

J.H.Nieuwenhuis

Drie
beginselen
van
contracten-
recht

Kluwer

•

1/1/1

DRIE BEGINSELEN VAN CONTRACTENRECHT

16

17

18

19

20

21

22

23

24

25

26

27

28

29

30

31

32

33

34

35

36

37

38

39

40

41

42

43

44

45

46

47

48

49

50

51

52

53

54

55

DRIE BEGINSELEN VAN CONTRACTENRECHT

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van de graad van doctor in de rechtsgeleerdheid
aan de Rijksuniversiteit te Leiden,
op gezag van de Rector Magnificus Dr. D.J. Kuenen,
hoogleraar in de faculteit der wiskunde en natuurwetenschappen,
volgens besluit van het college van dekanen te verdedigen
op woensdag 21 februari 1979 te klokke 16.15 uur

door

JACOB HANS NIEUWENHUIS

geboren te Deventer in 1944

KLUWER — DEVENTER — 1979

Promotor: Prof. mr. A.R. Bloembergen



ISBN 90 268 1059 8

© 1979 J H Nieuwenhuis, Gorle

Behoudens uitzondering door de Wet gesteld mag zonder schriftelijke toestemming van de rechthebbende(n) op het auteursrecht, de uitgeefster van deze uitgave, door de rechthebbende(n) gemachtigd namens hem (hen) op te treden, niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotocopie, microfilm of anderszins, hetgeen ook van toepassing is op de gehele of gedeeltelijke bewerking.

De uitgeefster is met uitsluiting van ieder ander gerechtigd de door derden verschuldigde vergoedingen voor copieren, als bedoeld in artikel 17 lid 2, Auteurswet 1912 en in het K.B. van 20 juni 1974 (Stb. 351) ex artikel 16b Auteurswet 1912, te innen en/of daartoe in en buiten rechte op te treden.

INHOUD

Uitgangspunten

1. INLEIDING	3
Voer voor juristen: de beginselen van het recht	4
Welke beginselen van contractenrecht?	5
Contractsvrijheid en autonomie-beginsel	6
Het billijkheidsbeginsel?	7
‘Toedoen’ als beginsel van contractenrecht?	8
Conclusie	9
Beginselen van contractenrecht en de grondslagen van de rechtshandeling	9
De verdere gang van het betoog	10
2. DE REEDS GEBAAANDE PADEN	12
Overzicht van het betoog	12
In de ban van Archimedes	12
Twee Archimedische verklaringen voor de contractuele gebondenheid	14
Kan de wil recht scheppen?	14
Kan het vertrouwen recht scheppen?	15
Een druppel water in de wijn	17
De juridisering van wil en vertrouwen	18
De ban verbroken	19
Een inhoudelijke bepaling van de toerekeningsmomenten ontbreekt	21
3. DE OVEREENKOMST ALS TAALHANDELING	23
Overzicht van het betoog	23
Wat gebeurt er eigenlijk wanneer partijen een overeenkomst sluiten?	23
Het performatieve aspect van taalgebruik	24
Taalhandeling en pragmatiek	26
Twee tegenwerpingen	27
Conclusies	28
Het handelingskarakter van rechtshandelingen	29

4. REGELS	33
Overzicht van het betoog	33
Obligatoire en constitutieve regels	33
Het verband tussen de regels van contractenrecht en het 'bestaan' van de overeenkomst	35
Het 'bestaan' van de overeenkomst is een 'institutioneel' feit	36
Open regels in een open systeem; de positie van rechtsbeginselen	38
5. REALIA EN IDEALIA	40
Overzicht van het betoog	40
Waar komen de beginselen vandaan? Realia en idealia van het recht	40
REALIA	43
Het verhaal van Atlantis	43
Autonomie, wederkerigheid, zekerheid	46
Contractualisering	48
Institutionalisering	49
Institutionalisering in het contractenrecht	50
IDEALIA	52
Vrijheid en gelijkheid	52
De twee vrijheden	53
Rechtvaardigheid en gelijkheid	55
De twee rechtvaardigheden	55
De verdelende rechtvaardigheid	55
Ruilrechtvaardigheid	57
De twee rechtvaardigheden in het positieve recht	59
Rechtszekerheid	61
De twee zekerheden	62
6. BEGINSELEN	63
Overzicht van het betoog	63
Het autonomie-beginsel	63
Het vertrouwensbeginsel	66
Welk vertrouwen verdient bescherming en welke bescherming verdient dat vertrouwen?	66
Enige voorbeelden	68
Het causa-beginsel	69
Causale rechtshandelingen	71
Argumenten voor het causale karakter van een rechtshandeling	71
Inhoud en oorzaak van een overeenkomst; wat is het verschil?	73
Het causa-beginsel zonder het causa-vereiste	74
Causa-beginsel en causaal verband	76
Conclusie	78

Toepassingen

7. HET MISVERSTAND	81
Overzicht van het betoog	81
Drie problemen	81
Het misverstand en de overeenkomst opgevat als taalhandeling	82
Drie beginselen	85
Falsa demonstratio non nocet	85
Misverstand	85
Welke vorm van bescherming?	87
Het causa-beginsel	87
Samenvatting	88
Demonstratie-materiaal van eigen bodem: het arrest Bunde/Erckens	88
Rechtbank en Hof	89
De Hoge Raad	91
8. DRIE BEGINSELEN VAN DWALING	94
Overzicht van het betoog	94
Inleiding	94
De dwalingsgronden in de literatuur	95
Drie beginselen	96
De relatie tussen het autonomie-beginsel en het causa-beginsel	98
De rol van het vertrouwensbeginsel	100
Het ontwerp NBW vergeleken met de huidige rechtspraak	101
Het vertrouwensbeginsel bij dwaling; relativering en weegschaalstructuur	103
9. DRIE BEGINSELEN VAN CONVERSIE	106
Overzicht van het betoog	106
Inleiding	106
Beginselen van conversie I	107
Conversie en dwaling	108
Nog een grondslag voor conversie: de nietigheid reikt niet verder dan haar doel rechtvaardigt	109
Beginselen van conversie II	110
Billijkheid en goede trouw als beginselen van conversie?	110
Standpunten	112
Conversie in het ontwerp NBW	114
Op welke beginselen berust artikel 3.2.8?	115
Conversie en het vertrouwensbeginsel	117

10. RUILRECHTVAARDIGHEID EN CONTRACTENRECHT; MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN BIJVOORBEELD	120
Overzicht van het betoog	120
Twee stellingen	120
Causa-beginsel en de gelijkwaardigheid der prestaties	121
De eerste fase: de rechtsverfijnende interpretatie van de artikelen 1672 en 1158, 3 B.W.	122
De tweede fase: het lot van het benadelingsvereiste bij misbruik van om- standigheden	123
Misbruik van omstandigheden	124
Is 'benadeling' vereist?	126
Drie beginselen	126
Het standpunt van de Hoge Raad	127
Benadeling als vermoeden van misbruik	129
Misbruik van omstandigheden in het ontwerp NBW	130
De afwezigheid van het benadelingsvereiste	130
Samenvatting	132
 11. STANDAARDVOORWAARDEN	 133
Overzicht van het betoog	133
Standaardvoorwaarden; wetgeving of overeenkomst	133
Waarom standaardvoorwaarden	134
Het rechtskarakter van standaardvoorwaarden en hun toepasselijkheid	135
Het rechtskarakter van standaardvoorwaarden en hun inhoudelijke con- trôle	135
Ervaringen met de objectief-rechtelijke status van standaardvoorwaarden	136
Twee wegen in het komende recht	136
De toepasselijkheid van standaardvoorwaarden; theorie en praktijk	138
De terugkeer naar de beginselen van contractenrecht	140
De 'vertrouwensleer' van Hondius	140
Een tweede zwaluw; het arrest Towell-Janson	141
Een redelijke toepassing van art. 6.5.1.3. NBW berust op drie beginselen	142
De inhoudelijke contrôle van standaardvoorwaarden	144
Een dubbel debat	146
Waarom een twee-fasen toetsing?	147
De eerste fase	149
De tweede fase	150
De beginselen van contractenrecht in de tweede fase van de toetsing	151
Conclusie	153
 <i>Achteraf</i>	 154

Samenvatting	155
Summary	157
Lijst van verkort aangehaalde werken	159
Registers	161

Uitgangspunten

1. INLEIDING

De verbindende kracht van een overeenkomst berust op drie beginselen. Partijen zijn bevoegd om *desverkiezend* onderlinge rechtsbetrekkingen aan te knopen (het autonomie-beginsel). Het in dat kader gewekte *vertrouwen* verdient bescherming (het vertrouwensbeginsel). De door de overeenkomst in het leven geroepen verbintenissen staan over en weer in een middel/doel-relatie en zijn van elkaar afhankelijk (het causa-beginsel).

Dat het contractenrecht berust op *beginselen*, vloeit voort uit het volgende. Een overeenkomst sluiten is het verrichten van een *handeling*, en wel een handeling die door *regels* wordt *mogelijk gemaakt*. 'Rokeren' is een schaak-handeling die mogelijk wordt gemaakt door 'schaakregels', contracteren is een *rechtshandeling* die mogelijk wordt gemaakt door *rechtsregels*. Rechtsregels die het contracteren mogelijk maken zijn op hun beurt afhankelijk van rechtsbeginselen. De regels van contractenrecht zijn verankerd in de reeds genoemde drie beginselen van contractenrecht. En vandaar: de verbindende kracht van een overeenkomst berust op drie beginselen.

Dit is het thema van dit boek. Maar is dit nieuws? Wat wordt toegevoegd aan het toch al ruim gevulde fonds van meningen omtrent de grondslagen van de contractuele gebondenheid? In hoofdzaak dit. De rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid wordt gezocht in *beginselen* van contractenrecht. Enerzijds brengt dit mee dat we ons meer dan gebruikelijk rekenschap moeten geven van de status van rechtsbeginselen (wat is de verhouding tussen een rechtsregel en een rechtsbeginsel?), anderzijds ontkomen we aldus aan het dilemma: wil of vertrouwen (wat is nu uiteindelijk *de* grondslag van de contractuele gebondenheid?). Zoals zal blijken, kenmerken beginselen zich juist door hun onderlinge verdraagzaamheid. Drie beginselen van contractenrecht kunnen heel goed samengaan, en de vraag op welk beginsel de contractuele gebondenheid nu uiteindelijk berust, komt niet aan de orde.

De bijzondere aandacht voor de beginselen van contractenrecht houdt verband met het accent dat in dit boek wordt gelegd op het handelingskarakter van de overeenkomst. Ook dat is een verschil. In de gangbare opvattingen wordt de kern van het contractsfenomeen veelal gezocht in een psychische stand van zaken: hetzij de tussen partijen bestaande wilsovereenstemming, hetzij hun vertrouwen in de totstandkoming van een overeenkomst. Weliswaar worden deze uitgangspunten vaak gestoken in een normatief jasje (de wil rechtens, het gerechtvaardigde vertrouwen) maar het kwaad is dan reeds geschied: de rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid is op enkelspoor gezet.

De totstandkoming van een overeenkomst is echter niet een *stand van zaken* (het bestaan van wilsovereenstemming, psychisch dan wel normatief, of de aanwezigheid van vertrouwen, psychisch dan wel normatief), maar een *handeling*. En net als bij schaken en de tango dansen gaat het bij contracteren

om een handeling die door regels mogelijk wordt gemaakt. In dit geval: rechtsregels. Zo verschijnen ook langs deze weg de beginselen van contractenrecht in beeld. Er bestaat een nog nader te demonstrenen verband tussen rechtsregels en rechtsbeginselen. Door het accent op het handelingskarakter van de overeenkomst valt aldus vanzelf het volle licht op de beginselen van contractenrecht.

Drie beginselen van contractenrecht. Drie vragen verdienen in verband met dit thema reeds thans een globaal antwoord. Welke rol spelen rechtsbeginselen in ons rechtssysteem? *Drie* beginselen van contractenrecht; waarom juist *deze* drie (autonomie-beginsel, vertrouwensbeginsel, causa-beginsel)? Beginselen van *contractenrecht* of de grondslagen van de *rechtshandeling*, wat is de relatie tussen beide uitgangspunten?

Voer voor juristen: de beginselen van het recht

De jurist leeft niet bij regels alleen. Verstokte positivisten beweren dat wel, maar zij houden zich allermint aan hun mager dieet.¹ Om een rechtsregel te kunnen hanteren moet hij doorstoten naar dieperliggende lagen: beginselen, belangen, waarden. Hoe dichter aan de oppervlakte, hoe duidelijker het regelprofiel (de koppeling van rechtsgevolgen aan voorwaarden) zichtbaar wordt. Niettemin zijn de grenzen vloeiend, de terminologie evenzeer. De regel van art. 1374 lid 1 (alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet), is dit niet veeleer een beginsel (het beginsel van de verbindende kracht)? Het gelijkheidsbeginsel, is dat niet eigenlijk een waarde? Belangrijker dan de terminologische grensgeschillen is het inzicht in de functionele relaties tussen rechtsbeginselen en rechtsregels. Twee punten zijn voor het vervolg van het betoog van bijzonder belang.

Ten eerste: de beginselen *beïnvloeden* niet slechts het systeem van het positieve recht, zij *scheppen* in veel gevallen een *systeem*. Een systeem dat er zonder die beginselen niet zou zijn. De erkenning van het legitimatie*beginsel* (wie afgaat op de schijn die het bezit geeft, verdient bescherming) heeft tussen art. 2014 BW enerzijds en de artt. 639 en 667 BW anderzijds een systeem geschapen dat er voordien niet was. De rechtsbeginselen fungeren hier als systeembouwers.²

Ten tweede: de rechtsbeginselen vormen onderling een systeem van 'checks and balances'. Beginselen wijzen vaak in tegengestelde richting. Wat voor rechtsregels een vloek zou zijn, is hier een zegen. Doordat zij in tegengestelde richting wijzen houden zij elkaar in toom en zodoende in evenwicht. De regeling van de overdracht van roerend goed levert een treffende illustratie. Het autonomie-beginsel verzet zich ertegen, dat de eigenaar tegen zijn wil een zaak kwijtraakt doordat een ander haar vervreemdt. Het vereiste van beschik-

1. Vgl. J.Ph. Suyling, Inleiding tot het burgerlijk recht I, blz. 47 'Als enige bron voor de uitleg der wet rest daarom de wet zelve'. Elders erkent Suyling echter wel degelijk de 'interpretatieve waarde der algemeene beginselen' (Zakenrecht, blz. 83).

2. Zie over deze functie van de rechtsbeginselen met name C.W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Berlin 1969 blz. 46 e.v. en K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Berlin 1975, blz. 458 e.v.

kingsbevoegdheid komt hieraan tegemoet. Het vertrouwensbeginsel biedt tegenspel: wie in goed vertrouwen afgaat op de schijn van beschikkingsbevoegdheid verdient bescherming. Hij krijgt die in art. 2014 lid 1. Haaks hierop staat het *causa*-beginsel: een bevoordeling zonder redelijke grond mag van die bescherming van het vertrouwen niet het gevolg zijn. Wie om niet verkreeg wordt niet beschermd. De regeling van de overdracht van roerend goed is slechts te begrijpen vanuit het *samenspel* (en *tegenspel*) van deze drie beginselen.

Op het niveau van *rechtsregels* verloopt het ‘*samenspel*’ minder soepel. Als er ten aanzien van een *casuspositie* twee of meer regels voor toepassing in aanmerking lijken te komen, die ieder voor zich de beslissing in een andere richting sturen, is er dringend behoefte aan een ‘*collisiereg*’, een regel die bepaalt welke regel voorrang heeft. *Lex specialis derogat legi generali*, *lex superior derogat legi inferiori*, dat zijn zulke voorrangsregels. En ook al is men van mening dat het hier niet gaat om ‘een systeem van mechanische regels (...) waarmee in *abstracto* alle voorkomende gevallen kunnen worden opgelost’³, het feit blijft dat de samenloop van beginselen een heel ander karakter draagt dan de samenloop van regels. In het eerste geval staat het *harmoniemodel* voorop, in het tweede geval overheerst de strijd om de hegemonie.

Te bestemder plaatse zullen nog enige algemene beschouwingen worden gewijd aan de status van *rechtsbeginselen*. Het gaat hierbij om twee vragen: wat is de relatie tussen *rechtsregels* en *rechtsbeginselen*? (zie blz. 38 e.v.), en vervolgens: waar komen de *rechtsbeginselen* vandaan? (zie blz. 40 e.v.).

Welke beginselen van contractenrecht?

Aandacht voor de beginselen van het contractenrecht is zeker niet iets nieuws. Met name de handboeken plegen hun behandeling van het contractenrecht in te leiden met enige beschouwingen over de algemene beginselen die dit onderdeel beheersen. Zo liggen ook volgens Asser-Rutten aan ons contractenrecht drie beginselen ten grondslag: het *consensualisme*, de verbindende kracht van de overeenkomst en de *contractsvrijheid*.⁴ Hofmann-Abas neemt dit drietal over en voegt daaraan als vierde het ‘*billijkheidsbeginsel*’ toe.⁵ De verschillen met de in dit boek figurerende beginselen (*autonomie*-, *vertrouwens*- en *causa*-beginsel) zijn groot. Alleen tussen het beginsel van *contractsvrijheid* en het *autonomie*-beginsel bestaat op het eerste gezicht verwantschap. De verklaring is te zoeken in de omstandigheid dat de term ‘*beginsel*’ op tenminste twee manieren kan worden gebruikt: in een globale en in een toegespitste betekenis. ‘*Beginsel*’ begrepen als een ‘*belangrijke eigenschap*’ tegenover ‘*beginsel*’ gehanteerd in een zeer specifieke context, namelijk *ter rechtvaardiging* van regels en beslissingen. ‘Het stelsel van inkomstenbelasting wordt gekenmerkt door het *progressie*-beginsel’. Hier stuiten wij op een ‘*beginsel*’ in de eerstgenoemde betekenis. De toename van het belastingpercentage bij een stijging van de belastbare som is een belangrijke eigenschap van de inkomstenbelasting.

3. C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*, Proefschrift Leiden 1966, blz. 57.

4. Asser-Rutten II, blz. 28 e.v.

5. Hofmann-Abas, blz. 11 e.v.

'Het progressieve tarief in de inkomstenbelasting steunt op het draagkracht-beginsel'. Hier betreft het een 'beginsel' in de tweede betekenis: het draagkrachtbeginsel wordt ingezet *ter rechtvaardiging* van het progressieve tarief.

De hoofdrolspelers van dit boek (het autonomie-beginsel, het vertrouwens-beginsel en het causa-beginsel) zijn heel duidelijk 'beginselen' in de tweede, pregnante betekenis. Zij vervullen een concrete taak: de rechtvaardiging van de verbindende kracht van een overeenkomst (of het ontbreken daarvan).

Deze toegespitste taak vormt de verklaring voor de verschillen in de keuze van de beginselen. De reden voor de afwezigheid van 'het beginsel van de verbindende kracht' is evident: als het gaat om de rechtvaardiging van de verbindende kracht van een overeenkomst is het beginsel van de verbindende kracht geen sterke troef. Op eigen schouders is het slecht steunen. Maar ook het consensualisme (de vormvrijheid) is heel stellig een 'beginsel' in de eerste versie: een belangrijke eigenschap. Dat overeenkomsten 'in beginsel' vormvrij gesloten kunnen worden is een belangrijke eigenschap van ons contracten-recht, maar een argument ter rechtvaardiging van de verbindende kracht is daarin niet gelegen.

Contractsvrijheid en autonomie-beginsel

Hoe verhoudt zich het beginsel van contractsvrijheid zoals beschreven in Asser-Rutten en Hofmann-Abas tot het autonomie-beginsel dat in dit boek optreedt? Verband is er zeker, maar ook een duidelijk accentverschil. De beschouwingen omtrent de contractsvrijheid bevatten de volgende kern: het recht laat de partijen een kring waarbinnen zij naar vrije verkiezing overeenkomsten mogen aangaan. Die vrijheid is niet onbeperkt, integendeel: 'door het ingrijpen van de overheid is sedert de tweede helft der vorige eeuw de tendens in toenemende mate gericht op het enger maken van de kring der vrijheid'.⁶

Bij de invulling van het autonomie-beginsel zal de nadruk komen te liggen op de overeenkomst als het middel tot *zelfontplooiing*. Essentieel is dat de gebondenheid van elk der partijen berust op *toestemming*. Het verband tussen de contractsvrijheid en het autonomie-beginsel is gelegen in de omstandigheid dat het autonomie-beginsel het beginsel van contractsvrijheid vóóronderstelt. Het heeft weinig zin zich druk te maken over de vraag of de contractuele regeling wel berust op de toestemming van beide partijen als de vrijheid om contracten te sluiten geheel en al ontbreekt.

Maar er is ook verschil. En dat verschil hangt samen met de gerichte belangstelling van dit boek: de rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid. Dat partijen 'in beginsel' bevoegd zijn te contracteren wat zij willen, en met wie zij willen, is ongetwijfeld een belangrijk kenmerk van ons privaatrecht, maar de enkele constatering dat zij die bevoegdheid bezitten is geen antwoord op de vraag op welke gronden de verbindende kracht van een overeenkomst berust. In dit kader moet de rol van het autonomie-beginsel worden begrepen: de contractuele gebondenheid wordt mede gerechtvaardigd door de overweging dat zij berust op de toestemming van de betrokkenen. Volenti non fit

6. Asser-Rutten II, blz. 34.

inuria. Het autonomie-beginsel speelt een rol bij de rechtvaardiging van het oordeel over het al dan niet aanwezig zijn van contractuele gebondenheid. Vaak in negatieve vorm: een gebrek in de autonomie (het ontbreken van toestemming, misbruik van omstandigheden) wordt aangegrepen als argument ter rechtvaardiging van het ontbreken van contractuele gebondenheid.

Het billijkheidsbeginsel?

‘Drie beginselen van contractenrecht’, het ‘billijkheidsbeginsel’ komt in dit stuk niet voor. Is dat wel verstandig? Het lijkt toch zeer aantrekkelijk de verbindende kracht van een overeenkomst wordt gerechtvaardigd door de billijkheid (de goede trouw). Contractuele gebondenheid ontbreekt wanneer de billijkheid (de goede trouw) zich daartegen verzet. Is het niet zo dat we in de billijkheid een rijke bron van argumentatie-materiaal aanboren, argumenten ter rechtvaardiging van het oordeel over het al dan niet aanwezig zijn van contractuele gebondenheid?

Het antwoord is heel duidelijk: nee! Het gewicht van een beroep op de billijkheid (de goede trouw) in een debat over de verbindende kracht van een overeenkomst is nihil. Dat dit zo is, houdt verband met de status van de begrippen ‘billijkheid’ en ‘goede trouw’. ‘Billijk’ en ‘te goeder trouw’ zijn de meest algemene predikaten van waardering die een jurist in huis heeft. Het meest algemeen en daardoor het minst zeggend. De term ‘billijk’ wordt gehanteerd om een positieve waardering uit te drukken ten aanzien van de meest uiteenlopende zaken. Contracten, straffen en verlotingen kunnen als billijk of onbillijk worden gewaardeerd. Het predicaat ‘billijk’ kan bovendien van toepassing zijn zonder dat zij ook maar één eigenschap gemeen hebben. Wat is de overeenkomst tussen een billijke straf en een billijke verloting? Toch wordt het terrein van de billijkheid en de goede trouw niet geteisterd door willekeur. Binnen een bepaalde categorie (een overeenkomst, een belastingstelsel) moet worden gezocht naar een of meer argumenten (het autonomie-beginsel voor contracten, het draagkrachtbeginsel voor belastingstelsels). Billijkheid en goede trouw *zijn* geen argumenten, zij *vóór*onderstellen argumenten.

Dat billijkheid en goede trouw niet kunnen dienen *ter rechtvaardiging* van de contractuele gebondenheid, houdt overigens niet in, dat het belang van de artt. 1374 lid 3 en 1375 BW voor het contractenrecht te verwaarlozen zou zijn. Zeker niet. Steeds wanneer het probleem rijst hoe een nieuwe rechtsontwikkeling in het bestaande systeem van ons contractenrecht moet worden binnengeloodst, bieden deze artikelen zich aan als een ideale ankerplaats. Hoe moet de conversie-figuur worden ingepast in het stelsel van de wet⁷? Waaraan ontleent de rechter de bevoegdheid om een onereus standaardbeding terzijde te schuiven⁸? De artt. 1374 lid 3 en 1375 BW vormen het antwoord. Maar argumenten voor een oordeel over de vraag wanneer het intreden van conversie, of de terzijdelating van een standaardbeding *gerechtvaardigd* is, verschaffen

⁷ Zie hieromtrent verder blz. 106 e.v.

⁸ Zie hieromtrent verder blz. 146 e.v.

deze artikelen niet. Daarvoor moet, zoals zal blijken, worden geput uit de drie beginselen die in dit boek voor het voethicht treden.

'Toedoen' als beginsel van contractenrecht?

Waarom is het gerechtvaardigd het redelijke vertrouwen te beschermen ten koste van degenen die zich kan beroepen op een gebrek in de autonomie (geestelijke gestoordheid, discrepantie tussen wil en verklaring)? Waarom verdient het vertrouwensbeginsel soms een sterkere bescherming dan het autonomie-beginsel? Omdat, zo luidt het antwoord, degenen die zich beroept op een gebrek in de autonomie kan worden aangemerkt als de 'oorzaak' van het gerechtvaardigde vertrouwen van de ander. De sterkere bescherming van het vertrouwensbeginsel is gerechtvaardigd omdat, en voor zover, het redelijke vertrouwen het gevolg is van een 'toedoen' van de ander. Vergelijk HR 6 mei 1926, NJ 1926, 721

'dat men () alleen dan door overeenkomst kan worden verbonden, indien men zijn wil daartoe heeft geopenbaard, hetzij rechtstreeks, hetzij doordat zulks uit de gedragingen van den verbonden persoon in verband met de eischen van het maatschappelijk verkeer en het daardoor bij de wederpartij opgewekte vertrouwen kan worden afgeleid' (cursivering niet in het origineel)

Vertrouwen, hoezeer gerechtvaardigd, dat niet op enigerlei wijze is veroorzaakt door een doen of nalaten van de ander, verdient geen bescherming. Stuiten we hier op een zelfstandig beginsel van contractenrecht het 'toedoen'-beginsel? Wat is de achtergrond van de gedachte dat het toedoen van de een de rechtvaardiging vormt voor de bescherming van het vertrouwen van de ander?

Dit is toch stellig de onverbreekelijke band tussen vrijheid en verantwoordelijkheid, tussen autonomie-beginsel en aansprakelijkheid. Als de rechtsorde het individu de mogelijkheid biedt om naar eigen verkiezing rechtsbetrekkingen aan te knopen, dan is de onvermijdelijke keerzijde van de aldus verleende autonomie de aansprakelijkheid voor de in dat kader veroorzaakte storingen.⁹ En aangezien het er in het contractenrecht mede om gaat zekerheid te scheppen omtrent toekomstige prestaties, zal die aansprakelijkheid in ieder geval betrekking hebben op het gerechtvaardigde vertrouwen van de één dat is veroorzaakt door 'toedoen' van de ander.

Maar welke aansprakelijkheid: louter schuld aansprakelijkheid of ook risico-aansprakelijkheid? De Hoge Raad kiest voor het laatste.

'dat () immers de toerekening van de gevolgen van den schijn aan hem die dezen opriep, in het burgerlijk recht haar grond niet vindt in een bij laatstgenoemde veronderstelde schuld'.¹⁰

Voldoende is dat de oorzaak van het vertrouwen meer ligt in de schuld- en risico-sfeer van degenen die zich op het gebrek in de autonomie beroept. Deze

⁹ Vgl. Bydlinski 196 /, blz. 54.

¹⁰ HR 11 december 1959, NJ 1960, 230.

streng aansprakelijkheid is niet onredelijk. Als er een keuze gemaakt moet worden, is het uiteindelijk het minst bezwaarlijk die keuze te laten uitvallen ten nadele van degenen uit wiens rechtssfeer de storing van het contractsmechanisme afkomstig is. Gelegenheid om deze gedachte toe te lichten zullen wij nog krijgen in hoofdstuk zeven. In ieder geval moge duidelijk zijn geworden dat het 'toedoen-beginsel' geen aanspraak kan maken op een zelfstandige status. Dat het vertrouwen van de één slechts wordt beschermd indien het is veroorzaakt door een omstandigheid die meer ligt in de schuld- en risico-sfeer van de ander, en dat het met andere woorden moet gaan om *toerekenbare* schijn, vloeit voort uit het feit dat de door die ander uitgeoefende autonomie diens aansprakelijkheid impliceert. Zo bezien is het 'toedoen-beginsel' niet meer dan een reflex van het autonomie-beginsel in relatie tot het vertrouwens-beginsel.

Conclusie

Welke beginselen van contractenrecht? Gezien de specifieke rol die door die beginselen moet worden vervuld (de rechtvaardiging van de verbindende kracht van een overeenkomst) is thans duidelijk welke beginselen *niet*. Het consensualisme, het beginsel van de verbindende kracht, de billijkheid en het 'toedoen' vallen af. Maar waarom het autonomie-beginsel, het vertrouwens-beginsel en het causa-beginsel *wel*? Het antwoord op deze vraag vergt een ruime aanloop. Het vijfde hoofdstuk van dit boek is daaraan gewijd.

Beginselen van contractenrecht en de grondslagen van de rechtshandeling

Drie beginselen van *contractenrecht*. Dit boek gaat over contractenrecht. Niettemin wemelt het betoog van de onverhoedse zijsprongen naar het leerstuk van de rechtshandeling. Verwonderlijk is dit niet. Van de buitenkant gezien is in ons rechtssysteem de overeenkomst ondergeschikt aan de rechtshandeling. Inwendig liggen de zaken omgekeerd. Het leerstuk van de rechtshandeling is in hart en nieren contractenrecht. Een bloedeloze theoretische constructie blijft over als uit de rechtshandelingsleer de obligatoire overeenkomst wordt weggehaald. Een blik over de grenzen bewijst dit. Het Anglo-amerikaanse recht is ondenkbaar zonder 'Law of contract', maar verkeert in blakende gezondheid, ondanks het ontbreken van het leerstuk 'Legal acts'. In ons recht zal de inwendige verstrengeling van rechtshandeling en overeenkomst zeker bewaard blijven, ook na de inwerkingtreding van het NBW. Ondanks de grote afstand in het uitwendige systeem van het NBW, zal zonder twijfel een drukke pendel ontstaan tussen Boek III titel 2 (rechtshandelingen) en Boek VI titel 5 (overeenkomsten). Op deze pendel wordt in onze beschouwingen een voorschot genomen.

De verdere gang van het betoog

Waarom voeren de gebaande paden naar het moeras? Waarom bevatten de wilsleer en de vertrouwensleer, inclusief hun normatieve varianten, geen deugdelijke fundering voor de contractuele gebondenheid? Dat is de eerste vraag waarop wordt ingegaan (zie blz. 14 e.v.).

Maar wat dan?

Staande voor het moeras is de omweg de kortste weg. Onze omweg leidt via de taalfilosofie. De gulden vondst van de moderne taalfilosofie is stellig de ontdekking dat met taal meer kan worden gedaan dan het *beschrijven* van de werkelijkheid. Met behulp van taal kunnen allerlei handelingen worden verricht: groeten, bevelen, en met name ook *contracteren*. Een overeenkomst sluiten is het verrichten van een *taalhandeling*, en wel een handeling die niet kan worden gereduceerd tot het beschrijven van wilsovereenstemming of het opwekken van vertrouwen (zie blz. 23 e.v.).

