

The rise and fall of freedom of contract door P.S. Atiyah, een boek in ons land aanmerkelijk meer geprezen dan gelezen, roept onvermijdelijk de opkomst en ondergang van het Romeinse rijk in herinnering. De romeinsrechtelijke fundamenten van de moderne contractsvrijheid zijn gemakkelijk bloot te leggen. De *stipulatio* bood partijen de mogelijkheid een verbintenis in het leven te roepen met een door hen gekozen inhoud. Belooft u in de gemeente Valburg een zwembad te bouwen met twee warme en drie koude baden? Ik beloof het.

Het morele beginsel 'belofte maakt schuld' wordt hier voor het eerst door het recht bekrachtigd. Vraag en antwoord kwamen uiteraard niet uit de lucht vallen. Zij vormden het sluitstuk van onderhandelingen die tot overeenstemming omtrent de inhoud van de verbintenis hadden geleid. Dat men niettemin bleef vasthouden aan de formele bekroning, de vraag van de schuldeiser en het antwoord van de schuldenaar, had een belangrijk voordeel. Aldus werd scherp gemarkeerd op welk moment het menens werd en de onderhandelingen overgingen in contractuele gebondenheid.

De teloorgang van de contractsvrijheid ziet Atiyah vooral gelegen in de verschuiving van 'promise-based' naar 'reliance-based liability'. Daar weten wij in Nederland over mee te praten. 'Niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat partijen over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren'.¹

Het vertrouwen dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren, kan uiteraard gebaseerd zijn op de toezegging van de wederpartij dat zij bereid is een overeenkomst te sluiten. In dat geval is er geen probleem; belofte maakt schuld. Dat vertrouwen kan echter ook aanwezig zijn als sprake is van 'een mate van consensus die het stadium nadert, waarin reeds op grondslag van de bereikte overeenstemming contractuele gebondenheid kan worden aangenomen'.² Dit is inderdaad een serieuze bedreiging van de contractsvrijheid. De vrijheid om een contract *niet* te sluiten is daarvan immers een onmisbaar onderdeel.

Als nu de onderhandelingsfase moet worden opgevat als een onzichtbaar, magnetisch veld waarin partijen door ergens in de buurt van volledige consensus te geraken de mogelijkheid verliezen om de onderhandelingen af te breken, dan blijft er weinig over van de vrijheid om naar verkiezing de onderhandelingen wel of niet om te zetten in contractuele gebondenheid. De geometrie van het contractenrecht is hier in het geding. Verdient het de voorkeur de overgang van de onderhandelingsfase in contractuele gebondenheid te construeren als een *punt*, een welbepaald moment waarop partijen zich jegens elkaar verbinden, een zichtbare *point of no return*? Of is het beter als het totstandkomingsproces van een overeenkomst verloopt langs een (hellend) *vlak* waarop de wederzijdse gebondenheid langzamerhand steeds sterker wordt?

1. HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723; Plas/Valburg.

2. Contractenrecht II, 800 (Blei Weissmann).

Twee argumenten pleiten tegen de tweede visie.

In de eerste plaats staat het standpunt, dat partijen bij de nadering van volledige consensus niet langer vrij zijn de onderhandelingen af te breken, op gespannen voet met het stelsel van de wet. In het NBW is immers opnieuw gekozen voor de herroepelijkheid van het aanbod. Wie een aanbod ontvangt zal er allicht op vertrouwen dat een overeenkomst tot stand komt als hij het aanbod binnen redelijke tijd aanvaardt, maar dit vertrouwen wordt niet gehonoreerd indien de aanbieder zijn aanbod herroept vóórdat het is aanvaard, althans de mededeling, houdende de aanvaarding is verzonden (art. 219 boek 6). De keuze voor de herroepelijkheid van het aanbod wordt gemotiveerd met de stelling dat de aanbieder 'er uiteraard belang bij heeft, dat de overeenkomst niet meer tot stand kan worden gebracht op een tijdstip waarop deze voor hem geen aantrekkelijkheid meer heeft'.³ Wat geldt voor een aanbod, dat wil zeggen een voldoende uitgewerkt voorstel tot het sluiten van een overeenkomst, moet zeker opgaan voor de situatie waarin partijen elkaar weliswaar dicht zijn genaderd, maar waarin er niettemin nog een kloof valt te overbruggen. Ook dan kunnen er allerlei redenen opdoemen waardoor het voorgenomen contract voor een van beide partijen uiterst onaantrekkelijk wordt.

In de tweede plaats gaat de bescherming van het vertrouwen dat enigerlei overeenkomst uit de onderhandelingen zal resulteren noodzakelijkerwijs gepaard met een grote onzekerheid voor degenen die overweegt de onderhandelingen af te breken om met een derde in zee te gaan. Wat is dan de kans dat de afgewezen kandidaat succes heeft met een vordering tot vergoeding van de gederfde winst?

Doorgaans wordt, ter rechtvaardiging van de bescherming van vertrouwen in het contractenrecht, verwezen naar de noodzakelijke zekerheid van het rechtsverkeer.⁴ Bescherming van het vertrouwen dat enigerlei contract uit de onderhandelingen zou resulteren, zoals aangegeven in het arrest Plas/Valburg, bewerkt echter precies het tegendeel: een maximale onzekerheid voor de onderhandelende partijen.

Kan het hellend vlak worden vermeden? Sommige, internationaal georiënteerde partijen, kiezen voor het Romeinse recht. Zij spreken af dat de onderhandelingen zullen worden gevoerd 'subject to formal contract' hetgeen wil zeggen dat van enigerlei gebondenheid pas sprake zal zijn wanneer een schriftelijk contract door beide partijen zal zijn ondertekend. Een dergelijke zelfgekozen *rite de passage* is geen terugval in het primitieve recht, maar, integendeel, een heldere scheiding van wat gescheiden behoort te blijven: onderhandelen en zich verbinden.

JHN

3. Parl. Gesch. boek 6, p. 881.

4. HR 12 juni 1981, NJ 1982, 238; Huize Helena.

Prof. mr E.M.H. Hirsch Ballin verlaat de redactie

Nu Hirsch Ballin Minister van Justitie is geworden, heeft hij het redactielidmaatschap neergelegd.

De redactie is hem zeer erkentelijk voor wat hij de afgelopen anderhalf jaar voor RM Themis heeft gedaan.