. Dat wil zeggen, in de doktrine, de cour de cassation hield zich in dogmatisch opzicht op de vlakke. In België had De Page zich een vurig voorstander van de leer van de déclaration unilatérale betoond (en trouwens ook van het onherroepelijk aanbod). Zijn visie is door de hoogste rechter in België, het hof van cassatie, overgenomen. Dit gebeurde voor het eerst in een arrest uit 1974, dat ging over gratificatietoezeggingen van een werkgever aan de werknemers.¹⁹ A-g Lennaerts concludeerde als volgt:

'Hoe onzeker de terminologie van het Burgerlijk Wetboek op dit punt ook moge zijn, het lijkt geen twijfel dat een verbintenis niet noodzakelijk uit een wilsovereenstemming van twee partijen ontstaat maar ook zijn oorsprong kan vinden in een eenzijdige wilsuiting m.a.w. niet alleen de overeenkomst maar ook wat De Page "L'engagement par volonté unilatérale" noemt is bron van verbintenissen (*Droit civil*, t. III, no. 51)'.²⁰

Het hof van cassatie overwoog:

'qu'une prime de fin d'année fixée suivant des règles générales et proportion du travail effectué par les travailleurs est un salaire lorsque les travailleurs y ont droit non seulement en vertu du contrat mais aussi en vertu d'une obligation unilatérale souscrite par l'employeur' (ajoutant qu'une telle obligation unilatérale ne constitue pas une libéralité).

¹⁸ Vgl. *N.U.*, diss. p. 354-439 (= *Normatieve uitleg van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1971). Een samenvatting werd opgenomen in de stud. ed., 2^e dr. 1975, en in *Dialektiek R. en R.*, 1b, p. 21 v. In de skandinavische rechtsstelsels kent men de zgn. Løfte-theorie, en in het franse recht de leer van 'la déclaration unilatérale de volonté', waarbij van duitse invloed sprake is, aan het begin van de vorige eeuw. Deze stroming heeft in onze tijd een interessant vervolg gekregen in G. Rachette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, th. Paris 1965, vgl. uitvoerig, J.G. Ghestin, *Traité de droit civil II, Le Contrat*, 3^e dr., Paris, 1993, nr 165 v.

¹⁹ Cass. 18 dec. 1974, Pas. 1975 I, p. 425. Dit arrest, en het hiernavolgende, vindt men besproken door Pierre van Ommeslaghe, *L'engagement par volonté unilatérale en droit belge*, *J. des Tribunaux* 1982, 144, die de nieuwe leer toejuicht. In andere zin: M. Coipel, *Rev.Crit.Jur.Belge* 1980, p. 65. Zie overigens voor de opvatting van De Page, *N.U.*, diss. p. 428 v.