Het accent komt aldus te liggen op het handelingskarakter van de overeenkomst. Belanden we zo niet van de regen in de drup? Is een handeling niet, ter onderscheiding van een 'lichaamsbeweging', een 'gewilde spierbeweging'? Leidt de omweg via de taalhandeling toch niet onafwendbaar weer naar de wil van de betrokkenen? Een genuanceerd antwoord: om te weten of het omhooggaan van een arm al dan niet een handeling oplevert is het niet zozeer zaak vast te stellen of aan die lichaamsbeweging een wilsbesluit voorafging, maar is het veeleer nodig die lichaamsbeweging te *interpreteren*. Zo ook ten aanzien van de vraag *welke* handeling in het omhooggaan van de arm ligt besloten, (een groet, een bod op een veiling, een bevel tot stoppen). Ook hier gaat het niet zozeer om een vaststelling van de wil van de betrokkene (zeker niet uitsluitend), als wel om *interpretatie*. Interpretatie op basis van de *regels* die voor de verschillende handelingen (groeten, bieden, bevelen) gelden (zie blz. 29 e.v.).

Er is verband tussen handelingen en regels. Maar welk verband? Er is verband tussen autorijden en verkeersregels en er is verband tussen contracteren en contractsregels. Die band is in het eerste geval aanmerkelijk minder hecht dan in het tweede geval. Naar gelang de mate van afhankelijkheid van de handeling ten opzichte van de regel kunnen we twee typen van regels onderscheiden. Regels die een los van die regels *reeds mogelijke* handeling verbieden (links rijden) of juist gebieden (rechts rijden), en regels die een bepaalde handeling eerst *mogelijk maken* (bijvoorbeeld de schaakregels die het schaakspel mogelijk maken). Regels van het eerste type noemen we *obligatoir*, regels van het tweede type zullen we aanduiden als *constitutieve* regels. Het betoog in hoofdstuk vier is er op gericht aannemelijk te maken dat de regels van contractenrecht behoren tot het tweede type.

Wat hebben we aan de wetenschap dat de regels van contractenrecht een constitutief karakter dragen? In ieder geval dit: aldus verkrijgen we een scherper zicht op het verband tussen het 'bestaan' van een overeenkomst en de regels van contractenrecht. Zoals gezien (zie blz. 3 e.v.) is de geboorte van een overeenkomst een normatief gebeuren. Rechtsregels maken het contracteren mogelijk. Om vast te stellen of een overeenkomst is tot stand gekomen moet worden nagegaan of die regels in acht zijn genomen (zie blz. 35 e.v.).

Dat die regels niet in kant en klare vorm aanwezig zijn, is bekend. Zij worden aan de ene kant beïnvloed door de rechtsbeslissingen waarin zij een rol spelen en aan de andere kant staan zij in een open verbinding met de rechtsbeginselen (zie blz. 38 e.v.).

Maar waar komen die rechtsbeginselen vandaan? En welke rol spelen zij precies? Rechtsbeginselen hebben een dubbele basis; zij wortelen in de maatschappelijke werkelijkheid en in de waarden die een samenleving tot leidraad heeft gekozen. Kanalisering van deze reële en ideële factoren van het recht, dat is de functie die door de rechtsbeginselen wordt vervuld (zie blz. 40 e.v.).

Van hoe naar wat. Het accent verschuift. *Welke* beginselen van contractenrecht? Gezien hun afkomst echter eerst een vraag vooraf: *welke* reële en ideële factoren beïnvloeden, via de beginselen, het contractenrecht?

Het betoog kan vervolgens worden voortgezet op een concreter niveau. Een overeenkomst sluiten is een handeling die door regels mogelijk wordt gemaakt. Die regels worden beïnvloed door beginselen, terwijl die beginselen op hun beurt worden gevoed vanuit de maatschappelijke werkelijkheid en het binnen een samenleving vigerende waardenpatroon. Op dit punt van het betoog kan de wisselwerking tussen beginselen en regels aan de orde komen. Hoe verloopt de confrontatie tussen drie beginselen van contractenrecht en de regels van contractenrecht. Wij kozen daartoe vijf 'brandhaarden': misverstand, dwaling, conversie, misbruik van omstandigheden en standaardvoorwaarden. Met name hier worstelen theorie en praktijk met de vorming van regels, en met name hier kunnen drie beginselen van contractenrecht verheldering brengen.

2. DE REEDS GEBAAANDE PADEN

Overzicht van het betoog

Vijf wegen worden op hun deugdelijkheid beproefd. Wordt de weg naar de rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid wellicht gemarkeerd door één van de volgende richtingwijzers: 1. de wil, 2. het vertrouwen, 3. in 'normale' gevallen de wil; in 'pathologische' gevallen het vertrouwen, 4. de 'gejuridiseerde' wil of het 'gejuridiseerde' vertrouwen, 5. 'de in casu geldende rechtsnormen'?

In de ban van Archimedes

Hoe bestaat een overeenkomst? Een zeer belangrijke afdeling van het Burgerlijk Wetboek heeft als opschrift: 'Van de voorwaarden welke vereischt worden tot de *bestaanbaarheid* der overeenkomsten' (Boek IV, titel 2, afdeling 2). Hoe bestaat een overeenkomst? Een dubbelzinnige vraag. Hoe is een overeenkomst mogelijk? Maar ook: wat is haar wijze van bestaan? Toch hangen beide vragen ten nauwste samen. Om met de laatste te beginnen: een overeenkomst heeft de typische bestaanswijze van het recht. Een overeenkomst 'geldt'. Wij betreden hier de wereld van het normatieve. Een overeenkomst 'bestaat' uit een aantal, onderling samenhangende, rechten en verplichtingen.

Maar nog in een ander opzicht heeft de overeenkomst een normatief karakter. Het bestaan van overeenkomsten wordt door *normen* mogelijk gemaakt. Om te beoordelen of een overeenkomst is tot stand gekomen, moet worden nagegaan of voldaan is aan de normen waardoor het sluiten van overeenkomsten *mogelijk wordt gemaakt*. De overeenkomst is op dubbele wijze verankerd in het normatieve vlak. Haar wijze van *ontstaan* is normatief. Het recht bepaalt haar ontstaansvoorwaarden. De geboorte van een overeenkomst wordt beheerst door rechtsnormen. Haar wijze van *bestaan* is normatief. Geldigheid, verbindende kracht, dat zijn de normatieve symptomen die wijzen op het bestaan van een overeenkomst.

Rechtsnormen moeten worden *uitgelegd*; de geldigheid van een overeenkomst moet worden *gerechtvaardigd*. Op welke gronden berust de verbindende kracht van een overeenkomst? Ook hier is er samenhang. De uitleg van rechtsnormen wordt beïnvloed door het verschijnsel dat door die normen wordt bestreken. De speurtocht naar de gronden van de contractuele gebondenheid is zeker niet zonder zin. Dit grondslagenonderzoek levert het ruwe materiaal voor de interpretatie van de normen die de geldigheid, en daarmee het 'bestaan' van overeenkomsten beheersen. Jammer is alleen dat men bij het

in kaart brengen van de bronnen van de overeenkomst in de ban is geraakt van Archimedes, de overmoedige: 'geef mij één punt, waar ik kan gaan staan en ik beweeg de aardbol'.¹¹ Geef mij één vast punt en ik verklaar u het contractenrecht. Wil en vertrouwen, dat zijn bij uitstek de Archimedische punten waarop men het contractenrecht heeft willen funderen. Wat steekt hier achter? Wat is de verklaring voor de hardnekkigheid waarmee is gespeurd naar *de* grondslag van de contractuele gebondenheid? Misschien de populaire misvatting: eenvoud is kenmerk van het ware, de leugen spreekt met vele tongen. Een theorie is of eenvoudig of waardeloos. De wilsleer is het prototype van een goede, want eenvoudige, theorie.

'De wil van het individu is een zoo eenvoudig beginsel om de geldigheid van verplichtingen aan te nemen, dat herhaaldelijk beproefd is, de verbindende kracht van alle rechtsregels tot dien grondslag te herleiden'.¹²

Waar de werkelijkheid door de theorie niet kan worden verklaard wordt niet de theorie aangepast, maar moet de werkelijkheid wijken. Wijken voor de fictie. Wat is de grondslag van conversie? De omstandigheid dat partijen worden *geacht* de vervangende rechtshandeling te hebben *gewild*.¹³

Maar er is nog een andere verklaring voor de Archimedische tendens in het zoeken naar de grond van de contractuele gebondenheid. Onder invloed van het positivisme is de jurist geneigd het recht exclusief op te vatten als een complex van *regels* (zie blz 4). Nu hebben regels een onverdraagzaam karakter. Als er op een bepaald geval twee regels toepasbaar zijn, die ieder voor zich de beslissing in een andere richting lijken te sturen, moet er één het onderspit delven. Dit 'regelmodel' van het recht is waarschijnlijk mede verantwoordelijk voor het zoeken naar *de* grond voor contractuele gebondenheid. Als wil en vertrouwen voor het al dan niet aannemen van gebondenheid tot verschillend resultaat leiden, ligt het dan niet voor de hand te vragen: wat geeft nu de doorslag, wat is nu de *eigenlijke* grond voor de contractuele gebondenheid?

Een geheel ander perspectief doemt op als we ons losmaken van het regelmodel en het 'grondslagenonderzoek' verleggen naar het terrein van de rechtsbeginselen. Beginselen voelen zich juist bij uitstek thuis in een pluralistisch milieu. Zij vormen een stelsel van 'checks and balances' (zie blz. 4). De eigendomsoverdracht van roerend goed wordt beheerst door het nemo plus-beginsel en het vertrouwensbeginsel. De vraag op welke van beide beginselen de eigendomsoverdracht nu *eigenlijk* berust is hier buiten de orde. Zo ook ten aanzien van het contractenrecht. Als we de grond voor de contractuele gebondenheid zoeken in, onder andere, het autonomie-beginsel en het vertrouwensbeginsel, is het niet langer geoorloofd te vragen op welk van beide beginselen de contractuele gebondenheid nu uiteindelijk berust. Maar alvorens de rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid te beproeven met behulp van drie beginselen van contractenrecht, dient eerst te worden aangetoond, dat wil en vertrouwen inderdaad niet voldoen in een solo-rol.

11. Δοσ μοι που στω και κωω την γην.

12. E.M. Meijers, WPNR 2675, V.P.O. III, blz. 84.

13. Zie hieronder blz. 106 e.v.

Twee Archimedische verklaringen voor de contractuele gebondenheid

A en B sluiten een overeenkomst waarbij A zijn huis aan B verkoopt voor f 150 000,— Overdracht zal plaatsvinden op 15 november

A is verplicht het huis over te dragen B is gehouden f 150 000,— te betalen Wat is de 'eigenlijke grond' voor deze wederzijdse gebondenheid? De eigenlijke reden is de *wil* van A en B om deze prestatie uit te wisselen (de *wilsleer*) Het *vertrouwen* van A en B dat op 15 november deze prestaties zullen worden uitgewisseld, dat is de grondslag van de gebondenheid (de *vertrouwensleer*) Beide theorieën zijn even eenvoudig als ondoeltreffend

Kan de wil recht scheppen?

'De wil van het individu is een zoo eenvoudig beginsel om de geldigheid van verplichtingen aan te nemen, dat herhaaldelijk beproefd is, de verbindende kracht van alle rechtsregels tot dien grondslag te herleiden' ¹⁴ Het is inderdaad herhaaldelijk beproefd, en het is even zovele malen mislukt Wij stuiten hier op het voluntarisme Een illustere vertegenwoordiger van deze richting is bijvoorbeeld John Austin (1790-1859) Bij hem is het positieve recht niets anders dan een reeks bevelen 'Laws or rules, properly so called, are a species of commands' En wat een bevel is wordt door Austin als volgt onder woorden gebracht

'If you express or intimate a wish that I shall do or forbear from some act, and if you will visit me with an evil in case I comply not with your wish, the expression or intimation of your wish is a command' ¹⁵

Op deze wijze lijken de rechtsplichten exclusief verankerd in de wil Een rechtsplicht vloeit voort uit een bevel, en bevelen is het beschrijven van de wil van de spreker, althans voor zover vergezeld van een bedreiging met iets onaangenaams

Deze bewijsvoering is niettemin behept met een fataal gebrek Zij laat immers volstrekt onverklaard waarom uit het bevel van een verkeersagent *wel*, en uit het bevel van een struikrover *niet* een rechtsplicht voortvloeit Toch is er in beide gevallen sprake van een *wilsuiting* die gepaard gaat met een bedreiging met iets onaangenaams (een boete, een pak slaag) Een essentieel element ontbreekt de *bevoegdheid* van degeen van wie het bevel afkomstig is ¹⁶ De verbindende kracht van een bevel is niet zozeer afhankelijk van de dreiging met iets onaangenaams, als wel van de bevoegdheid van degeen die het uitvaardigt Een struikrover mist die bevoegdheid, een verkeersagent ontleent haar aan artikel 52 Wetboek van Strafvordering Uit dit laatste wordt bovendien duidelijk dat de bevoegdheid tot het geven van een bevel ergens anders op

14 E M Meijers WPNR 2675 V P O III, blz 82

15 John Austin Lectures on jurisprudence, lecture I

16 Zie voor een bestrijding van Austin op dit punt Hart 1961, blz 18 e v

moet berusten dan op de wil van degeen die beveelt. Vandaar: als de bevoegdheid een noodzakelijke voorwaarde vormt voor de verbindende kracht van een bevel, dan is die verbindende kracht niet exclusief te herleiden tot de wil van degeen van wie het bevel afkomstig is.

Een tegenwerping: wat heeft dit alles te maken met de vraag of de verbindende kracht van een *overeenkomst* kan worden herleid tot de wil van partijen? De aandacht van Austin is gericht op het positieve recht als zodanig. Het recht begrepen als een geheel van gedragsregels, dat wordt door hem gereduceerd tot een reeks 'bevelen'. Maar het ligt voor de hand dat het 'bevel' als aanknopingspunt voor het contractsfenomeen volstrekt ondeugdelijk is. Een overeenkomst sluiten is eerder het tegendeel van bevelen, opgevat als het dreigen met iets *onaangenaams*. Wie aanbiedt een overeenkomst te sluiten stelt juist iets *aangenaams* in het vooruitzicht: je kunt honderd gulden krijgen als jij bereid bent ...

Niet het bevel, maar de *belofte* vormt de sleutel tot het begrip van het contractsfenomeen.¹⁷ Een contractuele verplichting is niet de reflex van een bevel maar van een belofte. Liggen hier wellicht gunstige perspectieven voor het voluntarisme? Kan de verbindende kracht van de belofte exclusief worden herleid tot de wil van de betrokkene? Betekent 'ik beloof je honderd gulden' uiteindelijk niets anders dan 'ik wil je honderd gulden geven'?

Zoals gezien, strandde de poging het bevel te reduceren tot de wil van het individu op het ontbreken van een van elders komende bevoegdheidsverlening. Dergelijke klippen doemen ook hier op. De verbindende kracht van een belofte kan niet worden gebaseerd op uitsluitend de wil van de belover, zij dient mede te berusten op een norm die gelding heeft, los van de wil van het individu: 'belofte maakt schuld', of de juridische variant daarvan 'pacta sunt servanda' (art. 1374 BW). En, zoals zal blijken: bij de vraag wanneer sprake is van een 'wettiglijk gemaakte overeenkomst' die krachtens art. 1374 moet worden nagekomen, speelt de wil van het individu wel een rol, maar zeker geen solo-rol. Ook via de belofte kan de verbindende kracht van de overeenkomst niet op exclusieve wijze worden gefundeerd in 'de wil van het individu'.

Kan het vertrouwen recht scheppen?

Wat is de eigenlijke reden dat A en B gebonden zijn? Omdat, antwoordt de vertrouwensleer, A en B er op *vertrouwen* dat op 15 november het huis zal worden overgedragen en de f 150.000,— zal worden betaald. Introductie van het vertrouwensbegrip lokt onmiddellijk de vraag uit: vertrouwen *waarin*? De verklaring van A dat hij het huis op 15 november zal overdragen zal immers bij B in drieërlei opzicht vertrouwen wekken. Ten eerste het vertrouwen dat A's verklaring *overeenstemt* met zijn werkelijke *wil*. Ten tweede het vertrouwen dat A het huis op 15 november ook werkelijk *zal overdragen*. Ten derde het vertrouwen dat A's verklaring *een verbintenis schept*, zodat de overdracht van het huis zo nodig kan worden afgedwongen.

17. Vgl. Scholten 1974, blz. 16 e.v.

Geen van deze drie vertrouwensvarianten vormt een toereikende verklaring voor de verbintenisscheppende kracht van de overeenkomst. De aanhangers van de wilsleer maken het zich echter bij de bestrijding van de vertrouwensleer al te gemakkelijk door deze theorie vast te pinnen op het vertrouwen in de eerstbedoelde zin. Zo bijvoorbeeld Rutten, die de vertrouwensleer als volgt omschrijft

‘Niet elke verklaring bindt degene die haar aflegt, maar alleen die verklaring welke een normaal mens onder de gegeven omstandigheden in goed vertrouwen mocht beschouwen als overeenstemmend met de wil van die haar aflegde’¹⁸

Inderdaad als dit een adequate omschrijving zou zijn van *de* vertrouwensleer, dan is duidelijk dat in deze leer slechts ‘voor enkele weinig voorkomende abnormale gevallen een aanvullende regel wordt gegeven’¹⁹. Namelijk voor gevallen van discrepantie tussen wil en verklaring. En dan is stellig waar dat ‘wanneer men een rechtsgevolg laat intreden, omdat een goed vertrouwen is opgewekt, toch wel het feit, waaromtrent het vertrouwen is opgewekt (de geuite wil) in de eerste plaats dit rechtsgevolg in het leven moet kunnen roepen’²⁰.

Maar is een dergelijke omschrijving niet veeleer een ‘aanvechtbare lezing van de vertrouwensleer, gezien door de bril van de wilsleer’?²¹ Heeft de vertrouwensleer wellicht betere papieren als men het vertrouwen niet relateert aan de wil, maar indien als grondslag van de gebondenheid wordt aangewezen het vertrouwen dat de in het vooruitzicht gestelde gedraging ook werkelijk plaatsvindt? Vergaat het de vertrouwensleer beter wanneer zij als verklaring voor mijn gebondenheid aan mijn verklaring aanwijst niet het vertrouwen, dat mijn verklaring overeenstemt met mijn wil, maar het bij mijn wederpartij opgewekte vertrouwen, dat wanneer ik zeg, dat ik het huis op 15 november zal overdragen, ik dit ook werkelijk zal doen?

Ook dit vertrouwen, de verwachting dat op 15 november het transport zal plaatsvinden, laat het verbintenisscheppende effect van mijn mededeling volstrekt onverklaard. Wat immers, indien ik de ander meedeel dat ik rechtsmaatregelen zal treffen, zo hij niet vóór 15 november aan zijn verplichtingen voldoet? Het is duidelijk dat deze mededeling bij mijn wederpartij de verwachting zal wekken, dat ik een dagvaarding zal uitbrengen als hij niet tijdig betaalt. Dat echter deze mededeling mij geenszins *verplicht* tot het uitbrengen van een dagvaarding is evenzeer duidelijk.

Wat volgt hieruit? In ieder geval dit: de *verwachting* dat een in het vooruitzicht gestelde handeling zal plaatsvinden is *als zodanig* geen toereikende verklaring voor gebondenheid aan de mededeling waardoor die verwachting werd veroorzaakt. Sterker: een consequente doorvoering van ‘een man een man, een woord een woord’, begrepen als een algemene plicht zijn woord gestand te doen zou desastreuze gevolgen hebben voor het sociaal verkeer. Ook al wekken de woorden ‘ik krijg jou nog wel’ bij de toegesprokene de verwachting dat

18 Asser Rutten II, blz. 66

19 L. M. Meijers, WPNR 2675, V P O III, blz. 82

20 E. M. Meijers, V P O III, blz. 83

21 Van Dunne 1971, blz. 84

hem een onplezierige behandeling te wachten staat, het is duidelijk, dat de spreker hierdoor in geen enkel opzicht, noch moreel, noch juridisch *verplicht* wordt zijn woord gestand te doen, zijn bedreiging waar te maken.

Het is blijkbaar zaak om binnen de kring van verwachtingen, opgewekt door verklaringen van anderen, een aparte plaats in te ruimen voor verwachtingen die een aanspraak op honorering verlenen. Het is duidelijk, dat dergelijke morele dan wel juridische claims alleen ontstaan als de verklaringen waarop die verwachtingen gebaseerd zijn, kunnen worden aangemerkt als het doen van een belofte dan wel het zich verbinden tot een bepaalde prestatie. 'De enkele omstandigheid dat de verklaring een reële verwachting wekt ten aanzien van een in de toekomst te verrichten handeling schept voor de declarant op zichzelf geen enkele verplichting tot het waar maken van die aankondiging.' Gelukkig maar! Wel is hiermee komen vast te staan dat het vertrouwen dat in de toekomst een bepaalde handeling zal worden verricht, volstrekt niet voldoende is om op eigen kracht het verschijnsel contractuele gebondenheid te verklaren.

Er lijkt nog een derde kans aanwezig. De grondslag van de contractuele gebondenheid is het vertrouwen dat een geldige verbintenis is ontstaan. Niet het vertrouwen van B, dat A het huis op 15 november zal overdragen, maar het vertrouwen, dat ten laste van A een geldige verbintenis met die inhoud is ontstaan, is de eigenlijke grond voor A's contractuele gebondenheid. Maar ook deze kans is snel verkeken. Ook langs deze weg kan de contractuele gebondenheid niet exclusief worden gefundeerd in het vertrouwen van de contractanten. Hier worden explicans en explicandum verward. Het verschijnsel contractuele gebondenheid moet worden verklaard. Voor deze functie wordt kandidaat gesteld: het gerechtvaardigde vertrouwen dat contractuele gebondenheid is ontstaan. Maar zo worden de zaken op hun kop gezet. Dat het vertrouwen in het ontstaan van een vorderingsrecht vaak gerechtvaardigd is, komt doordat de mens een mechanisme heeft ontwikkeld om verbintenissen te scheppen: het contractsinstituut. Dat vertrouwen is het *resultaat* van het min of meer betrouwbaar functioneren van dat instituut. Het contractsmechanisme werkt niet omdat er gerechtvaardigd vertrouwen is in het tot stand komen van verbintenissen. Nee omgekeerd: het vertrouwen in het tot stand komen van verbintenissen is gerechtvaardigd omdat het contractsmechanisme werkt. Evenmin als door de wilstheorie, wordt het verschijnsel 'contractuele gebondenheid' door de vertrouwensleer *verklaard*; het wordt daardoor *voórondersteld*.

Twee pogingen om het verschijnsel contractuele gebondenheid te verklaren, hetzij vanuit de wilsleer, hetzij vanuit de vertrouwensleer, verdienen nog vermelding.

Een druppel water in de wijn

Eén druppel water in de wijn, dat is de eerste techniek. De eigen theorie bevat de exclusieve verklaring voor de contractuele gebondenheid in de normale gevallen. Op de concurrent wordt slechts in uitzonderingsgevallen een be-

roep gedaan, en wel ter verklaring van de rechtsgevolgen van contractuele 'misbaksels' Het NBW vormt een voorbeeld van deze strategie

- 3 2 2 Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard
- 3 2 3 Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil'

Men leze de toelichting op het regeringsontwerp 'Artikel 2 heeft betrekking op de geopenbaarde wil, artikel 3 op het opgewekte vertrouwen *als grondslag* ener rechtshandeling Door het in artikel 2 bepaalde voorop te stellen, komt duidelijk uit, dat een rechtshandeling, waarbij wil en verklaring overeenstemmen, *het normale geval* is, terwijl artikel 3 dan in het belang van het verkeer bescherming verleent aan hem, die te goeder trouw op een rechtsschijn is afgegaan' ²² (Cursivering niet in het origineel) Dezelfde techniek, toegepast door de vertrouwensleer, geeft het volgende beeld In het normale geval is het gerechtvaardigde vertrouwen de grondslag voor de contractuele gebondenheid Een beroep op de wilsleer is slechts nodig in uitzonderingsgevallen, zoals bijvoorbeeld in het geval dat de verkoper om hem moverende redenen een zaak te koop aanbiedt voor een ongekend lage prijs Als in dat geval de koper denkt, en redelijkerwijs moet denken het zal wel een vergissing zijn, maar toch het aanbod aanvaardt, dan is er geen sprake van gerechtvaardigd vertrouwen Er komt niettemin een geldige koopovereenkomst tot stand

Het is duidelijk dat hiermee het Archimedische uitgangspunt (een kapstok voor het contractsfenomeen) niet wezenlijk wordt prijsgegeven Voor de echte, normale gevallen van contractuele gebondenheid levert het eigen oriëntatiepunt (wil dan wel vertrouwen) de exclusieve grondslag Slechts voor enige parasitaire situaties moet de andere grondslag te hulp worden geroepen

De juridisering van wil en vertrouwen

Het natuurprodukt (wil, vertrouwen) vervangen door een kunstprodukt (normatieve wil, normatief vertrouwen), dat is de tweede techniek Niet de 'psychische wil' is de grondslag voor de contractuele gebondenheid maar *de wil zoals die rechtens heeft te gelden* Aan het woord is Eggens

'De individuele mens heeft, als privaat persoon, in beginsel het recht zijn wil ten aanzien van het zijne, zijn vermogen, in vrijheid te bepalen Maar de van deze vrijheid niet los te maken keerzijde is dan ook, dat hij, indien hij eenmaal zijn wil — jegens een ander of anderen — geopenbaard en daarmee bepaald heeft, aan deze wilsbepaling gebonden is, zo als deze hem rechtens — objectief — wordt toegerekend Als persoon behoort hij dan te willen — en wil hij dan ook, indien hij zichzelf als persoon verstaat — datgene wat zijne wilsverklaring rechtens betekent, onafhankelijk van hetgeen hij al dan niet — voor zichzelf intern — gewild heeft' ²³

²² Toelichting, blz 82

²³ J Eggens, WPNR 4294

Alle pogingen om het aanvankelijke uitgangspunt (wil of vertrouwen) te 'juridiseren', hebben één ding gemeen: zij brengen ons geen stap verder. Doel van het onderzoek naar de grondslagen van de contractuele gebondenheid is immers langs die weg materiaal te vinden voor de vorming en interpretatie van regels die de geldigheid van overeenkomsten beheersen. Wat schiet ik er dan mee op als ik vaststel dat ik ben gebonden aan mijn wil, 'zo als deze mij rechtens— objectief — wordt toegerekend'. Wat ik wil weten is: welke bronnen bepalen de inhoud van de rechtsnormen waardoor dat toerekeningsproces wordt beheerst? Mijn — onjuist gebleken — hypothese was dat ik in mijn wil die bron had aangeboord. Ik raak in een vicieuze cirkel als ik er vervolgens toe over ga de wil te juridiseren 'door haar te bezien vanuit de rechtsnorm die op de handeling van toepassing is'.²⁴ De gedachte was juist, dat de betekenis van die rechtsnorm kon worden vastgesteld met behulp van de wil; nu blijkt, dat de betekenis van de wil moet worden vastgesteld met behulp van die rechtsnorm. Kortom: we zijn terug bij AF.²⁵

De ban verbroken

Wilsleer-vertrouwensleer. Is er een derde weg? Welzeker: de toerekeningsleer van Van Dunné²⁶.

'Onder de uitleg van een rechtshandeling wordt verstaan het vaststellen van de rechtsgevolgen die de handelende persoon toegerekend worden. Dit betekent de vaststelling — op grond van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm(en) — dat ten opzichte van de handelende persoon verbintenissen ontstaan zijn en/of teniet gegaan zijn, en in het eerste geval, de bepaling van hun inhoud'.²⁷

De 'toerekeningsleer', aldus omschreven, heeft een zwakke en een sterke kant.

Haar zwakke kant is het feit dat er geen speld is tussen te krijgen. Dat het er om gaat met behulp van de voor het concrete geval geldende rechtsnorm(en) de rechtsgevolgen vast te stellen die de handelende persoon worden toegerekend, heeft niemand ooit betwist en zal niemand ooit betwisten. Aanhangers van zowel de wilsleer als de vertrouwensleer kunnen zich in dit uitgangspunt uitstekend vinden. Dit houdt verband met de omstandigheid dat ook wilsleer en vertrouwensleer in de volle zin des woords 'toerekeningsleren' zijn. Wat hen onderscheidt is de inhoud van het 'toerekeningsmoment'. De wilsleer stelt zich op het standpunt, dat de voor het concrete geval geldende rechtsnormen worden beheerst door de wil van de betrokkenen; de vertrouwensleer heeft hiervoor het vertrouwen als kandidaat. Bovendien maakt Van Dunné, ter ver-

²⁴ Vgl. Schut 1977, blz. 5.

²⁵ Voor het 'gejuridiseerde' vertrouwen geldt hetzelfde, zie daarover P. van Schilfgaarde, R.M. Themas 1976, blz. 546 e.v.

²⁶ Een aanzet tot een 'toerekeningsleer' is ook reeds te vinden in P. van Schilfgaarde, Toerekening van rechtshandelingen, proefschrift Leiden 1969. Volgens Van Schilfgaarde gaat het bij het ontstaan van een overeenkomst om het 'samenspelen' van vijf 'beginselen', namelijk wil, verklaring, vertrouwen, toerekenbare schijn en toerekening (blz. 3). Zijn betoog richt zich verder op problemen van vertegenwoordiging en de door hem genoemde 'beginselen' die bij het totstandkomen van een overeenkomst 'samenspelen' blijven in de grondverf.

²⁷ Van Dunné 1971, blz. 198.

dediging van zijn toerekeningsleer, gebruik van een wel zeer onzuivere tegenstelling. Zijn methode van 'normatieve uitleg', dat wil zeggen 'het op grond van in casu geldende rechtsnormen toerekenen van rechtsgevolgen aan een handelende persoon'²⁸ brengt hij in stelling tegen, wat hij noemt de 'historisch-psychologische' methode:

'In deze opvatting geldt uitleg derhalve als een bewijsprocedure, waardoor de historische, psychische wil van de handelende komt vast te staan, zij het slechts bij wijze van waarschijnlijkheidsberekening. Deze uitlegmethode zou ik de *historisch-psychologische methode* willen noemen, hieronder in de wandeling, ook wel de 'feitelijke methode' te noemen (...). In de normatieve methode staat de gedachte centraal, dat niet de subjectieve wil van de handelende *voorwerp* van uitleg vormt, maar de *handeling zelf*²⁹ (de cursivering van 'voorwerp' is toegevoegd).

De tegenstelling tussen de normatieve en de historisch-psychologische uitleg is daarom zo onzuiver, omdat voorwerp, doel en methode van uitleg door elkaar worden gehaald. Ten aanzien van het interpretatieproces moet onderscheid worden gemaakt tussen het *voorwerp* van interpretatie (een geschreven of gesproken tekst, een gebaar e.d.), het *doel*, (de vaststelling van eventuele rechtsgevolgen dan wel de vaststelling van de artistieke of historische betekenis) en de *methode* (aan de hand van welke normen wordt die betekenis vastgesteld). Het voorwerp van uitleg kan hetzelfde zijn, terwijl doel en methode verschillen. De brief van Christina van Zweden aan Hugo de Groot (30 december 1644) waarin zij hem 'terugroept' van het Franse hof kan zowel voor een jurist als voor een schrijfster van een historische roman voorwerp van interpretatie vormen. Doel en methode zullen niettemin verschillen. De jurist zal zich afvragen of de brief kan worden 'geduid' als een ontslagverlening. Wie een historische roman schrijft zal op basis van deze brief zich een beeld vormen van de *drijfveren van Christina en de psychologische reacties bij Hugo de Groot*.³⁰

De door Van Dunné gearrangeerde confrontatie tussen de historisch-psychologische en de normatieve uitleg gaat de mist in juist vanwege het niet uiteenhouden van deze aspecten. Bij zijn weergave van de 'historisch-psychologische' uitleg ligt het accent op het *voorwerp*. De kern daarvan is namelijk gelegen in de omstandigheid 'dat de psychische wil het voorwerp van uitleg is'.³¹ Bij de 'normatieve uitleg' ligt daarentegen het volle gewicht op de *methode*: het op grond van de in geldende rechtsnormen toerekenen van rechtsgevolgen. Door dit verschil in perspectief verdwijnt het conflict. En dit is ook niet verwonderlijk. Er is nooit iets anders geweest dan normatieve uitleg, en er zal ook nooit iets anders komen. De uitdrukking 'normatieve uitleg' is immers een pleonasme van het zuiverste water. Uitlegging, het vaststellen van betekenissen, is uit haar aard gebonden aan normen. Afhankelijk van het doel van de uitleg zijn dit juridische, historische of literaire normen, maar een normatief proces blijft het. Geen enkele jurist kan dan ook aanstoot nemen aan de constatering dat de uitleg wordt beheerst door 'de in casu geldende rechtsnor-

28. Van Dunné 1971, blz. 208.

29. Van Dunné 1971, blz. 9.

30. Zie A. Romein-Verschoor, *Vaderland in de verte*, Amsterdam 1975, blz. 444 e.v.

31. Vgl. Van Dunné 1971, blz. 10 noot 8, zie ook blz. 239.

men' De wil als *voorwerp* van uitleg kan heel wel worden onderworpen aan een 'normatieve' *methode* De benadering van Eggens (de wil zoals die rechs heeft te gelden) is hiervan een voorbeeld (zie hierboven) ³²

Een inhoudelijke bepaling van de toerekeningsmomenten ontbreekt

De toerekeningsleer van Van Dunné houdt op waar het interessant wordt, namelijk bij de vraag wat de inhoud is van de rechtsnormen die de toerekening beheersen Dat Van Dunné hier afhaakt is overigens begrijpelijk, gezien zijn visie op de status van rechtsnormen

'Elke rechtsnorm — om het even of zij tot het "ongeschreven" recht, dan wel tot het "geschreven" recht behoort, is naar mijn mening een *blanketnorm*, d w z een *open* norm, die eerst na invulling van de concrete feiten zijn gestalte krijgt' ³³

Dat rechtsnormen een 'open' karakter dragen geven wij graag toe ³⁴, dat zij blanco zouden zijn bestrijden wij ten stelligste Rechtsnormen zijn naar hun aard vóórgekleurd Vóórgekleurd door de materiele rechtsbeginselen die hen beheersen Deze beginselen worden op hun beurt bepaald door de waarden die een samenleving zich als leidraad heeft gekozen en de functie die het betreffende rechtsinstituut in die samenleving vervult Het behoort tot de onvervreemdbare taak van de rechtswetenschap zich bezig te houden met het formuleren en systematiseren van 'de beginselen van het recht' om aldus kleur te verlenen aan de in het concrete geval geldende rechtsnormen De strijdkreet ius in causa positum, leidt onherroepelijk tot de verloederung van het recht

Het is intussen de vraag of het boek van Van Dunné toch niet aangeeft door welke materiele beginselen de normatieve uitleg wordt beheerst Worden niet als zodanig de beginselen van goede trouw en het vertrouwensbeginsel naar voren geschoven? Inderdaad lopen deze twee rode draden door het boek de normatieve uitleg wordt beheerst door de beginselen van goede trouw ³⁵, de in casu geldende rechtsnormen 'staan bekend als de regels der goede trouw' ³⁶ en het uitgangspunt van de vertrouwenstheorieën is juist geschreven of ongeschreven rechtsnormen (het vertrouwensbeginsel) bepalen dat het door de handelende gewekte gerechtvaardigde vertrouwen tot diens gebondenheid leidt ³⁷ Maar de relatie tussen beide uitgangspunten blijft in hoge mate kwetsus Zijn de regels van de goede trouw identiek met de rechtsnormen die bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen voorschrijven? Of wordt de invulling van de goede trouw ook nog bepaald door andere gezichtspunten dan de bescherming van het gerechtvaardigde vertrouwen? Hierboven werd bevestigd, dat noch de enkele verwijzing naar de goede trouw, noch de exclusieve

32 Zie hierover ook P. van Schilfgaarde, R.M. Themis 1976, blz. 551

33 Van Dunne 1971, blz. 207

34 Vgl. J.H. Nieuwenhuis Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel R.M. Themis 1976, blz. 494 e.v.

35 Van Dunne 1971, blz. 9

36 Van Dunne 1971, blz. 17 noot 9

37 Van Dunne 1971, blz. 208

werking van het vertrouwensbeginsel een adequate fundering van de contractuele gebondenheid oplevert. De vraag blijft open: door welke beginselen wordt de 'normatieve uitleg van rechtshandelingen' beheerst?

In haar zwakte (het ontbreken van een — enigszins uitgewerkte — invulling van de toerekeningsmomenten) ligt tevens de kracht van de toerekeningsleer van Van Dunné. De wilsleer en de vertrouwensleer kunnen worden aangemerkt als 'monistische' toerekeningsleren. Zij kiezen één punt als fundament voor het contractenrecht. Alle contractuele verschijnselen worden geperst in het Procrustes-bed van wil of vertrouwen. Waarom is de consument gebonden aan standaard-contracten? Omdat hier sprake is van een 'algemene wilsonderwerping' aldus een aanhanger van de wilsleer.³⁸ De ban van Archimedes wordt radicaal verbroken door de toerekeningsleer, zoals verdedigd door Van Dunné. Wil en vertrouwen inclusief hun geobjectiveerde variant zijn daarin niet de eigenlijke grondslag voor het proces van toerekening. Wel zijn het factoren die daarbij een rol spelen. Dit althans valt op te maken uit een door Van Dunné genomen nadere conclusie in het WPNR.³⁹

Wat kan er worden gezegd over de bronnen van de rechtsnormen waardoor de toerekening van rechtshandelingen (in het bijzonder van overeenkomsten) wordt beheerst. Dat die normen niet alle convergeren in één punt: hetzij de wil, hetzij het vertrouwen, wordt door ons niet betwist. Wel willen wij bestrijden dat er over hun herkomst weinig meer valt te zeggen dan dat zij voortspruiten uit de concrete omstandigheden van het geval of dat zij hun grondslag vinden 'in de algemene norm waarop het hele privaatrecht gegrondvest is, nl dat men zich aldus heeft te gedragen, als in het maatschappelijk verkeer betaamt'.⁴⁰ Waar Van Dunné halt houdt, willen wij de draad opvatten welke beginselen beheersen de normen waardoor de geldigheid van een overeenkomst bepaald wordt? Maar eerst nog dit: waarop hebben die beginselen en die normen eigenlijk betrekking? Hoe werkt dat precies: het sluiten van een overeenkomst?

38 Asser *Rutten II*, blz. 77.

39 WPNR 5281.

40 Van Dunne 1971, blz. 208.

3. DE OVEREENKOMST ALS TAALHANDELING

Overzicht van het betoog

Een hernieuwde poging om vat te krijgen op het probleem: langs welke weg bereiken wij de bronnen van de contractuele gebondenheid? In de traditionele benadering wordt een centrale plaats ingenomen door de 'wilsverklaring'. Welke functie vervult de wilsverklaring in het contractsmechanisme? Als zodanig worden beschouwd, hetzij de beschrijving van de wil van de declarant (de wilsleer), hetzij het wekken van vertrouwen bij de wederpartij (de vertrouwensleer). Maar er is een benadering mogelijk waarin de over en weer afgelegde verklaringen niet worden gereduceerd tot de beschrijving van de wil, dan wel tot het wekken van vertrouwen. Taalgebruik heeft een 'performatief' karakter. Door over en weer verklaringen af te leggen, verrichten partijen een *handeling*: zij sluiten een overeenkomst. Zo komt het volle gewicht te liggen op het *handelings*karakter van de contractssluiting. Dit heeft consequenties. Er is een nauw verband tussen handeling en interpretatie. Of een lichaamsbeweging (inclusief de beweging van het strottehoofd) al dan niet een handeling oplevert is een vraag die met behulp van interpretatie moet worden beantwoord. En ook het antwoord op de vraag om *welke* handeling het gaat (een bod, een groet) is het resultaat van interpretatie. Interpreteren is het vaststellen van betekenissen op basis van regels. Bij een juridische interpretatie zijn dit uiteraard rechtsregels.

Wat gebeurt er eigenlijk wanneer partijen een overeenkomst sluiten?

Hoe gaat dat eigenlijk, het sluiten van een overeenkomst? Dit gebeurt met behulp van 'wilsverklaringen', aldus luidt het traditionele antwoord. Partijen leggen over en weer wilsverklaringen af, d.w.z. zij doen elkaar mededelingen omtrent hun interne besluitvorming. De overeenkomst komt tot stand wanneer de zaak 'klikt', wanneer uit de over en weer afgelegde verklaringen kan worden afgeleid dat er 'wilsovereenstemming' bestaat.

Dit traditionele beeld is een lange toekomst beschoren, gezien het feit dat het door het NBW wordt bestendigd (art. 3.2.2):

'Een rechtshandeling vereist een op een rechtsgevolg gerichte wil die zich door een verklaring heeft geopenbaard'.

Niettemin is het een drogbeeld. De kern van de zaak wordt volledig gemist wanneer we de verklaring 'ik aanvaard Uw aanbod' opvatten als een 'openba-

ring van de wil'. Het begrip wilsverklaring weerspiegelt en continueert een aantal misverstanden omtrent de functies van taaluitingen.

Stellig is één van de dingen die met behulp van taal gedaan kunnen worden het *beschrijven* van de werkelijkheid. Kenmerkend voor deze vorm van taalgebruik is dat hierbij een zekere verdubbeling optreedt. Uitspraken als 'De Martinatoren staat in Groningen' en 'De Martinatoren staat in Utrecht' beogen de werkelijkheid te beschrijven. Aan de ene kant is er het feit dat de Martinatoren in Groningen of Utrecht staat en aan de andere kant zijn er uitspraken over de Martinatoren. In ieder geval is het voor de plaats waar de Martinatoren zich bevindt geheel onverschillig welke uitspraken daaromtrent worden gedaan. Omgekeerd is de plaats van de Martinatoren wel bepalend voor de status van de uitspraken dienaangaande (waar of onwaar). Uitspraken die kunnen worden gerekend tot het descriptieve taalgebruik zijn waar of onwaar (juist of niet juist) naar gelang zij al dan niet 'overeenstemmen' met de stand van zaken die zij beschrijven. Descriptieve taaluitingen *beelden* de werkelijkheid af.

Lange tijd is de aandacht van taalfilosofen bijna uitsluitend gericht geweest op dit type taalgebruik. Wittgensteins 'afbeeldingstheorie' vormt daarvan wellicht het meest bekende voorbeeld.⁴¹ Het is echter Wittgenstein zelf geweest die als eerste heeft afgerekend met een dergelijke monistische taalbeschouwing en daarvoor een radicaal pluralistische visie op de functie van taal in de plaats heeft gesteld. Hij wijst in dat verband op de oneindige verscheidenheid van activiteiten die met behulp van taal ondernomen kunnen worden (bevelen, verzoeken, groeten etc.).⁴² Beschrijvend taalgebruik behoort daar zeker ook toe, maar zonder enige aanspraak op exclusiviteit. De strijd tegen het 'descriptivistisch vooroordeel'⁴³, de neiging om iedere taaluiting te herleiden tot één enkele taalfunctie (het beschrijven van de werkelijkheid) is voortgezet door J.L. Austin.⁴⁴ De door Austin met dit doel geformuleerde gedachten omtrent het performatieve karakter van taaluitingen, zijn naar het ons voorkomt, uitermate vruchtbaar voor de verheldering van het totstandkomingsproces van een overeenkomst. Vandaar de relatief ruime aandacht voor zijn denkbeelden omtrent de functies van taalgebruik.

Het performatieve aspect van taalgebruik

Om de aandacht te vestigen op enige eigenaardigheden die zijn verbonden aan uitspraken als: 'Ik beloof U het boek mee te brengen' en 'Ik bevel U dit terrein onmiddellijk te verlaten', maakte Austin aanvankelijk onderscheid tussen 'constatief' en 'performatief' taalgebruik.

Stel dat zich tussen de eigenaar van een perceel bosgrond (A) en iemand die hij in zijn bos aantreft (B) het volgende gesprek ontspint:

A: Wat voert U hier uit?

B: Ik wandel hier wat rond.

41 Vgl. L. Wittgenstein, Tractatus logico philosophicus 4.01 'Der Satz ist ein Bild der Wirklichkeit'

42 Vgl. L. Wittgenstein, Philosophische Untersuchungen 23.

43. Zie hieromtrent G. Nuchelmans, Overzicht van de analytische wijsbegeerte blz. 217

44. J.L. Austin, How to do things with words, Oxford 1962

A: Ik beveel U dit terrein onmiddellijk te verlaten! Met de uitspraak 'Ik wandel hier wat rond' *beschrijft* B een stand van zaken (*constatief* taalgebruik), in dit geval zijn eigen activiteiten. Deze uitspraak kan juist of onjuist zijn. Juist indien B inderdaad aan het wandelen is en onjuist indien hij in het bos is om strikken te zetten. In ieder geval wordt de aard van B's bezigheden op geen enkele wijze beïnvloed door hetgeen hij daarover te berde brengt. Ook niet indien hij er volstrekt het zwijgen toe zou doen. Hoe is het wat dit betreft gesteld met A's uitspraak: 'Ik beveel U dit terrein onmiddellijk te verlaten'? Is A hier bezig een eigen activiteit te *beschrijven*? Doet hij twee dingen: bevelen en beschrijven wat hij aan het doen is (nl. bevelen)? Zou er ook sprake zijn van een bevel indien A de uitspraak 'Ik beveel U dit terrein onmiddellijk te verlaten' achterwege zou laten? Het is duidelijk dat deze vragen ontkennend moeten worden beantwoord. Met uitspraken als 'Ik beloof ...' en 'Ik beveel ...' *beschrijft* de spreker niet een eigen activiteit zoals met de zin 'Ik wandel' maar *verricht* hij die activiteiten (beloven, bevelen). Het betreft hier *performatieve* taaluitingen. Terwijl het er bij descriptief taalgebruik op aankomt, dat er 'overeenstemming' bestaat tussen de beschrijving en het beschrevene, is het slagen van performatieve taaluitingen afhankelijk van geheel andere factoren. O.a. oprechtheid (bij beloven) en bevoegdheid (bij bevelen). Bij descriptief taalgebruik spelen dergelijke factoren in beginsel geen rol. De leerling die een klasgenoot beoogt te misleiden met de mededeling: 'Haarlem is de hoofdstad van Noord-Holland' geeft ondanks zijn onoprechtheid niettemin een adequate beschrijving van de werkelijkheid. Dat doet ook de leerling die dit aardrijkskundig gegeven onder woorden brengt ondanks een hem opgelegd spreekverbod.

Toch heeft Austin de tweedeling: 'constatief — performatief' weer laten varen. Hiertoe kwam hij o.a. door het besef dat het beschrijven van de werkelijkheid evenzeer een activiteit is en derhalve evenzeer tot het performatieve taalgebruik gerekend moet worden als het geven van bevelen en het doen van beloften. Hij geeft er bij nader inzien de voorkeur aan te onderscheiden tussen de *inhoud* van een uitspraak (het *locutionaire* aspect) en de *strekking* daarvan (het *illocutionaire* aspect). Eenzelfde uitspraak verkrijgt geheel verschillend illocutionair effect al naar gelang de context waarin de uitspraak wordt gedaan. Een voorbeeld: Van de zin 'Een maatpak kost f 450,— (exclusief de stof)' kan op locutionair niveau worden gezegd dat het hier een grammaticaal correcte zin betreft die betekent, dat voor het laten vervaardigen van een maatpak nog afgezien van de materiaalkosten f 450,— moet worden betaald. Op illocutionair niveau bewegen we ons wanneer we nagaan wat er met het uitspreken van deze zin zoal gedaan kan worden. Om enige mogelijkheden de revue te laten passeren. Door een kennis gevraagd naar de prijs van een maatpak, zal iemand die ervaring heeft met maatkleding een dergelijke zin gebruiken om de ander mede te delen welke kosten daaraan zijn verbonden (descriptief taalgebruik). De verkoper van confectiekleding zal deze zin wellicht benutten om een klant die aarzelt tot aanschaf van een confectiepak over te gaan te *waarschuwen* tegen de kosten van het alternatief (maatkleding). We geraken tenslotte in juridisch vaarwater wanneer de zin wordt uitgesproken door een maatkleermaker tegenover een klant die om een prijsopgave heeft verzocht. In deze context fungeren de woorden: 'Een maatpak kost f 450,— (exclusief de

stof)' als een aanbod Met deze uitspraak verbindt de spreker zich, om bij accoordverklaring door de ander, een maatpak te vervaardigen tegen een maakloon van f 450,—

Taalhandeling en pragmatiek

Verwant aan het onderscheid dat Austin maakt tussen het locutionaire en het illocutionaire aspect, is de driedeling in syntaxis, semantiek en pragmatiek van de taal ⁴⁵ Het succes van taalgebruik kan op drie niveau's worden geanalyseerd

- I Betreffende schip aanvaard het gezusters ik de uw aanbod
- II Het schip betreffende de gezusters van uw aanbod aanvaard ik
- III Ik aanvaard uw aanbod betreffende het schip 'De Gezusters'

Op syntactisch niveau bewegen we ons wanneer we nagaan of de taalhandeling in kwestie voldoet aan de eisen die de taal stelt aan de *formele structuur* van een zin (voorschriften betreffende de volgorde van zelfstandige naamwoorden, werkwoordsvormen, voornaamwoorden e d) Uitspraak I valt reeds op dit niveau door de mand Een *semantische* analyse betreft het oordeel over de vraag of de geldende *betekenisconventies* in acht zijn genomen Uitspraak II is weliswaar syntactisch correct, maar faalt op semantisch niveau, aangezien een aanbod (in de conventionele betekenis) geen zusters (in de conventionele betekenis) kan hebben en derhalve de woordcombinatie 'de gezusters van uw aanbod' niets betekent Op uitspraak III valt noch op syntactisch, noch op semantisch niveau iets aan te merken Willen we echter nagaan of deze uitspraak leidt tot het totstandkomen van contractuele gebondenheid, dan moeten in de beoordeling worden betrokken allerlei *contextuele factoren* die het succes van een dergelijke taalhandeling beheersen (een pragmatische analyse) Omstandigheden als de leeftijd van de spreker (handelingsbekwaamheid) en het al dan niet bestaan van 'De Gezusters' (oorzaak) zijn weliswaar voor een syntactische en semantische analyse zonder belang maar bepalen op pragmatisch niveau het slagen van de onderhavige uitspraak als contractsaanvaarding

Het besef dat met taal meer kan worden gedaan dan het beschrijven van de werkelijkheid opent de weg naar een scherper zicht op de functie van de 'wilsverklaring' als instrument om rechtsbetrekkingen aan te knopen Het 'descriptivistisch vooroordeel' speelt namelijk ook de traditionele visie op het rechtshandelfenomeen parten De gedachte dat het bij een rechtshandeling aankomt op (werkelijke of schijnbare) overeenstemming tussen wil en verklaring, hangt samen met de gedachte, dat met behulp van de wilsverklaring de declarant zijn interne besluitvorming ten overstaan van de wederpartij *beschrijft* Maar is die beschouwingswijze in het licht van het voorafgaande houdbaar? Vervullen de volgende uitspraken eenzelfde (illocutionaire) rol?

45 Zie hierover met name T A van Dijk, *Taal en handelen* een interdisciplinaire inleiding in de pragmatiek, Muiderberg 1978

TWEE TEGENWERPINGEN

- a. 'Ik wil volgend jaar eens met vakantie naar Andorra' (in een gesprek met een kennis waarin vakantieplannen worden uitgewisseld)
- b. 'Ik koop het huis voor de door U gevraagde prijs' (als reactie op een door de ander gedaan aanbod).

De eerste uitspraak fungeert als een *beschrijving* van de wil van de spreker. Wat karakteristiek is voor beschrijvend taalgebruik is ook hier van toepassing. Er treedt een zekere verdubbeling op: de spreker wil met vakantie naar Andorra en bovendien deelt hij dit gegeven nog eens mee. De vakantieplannen van de spreker staan los van hetgeen hij daaromtrent naar voren brengt en op zijn woorden is het oordeel waar/onwaar van toepassing al naar gelang het door hem verklaarde al dan niet overeenstemt met zijn besluitvorming in dit opzicht.

Hoe is het wat dit betreft gesteld met de tweede uitspraak? Is het zo, dat de spreker het huis koopt en bovendien tegenover de wederpartij nog eens beschrijft wat hij aan het doen is (nl. kopen)? Koopt de spreker ook indien hij de woorden 'Ik koop ...' (of woorden of gedragingen met eenzelfde strekking) achterwege laat? Is de uitspraak 'Ik koop ...' waar indien zij overeenstemt met het feit dat de spreker koopt en onwaar indien dit niet het geval is? Het moge duidelijk zijn dat verklaringen als 'Ik koop ...', 'Ik bied aan ...', 'Ik aanvaard ...' e.d. geen activiteit van de spreker *beschrijven*, zoals de zin 'Ik schrijf hier een zin van negen woorden neer'. Wilsverklaringen vertonen veel meer gelijkenis met uitspraken als 'Ik raad U aan ...', 'Ik waarschuw U ...', 'Ik heet U welkom', uitspraken waarmee handelingen worden *verricht* (aanraden, waarschuwen, verwelkomen). Wat wilsverklaringen stempelt tot performatieven met een eigen signatuur is het element van *rechtsvorming* dat ze gemeen hebben. Met behulp van de uitspraak 'Ik aanvaard Uw aanbod' knoopt de spreker juridische relaties aan.

Twee tegenwerpingen

Twee tegenwerpingen moeten worden gepareerd. In de eerste plaats zal wellicht naar voren worden gebracht, dat de woorden 'Ik aanvaard Uw aanbod' bij een juridische analyse moeten worden 'vertaald' in 'Ik wil Uw aanbod aanvaarden'. Hierdoor zou het descriptieve karakter van de wilsverklaring weer bloot komen (beschrijving van de interne wilsvorming van de spreker). Hierbij ziet men echter over het hoofd, dat de woorden 'Ik wil ...' slechts bij uitzondering als zodanig fungeren. Meestal wordt met de woorden 'Ik wil ...' een non-descriptieve taalhandeling ingeluid. 'Ik wil dat U deze kamer verlaat' is, afhankelijk van de context, een verzoek of een bevel maar zelden een beschrijving van de psyche van de spreker waarop de ander, zoals bij 'Ik wil volgend jaar eens met vakantie naar Andorra' adequaat kan reageren met: 'Dat is interessant' zonder daar verder consequenties aan te verbinden. Ook al herleidt men iedere wilsverklaring tot 'Ik wil (uw aanbod aanvaarden, het huis kopen e.d.) dan laat dit onverlet het non-descriptieve karakter van dergelijke uitspraken. Wie een wilsverklaring aflegt beschrijft niet, maar knoopt rechtsbetrekkingen aan.

Een tweede tegenwerping zou kunnen zijn dat de opvatting dat 'met woorden dingen gedaan kunnen worden' blijk geeft van 'woordmagie'⁴⁶ en noodzakelijkerwijs leidt tot de *verklarings*leer in haar meest radicale vorm. Is het sluiten van een contract alleen maar het uitspreken, van de woorden 'Ik bied aan ...' en 'Ik aanvaard ...'? Uit het bovenstaande bleek reeds dat een dergelijke conclusie niet mag worden getrokken. Men ziet dan namelijk over het hoofd dat de omstandigheden waaronder de uitspraak wordt gedaan hun woordje meespreken. Tal van contextuele factoren bepalen het succes van de taalhandeling in kwestie. Om er slechts één te noemen: de bevoegdheid van de spreker zal vaak een rol spelen. Of de woorden 'In de loopspas naar de kantine' als een geslaagd bevel kunnen worden aangemerkt, hangt af van de hiërarchische relatie die spreker en aangesprokene ten opzichte van elkaar innemen. Is de spreker korporaal en de aangesprokene soldaat dan is sprake van een bevel. Dezelfde woorden gesproken door een soldaat tot een korporaal missen dit effect en vormen eerder een vergrijp tegen de krijgstuicht.

Ook het slagen van juridische taalhandelingen is afhankelijk van de bevoegdheid van de spreker (de jurist spreekt in dit verband bij voorkeur van 'bekwaamheid'). De minderjarige boekt met de woorden 'Ik aanvaard het aanbod' geen (volledig) succes. Zijn wettelijk vertegenwoordiger kan de gevolgen immers teniet doen. Met de constatering dat de wilsverklaring in geen geval mag worden opgevat als een *beschrijving* van de interne besluitvorming van de spreker is nog niets gezegd over de vraag welke factoren het succes van de wilsverklaring bepalen. Met name impliceert deze conclusie op zichzelf geen enkele stellingname in de discussie omtrent de mate waarin met de bedoelingen en verwachtingen van respectievelijk de declarant en de aangesprokene rekening moet worden gehouden.

Conclusies

Wat is met dit inzicht gewonnen? Welk gevaar schuilt in de traditionele opvatting omtrent de wilsverklaring? De moderne mens hanteert toch ook, zonder enige schade, begrippen als zonsopgang en zonsondergang, ook al verwijzen dergelijke termen naar de geocentrische kosmologie van vóór Copernicus. Hier is echter, anders dan ten aanzien van het begrip wilsverklaring, het onjuiste beeld, dat deze termen oproepen, overwonnen. Het hier betoogde richt zich dan ook niet zozeer tegen het gebruik van de term 'wilsverklaring' als wel tegen misleidende associaties die daardoor worden gewekt. Uitdrukkingen als: 'Ik stel U in gebreke', 'Ik draag aan U over' en 'Ik aanvaard Uw aanbod' kunnen alle drie worden beschouwd als een 'wilsverklaring'. Geen van drieën kan echter worden aangemerkt als een beschrijving van de psyche van de spreker. Met behulp van deze uitdrukkingen *verricht* de spreker drie, onderling geheel verschillende, rechtshandelingen: het vaststellen van de termijn waarbinnen de ander moet presteren, de overdracht van een subjectief recht en het sluiten van een obligatoire overeenkomst. Dat met behulp van taal handelingen kunnen worden verricht is niets bijzonders en de verbaal voltrokken han-

46. Vgl. K. Olivecrona, *Law as fact*, London 1971, hoofdstuk 9.

delingen vormen geenszins een surrogaat voor nonverbale activiteiten. Ik kan mijn buurman groeten door mijn hand op te steken, maar evenzeer door 'Hallo' te roepen (Tenzij mijn buurman doof of blind is, is de ene manier niet effectiever dan de andere). De mogelijkheid om met behulp van taal handelingen te verrichten is echter, krachtens de aard van het taalverschijnsel, beperkt tot het sociale vlak. Met behulp van taal kunnen uitsluitend handelingen worden verricht die op een ander zijn betrokken. De spreker wekt verwachtingen bij de toegesprokene en deze oriënteert zijn gedrag daaraan. Ik kan met behulp van taal een ander iets bevelen of beloven; ik kan op deze wijze niet een brood bakken of een gans braden (De operazangeres die een wijnglas aan scherven 'zingt' doet dit niet met behulp van 'taal' maar met behulp van 'geluid'). Bovendien vloeit uit het *semiotische* (d.i. het 'teken'-) karakter van taal voort dat de bij de toegesprokene gewekte verwachtingen zijn gebaseerd op diens *interpretatie* van het gesprokene, aan de hand van semantische en pragmatische (contextuele) regels.

De door haar werkgeefster uitgesproken woorden 'Er zit spinrag tegen het plafond' zullen door het dienstmeisje worden geïnterpreteerd als een opdracht tot verwijdering van het spinrag op basis van enige semantische regels, waaronder de regel dat 'spinrag' spinrag betekent, in combinatie met de pragmatische 'regel', dat dergelijke woorden, gesproken in deze context (de dienstverhouding), moeten worden opgevat als een opdracht.

Het handelingskarakter van rechtshandelingen

Een rechtshandeling is een handeling die met behulp van taal wordt ondernomen. Maar een *handeling* in de volle zin des woords. 'Uitleg' van rechtshandelingen; Van Dunné heeft er op gewezen dat het beter zou zijn te spreken over 'rechtsuitleg van handelingen'.⁴⁷ Of een handeling kan worden aangemerkt als een *rechtshandeling* is immers een vraag die eerst moet worden beantwoord, en wel met behulp van uitleg. Deze opmerking is juist, maar gaat nog niet ver genoeg. Ook de 'handeling' vormt niet het beginpunt van het uitlegproces. Dat sprake is van een 'handeling' is ook reeds *resultaat* van uitleg. Of een lichaamsbeweging een handeling oplevert, moet worden vastgesteld met behulp van uitleg. Profileren van het handelingskarakter van de rechtshandeling brengt mee dat enige terreinverkenning niet kan worden gemist. Een van Wittgensteins 'breinbrekers' brengt ons bij de poort:

'Aber vergessen wir eines nicht: wenn ich meinen Arm hebe, hebt sich mein Arm und das Problem entsteht: was ist das, was übrigbleibt, wenn ich von der Tatsache, dasz ich meinen Arm hebe, die abziehe, dasz mein Arm sich hebt'.⁴⁸

Welk 'extra' bestempelt het feit, dat mijn arm omhoog gaat (een lichaamsbeweging) tot 'ik steek mijn arm omhoog' (een handeling)? Waarom beschrijft de uitspraak 'Jan sprong van het dak' wél een handeling, terwijl 'Jan viel van het dak' slechts een gebeurtenis weergeeft?

47. Van Dunné 1971, blz. 12.

48. L. Wittgenstein, *Philosophische Untersuchungen*, blz. 621.

De klassieke sleutel tot dit probleem is de wilsakt (volitie) als een noodzakelijke en tevens voldoende voorwaarde om een lichaamsbeweging tot handeling te bestempelen. Wat springen en vallen onderscheidt, is dat de bewegingen van het lichaam bij springen wel, en bij vallen niet zijn *veroorzaakt* door een wilsakt. Dat deze voorstelling van zaken ook onder juristen ingang heeft gevonden blijkt uit de omschrijving van het handelingsbegrip door John Austin:

Certain movements of our bodies follow invariably and immediately our wishes and desires for the same movements (...). These antecedent wishes and these consequent movements are human *volitions* and *acts* (strictly or properly so called).⁴⁹

Deze analyse confronteert ons met een akelig dilemma: van tweeën één, ófwel het willen van een lichaamsbeweging is zelf niet iets dat we 'doen' (een handeling), maar iets dat ons 'overkomt' (een loutere gebeurtenis), ófwel willen is wel degelijk een (mentale) handeling en derhalve met recht een wilsakt.

In het eerste geval valt het 'handelings'-karakter volledig weg. Als de sprong het gevolg is van een 'volitie' zoals de val het gevolg is van bijvoorbeeld een windvlaag en als bovendien die 'volitie' steeds degeen die het betreft alleen maar 'overkomt' zodat deze te dien aanzien evenzeer 'lijdend voorwerp' is als ten opzichte van een windvlaag, dan blijft er niets over dat springen ter onderscheiding van vallen kenmerkt als handelen.

In het tweede geval belanden we onvermijdelijk in een oneindige regressie. Als 'willen' moet worden opgevat als mentaal handelen en als iedere handeling wordt gekenmerkt door een wilsakt die als oorzaak kan worden aangemerkt, dan volgt daaruit, dat ook een wilsakt moet worden voorafgegaan door een wilsakt en deze eveneens enz. enz. Aldus ontketenen wij een oneindige (regressieve) kettingreactie. In geen van beide gevallen een aangenaam perspectief.

Deze valse start maakt duidelijk, dat we het probleem op een andere manier moeten aanvatten. Maar eerst dienen we ons ervan te vergewissen, dat de mislukking niet het gevolg is van het feit, dat we hebben nagelaten een deskundige te raadplegen. Voor de vraag wat er gebeurt wanneer iemand zijn arm omhoog steekt, een sprong maakt e.d. lijkt immers de fysioloog de aangewezen informant. Hij kan ons inlichten over de fysische processen die ten grondslag liggen aan de spiercontracties, die wij als lichaamsbewegingen waarnemen. Hoe interessant zijn informatie op zichzelf ook is, zij brengt de verheldering van het handelingsbegrip geen stap naderbij. Dit wordt duidelijk wanneer we ons realiseren, dat éénzelfde spierbeweging, waarvan de fysioloog slechts één beschrijving kan geven, verschillende, onderling onherleidbare, handelingen kan opleveren.

Wat maakt het omhooggaan van mijn arm tot groet? Wat maakt exact dezelfde spierbeweging tot een bod op een veiling? De fysioloog is hier uitgesproken. De begrippen 'beweging' en 'handeling' behoren tot een radicaal verschillend discours. De fysioloog die lichaamsbewegingen analyseert gaat *causaal-verklarend* te werk; hij *verklaart* waardoor de arm omhoog gaat (innermatie van de schoudermusculatuur). De jurist die wordt geconfronteerd met dezelfde lichaamsbeweging (het omhooggaan van een arm) en die hierin deze of

49. Vgl. J. Austin, *Lectures on Jurisprudence*, XVIII.

gene juridisch relevante 'handeling' ontdekt, bijvoorbeeld een bod op een veiling of een bevel tot stoppen, werkt vanuit een volstrekt andere optiek niet causaal-verklarend maar interpreterend. Hij verklaart niet de oorzaak van die beweging, maar interpreteert haar betekenis (bieden, bevelen). Typische 'handelings'-uitspraken (A deed een bod, B groette C) zijn niet een *beschrijving* van een lichaamsbeweging, maar een *interpretatie* daarvan. Een handeling is niet, zoals het klassieke beeld het voorstelt, een 'gewilde spierbeweging'.⁵⁰ Dat we groeten, bieden en bevelen handelingen noemen, is niet omdat het hier gaat om spierbewegingen die zijn veroorzaakt door een wilsakt, maar omdat wij in het omhooggaan van de arm een zin ontwaren (interpretatie). Welke handeling dat oplevert (groeten, bieden of bevelen) is afhankelijk van die interpretatie.

Een factor die het interpretatieve gehalte van een handeling verhoogt is de *semiotische status* van tal van handelingen. Voor allerlei handelingen is het gebruik van gereedschap vereist. Timmeren geschiedt met behulp van een hamer, voor vioolspel is het gebruik van een viool noodzakelijk, zij het niet voldoende. Er zijn ook handelingen die slechts kunnen worden verricht met behulp van semiotisch gereedschap, d.w.z. met behulp van *tekens*. Niemand kan handelingen verrichten als beloven, bevelen, wenken, wijzen e.d. zonder op een of andere wijze gebruik te maken van tekens. Die tekens kunnen behoren tot een betrekkelijk primitief systeem (gebarentaal) of tot een zeer geavanceerd tekenstelsel: het gesproken of geschreven woord. De tekens uit beide systemen hebben in ieder geval gemeen dat hun functie de mogelijkheid en de noodzaak van interpretatie vooronderstelt. De interpretatie geschiedt op basis van een aantal conventionele regels die aan de tekens hun betekenis verlenen. De tekens kunnen worden verstaan, maar ook worden misverstaan, namelijk door hem die niet op de hoogte is van de geldende conventies. Zo schijnt een Spaanse vrouw een man te wenken met behulp van een handgebaar dat door een Nederlander, op basis van de alhier geldende conventies, zou worden geïnterpreteerd als 'scheer je weg'. Het verrichten van 'rechts'-handelingen is bij uitstek gebonden aan het gebruik van semiotisch gereedschap en daarmee aan de noodzaak van interpretatie. Timmeren gaat mis als de hamer niet deugt, contracteren mislukt als de gebruikte tekens (de wilsverklaring) onvoldoende basis leveren voor een interpretatie van de rechtsgevolgen. 'Ontbreken van een bepaald onderwerp' is de *terminus technicus* voor deze kortsluiting in het interpretatie-circuit.

Uit de band tussen handeling en interpretatie vloeit nog een andere samenhang voort: het nauwe verband tussen handeling en regel. Dat verband is er in twee richtingen. Aan de ene kant zijn er regels die hun zin ontleen aan bepaalde handelingen. Het bestaan van handelingen als moord en doodslag rechtvaardigt het bestaan van rechtsregels die deze activiteiten verbieden. Rakende deze activiteiten in onbruik, dan verliezen ook de betreffende verbodsbepalingen hun functie.

Maar ook het omgekeerde komt voor: er zijn handelingen die hun betekenis ontleen aan het bestaan van bepaalde regels. Dat roken een handeling is, en

50 Vgl. G. A. van Hamel, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, blz. 187.

OVEREENKOMST ALS TAALHANDELING

een andere handeling dan het verplaatsen van twee stukken hout op een geblokt bord, vloeit voort uit een (schaak-) regel die deze handeling mogelijk maakt. Het verdwijnen van de rokaderegel betekent tevens het einde van de rokeer-handeling. Het wordt tijd dat we ons bezig gaan houden met de vraag hoe de contractuele rechtsvorming wordt beheerst door 'regels'.

4. REGELS

Overzicht van het betoog

Een overeenkomst sluiten is het verrichten van een taalhandeling. Het succes ervan hangt af van de vraag of de toepasselijke regels in acht zijn genomen. Bij het sluiten van een overeenkomst gaat het om 'regel-geleid' gedrag. Aan de orde is thans de vraag op welke wijze het contractsmechanisme wordt gestuurd door regels. Bovendien zal blijken, dat die regels niet op eigen benen staan, maar ook op hun beurt weer worden 'gestuurd', en wel door drie *beginselen*.

Obligatoire en constitutieve regels

Wij zijn gewend bij 'regels' in eerste instantie te denken aan 'gedragsnormen', dat wil zeggen normen die de handelingsvrijheid inperken door bepaalde gedragingen verplicht te stellen of juist te verbieden. Krachtens art. 713 BW is het de eigenaar van een erf verboden hoogopschietende bomen te planten binnen twee meter van de erfscheiding. Als reflex van de rechtsregels, opgevat als verplichtingen (inclusief verbodsbepalingen), zijn er uiteraard de regels die aangeven wie naleving van die verplichtingen kan vorderen, regels die de één een aanspraak verlenen op een bepaalde gedraging van de ander. Art. 714 BW geeft de nabuur het recht verwijdering te vorderen van te dicht bij de erfscheiding geplante bomen.

Maar zijn wij er met de tweedeling: rechtsplicht — subjectief-recht? Passen bijvoorbeeld de vereisten van art. 1356 BW (toestemming, handelingsbekwaamheid e.d.) in deze tweedeling? Dat art. 1356 regels bevat die tot het geldend recht moeten worden gerekend, staat buiten kijf. Maar het zal evenzeer duidelijk zijn dat art. 1356 niet, zoals art. 713 verplichtingen oplegt, of zoals art. 714 aanspraken verleent. Wat art. 1356 daarentegen wel behelst is een regeling van de *mogelijkheid* om verplichtingen te scheppen en aanspraken te verlenen. Wij stuiten hier op het door Hart ⁵¹ geanalyseerde verschijnsel, dat het voor een rechtssysteem juist typerend is, dat het niet slechts regels bevat die verplichtingen opleggen en aanspraken verlenen — in Harts terminologie: duty imposing (primary) rules — maar ook regels die de vorming van de regels van de eerstbedoelde soort mogelijk maken: power conferring (secondary) rules. Naast regels van het type: het is verboden dicht bij de erfscheiding hoogopschietende bomen te planten, zijn er de regels die aangeven hoe dergelijke verplichtingen via legislatieve dan wel contractuele rechtsvorming worden gecreëerd: de artt. 119-131 Grondwet en art. 1356 e.v. BW.

51. Hart 1961, hoofdstuk III.

Wat zijn nu de verschillen tussen enerzijds regels die verplichtingen opleggen (obligatoire regels) en anderzijds regels die de productie van de obligatoire regels mogelijk maken (constitutieve regels)? Om deze verschillen bloot te leggen contrasteren wij wederom art. 713 BW: 'Het is niet geoorloofd hoogop-schietende bomen (...) te planten (...)' met de regel van art. 1356 BW dat 'tot de bestaanbaarheid der overeenkomsten' toestemming is 'vereischt'. Wat opvalt is het verschil in taalkundige vormgeving: 'het is niet geoorloofd' tegenover 'is vereist'. Op zichzelf is dit nog geen bewijs van structureel verschil. De bepalingen: 'Het is niet geoorloofd bij de bewaking van de kazerne de aandacht te laten verslappen' en 'Bij de bewaking van de kazerne is voortdurende aandacht vereist' verschillen wel qua formulering, maar niet wat hun betekenis betreft.

Hoe is het op dit punt gesteld met de voorschriften van art. 713 en art. 1356. Kan het 'vereiste' van toestemming (art. 1356) zonder betekenisverlies worden herschreven tot: 'Het is niet geoorloofd overeenkomsten te sluiten zonder dat sprake is van toestemming'? Het zal blijken dat deze vertaling niet zeer geslaagd is, en dit wijst op dieperliggende verschillen dan het enkele verschil in formulering.

Obligatoire regels beogen een beperking van de handelingsvrijheid van degeen tot wie zij zijn gericht. Veelal is er tevens een sanctie op overtreding die ten doel heeft de effectiviteit van de norm te verzekeren. Art. 713 beperkt de grondeigenaar in zijn vrijheid met betrekking tot het planten van hoogop-schietende bomen. Veroordeling tot verwijdering en schadevergoeding is de sanctie die is gesteld op schending van deze regel. De structuur en functie van dergelijke regels vooronderstellen echter dat zowel afwijking als opvolging van de regel mogelijk is. Om die reden bevat noch de bepaling dat het verboden is in zeven sloten tegelijk te lopen, noch de bepaling dat zulks verplicht is een (geslaagde) obligatoire regel. De eerste bepaling niet omdat het zinloos is gedragingen te verbieden die toch niet kunnen plaatsvinden zodat van *regeldeviantie* geen sprake kan zijn. De tweede niet omdat eveneens zinloos is de verplichting, tot onrealiseerbaar gedrag, waarbij *regelconformiteit* onmogelijk is. *Impossibilium nulla obligatio*. Art. 713 BW behelst een obligatoire regel omdat zowel naleving (geen bomen binnen twee meter van de erfscheiding) als schending (wel bomen binnen twee meter van de erfscheiding) tot de mogelijkheden behoort. Art. 1356, 1° bevat géén obligatoire regel omdat er niets is, dat in gelijke zin als 'schending' kan worden beschouwd. Het is bepaald onjuist het vereiste van toestemming te zien als een verbod tot het sluiten van overeenkomsten waaraan toestemming ontbreekt en de 'ongeldigheid' van een dergelijke overeenkomst voor te stellen als 'sanctie' op de overtreding van dit verbod. De functie van een (verbiedende) obligatoire regel is immers te bewerkten, dat een mogelijke, doch ongewenste gedraging wordt nagelaten; de sanctie dient ertoe naleving van de regel aantrekkelijker te maken dan haar schending. De functie van art. 1356, 1° wordt duidelijk bij een vergelijking met 'recept'-regels⁵², regels die aangeven langs welke weg een bepaald resultaat kan worden bereikt en die dat resultaat derhalve eerst mogelijk maken (vandaar: constitutieve regels).

52. H. Drion. *Speculum Langemeyer*, Zwolle 1973, blz. 55.

BESTAAN VAN DE OVEREENKOMST

De volgende regels mogen ter illustratie dienen

- I Bij de vervaardiging van buskruit is de voortdurende aanwezigheid van een veiligheidsinspecteur vereist
- II Ter vervaardiging van buskruit is het gebruik van salpeter, zwavel en koolstof vereist

Slechts regel I bevat een obligatoire regel. Een mogelijke, doch ongewenste activiteit (vervaardiging van buskruit zonder voldoende controle) wordt hier verboden. Een bij schending van dit verbod te verbeuren boete fungeert als sanctie die de effectiviteit van deze norm beoogt te verzekeren. Regel I kan zonder betekenisverlies worden herschreven tot

- I a Het is verboden buskruit te vervaardigen zonder de voortdurende aanwezigheid van een veiligheidsinspecteur

Een analoge vertaling van regel II levert onzin op

- IIa Het is verboden buskruit te vervaardigen zonder gebruik te maken van salpeter, zwavel en koolstof (sanctie er komt geen buskruit tot stand)

De functie van regel II is kennelijk een andere dan het verbieden van een ongewenste, maar realiseerbare activiteit. Regel II bevat informatie over de productiewijze van buskruit. Zij geeft aan met behulp van welke ingrediënten buskruit kan worden vervaardigd en maakt mitsdien de fabricage daarvan eerst mogelijk.

De functie van art 1356, 1° (voor het totstandkomen van een overeenkomst is toestemming vereist) vertoont nauwe verwantschap met die van een recept-regel, zoals hierboven bedoeld. Art 1356, 1° behelst niet een voor schending vatbare obligatoire regel die het sluiten van een overeenkomst zonder toestemming verbiedt, maar geeft aan op welke wijze een overeenkomst tot stand moet worden gebracht. Het is een constitutieve regel die het recept bevat voor de productie van obligatoire normen (verbintenissen).

Het verband tussen de regels van contractenrecht en het 'bestaan' van een overeenkomst

Wij zijn ervan uitgegaan, dat een overeenkomst een eigen 'zijnswijze' heeft. Een overeenkomst 'geldt'. 'Geldigheid' is de bestaansvorm van overeenkomsten. Inzicht in deze bijzondere zijnswijze werpt nieuw licht op de functie die regels vervullen bij het sluiten van overeenkomsten.

Stel dat in een procedure tussen A en B de volgende uitspraken worden gedaan

- I Er is een vier meter hoge boom op het erf van A op een afstand van vijftig centimeter van de grens met het erf van B (gesteld door de advocaat van B in een amotieprocedure tegen A)
- II Er is een overeenkomst tussen A en B waarbij B zich heeft verbonden de aanwezigheid van bomen op korte afstand van de erfscheiding te gedogen (gesteld door de advocaat van A als verweer tegen de amotievordering)

De woorden 'er is (...)' leiden gewoonlijk een *feitelijke* constatering in. Feitelijke constatering is waar of onwaar al naar gelang zij geverifieerd dan wel gefalsificeerd kunnen worden. Voor de uitslag van de procedure is het van belang of de stellingen I en II waar dan wel onwaar zijn. Hoe moeten de uitspraken 'er is een boom (...)' en 'Er is een overeenkomst (...)' worden geverifieerd? Zintuigelijke waarneming is de meest voor de hand liggende methode om te constateren of feitelijke uitspraken al dan niet waar zijn. Ten aanzien van stelling I (er is een boom ...) bewijst deze methode bovendien goede diensten. De rechter kan via een gerechtelijke plaatsopneming (vgl. art. 210 Rv) zich ter plekke van de (on)juistheid van stelling I vergewissen. Minder direct, maar uiteindelijk eveneens op basis van zintuigelijke waarneming, verloopt zijn oordeelsvorming indien hij afgaat op de verklaringen van getuigen die met de situatie ter plaatse bekend zijn.

Ten aanzien van stelling II (er is een overeenkomst tussen A en B ...) ligt de zaak minder eenvoudig. Is hier wel sprake van een feitelijke constatering? Is 'er is een overeenkomst tussen A en B' evenzeer een 'feit' als 'er is een boom op het erf van A'? In ieder geval is het ten aanzien van beide uitspraken mogelijk te onderzoeken of zij waar dan wel onwaar zijn. Wat echter verschilt is de methode van onderzoek. Bij de vraag of er inderdaad sprake is van een overeenkomst tussen A en B komen we met uitsluitend zintuigelijke waarnemingen niet ver. Kennisname van bijvoorbeeld een door A en B ondertekende akte geeft hieromtrent geen uitsluitsel, met name niet indien A bij de ondertekening 'niet in staat was zijn wil te bepalen'. Bij de vraag of er tussen A en B sprake is van een overeenkomst komt het er veeleer op aan te onderzoeken of de *regels* die het mogelijk maken overeenkomsten te sluiten, al dan niet in acht zijn genomen. De uitspraak: 'er is een overeenkomst tussen A en B' is waar, indien, en alleen indien, de *regels* die de contractsluiting beheersen, zijn opgevolgd.⁵³

Het 'bestaan' van een overeenkomst is een 'institutioneel' feit

Zo al het bestaan van een overeenkomst tussen A en B kan worden aangemerkt als een 'feit' dan is dit in ieder geval een feit van een andere orde dan de aanwezigheid van een boom op het erf van A. Laten wij op het voetspoor van Searle⁵⁴ het bestaan van een overeenkomst tussen A en B bestempelen als een 'institutioneel' feit ('institutional fact') ter onderscheiding van 'natuurlijke' feiten ('brute facts') zoals de aanwezigheid van een boom. Institutionele feiten vooronderstellen de aanwezigheid van een 'institutie', dat wil zeggen een complex van constitutieve regels die aangeven onder welke voorwaarden bepaalde gedragingen dat institutionele feit opleveren. Dat het ja-woord van de heer A en mejuffrouw B, afgelegd ten overstaan van de ambtenaar van de burgerlijke stand, het (institutionele) feit van een huwelijk tussen A en B oplevert, vloeit voort uit het bestaan van het huwelijksinstituut, dat wil zeggen uit constitutieve regels die aan de gedragingen van A en B die betekenis verlenen. Het

53. Zie H.L.A. Hart, *Definition and theory in jurisprudence*, London 1954, blz. 16.

54. J.R. Searle, *Speech Acts*, Cambridge 1970, blz. 50 e.v.

contractsinstituut, het complex van (constitutieve) regels die het mogelijk maken dat partijen over en weer verplichtingen aangaan, verheft A's 'ik bied aan (...)' gevolgd door B's 'ik aanvaard (...)' tot het institutionele feit van een overeenkomst tussen A en B.

De Hoge Raad is gebonden aan hetgeen in de bestreden uitspraak omtrent de feiten is vastgesteld (art. 419 lid 3 Rv). De cassatierechter toetst bijvoorbeeld niet of de boom op het erf van A inderdaad vier meter hoog is, zoals door de lagere rechter is geconstateerd. Onthoudt de Hoge Raad zich echter ook van oordeel omtrent 'institutionele feiten'? Legt hij zich ook neer bij het oordeel van de lagere rechter dat tussen A en B (g)een overeenkomst is tot stand gekomen? In dit verband is het van belang de innige band tussen institutionele feiten en de daaraan ten grondslag liggende regels in herinnering te roepen. De verificatie van institutionele feiten vindt plaats door na te gaan of de regels die aangeven onder welke voorwaarden dat feit zich voordoet, zijn opgevolgd. Nu is het bij uitstek de taak van de cassatierechter te controleren of de lagere rechter de juiste regels juist heeft gehanteerd. Of al dan niet een overeenkomst is tot stand gekomen, hangt af van de vraag of de regels van art. 1356 in acht zijn genomen. In het debat over deze vraag mengt de Hoge Raad zich wel degelijk. Gesteld dat in de procedure Eelman/Hin⁵⁵ de feitenrechter het standpunt van Eelman zou hebben gedeeld en zou hebben geoordeeld dat voor het ontbreken van toestemming op grond van geestelijke gestoordheid niet is vereist dat de wederpartij heeft begrepen, dat de ander in die toestand handelde, en dat mitsdien tussen Eelman en Hin in ieder geval geen overeenkomst is tot stand gekomen, dan zou deze uitspraak zonder twijfel door de Hoge Raad zijn vernietigd.

Institutionele feiten dragen soms een statisch karakter (A en B *zijn* met elkaar gehuwd, tussen A en B *bestaat* een overeenkomst), soms zijn zij dynamisch van aard (A en B *sluiten* een huwelijk, A en B *sluiten* een overeenkomst). Ook dergelijke institutionele *handelingen* ontleen hun status aan constitutieve regels, dat wil zeggen aan regels waarvan de functie in de eerste plaats is, bepaalde activiteiten mogelijk te maken, en pas vervolgens deze te regelen. De activiteiten waar het hier om gaat zijn met andere woorden logisch afhankelijk van het bestaan van die regels. Hiernaast zijn er regels (in de terminologie van Searle⁵⁶: regulatieve regels) die betrekking hebben op activiteiten die los daarvan mogelijk zijn, en waar derhalve een logisch-noodzakelijke afhankelijkheidsrelatie tussen regel en handeling ontbreekt. Ter illustratie van het verschil tussen beide regel-typen vergelijkt Searle schaakregels (de loper beweegt zich diagonaal over het veld) met 'eet'-regels (het mes wordt in de rechterhand gehouden). Schaakregels zijn constitutief, dat wil zeggen zij maken in de eerste plaats het schaakspel mogelijk. Zonder schaakregels valt er niets te schaken. 'Eet'-regels zijn regulatief dat wil zeggen zij regelen een activiteit die niet afhankelijk is van het bestaan van die regels.

Het belang van dit onderscheid voor een analyse van de status van rechtsregels is duidelijk. Ieder rechtssysteem heeft zowel zijn 'eetregels' als zijn 'schaakregels'. Enerzijds zijn er (regulatieve) regels ten aanzien van het planten

55. HR 11 december 1959, NJ 1960, 230.

56. Searle 1970, blz. 33 e.v.

van bomen, het bouwen van huizen e.d., activiteiten die logisch niet afhankelijk zijn van de regels daaromtrent. (Wie een huis bouwt zonder bouwvergunning, bouwt niettemin een huis.) Anderzijds bevat een rechtssysteem regels die bepaalde activiteiten eerst mogelijk maken (constitutieve regels). Voorbeelden van dergelijke institutionele activiteiten die door het Nederlandse rechtssysteem mogelijk worden gemaakt zijn: in gebreke stellen, een vordering overdragen, een overeenkomst sluiten. Dat dergelijke activiteiten logisch afhankelijk zijn van de regels die daaraan ten grondslag liggen, wordt duidelijk wanneer men bedenkt dat er rechtssystemen zijn waarin één of meer van deze activiteiten onbekend zijn. Zo ontbreken in het klassieke Romeinse recht regels die de crediteur in staat stellen zijn vordering over te dragen. Eerst het Justiniaanse recht opent de mogelijkheid tot het cederen van een vordering.⁵⁷

Een tegenwerping: vóórdat het contractenrecht bestond werden er toch ook al slaven en vee geruild! Het lijkt inderdaad niet waarschijnlijk dat een samenleving eerst een reeks contractsregels ontwerpt en pas vervolgens zegt: zo nu kan er worden gekocht, geruild, gehuurd. Integendeel: het lijkt aannemelijk dat vele rechtshandelingen pre-juridische proto-typen hebben gehad⁵⁸, voorlopers die pas later, nadat de samenleving daaraan *geldigheidsvoorwaarden* had verbonden, zijn uitgegroeid tot *rechtshandelingen* van dat bepaalde type. Maar zodra dat eenmaal is gebeurd, zodra er regels zijn ontwikkeld die de geldigheid van rechtshandelingen bepalen, wordt het 'bestaan' (de geldigheid) van die rechtshandelingen afhankelijk van dergelijke regels. Zo blijft het juist, dat regels, zoals vervat in de artt. 1374 en 1356, het sluiten van overeenkomsten *mogelijk maken*.

Open regels in een open systeem; de positie van rechtsbeginselen

In het voorgaande zijn wij gestuit op een parallel tussen contracteren en schaken. Het zijn beide institutionele activiteiten, dat wil zeggen activiteiten die afhankelijk zijn van (constitutieve) *regels*. Constateringen als: 'tussen A en B bestaat een overeenkomst' en 'de witte koning staat mat' hebben gemeen, dat zij niet kunnen worden geverifieerd uitsluitend met behulp van zintuiglijke waarneming, maar dat hiervoor nodig is, dat wordt nagegaan of de betreffende regels in acht zijn genomen. Toch is er een belangrijk verschil ten aanzien van de wijze waarop in beide gevallen deze verificatie plaatsvindt, een verschil dat samenhangt met de omstandigheid dat de schaakregels een 'gesloten systeem' vormen terwijl we bij rechtsregels te maken hebben met een 'open systeem'. Vgl. P. Scholten, *Algemeen Deel*, blz. 76:

'Toch vormt het recht ongetwijfeld een systeem, een geheel van logisch passende regelingen. Maar een systeem dat niet, omdat het gebrekkig mensenwerk is, hier en daar hiaten vertoont, maar dat uit zijn aard niet af is en niet af zijn kan, omdat het grondslag is van

57. Vgl. Kaser-Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, § 55.

58. Vgl. Kaser-Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, 6, IV. 'Misschien heeft men oorspronkelijk zulke handelingen (vormvrije rechtshandelingen) niet als rechtshandelingen opgevat, maar hetzij als louter feitelijke evenementen (zoals bijvoorbeeld koop en ruil met 'gelijk oversteken') hetzij als handelingen, die slechts gebondenheid uit delict teweeg brengen'.

beslissingen, die aan het systeem zelf iets toevoegen. Ik meen, dat dit het beste uitkomt, indien we van een open systeem spreken'.⁵⁹

De regels van het schaakspel vormen een 'gesloten systeem' omdat zij 'volledig' zijn, dat wil zeggen voor iedere denkbare spelsituatie een oplossing bieden. De op basis van die regels genomen beslissingen voegen aan die regels niets toe.⁶⁰

Hoe anders is dit bij *rechtsregels*. In het arrest Damhof/Staat formuleert de Hoge Raad (HR 5 mei 1950, NJ 1951, 1) een beslissing op basis van een regel (art. 2014 BW). Deze beslissing (slechts de beschikkingsonbevoegdheid van de overdrager kan aan de derde te goeder trouw niet worden tegengeworpen) voegt aan de regel (bezit geldt als volkomen titel) wel degelijk iets toe. Art. 2014 bevat bij uitstek een 'open' regel. Een regel die onder invloed van beslissingen van de cassatierechter talloze 'face-lifts' heeft ondergaan.

De *rechtsbeslissing* vervult in het proces van rechtsverwerking een autonome rol en is niet louter een afgeleide van een *rechtsregel*. Maar dit is slechts één kant van de médaille. De verwerking van het recht voltrekt zich in drie fasen: beginsel, regel, beslissing.⁶¹ De regels van art. 2014 worden niet slechts beïnvloed door de rechterlijke beslissingen op dat terrein, maar ook door *rechtsbeginselen*, zoals het nemo plus-beginsel en het vertrouwensbeginsel. Ook in deze zin is sprake van een 'open systeem'. Niet alleen naar de kant van de beslissing, maar ook naar de kant van de rechtsbeginselen dragen de rechtsregels een 'open' karakter. Met name om deze 'openheid' gaat het in dit boek: de open verbinding tussen rechtsbeginselen en rechtsregels. *Wisselwerking* ook tussen rechtsbeginselen en rechtsregels. De rechtsbeginselen leveren aan de ene kant het materiaal voor de interpretatie van rechtsregels, maar verkrijgen omgekeerd pas een herkenbaar profiel *in en door* de confrontatie met die regels. Het tweede deel van dit boek moge dienen ter illustratie van deze stelling.

59. Het is frappant hoezeer deze passage, geschreven in een periode waarin het systeembegrip nog geen object vormde voor een zelfstandige wetenschap, vooruitloopt op het in de moderne systeemtheorie gemaakte onderscheid tussen 'gesloten' en 'open' systemen. Terwijl 'systeem' hierin wordt omschreven als een 'geheel van onderling samenhangende elementen' en een 'regelsysteem' derhalve als een 'geheel van onderling samenhangende regels', onderscheidt een 'open' systeem zich van een 'gesloten' systeem doordat het eerste in *wisselwerking* staat met zijn omgeving terwijl het laatste daarvan is geïsoleerd (F. von Bertalanffy General System Theory 1971, blz. 38 e.v.) In systeemtheoretische terminologie zou men Scholten's visie op het 'open' karakter van het recht kunnen weergeven met de stelling, dat het rechtssysteem dáárom een 'open systeem' is, omdat de beslissingen niet slechts de 'output' van een regelsysteem vormen, maar tevens via een 'feedback'-mechanisme dat regelsysteem weer beïnvloeden.

60. Naast de eigenlijke schaakregels, de regels die de geldigheid van de zetten bepalen, zijn er nog twee soorten schaakregels die wel een open systeem vormen. In de eerste plaats de 'strategische' regels, bijvoorbeeld de regel dat het onverstandig is met een vleugelpion te openen. Nieuwe inzichten in de schaakstrategie voegen wel degelijk iets toe aan het systeem van strategische regels. In de tweede plaats zijn er de 'gedragsregels voor spelers' (type: gij zult uw tegenstander niet herhaaldelijk rook in het gezicht blazen). Gelijk bekend, vormen ook deze regels een verre van volledig systeem.

61. Zie hierover A. Kaufmann, Rechtsphilosophie im Wandel, Frankfurt am Main 1972, blz. 130 e.v.

5. REALIA EN IDEALIA

Overzicht van het betoog

Rechtsregels worden gestuurd door rechtsbeginselen. De vraag rijst uiteraard: waar komen de beginselen vandaan? Ook zij hangen niet in de lucht; rechtsbeginselen hebben een dubbel fundament. Reële en ideële factoren bepalen de inhoud van een rechtsbeginsel. Hoe *is* de mens en zijn samenleving ingericht? Hoe zouden zij naar zijn voorstelling *behoren* te zijn? Beide vragen bepalen de richting waarin het ruwe materiaal voor de rechtsbeginselen moet worden gezocht. Hier worden deze vragen toegespitst welke realia en idealia vormen de bouwstenen voor de beginselen van contractenrecht?

Waar komen de beginselen vandaan? Realia en idealia van het recht

Waar komen de rechtsbeginselen vandaan? Ten aanzien van rechtsregels en rechtsbeslissingen is de 'wettige afstamming' verzekerd. Het ontstaan van rechtsregels berust op een daad van wetgeving; rechtsbeslissingen zijn afkomstig van een met rechtsmacht beklede rechterlijke macht. Maar rechtsbeginselen? Omtrent hun afkomst tasten we voorshands in het duister. Waarop berust bijvoorbeeld het vertrouwensbeginsel in het wisselrecht? Vergelijk HR 21 januari 1972, NJ 1972, 186:

'dat de *belangen* betrokken bij het — veelal internationale — rechtsverkeer waarbij wissels een rol spelen, en in het bijzonder dat van een vlotte handelbaarheid van dit waardepapier, hebben meegebracht, dat in het wisselrecht (..) als richtinggevend, zij het niet overal met gelijke kracht doorgevoerd, *beginsel is aanvaard* dat de opvolgende verkrijgers van een wissel mogen afgaan op de schijn van recht die het papier hun vertoont' (cursivering niet in het origineel).

Deze passage bevat een tweetal belangrijke aanwijzingen omtrent de herkomst van rechtsbeginselen. Het beginsel '*is aanvaard*'. De gelding van een rechtsbeginsel berust zo te zien op *aanvaarding*. En het zijn de *belangen* van het rechtsverkeer die tot die aanvaarding hebben geleid. Ook de *belangen van het rechtsverkeer* hebben blijkbaar iets te maken met het ontstaan van rechtsbeginselen.

De herkomst van beginselen ligt in de aanvaarding door het juridisch forum. Hierop is met name gewezen door Dworkin:

'The origin of (...) legal principles lies not in a particular decision of some legislature or court, but in a sense of appropriateness developed in the profession and the public over time'.⁶²

62. Dworkin 1977, blz. 40.

Het beginsel 'nemo turpitudinem suam allegans auditor' behoort *niet* tot het Nederlandse recht omdat het niet als zodanig *is aanvaard*. Maar waarop is de eventuele aanvaarding van rechtsbeginselen gebaseerd? Hoe kunnen de *belangen* van het rechtsverkeer '*meebrengen*', dat in het wisselrecht het vertrouwensbeginsel *is aanvaard*?

Om hierop vat te krijgen, moeten we ons verdiepen in een derde manier waarop we kunnen spreken van een 'open' systeem van het recht. Niet alleen is er een open verbinding tussen regels en beslissingen en tussen regels en beginselen, maar het gehele proces van rechtsverwerking (beginsel, regel, beslissing) is als zodanig 'open', d.w.z. wordt gekenmerkt door een wisselwerking met de 'buitenwereld'.

Open naar twee kanten. Hoe *is* de wereld ingericht? Hoe zou zij *behoren* te zijn? Deze twee vragen beïnvloeden de inhoud van het recht. De mens wordt te vroeg geboren en eenmaal buiten de moederschoot heeft hij een aantal jaren nodig om zelfstandig te worden. Dit is een realiteit die het recht niet kan negeren. Ook een elementair rechtstelsel als het Oud-romeinse recht houdt daarmee rekening en bindt de mogelijkheid om zelfstandig rechtshandelingen te verrichten aan de bereiking van de geslachtsrijpheid.

De werkelijkheid beïnvloedt het recht. Het is onmogelijk rechtsregels te begrijpen zonder zich te verdiepen in de maatschappelijke werkelijkheid die zij beogen te ordenen. Het recht staat in open verbinding met de werkelijkheid. De 'aard der zaak', de 'belangen van het verkeer', dat zijn voorbeelden van de invloed van de werkelijkheid op het recht. Wij brengen hen onder één noemer: de realia van het recht.

De werkelijkheid beïnvloedt het recht. Beïnvloedt het recht ook de werkelijkheid? De mens beseft dat *deze* wereld niet de enig mogelijke is. Hij ontwerpt een beeld van de wereld, zoals die naar zijn oordeel zou behoren te zijn. Hij schept *waarden*, richtingwijzers naar die door hem ontworpen wereld. Het recht oriënteert zich daaraan, het tracht die waarden te 'verwerklijken'. Het recht als tot werkelijkheid geworden ideaal. Reserve is hier op haar plaats, cynisme niet. Drukpersvrijheid, vrijheid van godsdienst, voor de verlichtingsfilosofen van de achttiende eeuw een ideaal, thans een door het recht geborgde realiteit. Open is ook de verbinding tussen het recht en de waarden die een samenleving in haar vaandel voert. Het positieve recht ondergaat de invloed van het vigerende waardenpatroon. Het is onmogelijk de grondwettelijke bepalingen betreffende grondrechten te begrijpen en toe te passen zonder te zien welke waarde zij beogen te verwerklijken: de vrijheid van het individu tegenover de overheid. Vrijheid, rechtvaardigheid, rechtszekerheid: van deze waarden is stellig het krachtigste appèl uitgegaan, op het recht als zodanig en op een centraal onderdeel ervan: het contractenrecht. Het zijn de idealia van het recht.

De realia en de idealia van het recht bepalen mede zijn inhoud. Tussen beide factoren lopen bovendien verbindingslijnen. De waarden richten hun appèl tot de werkelijkheid. Zij willen 'verwerklijkt' worden. Omgekeerd bepaalt de realiteit de overlevingskansen van de waarden. Tot het onmogelijke is niemand gehouden. Grijpen de idealen te hoog dan verliezen zij op den duur hun magnetisme. Beide aspecten, het reële en het ideële, worden weerspiegeld door de rechtsbeginselen. De rechtsbeginselen fungeren bovendien als de slui-

zen waardoor de realia en de idealia het positieve recht binnenstromen. Hoe dit in zijn werk gaat, wordt geïllustreerd door de rol van het vertrouwensbeginsel in het contractenrecht.

Het is een *regel* van het Nederlandse recht, dat bij overeenkomsten onder bezwarende titel het ontbreken van een rechtens relevante wil bij de één wordt gedekt door het gerechtvaardigd vertrouwen van de ander. Er komt in dat geval een geldige overeenkomst tot stand.⁶³ Deze regel is een concretisering van het vertrouwens*beginsel* dat als zodanig een veel algemenere strekking heeft en in een reeks andere regels eveneens zijn neerslag vindt. Het vertrouwensbeginsel heeft twee aspecten. Een ideëel aspect: het weerspiegelt een ethisch postulaat 'een man een man, een woord een woord'.⁶⁴ Een reëel aspect: bescherming van gewekte schijn is een sine qua non van onze economische orde die nu eenmaal draait op reële verwachtingen omtrent het ongestoord verloop van de goederen- en dienstenstroom. In de woorden van de Hoge Raad: *de eisen van het rechtsverkeer* verlangen, dat het gerechtvaardigde vertrouwen wordt beschermd.

Realia (de eisen gesteld door de inrichting van de economische orde) en idealia (trouw aan het gegeven woord als ethisch postulaat) worden zo via het vertrouwensbeginsel het positieve recht 'binnengesluisd'.

Op grond van hun afkomst zijn de rechtsbeginselen bovendien verzekerd van een redelijke flexibiliteit. Als de realia en idealia zich wijzigen, passen de beginselen zich aan. Ook hier kan het vertrouwensbeginsel ter illustratie dienen. Het 'caveat emptor' is een concretisering van het vertrouwensbeginsel die goed past bij een bepaalde ontwikkeling van het economisch verkeer. Het veronderstelt een eenvoudig ruilverkeer waarbij iedere koper de deugdelijkheid van het aangeboden ter plekke kan controleren. Bij het voortschrijden van de techniek wordt dit anders. Als serie- en massaproductie van technisch gecompliceerde goederen het beeld gaan bepalen, moet het vertrouwensbeginsel zich aanpassen. Bij de verkoop van bedrijfsmuntwasautomaten met indirecte stoomverwarming door de N.V. Electrotechniek aan Olde Wolbers past niet het 'caveat emptor'. Het vertrouwensbeginsel moet op een andere wijze worden uitgewerkt: welke eigenschappen mocht de koper op grond van de overeenkomst verwachten⁶⁵?

Het betrekkelijk globale karakter van rechtsbeginselen (bijvoorbeeld: gerechtvaardigd vertrouwen verdient bescherming) maakt het mogelijk dat zij de tand des tijds doorstaan. Via een aangepaste invulling kunnen zij veranderingen in de maatschappelijke verhoudingen en in het vigerende waardenpatroon opvangen en doorgeven aan het positieve recht.

63. HR 11 december 1959, NJ 1960, 230.

64. J. Eggens, Verzamelde privaatrechtelijke opstellen: deel 2, blz. 200 e.v.

65. Vgl. HR 29 januari 1971, NJ 1971, 221, vgl. ook art. 7.1.2.7. lid 2 NBW.

Realia

De manier waarop mensen samenleven bepaalt de inhoud van het contractenrecht. Maar hoe? Wat zijn de realia van het contractenrecht? Een leerzame geschiedenis bij wijze van inleiding.

Het verhaal van Atlantis

Atlantis, het eiland voorbij de zuilen van Hercules. Verrezen uit de oerzee, verzwolgen door de oerzee. Eens herbergde het een machtig rijk, dat uiteindelijk werd verslagen, niet zoals het verhaal gaat, door de wapens der Atheners, maar door de ideeën van één hunner: Plato, zoon van Ariston. Dit is verhaal van de drie tijdperken: opkomst, bloei en ondergang van Atlantis.

Van de diersoorten die van oudsher het eiland bevolkten was er één die door de natuur onvoltooid was gelaten. Alle dieren wisten hun plaats en kenden hun levensplan. De vissen hadden hun kreken in de laagvlakte. Het roodwild vertoonde zich niet buiten de wouden van het gebergte. Alleen de mens had plaats noch plan. Alleen de mens moest zich een plaats kiezen en zelf zijn plan ontwerpen. Sommigen verkozen de laagvlakte en legden zich toe op de landbouw, anderen trokken naar de bergweiden en werden schaapherder. Allen leefden in kleine groepen, bijeengehouden door bloedverwantschap. Man, vrouw, hun kinderen, hun ouders voor zover nog voldoende rap ter been. Het enige contact dat de verschillende groepen onderhielden bestond in onderlinge strijd. Om zich te beschermen tegen de winterkou roofden de landbouwers schapevachten bij de herders. Velen moesten dit met de dood bekopen. Om de oogst te kunnen binnenhalen voordat de herfststormen begonnen ontvoerden de landbouwers de vrouwen van het herdersvolk en dwongen hen tot hulp. Niet zelden leidde dit tot heftige reacties en gingen de graanschuren in vlammen op. De hongerdood was dan het gevolg. Kortom, het leven op Atlantis was, zoals een bewoner van een naburig eiland het vele eeuwen later zou uitdrukken 'solitary, poore, nasty, brutish, and short'.⁶⁶

Drie inzichten, moeizaam verworven, markeren de overgang naar het tweede tijdperk. *Als het kwaadschiks niet wil, moet het maar goedschiks.* Langzaam rijpte bij de Atlantiden het inzicht, dat het voordeliger is wanneer vrijwillig schapevachten worden afgestaan en bijstand wordt verleend bij de oogst. Deze ontdekking ging gepaard met de verwerving van een andere ervaring: de bereidheid iets af te staan is in de meeste gevallen afhankelijk van de voorwaarde dat iets wordt ontvangen dat meer waard is dan hetgeen wordt afgestaan. *Voor wat, hoort wat.* Over en weer iets afstaan en er beiden op vooruitgaan, is dat mogelijk? Het besef, dat dit inderdaad mogelijk is, leidde tot ingrijpende veranderingen in de onderlinge betrekkingen der Atlantiden. Samenleven en samenwerken niet langer uitsluitend op basis van bloedver-

66. Th. Hobbes, *Leviathan*, I; 13.

wantschap, maar thans ook op basis van vrijwilligheid en wederkerigheid. De eerste schapevacht heeft voor een landbouwer meer nut dan zijn tiende schepel graan; de eerste schepel graan is voor een schapenhoeder meer waard dan zijn tiende vacht. Wanneer schepel graan en schapevacht van eigenaar verwisselen, gaat zowel de landbouwer als de schapenhoeder er op vooruit.

De huid kan worden verkocht voordat de beer geschoten is. De landbouwers hadden hulp nodig bij het binnenhalen van de oogst. De herders verloren veel schapen die verdoolden wanneer ze vanuit de bergen naar het dal werden gevoerd. Landbouwers en herders zijn over en weer gebaat bij elkanders bijstand. Nu was er één probleem: de oogst vindt 's zomers plaats, de schapen moeten tegen de winter naar het dal. Wie garandeert de herders dat, wanneer zij 's zomers behulpzaam zijn geweest bij het binnenhalen van de oogst, zij enige maanden later niet tevergeefs wachten op de bijstand van de landbouwers?

Hoe kunnen goederen en diensten worden geruild, die niet gelijktijdig voorhanden zijn? De uitvinding van het beloven vormde het antwoord op dit probleem. De belofte, het zich verbinden voor de toekomst, gaf aan het zich tot dan uitsluitend gelijktijdig voltrekkende ruilverkeer een aanzienlijke uitbreiding. De ban van het heden was gebroken, de toekomst werd berekenbaar. De Atlantiden hadden het contracteren uitgevonden.

De mens heeft de vrijheid, maar ook de plicht, zijn eigen lot te bepalen. Hij kan, en moet, zich ontplooien. De bewoners van Atlantis gingen er toe over banden aan te knopen die niet waren opgelegd door de natuur, maar werden ingegeven door welbegrepen eigenbelang, op basis van vrijwilligheid en wederkerigheid. Hiertoe schiepen zij een instelling die deze levensvorm mogelijk maakte: de overeenkomst. Zo was de toestand tegen het einde van het tweede tijdperk.

Hoe kon één man dit machtig rijk ten gronde richten. Welk idee was dodelijker dan de wapens van zijn landgenoten? Plato's recept voor de ondergang was even eenvoudig als doeltreffend: schaf iedere keuzevrijheid af, leg ieders rechten en plichten van bovenaf volledig vast. Kortom: voer de totale staat in. Zijn uitgangspunt hierbij was, dat de natuur aan eenieder een vaste plaats in de samenleving heeft toegewezen. De één is van nature schoenlapper, de ander van nature bestuurder. De samenleving schiet uit haar voegen als deze natuurlijke orde wordt verstoord, als de schoenlapper een bestuursambt nastreeft, als de bestuurder aan klauwhamer en leest de voorkeur geeft.⁶⁷

Het derde tijdperk brak aan. Plato's program werd ingevoerd. Terwijl in het eerste tijdperk *niets* was geregeld en roof en plundering het leven bepaalden, werd nu *alles* geregeld. Ieder het zijne, ieder zijn plaats. De schoenlapper zijn leest, de soldaat de kazerne. Wat ieder toekwam, wat ieders plaats was, werd uitgemaakt door de alwetende Regent. Er heerste rust en vrede op Atlantis.

Voor zolang het duurde. Door Plato's denkbeelden te aanvaarden, verspeelden de Atlantiden hun mensenrechten. De natuur levert de mensen niet af als schoenlappers, soldaten en regenten. De mens is in staat, maar ook verplicht zijn bestemming zelf te kiezen. Laat hij dit na dan verliest hij zijn mensenrecht. De bewoners van Atlantis trof het lot dat Plato elders had beschre-

67. Plato, *Politeia*, 434.

ven.⁶⁸ Het lot dat diegenen treft die niet waard zijn dat zij vrij ademen. Zij horen thuis op de slijmerige bodem van de zee. De oerzee verzwoeg hen. Atlantis verdween voor eeuwig in de kolkende diepten.

Ik weet niet *hoe* Willem Beukels het haring kaken heeft uitgevonden, wel *waarom* hij het heeft uitgevonden. Ik weet niet *hoe* het contractenrecht is ontstaan, wel *waarom* het is ontstaan. Drie redenen zijn daarvoor aan te geven.

Eén: het contracteren maakt het mogelijk de samenwerking met anderen uit te breiden buiten de enge kring van bloedverwanten. Samenwerking op basis van vrijwilligheid. Dit is de zin van Henry Maine's beroemde aforisme: from status to contract.⁶⁹

Twee: die vrijwillige samenwerking wordt ingegeven door welbegrepen eigenbelang. *Ruil* van goederen en diensten met behulp van een overeenkomst leidt er in de regel toe, dat beide partijen erop vooruit gaan. Dit berust op de eerste wet van Gossen. Het extra nut dat wij ontleen aan een extra eenheid van een goed neemt af naarmate wij over meer eenheden van dat goed de beschikking krijgen. Wanneer de schaapherder en de landbouwer respectievelijk hun tiende vacht en hun tiende schepel graan ruilen, gaan zij er beiden op vooruit.

Drie: de overeenkomst maakt de toekomst berekenbaar. De mens maakt plannen. Hij herinnert zich gisteren, hij bekommert zich om morgen. De ervaringen uit het verleden worden doorgetrokken naar de toekomst. De behoefte om maatregelen te nemen voor de toekomst is er ook ten aanzien van de samenwerking met anderen. 'Your corn is ripe today; mine will be so tomorrow. 'Tis profitable for us both, that I shou'd labour with you today, and that you shou'd sid me tomorrow'.⁷⁰ Ruil van goederen en diensten die niet gelijktijdig voorhanden zijn, vertrouwen scheppen dat in de toekomst bepaalde prestaties zullen worden verricht, ook dat is een functie van de overeenkomst. De rijkdom van de moderne mens bestaat zelfs in overwegende mate uit dergelijke vertrouwensrelaties, dat wil zeggen uit aanspraken op in de toekomst te verrichten prestaties, zoals banktegoeden, obligaties en levensverzekeringen. Met behulp van de overeenkomst wordt niet alleen de samenwerking met anderen uitgebreid buiten de kring van bloedverwanten, maar wordt ook de tijdsbarrière doorbroken. De beperking tot het 'gelijk oversteken' komt te vervallen. Het begaanbaarmaken van de toekomst krijgt een krachtige impuls doordat het mogelijk wordt redelijke zekerheid te verwerven omtrent in de toekomst te verrichten prestaties.

Samenwerken op basis van *vrijwilligheid*, *ruil* van goederen en diensten ingegeven door welbegrepen eigenbelang, redelijk *vertrouwen* op in de toekomst te verwerven prestaties, dat zijn de drie doeleinden waaraan de overeenkomst haar zin ontleent. Nu is het zeker niet zo, dat met iedere overeenkomst elk der drie doeleinden tegelijk wordt nagestreefd. De schenkingsovereenkomst mist het oogmerk van ruil. De koop bij gelijk oversteken heeft niet ten doel aanspraken op toekomstige prestaties te scheppen. Het is zelfs zo, dat ter

68. Plato, *Timaeus*, 92.

69. H. Maine, *Ancient Law*, V slot 'Starting from a condition of society in which all the relations of persons are summed up in the Family, we seem to have moved towards a phase of social order in which all these relations arise from the free agreement of individuals'

70 D Hume, *A Treatise of Human Nature*, III, V.

bereiking van de verschillende doeleinden oorspronkelijk afzonderlijke instrumenten werden gehanteerd, die pas veel later zijn geabsorbeerd door de obligatoire overeenkomst. De *mancipatio* en de *stipulatio*, beide daterend uit het oudste Romeinse recht, waren formele handelingen met ieder een eigen functie.

De *mancipatio* vervulde in haar oudste vorm een rol die wij thans zouden omschrijven als koop bij gelijk oversteken.⁷¹ Grond, slaven en vee (*res mancipi*) werden met behulp van de *mancipatio* in aanwezigheid van vijf getuigen en een weegschaalhouder geruild tegen ongemunt koper.

De *stipulatio* vormde het middel om het recht op toekomstige prestaties te verwerven. Vroeg de crediteur bijvoorbeeld 'beloofst ge mij de slaaf Stichus te geven' en antwoordde de debiteur 'dat belooft ik', dan verwierf de crediteur een afdwingbaar recht op levering van de slaaf.

In het moderne recht is het de vormvrije overeenkomst die beide functies vervult: ruil van goederen en diensten en het scheppen van aanspraken op toekomstige prestaties.

Uitvindingen moeten het opnemen tegen hun concurrenten. De waskaars is in felle strijd gewikkeld met de gloeilamp, lijkt te worden overvleugeld, komt terug. Ook de overeenkomst heeft mededingers. Roof en slavernij ter ene zijde, de droom van Plato aan de andere kant. Aan de ene kant is er de natuurstaat van Hobbes, 'where every man is Enemy to every man'. Plundering en mensenroof zijn hier de middelen van bestaan. Dit alternatief blijft aantrekkelijk. De Oostindische Compagnie verwierf haar kostbare specerijen niet slechts met behulp van kralen en spiegeltjes, maar evenzeer door een adequaat gebruik van donderbus en hellebaard. Naast de arbeidsovereenkomst was er tot in de vorige eeuw de slavernij als middel om in de behoefte aan arbeid te voorzien.

Aan de andere kant dromen de Platonisten, oude en nieuwe, van de samenleving waarin alles is geregeld. De overeenkomst, de autonome regeling van de goederen- en dienstenstroom, verliest hier haar functie. De Grote Deskundige weet wat ieder toekomt. Ieders rechten en plichten worden van bovenaf vastgelegd. Hier heerst de heteronome orde.

Autonomie, wederkerigheid, zekerheid

Contractsvrijheid, de mogelijkheid om *desverkiezend* rechtsbetrekkingen aan te knopen, is niet slechts een ideaal (zo men wil ideologie) van het 19e-eeuwse liberalisme, zij wortelt tevens in de feitelijke, biologische geaardheid van de mens. Het behoort tot de fundamentele inzichten van de moderne biologie, dat de natuur de mens heeft afgeleverd als half-fabriekaat. De mens als 'das unfertige Wesen' (Konrad Lorenz⁷²) dat gedwongen is zijn levensplan in

71. R. Feenstra, Inleidende hoofdstukken betreffende Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht, Leiden 1976, blz. 60.

72. Zie K. Lorenz, Über tierisches und menschliches Verhalten, deel 2, München 1965, blz. 182 e.v. 'Das konstitutive Merkmal des Menschen (ist) das Erhalten bleiben der aktiven, schöpferischen Auseinandersetzung mit der Umwelt'. Voorwaarde hiervoor is volgens Lorenz het domesticatieproces dat leidt tot reductie van het star instinctieve gedrag 'Durch ihre eigenartige zweischneidige Wirkung gibt die

vrijheid te kiezen. De natuur delegeert een deel van haar creativiteit aan de mens. Hoe hij zich voedt, hoe hij woont, hoe hij met zijn medemens omgaat, is niet door de natuur gedetermineerd maar aan zijn keuze overgelaten. Vooral zijn keuze met betrekking tot dit laatste punt, de inrichting van de samenleving, is hier van belang. Waar hij kiest voor arbeidsverdeling, kiest hij tevens voor wederkerigheid en vertrouwen. Wil het mogelijk zijn, dat de groep een van haar leden in staat stelt zich uitsluitend bezig te houden met de vervaardiging van vuistbijlen en pijlpunten, dan moet deze 'specialist' door de overige leden van de groep worden onderhouden en worden vrijgesteld van andere taken. Arbeidsverdeling vooronderstelt wederkerigheid. De vuursteenhouwer voorziet de gehele groep van werktuigen, de groep voorziet hem van kleding en voedsel.

Arbeidsverdeling vooronderstelt ook vertrouwen. Gespecialiseerde functies kunnen pas ontstaan wanneer de rolverdeling binnen de groep een zekere duurzaamheid heeft verkregen. De steenhouwer kan zijn technische vaardigheid slechts ontwikkelen als hij er op kan vertrouwen, dat hij niet alleen vandaag, maar ook morgen en overmorgen door de groep wordt onderhouden. De overige leden van de groep kunnen hun vaardigheid in de vuursteenbewerking onderontwikkeld laten en zich in andere taken specialiseren slechts voor zover zij er op kunnen rekenen, dat de productie van vuistbijlen en pijlpunten ook voor de toekomst verzekerd is. Wederkerigheid en zekerheid zijn sociaal-anthropologische grondvormen van zeer fundamentele aard⁷³ en daarmee realia van het recht. De archaische mens ruilt veel meer dan alleen gebruiksgoederen, hij ruilt ook rituelen, dansen, toverformules en — heel belangrijk in verband met incesttaboe en exogamie — huwbare meisjes. In dit laatste ligt waarschijnlijk de kiem van het ontstaan van duurzame rechtsbetrekkingen tussen verschillende groepen.

'Der Madchentauch, d. h. die normierte Exogamie plus Inzestverbot, wird zur Schlüsselfigur, weil er die einzige Möglichkeit bietet, die Beziehungen zwischen mehreren Gruppen langfristig und rechtsverbindlich (nach Leistung und Gegenanspruch) auf Dauer zu stellen'.⁷⁴

Ook vertrouwen, de zekerheid dat de wederzijdse behoeftenbevrediging in de toekomst zal voortduren, is een basisingrediënt voor groepsgewijs samenleven.

'Bei dem einfachen Fall einer Gesellschaft, in der einige Spezialisten (Schmiede, Topfer oder was immer) für alle produzieren, von jenen aber ernährt werden, entsteht, anthropologisch gesehen, der Zustand der gegenseitigen Bedürfnisentlastung. Das Nahrungsbedürfnis der "Spezialisten" rückt in den Zustand der "Hintergrundserfüllung", der Gewisheit des dauernden virtuellen Erfülltseins'.⁷⁵

Domestikation dem Menschen einerseits die konstitutive Freiheit seines Denkens und Handelns sowie seine persistierende Weltoffenheit beraubt ihn aber andererseits jener sicheren Einpassung in die Umwelt die das Tier seinen starr angeborenen arttypischen Verhaltensweisen verdankt (blz. 198). 'Die konstitutive Freiheit des menschlichen Handelns (ist) die unmittelbare Folge domestikationsbedingter Reduktion des starr instinktiven Verhaltens' (blz. 244).

73. A. Gehlen, *Urmensch und Spatkultur* Frankfurt am Main 1977 blz. 46 en 50.

74. Gehlen 1977 blz. 197-198.

75. Gehlen 1977 blz. 33.

Contractualisering

Een zeer wezenlijk reale van het contractenrecht is nog niet blootgelegd de overgang van 'Gemeinschaft' naar 'Gesellschaft' Dit zijn technische termen voor twee typen van sociale betrekkingen die in de terminologie van Max Weber als volgt kunnen worden gekarakteriseerd

'Vergemeinschaftung soll eine soziale Beziehung heissen, wenn und soweit die Einstellung des sozialen Handelns (...) auf subjektiv *gefühlter* (affektuelier oder traditionaler) *Zusammengehörigkeit* der Beteiligten beruht. Vergesellschaftung soll eine soziale Beziehung heissen, wenn und soweit die Einstellung des sozialen Handelns auf rational (...) motiviertem *Interessenausgleich* oder auf ebenso motivierter *Interessenverbindung* beruht Vergesellschaftung kann typisch insbesondere (aber nicht nur) auf rationaler *Vereinbarung* durch gegenseitige *Zusage* beruhen'.⁷⁶

Gevoelde saamhorigheid (Gemeinschaft, voorbeeld de familie) tegenover samenwerking ingegeven door *beredeneerd* eigenbelang (Gesellschaft, voorbeeld de ruilvereenkomst)

'Vergesellschaftung' staat hier voor de rationalisering en de contractualisering van de samenleving From status to contract Eindpunten van deze tendens zijn de koopmansbeurs waar anonieme kopers anonieme verkopers ontmoeten en de *naamloze* vennootschap, een samenwerkingsvorm waarbij de loyaliteit van de elkaar onbekende deelnemers uitsluitend afhangt van het rendement Deze 'verkoeling' van de maatschappelijke relaties is vaak gekritiseerd, met name door het Marxisme

'Die Bourgeoisie, wo sie zur Herrschaft gekommen, hat alle feudalen, patriarchalischen, idyllischen Verhältnisse zerstört. Sie hat die buntscheckigen Feudalbande, die den Menschen an seinen natürlichen Vorgesetzten knüpften, unbarmherzig zerrissen und kein anderes Band zwischen Mensch und Mensch übriggelassen, als das nackte Interesse, als die gefühllose bare Zahlung'.⁷⁷

Ook het verlangen naar 'togetherness' dat zoveel hedendaagse subculturen kenmerkt is een uiting van de heimwee naar verloren 'Gemeinschaft'⁷⁸

Onjuist is in ieder geval de exclusieve associatie van de contractualisering van de samenleving met negentiende-eeuws liberalisme en de vrije markteconomie Allerlei instellingen, zoals defensie en rechtspraak, die in de negentiende eeuw al lang aan het contractmechanisme waren onttrokken, droegen in de leenheerlijke periode een zuiver contractueel karakter In roerige tijden stelden vrije boeren zich via een formeel contract (de *immixtio manuum*) onder de bescherming van machtigen In ruil voor de bescherming van have en goed verbonden zij zich tot elke dienst, een vrij man waardig⁷⁹ Rechtspraak kon als een deel van het koninklijk gezag via 'immuniteitsverlening' worden overgedragen Kortom 'de vorm van het complexum feudale bewijst, dat zijn wezen ligt in een privaatrechtelijke opvatting van het overheidsgezag'.⁸⁰

76 M Weber *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen 1976 blz 21

77. K Marx en F Engels, *Manifest der Kommunistischen Partei*, I

78 Zie bijvoorbeeld Ch A. Reich, *The greening of America*, 1970, met name hoofdstuk 12

79 L.J.J van der Heyden en B.H.D. Hermesdorf, *Aantekeningen bij de geschiedenis van het oude vaderlandse recht*, blz. 85

80. Het in de vorige noot aangehaalde werk, blz 84.

Ook het maatschappelijk verkeer van tegenwoordig is zeker niet *minder* 'contractueel' dan dat van de vorige eeuw. De overgang van een vrije naar een meer georiënteerde economie heeft wel geleid tot een veranderde, maar niet tot een verminderde functionering van het contractsmechanisme. De opkomst van een gigantisch vergunningenstelsel heeft wel geleid tot het op grote schaal binnendringen van publiekrecht binnen het contractenrecht, maar ook de tegenstroom is voelbaar: contractualisering van het publiekrecht. De overheid maakt meer en meer gebruik van privaatrechtelijke instrumenten, met name van het contract, daar waar zij de traditionele publiekrechtelijke figuren als knellend ervaart.⁸¹ Regering en bedrijfsleven sluiten 'sociale contracten' en 'loonakkoorden'. Faculteiten en universiteiten leggen zich vast op 'meerjaren afspraken'. Het zijn vormen van contractualisering van het bestuur. De overeenkomst als sociaal contact, ingegeven door berekend eigenbelang, is niet het geesteskind van een bepaalde maatschappijvisie (het liberalisme), maar een noodzakelijke voorwaarde voor een arbeidsverdeling die de grenzen van de 'Gemeenschap' overschrijdt. De vroegste vorm van arbeidsverdeling: de man jaagt, de vrouw verzamelt vruchten, is er een die nog volledig wordt bepaald door 'gevoelde saamhorigheid' (Gemeenschap). Zodra er echter handel wordt gedreven met vreemden, en dit vindt reeds in een zeer vroeg stadium plaats⁸², verdwijnt deze inspiratiebron en contractualiseren de contacten (Vergesellschaftung).

Institutionalisering

Nog een laatste sociaal-anthropologische realiteit moet het recht onder ogen zien: de institutionalisering van het samenleven. Hier stuiten wij op de tegenhanger van hetgeen waarmee de vogelvlucht langs de realia van het contractenrecht werd begonnen. Daar troffen wij de mens aan als het onvoltooide dier. Het dier dat, gedreven door instinktarmoede, gedwongen is zelf zijn weg te kiezen. De bij de mens opgetreden instinktreductie gaf hem aan de ene kant zijn vrijheid van handelen, maar belastte hem aan de andere kant met een enorme druk: een constante keuzedwang. Om deze druk enigszins te verlichten was het nodig vorgevormde samenlevingspatronen te ontwikkelen. Gereedliggende recepten die aan volgende generaties konden worden doorgegeven. De mens schiep instituties, door de samenleving geijkte manieren van doen, die tot taak hebben het individu van de verpletterende druk van diens vrijheid te verlossen. Zoals niet iedere generatie na Gutenberg opnieuw de boekdrukkunst hoeft uit te vinden, hoeft niet iedere opvolgende generatie opnieuw te kiezen hoe zij zal huwen, hoe zij eigendom zal overdragen. De verplichte figuren liggen gereed. Zonder de steun van de bestaande instituties zou de mens ten gronde gaan aan een 'embarras du choix.' De institutionalise-

81 Vgl. A. R. Bloembergen, *Contracten met de overheid*, Deventer - Alphen aan den Rijn 1976, blz. 34 e.v.

82. Archeologische vondsten tonen aan dat de Cro-Magnon jagers van Centraal-Frankrijk (±30.000 jaar voor Chr.) een deel van hun buit ruilden tegen schelpen afkomstig uit het gebied rond de Middellandse zee. Vgl. R. L. Heilbroner, *The Making of Economic Society*, Englewood Cliffs 1975, blz. 23.

ring van het sociale contact treedt bij hem in de plaats van zijn verloren instinktreactie.⁸³

Creativiteit en institutionalisering zijn tegenhangers. Zij houden elkaar in evenwicht. De creativiteit raakt niet overbelast doordat voor de meeste situaties waarmee de mens in zijn sociale contacten wordt geconfronteerd een model voorhanden is. Die traditionele modellen, de instituties, zijn van hun kant in de regel voldoende soepel om de creativiteit niet volledig weg te drukken. Het huwelijk kan onder gelijkblijvende vormen op geheel verschillende wijze worden ingevuld. Dezelfde plechtigheid kan zowel leiden tot een patriarchaal verbond waar vaders wil wet is als tot een meer geëmancipeerde rolverdeling.

Wat is het belang van dit alles? Waarom zijn de door de mens geschapen instituties realia van het recht en realia van het contractenrecht in het bijzonder⁸⁴? De drang tot institutionalisering brengt de mens ertoe gestandaardiseerde manieren van doen te ontwikkelen. Recepten die aan volgende generaties ter navolging worden aangeboden. Standaardisering van het gedrag is slechts voor een klein deel het *gevolg* van het recht, voor het grootste deel gaat zij daaraan *vóóraf*. Het recht oriënteert zich aan die gestandaardiseerde manieren van doen. Slavernij is in de Romeinse samenleving niet een door het recht *geschapen* instituut, maar een maatschappelijk verschijnsel dat door het recht van die tijd werd aangetroffen en *geregeld*.

Institutionalisering in het contractenrecht

Aan de hand van het contractenrecht wordt duidelijk hoezeer de institutionalisering een noodzakelijke tegenhanger vormt van de autonomie. De tendens tot standaardisering vindt in het contractenrecht haar neerslag in de heteronome factoren die de inhoud van de overeenkomst mede bepalen: het aanvullende recht, het gebruik, het bestaan van benoemde contracten. Tegenover de autonome factor (de partijwil) vervullen zij een weliswaar subsidiaire, maar niettemin onmisbare rol. Om de onmisbaarheid van die heteronome factoren in te zien is het voldoende hen weg te denken. Gesteld dat het contractenrecht uit slechts twee regels zou bestaan. Eén die aangeeft *dat* het mogelijk is rechtens verbindende overeenkomsten te sluiten (art. 1374 BW) en één die aangeeft *hoe* dat moet geschieden (art. 1356 BW). De autonomie is in dat geval volstrekt, maar het contractsmechanisme zou spoedig dol draaien. Zelfs voor het scheppen van de meest triviale rechtsbetrekking zouden uitgebreide onderhandelingen vereist zijn. Partijen zouden ten aanzien van allerlei details een keuze moeten maken en daarover overeenstemming moeten zien te bereiken. Voor het grootste deel van het economisch gebeuren is dit eenvoudig ondoenlijk. Hier is nodig dat de partijen kunnen volstaan met het schetsen van de contouren, terwijl de details van elders worden ingevuld. Sluiten partij-

83. Gehlen 1977, blz. 23 en 157.

84. De ontdekker van de instituties als realia van het recht en daarmee de gangmaker van het 'institutionele' rechtsdenken is zonder twijfel Savigny. Vgl. F.C. von Savigny, *System des Heutigen römischen Rechts*, I blz. 9 'Denn auch die Rechtsregel, so wie deren Ausprägung im Gesetz, hat ihre tiefere Grundlage in der Anschauung des Rechtsinstitut'.

en een koopovereenkomst dan dienen zij overeenstemming te bereiken over zaak en prijs. Waar de zaak geleverd zal worden, wat er dient te gebeuren als de zaak vóór de levering teniet gaat, zijn onderwerpen die zij wel mogen, maar niet hoeven te regelen. Komen zij hieromtrent niets overeen dan worden deze onderwerpen heteronoom geregeld (vgl. de artt. 1513 en 1496 BW).

Overeenkomsten verbinden mede tot hetgeen door het gebruik wordt gevorderd. (Vgl. art. 1375 BW). Als partijen het punt ongeregeld hebben gelaten, en ook het aanvullende recht geen gehoor geeft dan geldt het gebruik, de vaste praktijk die overal ontstaat waar mensen elkaar in terugkerende situaties ontmoeten. Met name in de handel: 'naar vast gebruik in de cacao-handel moet de lading bij daglicht worden gelost'. Standaardisering, gewoontevorming heeft ook hier een groot voordeel: ook zonder uitdrukkelijk beding kan de één er op rekenen dat de ander zich op een bepaalde wijze zal gedragen, dat deze zich aan het vaste gebruik zal conformeren. Het recht honoreert deze heteronome factor die niet een bedreiging, maar een nuttige en noodzakelijke aanvulling van de contractsautonomie vormt.

Ook de functie van de benoemde contracten moet worden begrepen in het licht van de behoefte aan institutionalisering. De contractsautonomie staat in het teken van de behoeftenbevrediging. Waar de behoeften van de verschillende mensen, ondanks individuele voorkeuren, toch grotendeels parallel lopen, spreekt het vanzelf, dat zich bepaalde contractstypen ontwikkelen. Deze spontane kanalisering van het contractsmechanisme is van groot belang voor de wetgever; hij vindt erin aanknopingspunten voor een effectieve systeembouw. Het laten bouwen van een huis, het gebruik van landbouwgrond, het lenen van geld, het zijn alle drie verlangens die enerzijds regelmatig terugkeren en anderzijds een geheel eigen contractuele regeling vergen. Wanneer de wetgever zich in zijn systematisering oriënteert aan deze afzonderlijke typen van veel voorkomende en regelmatig terugkerende behoeften en daarvoor modelregelingen ontwerpt, dan heeft dit een evident voordeel. Aldus wordt immers voorkomen, dat het contractsapparaat overbelast raakt. Ten aanzien van de meest voorkomende verlangens die langs contractuele weg gerealiseerd dienen te worden, wordt de taak van de contractanten aanzienlijk verlicht doordat op de achtergrond de benoemde contracten staan die veel potentiële conflictstof regelen. Het overgrote deel van de overeenkomsten die dagelijks worden gesloten, wordt gevormd door de benoemde contracten en hierbij kunnen de partijen volstaan met summiere onderhandelingen over de essentialia (het autonome aandeel). Hun rechtsverhouding wordt verder automatisch aangevuld door de wettelijke regeling (het heteronome aandeel). Ook hier een productief evenwicht tussen autonomie en institutionalisering.

Tenslotte is er nog het toegenomen gebruik van standaardvoorwaarden. Het voorkomen van overbelasting van het contractsmechanisme door middel van institutionalisering, is stellig één verklaring voor dit verschijnsel. Maar doordat het initiatief tot een dergelijke institutionalisering berust op de autonome keuze van één der partijen, treden hier bijzonder complicaties op voor de beginselen van contractenrecht. Aan deze complicaties wordt afzonderlijke aandacht besteed (hoofdstuk elf).

Idealia

Vrijheid en gelijkheid

Doel van het recht is vrijheid, middel daartoe is dwang. Ongehinderd zijn gang gaan, dat kan alleen Robinson. Waar mensen samenleven leidt vrijheid, opgevat als ongebreidelheid, binnen de kortste keren tot moord en doodslag. Om de vrijheid te behouden moeten we haar beperken. Dit is de rode draad die loopt door het betoog van Hobbes: 'For as long as every man holdeth this right, of doing any thing he liketh, so long, are all men in the condition of Warre.' Daarom moet de mens een groot deel van zijn natuurlijke vrijheid opgeven en tevreden zijn met 'so much liberty against other men, as he would allow, other men against himselfe'.⁸⁵

Terwille van een stabiele samenleving een beperkte, maar gelijke, vrijheid voor allen. Hoeveel vrijheid moet ten behoeve van rust en vrede worden opgeofferd? Volgens Hobbes, daarbij gedreven door de ongunst der tijden (de burgeroorlogen ten tijde van de Stuarts), zeer veel. De vrijheid zichzelf te verdeken is zo ongeveer het enige dat niet kan worden prijsgegeven. Bij Hobbes dus de nadruk op de *beperking* van de vrijheid.

Dit accent wordt verschoven door Kant. Doel van het recht is volgens hem de verzekering van de *grootst mogelijke* vrijheid voor zover verenigbaar met een gelijke vrijheid voor allen.

'Das Recht ist also der Inbegriff der Bedingungen unter deren die Willkur des einen mit der Willkur des anderen nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann. () Wenn also meine Handlung oder überhaupt mein Zustand mit der Freiheit von jedermann nach einem allgemeinen Gesetze zusammen bestehen kann, so tut der mir unrecht, der mich daran hindert, denn dieses Hindernis (dieser Widerstand) kann mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen nicht bestehen'.⁸⁶

Een modern verdediger van 'the principle of greatest equal liberty' is John Rawls wiens *Theory of justice* een enorme respons heeft uitgelokt.

'Each person is to have an equal right to the most extensive total system of basic liberties, compatible with a similar system of liberty for all.'

Op zichzelf geen wereldschokkende constatering. Wat echter aanleiding heeft gegeven tot uitgebreide discussies, is de absolute prioriteit die Rawls aan dit vrijheidsbeginsel toekent. Met name beginselen van een rechtvaardige inkomensverdeling zijn daaraan volledig ondergeschikt, zodat 'liberty can be restricted only for the sake of liberty'.⁸⁷ Afgezien van de vraag of de absolute prioriteit van de vrijheid inderdaad gerechtvaardigd is, kleeft aan het beginsel van de grootst mogelijke gelijke vrijheid het bezwaar dat het een volstrekt

85. Th. Hobbes, *Leviathan* deel I hoofdstuk 14.

86. I Kant *Metaphysik der Sitten*, 230.

87. J. Rawls 1972, blz. 302.

formeel, inhoudsloos karakter draagt.⁸⁸ Het bevat geen criterium dat aangeeft wanneer beperking van de vrijheid geboden is. Ik heb de vrijheid vannacht een hels kabaal te maken op voorwaarde dat mijn buurman morgennacht hetzelfde mag doen. *Waar* de grenzen van de vrijheid getrokken worden blijft onverschillig, mits ze maar voor eenieder op *gelijke wijze* worden getrokken.

De twee vrijheden

Een meer inhoudelijk criterium voor de begrenzing van de vrijheid is slechts te vinden als we de louter kwantificerende aanpak (de grootst mogelijke gelijke vrijheid) aanvullen met een 'waarderende' benadering. Het gaat erom vast te stellen wat de relatieve waarde is van vrijheid ten opzichte van andere waarden. Inzicht in de verhouding tussen twee aspecten van het vrijheidsbegrip moet het pad effenen. Hoe verhoudt zich vrijheid opgevat als *niet-inmenging* ('De Nederlandse pers is vrij *van* censuur') tot vrijheid opgevat als *zelfontplooiing*. ('De Nederlandse pers is vrij *tot* het publiceren van haar eigen mening').

'Vrij *van*' tegenover 'vrij *tot*'. Het valt gemakkelijk in te zien, dat beide vrijheden in elkaars verlengde liggen. Vrijheid I (niet-inmenging) is een noodzakelijke, maar niet voldoende voorwaarde voor vrijheid II (zelfontplooiing). Noodzakelijk: zonder een marge van niet-inmenging is zelfontplooiing niet mogelijk. Niet voldoende: als we blijven staan bij vrijheid opgevat als niet-inmenging halen we ons het sarcasme van de marxisten op de hals, dat onder het kapitalistische stelsel prins en pauper gelijkelijk 'vrij' zijn een bod uit te brengen op een in veiling gebracht schilderij van Vermeer. Vrijheid, de mogelijkheid om eigen levensplan te kiezen, vooronderstelt tegelijk niet-inmenging en de middelen om het gekozen plan te realiseren.

Wij stuiten thans op de intrinsieke waarde van vrijheid begrepen als zelfontplooiing:

'If a person possesses any tolerable amount of commonsense and experience, his own mode of laying out his existence is the best, not because it is the best in itself, but because it is his own mode' (John Stuart Mill).⁸⁹

Tegenover dit belang staan andere belangen. In de eerste plaats de belangen van *anderen*, en hier trekt Mill de grens: 'The liberty of the individual must be thus far limited: he must not make himself a nuisance to other people.'⁹⁰

Schade aan anderen als enige rechtvaardiging voor de beperking van de vrijheid. Naar huidige overtuiging dient dit standpunt in tweeërlei opzicht te worden gekwalificeerd. In de eerste plaats rechtvaardigt niet iedere schade een beperking van de vrijheid. Vrije mededinging leidt noodzakelijkerwijs tot nadeel bij de concurrenten, maar dit is op zichzelf nog geen reden om haar te

88 Vgl. J. Feinberg, *Social philosophy*, Englewood Cliffs 1973, blz. 25. Dit bezwaar geldt in mindere mate voor Rawls die althans een begin maakt met een inhoudelijke typering van de vrijheden die gelijkelijk moeten worden toegeëld: vrijheid van vergadering, vrijheid van de persoon, het recht om privé-eigendom te hebben, Rawls 1972, blz. 61

89. J. S. Mill, *On Liberty*, hoofdstuk 3.

90 J. S. Mill, *On Liberty*, hoofdstuk 3.

verbieden In de tweede plaats is het de vraag of alleen schade aan *anderen* voldoende grond oplevert voor beperking van de vrijheid. Mill is op dit punt categorisch

'The only purpose for which power can be rightfully exercised over any member of a civilised community, against his will, is to prevent harm to others His own good, either physical or moral, is not a sufficient warrant. He cannot rightfully be compelled to do or forbear because it will be better for him to do so, because it will make him happier'.⁹¹

Verbod van heroïnegebruik, de verplichting tot het dragen van valhelmen en veiligheidsgordels, voor Mill ongetwijfeld onrechtmatige inbreuken op de persoonlijke vrijheid. Wij aarzelen. Dat we ons hier op een hellend vlak bevinden is duidelijk. Toevoeging van fluor aan het drinkwater? Waarom dan niet tevens de vitamines A tot en met D? Het is maar een stap. Eindpunt is een oeverloos paternalisme Toch is de enkele omstandigheid dat het hier een hellend vlak betreft niet voldoende om ons er helemaal niet op te wagen. Er zijn waardevolle onderdelen van het recht die uitsluitend zijn ingegeven door de wens te voorkomen, dat iemand *zichzelf* schade berokkent Wij vinden hen met name in het contractenrecht.⁹²

Het uitgangspunt van Mill, aldus gekwalificeerd, leidt tot de volgende begrenzing van de vrijheid. Beperking van de individuele vrijheid is daár geboden waar schade dreigt aan belangen die in verhouding tot de vereiste vrijheidsbeperking hoger zijn te waarderen. Hierbij gaat het vooral, maar niet uitsluitend, om belangen van anderen. Aan een groot deel van deze 'hoger te waarderen belangen' verleent het recht de status van subjectief recht Inbreuk daarop betekent in ieder geval een ongeoorloofde overschrijding van de vrijheid

Het resultaat is niet indrukwekkend In het midden blijft *welke* belangen hoger zijn te waarderen dan de vrijheid. Maar in abstracte termen is een uitspraak hierover ook onmogelijk. Het denken in waarden voltrekt zich nu eenmaal vergelijkenderwijs Hoe zwaar weegt deze mate van vrijheidsbeperking in vergelijking tot het belang van de rechtszekerheid, de eisen van de rechtvaardigheid e d

Na deze omtrekkende bewegingen kunnen we ons thans concentreren op de hoofdvraag in hoeverre is vrijheid een waarde waardoor het geldende contractenrecht zich moet laten inspireren? Een eerste aanzet vormt het besef dat zelfontplooiing in de regel een sociale dimensie heeft De realisering van een zelfgekozen plan vergt bijna steeds medewerking van anderen. Er is een instrument nodig om vorm te geven aan die samenwerking Dit instrument is de overeenkomst. Wie zich wil ontplooien tot concertpianist zal tenminste een vleugelpiano moeten kopen, lenen of huren en een leercontract afsluiten met één of meer pianodocenten Samenwerking op basis van wederkerigheid is in de meeste gevallen een voorwaarde voor de realisering van welk plan dan ook. De overeenkomst maakt dit mogelijk Het contractenrecht staat zo in het teken van vrije ontplooiing door middel van samenwerking op basis van wederkerigheid.

91 J.S. Mill, *On Liberty*, hoofdstuk 1

92 Bijvoorbeeld het vereiste van een notariële akte bij schenking (art. 1719 BW)

Rechtvaardigheid en gelijkheid

Het gelijke gelijk, het ongelijke ongelijk! In dit devies is de kern van het rechtvaardigheidsprobleem geraakt. Rechtvaardige ouders zijn ouders die hun kinderen *gelijk* behandelen. Rechtvaardige overeenkomsten zijn overeenkomsten waarbij gelijkwaardige prestaties worden uitgewisseld. Rechtvaardig handelen is handelen volgens *regels*. Tegendeel van rechtvaardigheid is *willekeur*. De gelijkheid van de behandeling betreft echter slechts haar vorm. De inhoud is daarmee nog niet gegeven. Of de kinderen koek krijgen of de gard is nog ongewis. Welke prestaties gelijkwaardig zijn blijft nog in het midden. De vraag rijst of het rechtvaardigheidspostulaat meer behelst dan alleen een formele categorie, een vorm die neutraal is ten opzichte van haar inhoud. Maar voor we, voor zover mogelijk, kunnen doordringen in de inhoudelijke criteria van de rechtvaardigheid moeten we haar dubbele aspect onder ogen zien, haar verdelende en haar vergeldende gezicht.

De twee rechtvaardigheden

De agenda voor het debat over de rechtvaardigheid is opgesteld door Aristoteles⁹³ en sindsdien nimmer gewijzigd. Twee vragen zijn er te beantwoorden. In de eerste plaats: hoe moeten in een bepaalde gemeenschap lusten en lasten op een rechtvaardige wijze worden verdeeld (*δικαιον διανεμητικον*; verdelende rechtvaardigheid). En vervolgens: hoe moet, gegeven die verdeling een eventuele verstoring daarvan worden hersteld (*δικαιον διορθωτικον*; corrigerende of vergeldende rechtvaardigheid). Hierbij dient volgens Aristoteles nog onderscheid te worden gemaakt tussen vrijwillige veranderingen in het verdelingspatroon, zoals koop, huur en geldleen en 'onvrijwillige'⁹⁴, zoals diefstal en roof.

De verdelende rechtvaardigheid

De verdelende rechtvaardigheid eist een toedeling van goederen op basis van iemands 'waarde' (*κατ' ἀξίαν*). Bij de verdeling dienen de juiste proporties in het oog te worden gehouden. Welke proporties de juiste zijn, vermeldt Aristoteles niet. Hij volstaat met de signalering van de grote verscheidenheid in de opvattingen hieromtrent. Democraten, oligarchen en aristocraten hebben ieder hun eigen opvatting over het criterium dat de verdeling dient te beheersen. Gestoken in een eigentijds en alledaags jasje ziet het probleem er bijvoorbeeld als volgt uit. De ouders van de drieling Jan, Piet en Klaas, worden ter gelegenheid van de zestiende verjaardag van hun zoons geconfronteerd met een probleem van verdelende rechtvaardigheid. Bij alle drie staat een bromfiets op het verlanglijstje. Jan heeft het afgelopen jaar op school zijn best gedaan en is overgegaan. Piet en Klaas hebben weinig uitgevoerd en zijn blijven zitten.

93. Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, V 2, (1130 b).

94. 'Onvrijwillig', d.w.z. zonder toestemming van het slachtoffer.

Jan en Piet zitten op een school in de nabijheid van de ouderlijke woning. Klaas moet elke dag vijftien kilometer fietsen om zijn school te bereiken. Hoe moeten de bromfietsen worden toegedeeld? Drie 'verdeelsleutels' dienen zich aan

1. Geen van drieën een bromfiets of alle drie een bromfiets. Hier overheerst de *gelijkheid*
2. Alleen Jan een bromfiets omdat hij hem 'verdiend' heeft. De *verdiensleutel* is hier het criterium dat de verdeling beheerst
3. Alleen Klaas een bromfiets omdat hij hem het hardst nodig heeft. Het verdelingscriterium wordt hier gevormd door iemands *behoefte*

Welke criterium is het rechtvaardigst? In ieder geval *onrechtvaardig* is een willekeurige toedeling, of een toedeling op basis van een onzakelijk criterium (bijvoorbeeld alleen Piet een bromfiets vanwege zijn mooie blonde haar). Is er onder de bovengenoemde criteria een dat aanspraak kan maken op prioriteit, of berust de keuze voor deze of gene verdeelsleutel in laatste instantie op levensbeschouwelijke instelling. In ieder geval zijn de politieke stromingen druk doende de term 'rechtvaardigheid' te annexeren ten behoeve van de door hen gepropageerde verdeelsleutel. Is *nivellering* het paspoort tot een rechtvaardiger samenleving? Of dienen juist *prestatieverschillen* tot hun recht te komen? De omstandigheid dat mensen wier rationaliteit boven iedere twijfel is verheven, toch tot een geheel verschillend standpunt kunnen komen, maakt het al onwaarschijnlijk dat de rechtvaardigheid uit eigen kracht naar een bepaald materieel criterium verwijst.

De rechtvaardigheid als een formele categorie die gelijke behandeling van gelijke gevallen voorschrijft, moet worden ingevuld met behulp van een materieel criterium dat op zijn beurt de neerslag vormt van het vigerende waardenpatroon. Aan de ene kant is de rechtvaardigheid niet louter formeel. Dan zou immers iedere *gelijke* behandeling uit dien hoofde reeds een *rechtvaardige* behandeling zijn. Dan zouden de struikrovers die alle passanten even grondig uitschudden rechtvaardig handelen. Zonder criterium dat aangeeft welke inhoud die gelijke behandeling moet hebben kan er van rechtvaardigheid geen sprake zijn. Aan de andere kant vervult dit inhoudelijke criterium geen volstrekt autonome rol. Het berust op een keuze die de samenleving moet maken. De inhoudelijke kant van de verdelende rechtvaardigheid is inderdaad conventioneel. Maar niet conventioneel in de cynische zin die sommige Sophisten daaraan hebben gegeven door namelijk de rechtvaardigheid te vereenzelvigen met het belang van de heersende klasse.⁹⁵ De materiele beginselen van de verdelende rechtvaardigheid zijn conventioneel in die zin dat zij berusten op een *contractueel* fundament. Rechtvaardig is dat verdelingsprincipe dat door alle betrokkenen *overeengekomen* zou kunnen zijn. Een modern architect van een dergelijk contractueel fundament onder de verdelende rechtvaardigheid is John Rawls. Bij gebreke van een autonoom criterium voor een rechtvaardige verdeling van lusten en lasten is het zijn strategie 'to set up a fair procedure so that any principles agreed to will be just' (blz. 136). Dit is een belangwekkende gedachte die zal terugkeren bij de vergeldende rechtvaardigheid. Als een extern en onafhankelijk criterium ontbreekt, moeten de waarborgen worden

95 Bijvoorbeeld *Trasymachos*, geciteerd door Plato, *Politeia* 338c.

gezocht in de procedure krachtens welke het criterium wordt vastgesteld. Is die procedure een overeenkomst, dan is het op die wijze vastgestelde beginsel niet rechtvaardig uit eigen hoofde, maar *rechtvaardig omdat het is overeengekomen*. Rawls volgt hier het klassieke recept van het hypothetische contract. Welke beginselen van verdelende rechtvaardigheid zouden de stichters van een samenleving overeenkomen, aangenomen dat zij a. worden geleid door welbegrepen eigenbelang en b. niet weten over welke talenten zij zelf beschikken en ook niet op welke trede van de maatschappelijke ladder zij zullen terechtkomen.⁹⁶ Van belang is hier niet zozeer welk beginsel volgens Rawls zou worden overeengekomen⁹⁷ als wel de methodologische aanpak: de contractuele basis waarop hij zijn Theory of Justice bouwt.^{97a}

Wie kaatst ... We zochten een beginsel van verdelende rechtvaardigheid dat kon dienen als criterium voor een rechtvaardige functionering van het contractsmechanisme, we vonden het contractsmechanisme als legitimatie voor de beginselen van verdelende rechtvaardigheid.

Ruilrechtvaardigheid

'In het onderlinge ruilverkeer is rechtvaardigheid *in de vorm van wederkerigheid* de band die de samenwerking bijeenhoudt' (Aristoteles).⁹⁸ De verdeling van de economische goederen binnen een samenleving draagt geen statisch karakter. Diefstal en roof kunnen daarin verandering brengen, maar ook kan dat het gevolg zijn van vrijwillige verschuivingen, zoals koop, ruil en huur. Herstel van het evenwicht is de functie van de vergeldende rechtvaardigheid. Het gaat ons hier uitsluitend om deze 'vrijwillige verschuivingen' en daarom zullen we in dit verband spreken van ruilrechtvaardigheid (*το δικαιον, το ανταπεπονδος*).

Wederkerigheid is het sleutelbegrip bij deze vorm van rechtvaardigheid. Voor wat, hoort wat! Maar *wat* hoort voor *wat*? Stuiten we hier weer op een louter formele categorie, een lege huls, die slechts aangeeft, *dat* tegenover een prestatie een wederprestatie behoort te staan, en in het midden laat *wat* daar tegenover dient te staan? Of bestaan er intrinsiek rechtvaardige prijzen? Prij-

96. Rawls 1972, blz. 139 'No one knows his situation in society nor his natural assets, and therefore no one is in a position to tailor principles to his advantage'.

97. Rawls 1972, blz. 302 'Social and economic inequalities are to be arranged so that they are (...) to the greatest benefit of the least advantaged'.

97a. Dit contractuele fundament is onder vuur genomen door Dworkin (1977, blz. 151) 'His (Rawls) contract is hypothetical, and hypothetical contracts do not supply an independent argument for the fairness of enforcing their terms. A hypothetical contract is not simply a pale form of an actual contract, it is no contract at all'. Maar dit gaat langs de zaak heen. De vraag is niet of het billijk is partijen te houden aan een louter hypothetisch contract, namelijk op grond van de enkele overweging dat ze in een bepaalde situatie dat contract *zouden* hebben gesloten. Dat is het zeker *niet*. De vraag is of de omstandigheid, dat partijen bepaalde afspraken *zouden* hebben gemaakt, indien ze niet bekend zouden zijn met hun eigen sociale positie, een zelfstandig argument vormt voor het rechtvaardigheidsgehalte van die afspraken. En dat is stellig *wel* het geval. Die afspraken zouden in die situatie niet gemaakt zijn *omdat* ze rechtvaardig zijn, maar omdat ze, bezien vanuit de situatie, het voordeligst zijn voor ieder die tot dat contract toetreedt. Om die reden zijn zij rechtvaardig. Aldus vormt het hypothetische contract wel degelijk een reeel en zelfstandig argument voor de rechtvaardigheid van die afspraken.

98. Aristoteles *Ethica Nicomachea*, Vv (1132b)

zen die kunnen fungeren als een extern en onafhankelijk criterium dat aan geeft wanneer twee prestaties gelijkwaardig zijn. Een korte blik in de geschiedenis van de *iustum pretium*-leer stemt wat dit laatste betreft niet optimistisch. De leer van het *iustum pretium* vooronderstelt het bestaan van 'rechtvaardige prijzen'. Prijzen die fungeren als kritische norm voor de geldigheid van de over en weer bedongen rechten en de verplichtingen. Geldig zijn slechts die overeenkomsten die verplichten tot prestaties die, getoetst aan deze norm, gelijkwaardig zijn. Dergelijke *objectieve*, dat wil zeggen onafhankelijk van het contractsmechanisme tot stand gekomen prijzen voor goederen en diensten zijn relatief schaars. Slechts waar de overheid rechtstreeks in het prijsvormingsproces ingrijpt door het vaststellen van wettelijke (maximum-)prijzen is daarvan sprake.⁹⁹ Regel is echter dat de prijzen van goederen en diensten het resultaat zijn van het functioneren van het contractsmechanisme en daarmee afhankelijk zijn van de *subjectieve* waarderingen van de betrokkenen. Een objectief criterium waaraan getoetst kan worden of het bereikte contractsresultaat rechtvaardig is, ontbreekt hier. De makelaar die de waarde van een huis taxeert, doet geen uitspraak over hetgeen dat huis *behoort* op te brengen, maar waagt een voorspelling omtrent het maximale bedrag dat kopers over zullen hebben voor de totstandkoming van een koopcontract. Wel is het zo dat voor enkele categorieën (kwalitatief homogene) goederen en diensten *gangbare* prijzen gelden (marktprijzen) en er in zoverre sprake is van een zekere objectivering, maar dit zegt volstrekt niets over hun rechtvaardigheid. (Vgl. het op een 'zwarte' markt tot stand gekomen prijsniveau).¹⁰⁰ Bij gebreke van 'rechtvaardige' prijzen hebben de voorstanders van de *iustum pretium*-leer dan ook steeds genoeg genomen met de *gangbare* prijs als toetssteen voor de bedongen prijs.¹⁰¹ Maar ook 'gangbare' prijzen zijn contractuele prijzen.

Ons betoog kan verder in grote lijnen het spoor volgen dat hiervoor werd uitgezet. Bij gebreke van een autonoom criterium, dat aangeeft wanneer twee prestaties gelijkwaardig zijn, komt het volle gewicht te liggen op de procedure krachtens welke de prijsvorming tot stand komt. Evenwicht in het *onderhandelingsmechanisme* leidt tot evenwicht in het *onderhandelingsresultaat*. Gelijkwaardige onderhandelingsposities vormen de beste garantie voor de 'gelijkwaardigheid' van de over en weer bedongen prestaties. Doel van de contractsluiting is voor beide partijen er voordeel mee te behalen. De overeenkomst is rechtvaardig indien *beide* partijen daardoor in een positie geraken die voor elk van hen voordeliger is dan de situatie waarin zij de overeenkomst niet zouden hebben gesloten. De ene contractant gaat er op vooruit doordat hij de beschikking krijgt over een huis waarvoor hij f 200.000,— moet betalen, zijn wederpartij gaat er op vooruit doordat hij de beschikking krijgt over f 200.000,— waartegenover hij zijn huis moet overdragen.

Dit veronderstelt uiteraard wel dat elk van beide contractanten in staat is te beoordelen of het onderhandelingsresultaat voor hem van voordeel is. Waar het onderhandelingsevenwicht is verstoord, bijvoorbeeld ten gevolge van oner-

99. Vgl. Prijzenwet art. 2 lid a.

100. Zie Van Zeben 1960, 2.

101. Vgl. Bartholomeyczik Acp. 166 (1966), blz. 42.

varenheid of afhankelijkheid van één van beide contractanten en zijn wederpartij mitsdien 'misbruik' kan maken 'van de omstandigheden' waarin de ander verkeert, verliest dit betoog zijn kracht.

Ook de ruilrechtvaardigheid berust op een contractueel fundament. Ruilrechtvaardigheid bestaat dáár waar het contractsmechanisme evenwichtig heeft gefunctioneerd. Zij bevat niet een autonoom criterium dat in staat is aan te geven wanneer de contractsinhoud rechtvaardig is. Integendeel: ruilrechtvaardigheid is het resultaat van een evenwichtige wijze van totstandkomen van de overeenkomst. Gelijkwaardigheid van de onderhandelingsposities veeleer dan gelijkwaardigheid van de prestaties, dat is de materiële kern van de ruilrechtvaardigheid. Maar ook de formele kant is van belang. Voor wat hoort wat! De contractuele verplichtingen staan over en weer in een middel-doel relatie tot elkaar. De verplichting van de koper tot betaling van de koopsom is middel ter verkrijging van het huis (doel). De verplichting van de verkoper tot overdracht van het huis is middel ter verkrijging van de koopprijs (doel). De contractuele verplichtingen zijn zo elkaars 'oorzaak'. 'De oorzaak van de verbintenis van de eene partij is gelegen in de daartegenoverstaande verplichtingen van de andere partij'.¹⁰² Zij vormen elkaars fundament, zij houden elkaar op de been. 'L'engagement de l'un est le fondement de celui de l'autre'.¹⁰³ De contractuele verplichtingen zijn zodanig met elkaar verweven, dat het rechtvaardig is, dat zij elkaars lot delen. Tezamen ontstaan zij, tezamen gaan zij tenonder. We zullen zien dat het geldende recht dit aspect van de ruilrechtvaardigheid ten volle honoreert.

De twee rechtvaardigheden en het positieve recht

Verdelende rechtvaardigheid: het gelijke gelijk, het ongelijke ongelijk. Ruilrechtvaardigheid: voor wat, hoort wat. Hoe trekken deze idealia hun voren door het geldende contractenrecht? De verdelende rechtvaardigheid heeft betrekking op de verdeling van de economische goederen binnen een samenleving. Het contractsmechanisme heeft als functie de kanalisering van de goederen- en dienstenstroom. Het stuurt goederen en diensten in beginsel daarheen waar zij het meest opbrengen.¹⁰⁴ Tussen beide, verdelende rechtvaardigheid en contractsmechanisme, kunnen spanningen ontstaan. De allocatie van goederen en diensten dáár waar zij het meest opbrengen is niet noodzakelijk de meest rechtvaardige. De contractsvrijheid heeft een maximale omvang in een samenleving die als beginsel van verdelende rechtvaardigheid heeft gekozen: géén beginsel van verdelende rechtvaardigheid. Laissez faire, laissez passer. Iedere verdeling van goederen en diensten die het resultaat is van een onbelemmerde functionering van het marktmechanisme is op die grond reeds 'rechtvaardig'.

Welk overlevingsperspectief heeft de contractsvrijheid in een samenleving

102. HR 17 april 1914, NJ 1914, 668. Als omschrijving van het oorzaaksbegrip dat door de Hoge Raad wordt gehanteerd is deze formulering achterhaald (zie HR 17 november 1922, NJ 1923, 155). Niettemin is het een geslaagde typering van het *causa-beginsel*.

103. Domat, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, I, 1,2.

104. Vgl. R. A. Posner, *Economic analysis of law*, Boston 1972, blz. 41 e v.

die, zoals de onze, is begonnen aan de lange mars naar de sociale gelijkheid. Een samenleving waar verkleining van de inkomensverschillen behoort tot de erkende doelstellingen van de economische politiek. De realisering van deze doelstelling eist niet zonder meer een rechtstreeks ingrijpen in het contractmechanisme. De belastingschroef is een beproefd nivelleringsinstrument dat de contractsvrijheid formeel onaangetast laat. Toch heeft de Nederlandse wetgever ook instrumenten geschapen die de contractsvrijheid wel rechtstreeks aantasten. De Wet op het minimumloon en de Wet op de loonvorming zijn hiervan voorbeelden. Voor zover de wetgever ter verkleining van de inkomensverschillen een 'geleide' inkomenspolitiek nodig acht, moet de contractsvrijheid noodzakelijkerwijs een deel van haar terrein prijsgeven.

Zo lijken we te belanden in een paradoxale situatie. De beperking van de contractsvrijheid wordt ingezet ter verkleining van de verschillen in inkomen, kennis en macht. Maar omgekeerd schept een grotere gelijkheid in inkomen, kennis en macht juist bij uitstek de voorwaarden voor een bevredigende functionering van het contractmechanisme. Formeel is door wettelijk ingrijpen als de invoering van de Wet op het minimumloon de contractsvrijheid ingeperkt. Daar staat tegenover dat juist als gevolg van een dergelijke emancipatoire wetgeving er voor grote groepen iets te contracteren valt. En niet alleen is door de grotere inkomensgelijkheid de markt voor auto's, koelkasten en vacantiereizen enorm uitgebreid, maar ook leidt de toegenomen mondigheid tot een sterkere behoefte aan een instrument om aan die verworven autonomie gestalte te geven. De overeenkomst is dat instrument. De obligatoire overeenkomst is bij uitstek het 'inspraakorgaan' van mondige burgers.

Wat heeft dit te betekenen voor het contractenrecht? In ieder geval dit: er is geen enkele grond te vrezen voor (of te hopen op) een onomkeerbare aftakeling van het contractsfenomeen.¹⁰⁵ Integendeel: de perspectieven voor de obligatoire overeenkomst *als maatschappelijk instituut* zijn beter dan ooit, en zonder twijfel beter dan in de negentiende eeuw, het tijdperk waarin de contractsvrijheid *als dogmatisch postulaat* op haar hoogtepunt stond.

Thans de ruilrechtvaardigheid: zij bepaalt in sterkere mate de structuur van het contractenrecht. Het besef, dat er geen autonoom criterium is om aan te geven welke prestaties gelijkwaardig zijn en dat mitsdien de waarborgen moeten worden gezocht in de gelijkwaardigheid van de onderhandelingsposities, wordt gedeeld door de wetgever. Schaars zijn de bepalingen waarin hij de *inhoud* van de overeenkomst in strijd acht met de ruilrechtvaardigheid. Art. 1672 lid 1 BW (de *societas leonina*) is zo'n bepaling. Veel talrijker zijn daarentegen de bepalingen, die gevolgen verbinden aan de ongelijkwaardigheid

105. Hoe verhoudt dit betoog zich tot de 'nieuwe gerechtigheidsgedachte' de bescherming van de zwakkere partij (G.L. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle 1976, blz. 84 e.v.)? Langemeijer illustreert deze tendens met behulp van een verwijzing naar de huurwetgeving die is ingegeven door 'de zwakke positie van de woningzoekende tegenover de huiseigenaar als gevolg van de woningnood'. Dit voorbeeld maakt echter tevens duidelijk, dat het bij de bescherming van de zwakkere partij niet gaat om een lineair verlopend proces dat zijn logische eindpunt vindt in een gesloten stelsel van benoemde contracten met een dwingendrechtelijke inhoud. Het vinden van een redelijk evenwicht dient op de voorgrond te staan. Daar waar de voorwaarden voor een evenwichtige functionering van het contractmechanisme zijn hersteld, zal de wetgever op zijn schreden terugkeren door de dwingendrechtelijke regeling te 'liberaliseren' en de contractsvrijheid geheel of gedeeltelijk te herstellen. Vergelijk in dit verband het in 1960 aan de Huurwet toegevoegde 'liberalisatiehoofdstuk' (VI A).

van de onderhandelingsposities. De bepalingen met betrekking tot de handelingsonbekwaamheid, dwang, bedrog en misbruik van omstandigheden¹⁰⁶ geven aan dat een verstoring van het onderhandelingsevenwicht de verbindende kracht van de overeenkomst aantast.

De ruilrechtvaardigheid heeft, zoals gezien, nog een ander aspect. De contractuele verplichtingen hangen zozeer samen dat zij elkaars lot dienen te delen. Die lotsverbondenheid is er bovendien in alle fasen die de overeenkomst doormaakt: ontstaan, bestaan en tenietgaan. Het recht volgt. Is nakoming van de ene prestatie reeds onmogelijk ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, dan wordt ook de verplichting tot wederprestatie in de kiem gesmoord (het leerstuk van de overeenkomst zonder oorzaak). Komt de ene partij zijn verplichtingen niet na, dan kan de wederpartij de nakoming van zijn eigen verplichtingen *opschorten* (de exceptio non adimpleti contractus) of zelfs bewerken dat de verplichtingen over en weer *vervallen* (de mogelijkheid van ontbinding voorzien in de artt. 1302, 1303 BW). Gaat de prestatieplicht van de ene partij teniet tengevolge van overmacht, dan vervalt ook de verplichting van de andere partij (HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544). Zo drukt de ruilrechtvaardigheid haar stempel op het geldende contractenrecht.

Rechtszekerheid

Wat is zekerheid waard? De toekomst is vol gevaar. Morgen kan de rivier buiten haar bedding treden en het vee meesleuren. De mens wapent zich tegen deze kwade kans en bouwt dijken. Een andere bron van gevaar is het toekomstig gedrag van zijn medemens. De hand die hem gisteren vruchten aanreikte kan morgen een slagwapen omklemmen. Wetten zijn het antwoord op deze vorm van onzekerheid. Zij beogen een minimum aan onderling vertrouwen te scheppen. Gij zult niet doodslaan, gij zult niet stelen. Met zo'n tien geboden komen we al een heel eind. Het recht schept orde, stabiliteit, de mogelijkheid dat ik mijn huis kan verlaten en elders handel kan drijven in het vertrouwen dat mijn burens tijdens mijn afwezigheid mijn have en goed zullen ontzien. Naarmate de wetten aan effectiviteit winnen, groeit mijn zekerheid dat ik niet zal worden gedood en niet zal worden bestolen. Naleving van geboden, zoals vervat in de dekaloo, schept het minimum aan zekerheid dat ik nodig heb om mijn medemens op andere wijze tegemoet te kunnen treden dan met een voortdurende argwaan. De wetten richten hun geboden tot de samenleving *in haar geheel*. Zij zijn bovendien vaak negatief, zij beogen de leden van een samenleving *uit elkaars vaarwater te houden*. Gij zult *niet* (...) is het archetypische.

Zekerheid in de *samenwerking* tussen twee *bepaalde* leden van een samenleving wordt bereikt met behulp van de overeenkomst. Ik zal (...) indien gij zult, is hier de grondvorm. Het zich over en weer verbinden, het met persoon en goed instaan voor de nakoming van het toegezegde, is de bron van de zekerheid in het onderlinge ruilverkeer. Het contractsmechanisme schept een net-

106. Dit laatste leerstuk is thans nog jurisprudentierecht maar krijgt binnenkort een wettelijke status, zie art. 3.2.10 NBW.

werk van 'vertrouwensrelaties' waarvan de stabiliserende werking zeker niet minder is dan die van de wetgeving.

De twee zekerheden

De rechtszekerheid heeft twee aspecten: oriëntering en realisering.¹⁰⁷ Het recht moet bakens uitzetten. De justitiabelen moeten zich kunnen oriënteren. Waar hebben zij zich aan te houden. Om zijn prijsbeleid te kunnen bepalen moet de ondernemer kunnen nagaan welk percentage omzetbelasting hij in rekening moet brengen. Het orakel van Delphi is het slechtste voorbeeld dat een wetgever zich kan kiezen. Zekerheid in de oriëntering; in het contractenrecht zijn de waarborgen hiervoor gezocht in het vereiste van een 'bepaald onderwerp' (art. 1356 BW). De maatstaven aan de hand waarvan aard en omvang van de contractuele gebondenheid kunnen worden vastgesteld, dienen vast te liggen. Zekerheid in de realisering; zijn recht kennen is één ding, zijn recht krijgen is een geheel andere zaak. Een stelsel van objectief recht dat uitmunt door duidelijkheid is niettemin waardeloos als het niet de middelen aanreikt om dat recht te handhaven. De eenvoud en toegankelijkheid van het proces- en executierecht zijn tenminste zo belangrijk. Ook voor het contractenrecht geldt dit onverminderd. 'Convenants, without the Sword, are but Words, and of no strength to secure a man at all'.¹⁰⁸ En de overheid stelt haar zwaarmacht ter beschikking. 'Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet' (art. 1374 BW). De overheid handhaaft niet alleen haar eigen wetten maar sanctioneert desverzocht ook de partijwet, de *lex contractus*. De contractanten, van hun kant, borgen hun toezeggingen met hun gehele vermogen. 'Alle de roerende en onroerende goederen van den schuldenaar, zoo wel tegenwoordige als toekomstige, zijn voor deszelfs persoonlijke verbintenissen aansprakelijk' (art. 1177 BW). De hierin gelegen garantie wordt nog verhoogd wanneer partijen er toe overgaan 'zekerheidsrechten' in het leven te roepen. Pand, hypotheek, fiduciaire eigendom, het zijn middelen die de crediteur extra zekerheid bieden door het vereenvoudigde verhaal dat zij mogelijk maken.

Wat is zekerheid waard? Veel, maar niet alles. Het 'pacta sunt servanda' geldt niet onvoorwaardelijk. Concessies moeten doen aan concurrerende waarden, dat is het lot van iedere waarde, ook van de rechtszekerheid. De verbindende kracht van de overeenkomst maakt bijvoorbeeld halt voor de overmacht, een rechtsfiguur die de neerslag vormt van de ruilrechtvaardigheid: voor wat, hoort wat; niets voor niets. Als bij een wederkerige overeenkomst de ene partij door overmacht verhinderd is te presteren, is ook de wederpartij van zijn verplichting ontslagen.¹⁰⁹

107 R. Zippelius, *Das Wesen des Rechts*, München 1973, blz. 125 e v.

108. Th. Hobbes, *Leviathan* II, 17.

109. HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544.

6. BEGINSELEN

Overzicht van het betoog

De bronnen van drie beginselen van contractenrecht zijn in kaart gebracht. Langzamerhand verschijnt er enige tekening in het geheel. Dit beeld moet thans worden ingevuld. Welke inhoud hebben het autonomie-beginsel, het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel?

Het autonomie-beginsel

Het privaatrecht staat en valt met de erkenning van het fundamentele recht op zelfbeschikking. De uitoefening van bevoegdheden en het aanknopen van rechtsbetrekkingen is hier overgelaten aan het initiatief en de vrije keuze van de betrokkenen. Eigendom en overeenkomst, twee kernthema's van het privaatrecht, zijn slechts te begrijpen als uitingsvormen van deze autonomie.¹¹⁰ Eigendom en overeenkomst zijn noodzakelijke voorwaarden voor de individuele ontplooiing van de op samenleving met anderen ingestelde mens.

Aldus is de centrale rol van het autonomie-beginsel voor het contractenrecht gegeven. De overeenkomst is het instrument om *desverkiezend* rechtsbetrekkingen aan te knopen. Partijen zijn niet aan hun overeenkomst gebonden, omdat en voor zover dit redelijk is, maar hun gebondenheid is redelijk, omdat en voor zover het *hun* overeenkomst is. Het autonomie-beginsel verzet zich tegen het aannemen van contractuele gebondenheid daar, waar die gebondenheid niet berust op de vrije keuze van de betrokkenen.

Maar houdt dit in, dat de contractuele gebondenheid steeds dient te berusten op de wil van *beide* partijen? Wat is in dit verband het belang van onze gewijzigde visie op de manier waarop een overeenkomst wordt gesloten, door het afleggen van 'wilsverklaringen' (aanbod en aanvaarding), niet op te vatten als het beschrijven van de wil maar als het verrichten van een *taalhandeling*.

Zoals werd opgemerkt (blz. 28) impliceert deze frontverandering op zichzelf geen enkele stellingname in de discussie omtrent de mate waarin met de wil van de contractanten rekening moet worden gehouden. De vraag blijft open: in hoeverre is het succes van de taalhandeling 'contracteren' afhankelijk van de wil van de betrokkenen? De omstandigheid, dat het contractenrecht in hart en nieren privaatrecht is, brengt mee dat het slagen van de totstandkoming van een overeenkomst in ieder geval wordt beheerst door het autonomie-beginsel. De taalhandeling 'ik aanvaard uw aanbod' heeft in beginsel slechts succes als deze handeling berust op de vrije keuze van de betrokkene. Maar de accentuering van het *handelings* karakter van de contractssluiting maakt tevens duide-

110. Zie Van Gerven 1973, blz. 107.

lijk, dat hiermee de kous niet af is. In het sociale vlak is er geen vrijheid van handelen zonder dat dit gepaard gaat met verantwoordelijkheid voor de gevolgen die daardoor bij anderen teweeg worden gebracht. Met de vrijheid tot het sluiten van overeenkomsten is onverbrekkelijk verbonden de aansprakelijkheid voor het vertrouwen dat in dat verband bij de ander wordt opgewekt.

Uit het handelingskarakter van de overeenkomst vloeit voort, dat het contractenrecht wordt beheerst door autonomie-beginsel *en* vertrouwensbeginsel.

Maar in welke mengverhouding? In welke mate dienen wil en vertrouwen het succes van de contractshandeling te bepalen? We stuiten hier op een principieel punt: uit het handelingskarakter van de overeenkomst kan wel worden afgeleid, *dat* het slagen of falen van de contractssluiting wordt beheerst door zowel wil als vertrouwen, maar niet in welke *mate*. Twee rechtsstelsels die op dit terrein beide steunen op zowel autonomie- als vertrouwensbeginsel, kunnen heel wel tot een radicaal verschillend resultaat komen als het gaat om de vraag in welke *mate* wil en vertrouwen het succes van de overeenkomst bepalen.

Dit is het dilemma: moet de autonomie (gedeeltelijk) worden opgeofferd aan het verkeersbelang, in dier voege dat soms rechtskracht wordt verleend aan een contractuele regeling die berust op de instemming van slechts één van beide partijen? Of moet, omgekeerd, het verkeersbelang wijken voor het autonomie-beginsel, doordat in sommige gevallen de wederpartij, ondanks zijn gerechtvaardigd vertrouwen in de totstandkoming van de overeenkomst, niettemin genoegen moet nemen met vergoeding van zijn schade. Beide horens van het dilemma worden zichtbaar bij een vergelijking tussen het (komende) Nederlandse recht en het Duitse recht.¹¹¹

Het NBW kiest de eerste weg. Ondanks het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil, is er toch gebondenheid, voor zover er bij de ander sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen (art. 3.2.3). De alternatieve route is ingeslagen door het Duitse recht. Wie een verklaring aflegt die niet correspondeert met zijn werkelijke wil, kan zich aan gebondenheid onttrekken, onder de verplichting aan de ander de uit diens vertrouwen voortgevloeide schade te vergoeden (§ 119 en 122 B.G.B.).

Contractuele gebondenheid ondanks het ontbreken van een met de verklaring overeenstemmende wil tegenover vernietigbaarheid van de overeenkomst ondanks de aanwezigheid van gerechtvaardigd vertrouwen. Welk alternatief verdient de voorkeur? Zoals door ons elders¹¹² werd betoogd, valt die keuze zo, in haar algemeenheid, niet te maken. Het is bepaald ongewenst zich bij voorbaat, en categorisch, vast te leggen op de ene dan wel de andere koers. De keuze tussen de geldigheid van de overeenkomst en vergoeding van de schade door de wederpartij geleden, dient af te hangen van hetgeen in casu, op grond van het vertrouwen in de geldigheid van de overeenkomst is geschied. Wat zijn de gevolgen indien de transactie ongedaan wordt gemaakt? Deze vraag dient bij de keuze een rol te spelen. Een tweetal illustraties:

111. Dat de regeling van het NBW wordt beheerst door zowel het autonomie- als het vertrouwensbeginsel blijkt uit de artt. 3.2.2 en 3.2.3. Zie voor de rol die beide beginselen op dit punt in het Duitse recht spelen Larenz 1977, blz. 36 en 39.

112. WPNR 5342.

- I A verkoopt in een toestand van (voor anderen niet kenbare) geestelijke labiliteit zijn levensgezel, de Abessijnse kater Menelik III, aan de dierenhandelaar B. Als deze de kater komt afhalen, heeft A inmiddels hevige spijt en is hij bereid tot het betalen van schadevergoeding op voorwaarde dat hij de kater kan behouden. B vordert niettemin afgifte van het dier.
- II A verkoopt in een toestand van (voor anderen niet kenbare) geestelijke labiliteit een perceel bouwgrond aan B. B verkoopt en levert de grond aan C. Door deze wordt daar een huis gebouwd dat vervolgens wordt verhuurd aan D. A vraagt een verklaring voor recht, inhoudende dat hij nog steeds eigenaar is van het onderhavige perceel.¹¹³

Door art. 3.2.3 NBW worden beide casusposities over een leest geslagen. A kan tegenover B geen beroep doen op zijn gebrekkige wilsvorming. De overeenkomst A-B is in beide gevallen geldig. Toch is een verschil in behandeling hier op zijn plaats. In beide gevallen pleit enerzijds het autonomie-beginsel ervoor A niet te binden aan een overeenkomst die niet berust op zijn vrije en weloverwogen keuze, terwijl anderzijds het vertrouwensbeginsel bescherming eist van de verwachtingen die A door zijn deelname aan het rechtsverkeer bij anderen heeft gewekt. De 'eisen van het rechtsverkeer' vergen, dat rekening wordt gehouden met het gerechtvaardigde vertrouwen.

Maar in welke mate en in welke vorm? De 'eisen van het rechtsverkeer' zijn volstrekt niet uniform, in die zin dat zij steeds dezelfde vorm van bescherming zouden verlangen. Soms is schadevergoeding in geld een bij uitstek passend antwoord. Zo in casus I. Er dreigt geen enkele ontwrichting van het rechtsverkeer indien de dierenhandelaar genoeg moet nemen met schadevergoeding.¹¹⁴ Geheel anders in casus II. De eisen van het rechtsverkeer pleiten hier heel nadrukkelijk voor de geldigheid van de overeenkomst A-B, ondanks de gebrekkige wilsvorming bij A. Het alternatief (ongeldigheid van de overeenkomst onder de verplichting tot het betalen van schadevergoeding) leidt hier wel degelijk tot een ernstige verstoring van het rechtsverkeer. C verliest de eigendom van het door hem gebouwde huis (A kan volstaan met vergoeding van 'de waarde der bouwstoffen en het werkloon', art. 659 BW), D kan zijn huurrecht niet inroepen tegen A en moet het huis ontruimen.

Conclusie: wil of vertrouwen? In hoeverre verzet het autonomie-beginsel zich tegen de geldigheid van de overeenkomst die berust op de wil van slechts een der partijen? Dient het gerechtvaardigd vertrouwen van de ander te leiden tot de geldigheid van de overeenkomst of tot een aanspraak op schadevergoeding? Een categorisch antwoord op deze vragen bleek onbevredigend. De rechter moet, alvorens zijn keuze te bepalen, zich verdiepen in de vraag wat in casu, op grond van het vertrouwen is geschied (in hoeverre is het al dan niet bezwaarlijk de overeenkomst ongedaan te maken?). Het vertrouwensbeginsel heeft immers ook een macro-aspect: de zekerheid van het verkeer. Overeenkomsten vervullen naar hun aard een schakelfunctie. Het zijn schakels in de goederen- en dienstenstroom. Het is noodzakelijk deze functie te betrekken in de beoordeling van de geldigheid van de overeenkomst.

113. Deze keten van gebeurtenissen is geïnspireerd door HR 17 december 1976, NJ 1977, 241. Zie over dit arrest verder blz. 88 e.v.

114. Om het verschil met het alternatief (de geldigheid van de koopovereenkomst) zo gering mogelijk te houden, lijkt het gewenst B aanspraak te verlenen op vergoeding van het positief belang. Hij verdient te worden gebracht in de vermogenssituatie waarin hij bij de geldigheid van de overeenkomst zou hebben verkeerd.

Het vertrouwensbeginsel

De privaatrechtelijke autonomie wordt verwerkelijkt met behulp van rechtshandelingen. Eigendomsoverdracht en overeenkomst vervullen hier een hoofdrol. De autonomie geldt niet onbeperkt. Eigendomsoverdrachten en overeenkomsten die zijn ingegeven door een ongeoorloofd doel zijn ongeldig. De autonomie wordt begrensd door het *causa*-beginsel.

Er is nog een andere grens. Autonomie is *zelf*beschikking. Voor een geldige eigendomsoverdracht is beschikkingsbevoegdheid vereist. Dit om te verhinderen dat de gerechtigde zijn recht verliest doordat een ander dat recht tegen de wil van de gerechtigde overdraagt aan een derde. Voor een geldige overeenkomst is toestemming vereist. Hierdoor wordt voorkomen dat een contractant tegen zijn wil wordt gebonden aan de ander. Maar dit zijn slechts uitgangspunten. Het gerechtvaardigde vertrouwen van de ander verdient bescherming. Een eigendomsoverdracht is soms geldig, ondanks de beschikkingsonbevoegdheid van de overdrager, op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen (de goede trouw) van de verkrijger. Een overeenkomst is soms geldig, ondanks de omstandigheid dat de ene contractant die gebondenheid niet werkelijk wilde, op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij. De autonomie wordt begrensd door het vertrouwensbeginsel.

Welk vertrouwen verdient bescherming en welke bescherming verdient dat vertrouwen?

Vertrouwen verdient bescherming! Maar: *welke vorm* van vertrouwen en *welke vorm* van bescherming? Voor zover het recht gevolg verbindt aan de aanwezigheid van vertrouwen zijn daarin twee varianten te onderscheiden, zowel wat betreft de vorm waarin het vertrouwen aanwezig moet zijn als wat betreft de vorm waarin dat vertrouwen wordt beschermd. De eisen, gesteld aan het te beschermen vertrouwen, verschillen in gewicht. Soms is redelijk vertrouwen voldoende, elders is redelijk vertrouwen wel noodzakelijk, maar niet voldoende en is bovendien vereist dat op dat vertrouwen is voortgebouwd. Terzake van overeenkomsten onder bezwarende titel waaraan wordt meegewerkt door iemand die niet in staat is zijn wil te bepalen is voor de geldigheid van die overeenkomst noodzakelijk maar ook voldoende, dat de wederpartij vertrouwen mocht koesteren ten aanzien van de geestelijke stabiliteit van de ander.¹¹⁵ Betreft het daarentegen een ontslagname door iemand die mentaal uit balans is, dan is voor de geldigheid van de ontslagname vereist, dat de werkgever in gerechtvaardigd vertrouwen op die verklaring en dus op de daardoor bij hem gewekte schijn van ontslagneming iets heeft gedaan waardoor hij bij ongedaanmaking van het ontslag in een ongunstiger toestand zou zijn gekomen dan waarin hij zonder die ontslagneming zou hebben verkeerd.¹¹⁶ Bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen zonder meer, tegenover bescherming slechts van vertrouwen waarop is voortgebouwd.

115. Vgl. HR 11 december 1959, NJ 1960, 230.

116. HR 29 november 1974, NJ 1975, 211.

Op welke wijze moet het vertrouwen in de geldigheid van de rechtshandeling worden beschermd? Ook hier twee alternatieven. In de eerste plaats is het mogelijk het vertrouwen *positief* te beschermen. De gerechtvaardigde verwachtingen van de fidens worden volledig gehonoreerd door de geldigheid van de rechtshandeling aan te nemen. Redelijk vertrouwen in de geldigheid wordt gelijkgesteld met geldigheid. Negatieve bescherming van het vertrouwen vindt daarentegen plaats wanneer de fidens wordt gebracht in de situatie waarin hij zou verkeren als hij *niet* op de geldigheid van de rechtshandeling zou hebben vertrouwd. Positieve bescherming geniet het gerechtvaardigde vertrouwen terzake van overeenkomsten onder bezwarende titel. Er komt een geldige overeenkomst tot stand ondanks het feit dat de nolens zich vergiste of niet in staat was zijn wil te bepalen. Van negatieve bescherming van het vertrouwen is sprake bij afstand van recht. De fidens die redelijkerwijs mocht vertrouwen dat te zijnen gunste afstand van recht was gedaan, en die op basis van dat vertrouwen iets heeft gedaan of nagelaten, wordt financieel gebracht in de positie waarin hij zou verkeren als hij niet op de geldigheid van de afstand zou hebben vertrouwd.

Twee alternatieven ten aanzien van het soort vertrouwen dat bescherming verdient: vertrouwen zonder meer of vertrouwen waarop is voortgebouwd. Twee alternatieven ook ten aanzien van het soort bescherming dat moet worden verleend: de geldigheid van de rechtshandeling tegenover vergoeding van de schade als gevolg van het vertrouwen geleden. Deze dualiteit hangt samen met de structurele 'twee-waardigheid' van het vertrouwensbeginsel. Het vertrouwensbeginsel wordt gevoed door twee 'polariserende' waarden: rechtszekerheid en rechtvaardigheid.¹¹⁷ De rechtszekerheid verlangt bescherming van vertrouwen omdat zonder het honoreren van redelijke verwachtingen de voorspelbaarheid van het maatschappelijk verkeer tot het nulpunt zou dalen. De (vergeldende) rechtvaardigheid eist bescherming van vertrouwen omdat het niet inlossen van gewekt vertrouwen vaak leidt tot schade bij de fidens. Maar rechtszekerheid en rechtvaardigheid wijzen in uiteenlopende richting. De rechtszekerheid is het best gediend met zekerheid omtrent de geldigheid van de rechtshandeling. Redelijk vertrouwen zonder meer moet voldoende zijn en de bescherming moet plaatsvinden in positieve vorm: geldigheid van de rechtshandeling. Alleen zo blijven de fidens procesrisico's bespaard, zoals het bewijs van schade en het causaal verband tussen zijn vertrouwen en de door hem geleden schade. De rechtvaardigheid zoekt evenwicht. Heeft het vertrouwen er inderdaad toe geleid dat de fidens maatregelen heeft genomen die, wanneer zijn vertrouwen niet wordt gehonoreerd, hem nadeel brengen? Zo nee, dan is er onvoldoende reden zijn zonder gevolg gebleven vertrouwen te beschermen. Zo ja, dan is het voldoende de schade die het gevolg is van zijn vertrouwen te vergoeden.

117. Zie hieromtrent Ph.A.N. Houwing, WPNR 3868-3872 en voorts J.H. Nieuwenhuis, WPNR 5341-5342.

Enige voorbeelden

Deze polaire spanning binnen het vertrouwensbeginsel treedt op illustratieve wijze aan het licht in de ontwerp-regeling terzake van de eigendomsoverdracht van roerend goed. Gerechtvaardigd vertrouwen ten aanzien van de bevoegdheid van de vervreemder verdient bescherming. Maar welke bescherming? Geldigheid van de eigendomsoverdracht (positieve bescherming) of vergoeding van de nadelen die uit dat vertrouwen zijn voortgevloeid (negatieve bescherming)? Het ontwerp lijkt te kiezen voor het eerste: 'ondanks onbevoegdheid van de vervreemder is een overdracht (...) van een roerende zaak (...) geldig, indien de verkrijger te goeder trouw is' (art. 3.4.2.3a). De rechtvaardiging van deze regel is te zoeken in de rechtszekerheid. In de woorden van Langemeijer, de geestelijke vader van dit artikel: 'hier kan geen andere overweging meer de doorslag hebben gegeven dan het algemene belang van een goederenverkeer dat zonder ongerustheid kan verlopen, zolang men maar de eisen van goede trouw in acht neemt'.¹¹⁸ De rechtszekerheid, de ene bron van het vertrouwensbeginsel, is stellig het best gediend met de geldigheid van de eigendomsoverdracht ondanks de onbevoegdheid van de vervreemder.

Maar er is nog een andere bron: de rechtvaardigheid. Nadeel dat het gevolg is van redelijk vertrouwen moet worden goedge maakt. Niet minder, maar ook niet meer. De onvoorwaardelijke geldigheid van de overdracht, ondanks de onbevoegdheid van de vervreemder, verstoort de balans. Met de belangen van de oorspronkelijke eigenaar wordt in het geheel geen rekening gehouden. Voor zover het vertrouwensbeginsel de rechtvaardigheid beoogt te verwezenlijken, eist het niet meer, maar ook niet minder, dan een negatieve bescherming van de fidens: vergoeding van de nadelen die uit zijn vertrouwen zijn voortgevloeid. Beide divergerende tendenzen: rechtszekerheid en rechtvaardigheid tracht het ontwerp zo veel mogelijk tot hun recht te laten komen. De eigendomsoverdracht is geldig ondanks de onbevoegdheid van de vervreemder. Maar die geldigheid is uiterst broos. De ontwerpers hebben onder een dergelijke eigendomsoverdracht een tijdbom geplaatst die in beginsel drie jaar blijft tikken. Gedurende drie jaar blijft de kans bestaan dat de fidens de zaak moet retourneren aan de oorspronkelijke eigenaar, zij het dat hij in dat geval vergoeding kan vorderen van 'de waarde van de door hem tegenover zijn verkrijging verrichte of verschuldigde tegenprestatie' (art. 3.4.2.3a lid 3). Zijn vertrouwen wordt nu slechts negatief beschermd. Tegenover de afgifte van de zaak ontvangt hij de waarde van de prestatie waartoe hij zich op grond van zijn redelijke vertrouwen had verbonden.

Het is opmerkelijk, dat deze spanning in het vertrouwensbeginsel, veroorzaakt door de polariteit van rechtszekerheid en rechtvaardigheid, op een ander cruciaal punt in het ontwerp niet wordt gehonoreerd. Bij de hier geschetste alternatieve bescherming van de fidens (onvoorwaardelijke geldigheid van de overdracht dan wel vergoeding van de contraprestatie) betreft het een rechtshandeling van een bepaald type: de eigendomsoverdracht van roerend goed. Ten aanzien van de rechtshandeling in het algemeen hebben de ontwerpers een dergelijke 'tweewaardige' benadering op grond van 'de zekerheid die de prak-

118. G.E. Langemeijer, *De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, Zwolle 1976, blz. 52 e.v.

tijk behoeft' als 'te subtiel' ¹¹⁹ van de hand gewezen (vgl. art. 3.2.3). Gerechvaardigd vertrouwen leidt steeds tot de geldigheid van de rechtshandeling. Voor een bescherming in de vorm van vergoeding van de nadelen die uit het vertrouwen voortvloeien bieden de ontwerpers geen ruimte. Naar veler mening een weeffout in het ontwerp. ¹²⁰

In de rechtspraak van de Hoge Raad is de dubbelfocus: rechtszekerheid en rechtvaardigheid, intussen wel degelijk herkenbaar. Aan de ene kant zijn er formuleringen die duidelijk zijn georiënteerd op de rechtszekerheid: 'bij de beoordeling van het al dan niet aanwezig zijn van toestemming wordt in de eerste plaats gelet op de eisen van het rechtsverkeer'. ¹²¹ Daartegenover staan overwegingen die kennelijk inspiratie putten uit de ruilrechtvaardigheid. Zo oordeelt de Hoge Raad dat er geen grond is om ten laste van de nolens de geldigheid van een afstand van recht aan te nemen 'zonder dat de wederpartij daartegenover harerzijds in vertrouwen op de verklaring meer heeft gepresteerd dan waartoe zij, naar achteraf blijkt, rechtens gehouden was'. ¹²² En elders overweegt de Hoge Raad dat een rechtshandeling verricht door een nolens wellicht ongeldig moet worden geacht indien de fidens daardoor 'zonder redelijke grond zou zijn beoordeeld'. ¹²³ Voor wat, hoort wat! Het causa-beginsel infiltreert het vertrouwensbeginsel. De vraag of het gerechtvaardigde vertrouwen bescherming verdient wordt mede beheerst door de quid pro quo-gedachte.

Het causa-beginsel

Het *causa-vereiste* is dood, leve het *causa-beginsel*! Voor het komend recht zullen we het moeten stellen zonder de eis dat een geldige overeenkomst dient te berusten op een (geoorloofde) oorzaak. De rol van dit vereiste is in het ontwerp overgenomen door 'andere rechtsinstellingen, zoals de regelingen van de dwaling, het misbruik van omstandigheden en de niet-nakoming'. ¹²⁴ Het verdwijnen wordt mede gemotiveerd met de constatering dat de *causa-leer* 'steeds tot veel verwarring aanleiding heeft gegeven'. ¹²⁵ Nu is dit laatste zeker waar. Vier vragen houden de voorstanders van het *causa-vereiste* verdeeld. ¹²⁶ Gaat het om de oorzaak van de overeenkomst of om de oorzaak van de verbintenis? Is de oorzaak het door partijen *beoogde* doel (de subjectivisten) of de van de wil van partijen los staande *rechtsgrond* (de objectivisten)? Betekent 'oorzaak' in de combinatie 'ongeoorloofde oorzaak' wat anders dan in de combinatie 'zonder oorzaak'? Is het oorzaksvereiste louter een *ontstaanseis* of ook een *bestaanseis*?

119. Memorie van antwoord, Boek 3, blz. 48 en 49.

120. Vgl. Brunner, Preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland 1974, blz. 20-21, J.H. Nieuwenhuis, WPNR 5341-5342, Hofmann-Abas I, blz. 58.

121. HR 11 december 1959, NJ 1960, 230.

122. HR 15 mei 1959, NJ 1959, 517.

123. HR 22 februari 1974, NJ 1975, 381.

124. Toelichting boek 6, blz. 750.

125. Toelichting boek 6, blz. 750.

126. Een nauwkeurige documentatie van deze broedertwist der causalisten is te vinden in Contractenrecht III (Wuisman), blz. 63 e.v.

De verdeeldheid komt het scherpst naar voren bij een confrontatie van het standpunt van de Hoge Raad met de visie van het meest gezaghebbende handboek: Asser-Rutten. De Hoge Raad beantwoordt de vier vragen alle in eerstgenoemde zin, Asser-Rutten consequent in de laatstgenoemde zin. Volgens de Hoge Raad gaat het om de oorzaak van de overeenkomst, dat is datgene wat partijen beoogden door haar te bewerken.¹²⁷ Ten aanzien van de overeenkomst zonder oorzaak wordt hetzelfde oorzaaksbegrip gehanteerd als ten aanzien van de overeenkomst met een ongeoorloofde oorzaak.¹²⁸ De oorzaakseis is uitsluitend een ontstaansvereiste.¹²⁹ Diametraal hiertegenover Asser-Rutten: Het gaat om de oorzaak van de verbintenis¹³⁰ dat is haar redelijke grond.¹³¹ Bij het leerstuk 'zonder oorzaak' betreft het een geheel ander begrip dan bij het thema 'ongeoorloofde oorzaak'.¹³² De aanwezigheid van een oorzaak is niet slechts een ontstaansvereiste maar ook vereist voor het *voortbestaan* van de verbintenis.¹³³

Bij zoveel onenigheid hebben de anti-causalisten vrij spel. Onder de causalisten is reeds te veel inkt gevloeid. Laten verse kandidaten het maar eens proberen: dwaling, misbruik van omstandigheden, niet-nakoming. Wellicht zijn zij in staat het karwei te klaren waar het oorzaaksvereiste zoveel verwarring heeft gesticht. Maar om welk karwei gaat het eigenlijk? Op welke vraag vormt het causa-leerstuk een antwoord? Welke beginselen van contractenrecht zijn hier in het geding?

Een korte excursie in de geschiedenis. Het causa-leerstuk is een produkt van het Kanonieke recht.¹³⁴ De overwinning van het formalisme in het contractenrecht (*ex nudo pacto oritur actio*) ging gepaard met de vraag of er voor die formaliteiten iets in de plaats komt. Het probleem was — en is — of de verbindende kracht van een overeenkomst kan worden gerechtvaardigd door uitsluitend een beroep te doen op het autonomie-beginsel. Is de toestemming van de debiteur niet voldoende ter rechtvaardiging van zijn gebondenheid? De Kanonisten meenden van niet. De verbindende kracht van een overeenkomst dient mede te steunen op het causa-beginsel. Door het verdwijnen van het formalisme, krijgt het causa-beginsel een prominente rol. *Pactum nudum a solemnitate, non nudum a causa*. 'De "oorzaak" heeft, in zeer geschakeerde vorm, steeds moeten dienen als rechtvaardiging van het gebonden zijn des debiteurs'.¹³⁵ Maar als ter rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid het autonomie-beginsel niet voldoende is en daarnaast geput moet worden uit het causa-beginsel dan wordt het zaak daar meer vat op te krijgen. Op welk beginsel stuiten we, als we zeggen dat de verbindende kracht van een overeenkomst mede dient te berusten op een geldige causa?

127. HR 17 november 1922, NJ 1923, 676.

128. Contractenrecht III (Wuisman), 64.

129. HR 3 juni 1938, NJ 1939, 303.

130. Asser-Rutten II, blz. 160.

131. Asser-Rutten II, blz. 162.

132. Asser-Rutten II, blz. 156.

133. Asser-Rutten II, blz. 171.

134. Scholten 1934, 50, Asser-Rutten II, blz. 159. G.A. Jansen op de Haar, NJB 1960, blz. 285.

135. Van Brakel 1948, blz. 424.

Causale rechtshandelingen

De medische wetenschap legt causaal verband tussen platvoeten en rugklachten. De jurist legt causaal verband tussen de eigendomsoverdracht en de koopovereenkomst. Hij hanteert een causaal stelsel van eigendomsoverdracht. We voelen onmiddellijk, dat het hier om wezenlijk verschillende zaken gaat. De causale relatie tussen de koopovereenkomst en de eigendomsoverdracht is een geheel andere dan die tussen platvoeten en rugklachten. Maar wat is er causaal aan een causaal stelsel van eigendomsoverdracht? Eigendomsoverdracht is een *handeling*. De vraag naar een eventueel causaal verband verkrijgt een bijzondere dimensie wanneer er een *handeling* in het spel is. Dan gaat het om *doeloorzakelijkheid*. Er is causaal verband tussen drinken en dorst. Het lessen van de dorst is de doeloorzaak van het drinken. Er is causaal verband tussen de eigendomsoverdracht en de koopovereenkomst. De vervulling van de koopovereenkomst is de doeloorzaak van de eigendomsoverdracht.

Eigendomsoverdracht is een *rechtshandeling*, een handeling die wordt gekwalificeerd door haar doel: het intreden van rechtsgevolg. De eigendomsoverdracht is gericht op het intreden van rechtsgevolg: het tenietgaan van de verbintenis tot levering. Een rechtshandeling wordt gekenmerkt door haar doeloorzakelijke structuur. Het is een handeling met *beoogd* rechtsgevolg. Of voor wie dat te 'psychologisch' klinkt: een handeling die op het tot stand brengen van een rechtsgevolg is *gericht*.¹³⁶ Uit deze doeloorzakelijke structuur volgt wat er causaal is aan een 'causale' rechtshandeling. Het succes van een handeling hangt af van de vraag of het doel bereikt wordt. Voor het slagen en falen van rechtshandelingen is er een speciale terminologie: geldigheid/vernietigbaarheid/nietigheid. Een rechtshandeling is causaal wanneer haar geldigheid wordt beïnvloed door haar doel. Eigendomsoverdracht is een causale rechtshandeling omdat haar geldigheid afhankelijk is van haar doel: de nakoming van een verbintenis tot levering. Ontbreekt een geldige verbintenis dan is de overdracht 'doelloos' en gaat de eigendom niet over.

Argumenten voor het causale karakter van een rechtshandeling

In hoeverre is het doel van een rechtshandeling van invloed op haar geldigheid? Rechtshandelingen zijn doelgericht. Wie zijn huis verkoopt, doet dit omwille van de koopprijs. Wordt vervolgens de koopprijs betaald en het huis in eigendom overgedragen dan gebeurt dit ter uitvoering van de koopovereenkomst. Obligatoire overeenkomst, betaling en eigendomsoverdracht zijn doelgerichte rechtshandelingen. Het zijn bovendien alle drie 'causale' rechtshandelingen. Hun doel werkt door in hun rechtsgevolg. De verbintenisscheppende overeenkomst is krachteloos indien haar doel, de eigendomsoverdracht, reeds in de ontstaansfase niet realiseerbaar is. Betaling, spiegelbeeld van het zich verbinden, 'doet eene schuld veronderstellen; hetgeen zonder verschuldigd te zijn betaald is, kan terug gevorderd worden' (art. 1395 BW). Is het doel van de betaling, de kwijting van de verbintenis, niet bereikbaar bij gebreke van een

136. Schut 1977, blz. 2.

verbintenis die gekweten moet worden, dan is die betaling onverschuldigd en moet zij worden teruggedraaid. Ook het doel van de eigendomsoverdracht tenslotte, de nakoming van de verbintenis tot levering, werkt door in de gevolgen van de overdracht. Ontbreekt een geldige verbintenis dan gaat de eigendom niet over.

Waarom eist het recht, dat rechtshandelingen, als obligatoire overeenkomst, betaling en overdracht berusten op een geldige causa? Het antwoord ligt voor de hand. Vermogensverschuivingen dienen 'gegrond' te zijn. Het causale karakter van deze rechtshandelingen vloeit voort uit het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking ongedaan moet worden gemaakt. En dit beginsel van ongerechtvaardigde verrijking wortelt op zijn beurt in de eisen van de ruilrechtvaardigheid. Afgezien van de smalle marges van vrijgevigheid (schenking) en gratis dienstbetoon (bruikleen, zaakwaarneming e.d.) wordt de goederen- en dienstenstroom in gang gehouden door het *do ut des-principe*. De rechtvaardiging voor een vermogensverschuiving is in de regel gelegen in de omstandigheid dat zich ook in tegengestelde richting een vermogensverschuiving voltrekt. De prestaties staan over en weer in een middel-doel relatie. De verplichting van de verkoper tot eigendomsoverdracht is middel ter verkrijging van de koopsom (doel). De verplichting van de koper tot betaling van de koopsom is middel ter verkrijging van de eigendom (doel). Het doel heiligt het middel. Of omgekeerd: *cessante ratione cessat contractus*.

Het *causa*-beginsel geldt niet onbeperkt. Daar is het een beginsel voor. Het wordt begrensd door de invloedssfeer van andere beginselen. Met name het vertrouwensbeginsel lijkt te pleiten voor abstractie, dat wil zeggen het ontkoppelen van doel en geldigheid van de rechtshandeling. Een volmachtsverlening die plaatsvindt ter uitvoering van een nietige overeenkomst is niettemin geldig.¹³⁷ De achterliggende gedachte is duidelijk. De volmachtsverlening is naar haar aard gericht op 'derdenwerking'. Het is onredelijk een derde het slachtoffer te laten worden van gebreken in de rechtsverhouding die aan de volmachtsverlening ten grondslag ligt en waar hij buiten staat. Ook ten aanzien van andere rechtsfiguren waarvoor in het verleden een abstract stelsel is bepleit, zoals wisselverbintenis¹³⁸, eigendomsoverdracht¹³⁹ en cessie¹⁴⁰, is dit pleidooi steeds ingegeven door het verlangen de verwachtingen van derden te beschermen. Hiertegenover is er echter steeds op gewezen, dat abstractie, dat wil zeggen het doorsnijden van de band tussen de geldigheid van de rechtshandeling en de onderliggende rechtsverhouding een wel heel lomp instrument is. Het schiet zijn doel (de bescherming van redelijke verwachtingen van derden) ruim voorbij doordat ook derden te kwader trouw ervan profiteren en bovendien de interne verhouding van partijen erdoor wordt beïnvloed. Naarmate het instrumentarium ter bescherming van de goede trouw doeltreffender wordt, neemt de behoefte aan abstractie af en neemt de speelruimte voor het *causa*-beginsel dienovereenkomstig toe.

137. HR 24 juni 1938, NJ 1939, 337

138. Zie voor een overzicht van de pleidooien ten gunste van de materiele abstractie van de wisselverbintenis Scheltema-Wiarda, *Wissel- en chèquerecht*, blz. 56 e.v.

139. Voorstanders van een abstract stelsel van eigendomsoverdracht vindt men vermeld bij Asser-Beekhuis I *Zakenrecht*, blz. 161.

140. Vgl. H.K. Koster, *Preadvies Broederschap Candidaat-Notarissen 1964*, blz. 129 e.v.

Inhoud en oorzaak van een overeenkomst; wat is het verschil?

‘De poging om een objectief, van de subjectieve motieven, wel te onderscheiden doel op te stellen, brengt ons niet verder dan de erkenning, dat het doel eener overeenkomst is: het in het leven roepen eener rechtsbetrekking, die aan den inhoud der overeenkomst beantwoordt. Het bestaan van een zoodanig doel behoeft men toch niet als vereischte voor de geldigheid der overeenkomsten naast de overige vereischten te stellen’. De woorden van een prominent anti-causalist.¹⁴¹ Als ‘oorzaak’ is het objectieve doel van een overeenkomst, wat is dan nog het verschil met de inhoud van die overeenkomst? Het objectieve doel van een koopovereenkomst is ongetwijfeld de uitwisseling van zaak en prijs. Maar is haar inhoud niet hetzelfde? Wat is het verschil tussen oorzaak en inhoud van een overeenkomst? Een probleem voor causalisten. Wat is het verschil tussen drie hoeken van zestig graden en een gelijkzijdige driehoek? Precies: het *verband* tussen die drie hoeken; niets meer en niets minder. Wat is het verschil tussen de inhoud van een koopovereenkomst (de verbintenis tot levering en de verbintenis tot betaling van de koopprijs) en de oorzaak van de koopovereenkomst? Inderdaad: het *verband* tussen die verbintenissen. De onderlinge afhankelijkheid van eigendomsoverdracht en betaling, dat is de oorzaak. De omstandigheid dat de verbintenissen uit een overeenkomst over en weer in een middel/doel-relatie tot elkaar staan, daarin is de oorzaak van die overeenkomst gelegen. Zo gezien, is de ‘oorzaak’ niet iets dat *buiten* de inhoud van de overeenkomst ligt; de oorzaak verleent aan de inhoud slechts een bepaalde structuur. Krachtens het causa-beginsel verkrijgt de inhoud van een overeenkomst een ‘doeloorzakelijke’ structuur; de verbintenissen raken op elkaar betrokken en onderling van elkaar afhankelijk. Deze ‘structureerende’ werking van het causa-beginsel reikt aanmerkelijk verder dan het eigenlijke causa-vereiste. De onderlinge afhankelijkheid van de verbintenissen blijkt niet slechts uit het leerstuk ‘overeenkomst zonder oorzaak’ maar ook uit de *exceptio non adimpleti contractus*, de ontbinding en de overmachtsregel.¹⁴²

Een dubbel voorbehoud: hetgeen hier werd gezegd omtrent de verhouding tussen oorzaak en inhoud van een overeenkomst geldt in het geheel niet ten aanzien van overeenkomsten om niet en slechts gedeeltelijk ten aanzien van het thema ‘ongeoorloofde oorzaak’. Dat het causa-beginsel in de inhoud van een overeenkomst om niet geen structuur van onderlinge afhankelijkheid kan aanbrengen, spreekt vanzelf: dat vloeit voort uit de aard van een overeenkomst om niet. De pogingen om als oorzaak van de schenkingsovereenkomst de ‘*animus donandi*’ naar voren te schuiven bewijzen dit. Het moge duidelijk zijn dat we bij de *animus donandi* het terrein van het causa-beginsel hebben verlaten en teruggekeerd zijn bij het autonomie-beginsel. Terzake van schenking wordt de intentie van vrijgevigheid beschouwd als voldoende rechtsgrond voor de verbindende kracht van de schenkingsovereenkomst. Het causa-beginsel komt er niet aan te pas.¹⁴³

Hoe verhouden zich oorzaak en inhoud van een overeenkomst terzake van

141. E.M. Meijers, WPNR 2793.

142. Vgl. HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544: ‘indien bij een wederkerige overeenkomst de ene partij door overmacht verhinderd is te praesteren, is ook de wederpartij (...) van zijn verplichting ontslagen’.

143. Vgl. Scholten 1934, blz. 109 e.v.

het thema 'ongeoorloofde oorzaak'? Het uitgangspunt is dat de oorzaak van een overeenkomst enerzijds niet buiten de inhoud is gelegen maar anderzijds daarmee niet valt te vereenzelvigen de oorzaak is het *verband* tussen de verbintenissen (de inhoud) Zo opgevat, speelt het ten aanzien van het thema 'ongeoorloofde oorzaak' een uiterst bescheiden rol

A verbindt zich jegens B tot overgang naar het Rooms-Katholieke geloof tegen betaling van f 50 000,—

Deze overeenkomst is nietig wegens een ongeoorloofde oorzaak. Bovendien is het hier gehanteerde oorzaaksbegrip geheel in overeenstemming met het uitgangspunt. Niet de inhoud als zodanig is ongeoorloofd. Geloofsovergang en betaling van f 50.000,— zijn op zichzelf niet ongeoorloofd. Het ongeoorloofde van deze overeenkomst is gelegen in het 'causale' *verband* tussen de prestaties. Het is ongeoorloofd geloofsovergang te onderwerpen aan het quid pro quo-beginsel In de onderlinge afhankelijkheid van de geloofsovergang en de betaling van f 50.000,— is het ongeoorloofde karakter gelegen.

Maar de rechter hanteert het begrip ongeoorloofde oorzaak op veel ruimere schaal, en met name ook in gevallen die met de bovengenoemde uitgangspunten niet zijn te verenigen. Enerzijds wordt ook, wanneer de inhoud van de overeenkomst *als zodanig* ongeoorloofd is (de overeenkomst verbindt tot een verboden prestatie), een beroep gedaan op de artikelen 1371, 1373, anderzijds worden ook factoren die *buiten* de inhoud van de overeenkomst zijn gelegen onder het begrip ongeoorloofde oorzaak gebracht Vergelijk voor dit laatste bijvoorbeeld HR 11 mei 1951, NJ 1952, 128 'dat echter, al heeft een overeenkomst als bovenbedoeld derhalve geen verboden *inhoud*, toch zodanige overeenkomst een verboden *strekking* kan hebben en nietig zijn op grond van art 1373 BW, indien beide partijen de bedoeling hebben of er zich van bewust zijn, dat de nakoming ervan zal leiden tot de overtreding van voormeld wettelijk verbod' (cursivering niet in het origineel)

De ongeoorloofde oorzaak is gaan fungeren als een post 'diversen' waar allerlei rechtsfiguren worden ondergebracht die met het causa-beginsel weinig of niets te maken hebben, zoals een overeenkomst met een ongeoorloofde inhoud en het geval dat in de laakbare intenties van partijen aanleiding wordt gevonden om de overeenkomst ongeldig te verklaren. Voor deze situaties bevat het NBW een beter passende bepaling in art 3.2.7 lid 2

'Een rechtshandeling die door inhoud of strekking in strijd is met de goede zeden of de openbare orde, is nietig'.

Het causa-beginsel zonder het causa-vereiste

Zijn er rechtsstelsels *met* causa-beginsel, maar *zonder* causa-vereiste?

Welzeker! Het Duitse recht vormt daarvan een voorbeeld. Het NBW eveneens In het Duitse recht ontbreekt een oorzaaksvereiste, zoals opgenomen in art. 1356 BW. Niettemin behoren ook naar Duits recht de obligatoire overeenkomsten tot de causale rechtshandelingen

‘Dagegen sind *verpflichtende* Verträge in der Regel “*Kausal*” Das soll besagen, dass sie eine “*causa*”, einen rechtlichen Zweck der Verpflichtung (..) in sich schlieszen. () Prototyp der kausalen Verpflichtungsgeschäfte sind die “*gegenseitige Verträge*” Bei ihnen geht jeder deshalb eine Verpflichtung ein, um dadurch den anderen zu einer Gegenleistung zu verpflichten. Der aus dem Geschäft selbst sich ergebende Zweck der Verpflichtung des einen ist also die Verpflichtung des anderen’.¹⁴⁴

Het Duitse contractenrecht wordt, ondanks het ontbreken van het oorzaaksvereiste, beheerst door het causa-beginsel. Ook in het NBW blijft het causa-beginsel een prominente rol vervullen. Eigendomsoverdracht, betaling en obligatoire overeenkomst blijven ‘causale’ rechtshandelingen. Ten aanzien van eigendomsoverdracht en betaling bevat het NBW bovendien een expliciete verwijzing naar het causa-beginsel. Voor overdracht van een goed eist art. 3.4.2.2 lid 1 een geldige *titel*. Degene die een ander zonder *rechtsgrond* een goed heeft gegeven is gerechtigd dit van de ontvanger als onverschuldigd betaald terug te vorderen (art. 6.4.2.1 lid 1). Hoe is het op dit punt gesteld met de obligatoire overeenkomst? Zoals gezien, is het probleem hier de rechtvaardiging van de verbindende kracht. Kunnen we wat dit betreft volstaan met een beroep op het autonomie-beginsel (de toestemming van partijen) of dient die rechtvaardiging mede te worden gezocht in het *doel* van de overeenkomst? De keuze van het ontwerp lijkt duidelijk. ‘Nu het ontwerp over de gehele lijn breekt met de eis van een geoorloofde oorzaak voor de geldigheid van een verbintenis-scheppende overeenkomst, zal in het algemeen de gegeven en aanvaarde belofte tot het verrichten van een prestatie de rehtens bindende verplichting daartoe in het leven roepen’.¹⁴⁵ In de toelichting wordt dan ook verworpen het vereiste ‘dat voor de geldigheid van de verbintenis uit overeenkomst, dan wel voor de geldigheid van de overeenkomst zelf naast de toestemming van partijen en een bepaald onderwerp nog een *grond* voor de toestemming aanwezig moet zijn’.¹⁴⁶ De rol van het causa-beginsel ter rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid, als tegenwicht van het autonomie-beginsel, lijkt uitgespeeld.

Toch is hiervan geen sprake. In de eerste plaats blijft de ‘causale’ structuur van de wederkerige overeenkomst hecht verankerd in het ontwerp.

‘Een overeenkomst is wederkerig, indien elk van beide partijen een verbintenis op zich neemt *ter* verkrijging van de prestatie waartoe de wederpartij zich *daartegenover* jegens haar verbindt’.¹⁴⁷ (cursivering niet in het origineel)

Dat aan dit ‘doeloorzakelijk’ verband tussen de over en weer bedongen verbintenissen bovendien consequenties worden verbonden blijkt uit de onmiddellijk daarop volgende regeling van de *exceptio non adimpleti contractus* en de ontbinding.¹⁴⁸ De verbindende kracht van de ene verbintenis wordt afhankelijk gesteld van het wel en wee van de wederprestatie. De *quid pro quo*-gedachte blijft ook het komend recht beheersen.

144. Larenz 1977, blz. 285.

145. Toelichting boek 6, blz. 752.

146. Toelichting boek 6, blz. 750.

147. Art. 6.5.4.1 lid 1.

148. Vgl. de artikelen 6.5.4.2 en 6.5.4.6.

In de tweede plaats is in het Gewijzigd Ontwerp de onvoorwaardelijke verbanning van het causa-vereiste weer enigszins teruggedraaid. Licht vermomd, maar toch duidelijk herkenbaar, treffen we daar de overeenkomst 'zonder oorzaak' weer aan:

'Een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding, is vernietigbaar, indien deze rechtsverhouding ontbreekt, tenzij dit in verband met de aard van de overeenkomst, de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval voor rekening van degene die zich op dit ontbreken beroept, behoort te blijven.'¹⁴⁹

Twee verschillen met de huidige regeling: vernietigbaarheid in plaats van nietigheid, en beperking tot de 'voortbouwende' overeenkomsten. De zelfstandige overeenkomsten die verplichten tot een onmogelijke prestatie (koop van een zaak die reeds aan de koper toebehoort e.d.) vallen niet onder dit artikel. In een dergelijke situatie dient gebruik te worden gemaakt van de mogelijkheid van ontbinding.¹⁵⁰ Maar in ieder geval blijft ook in het komend recht het doel van de overeenkomst, naast de toestemming van partijen, van belang voor de vraag of de verbindende kracht in casu gerechtvaardigd is. Het causa-beginsel blijft deel uit maken van het contractenrecht.

Causa-beginsel en causaal verband

Waarom lees je 'Economie in theorie en praktijk'? Omdat ik volgende week tentamen economie heb. Tweeërlei causaal verband is met dit antwoord aangegeven: doelloorzakelijk verband en sine qua non-verband. Het tentamen is het doel van de leesactiviteiten. Er is sprake van een doelloorzakelijk verband. Maar ook: als volgende week dat tentamen niet was, zou ik nu dit boek niet lezen. Er is tevens sprake van sine qua non-verband tussen het tentamen en mijn leesactiviteiten. Doelloorzakelijk verband en sine qua non-verband; samenloop tussen beide causale relaties treedt op zodra er een *handeling* in het spel is. Dit houdt verband met het 'doelgerichte' karakter van handelingen. Mijn lectuur van 'Economie in theorie en praktijk' heeft als doel: het tentamen economie. Zonder dat doel zou ik dit boek niet ter hand nemen. Het tentamen economie is tegelijk *doel* en *oorzaak* van mijn handeling: het lezen van 'Economie in theorie en praktijk'.¹⁵¹

Ook een rechtshandeling is een handeling. Ook bij een rechtshandeling is er samenloop tussen doelloorzakelijk verband en sine qua non-verband. Vraag aan Wisman: waarom heb je deze overeenkomst met Booy gesloten¹⁵²? Antwoord: om een zelfrijdende kraan met kentekenbewijs te verkrijgen. Ook hier tweeërlei causaal verband. *Doelloorzakelijk* verband: de rechtshandeling heeft de verkrijging van een kraan met kentekenbewijs ten *doel*. Sine qua non-ver-

149. Art. 6.5.2.12.

150. Vgl. Memorie van antwoord, blz. 211.

151. Zie over de samenloop van doel en oorzaak bij handelingen D. Davidson, *Action, reasons, and causes*, *Journal of Philosophy*, Vol. 60 (1963), blz. 586 e.v., ook opgenomen in A.R. White (redacteur), *The philosophy of action*, Oxford 1968, blz. 79 e v

152. Zie HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183.

band. Zonder dat doel zou Wisman deze overeenkomst niet hebben gesloten.

Beide causale relaties spelen een rol bij de vraag of er sprake is van een geldige overeenkomst. Wisman verkeert ten onrechte in de mening dat met de door hem gekochte kraan op de openbare weg mag worden gereden. Verkrijging van een kraan met kentekenbewijs was het doel van zijn overeenkomst. Zijn beroep op dwaling slaagt slechts voor zover zijn onjuiste voorstelling van zaken betrekking heeft op het eigenlijke doel van de overeenkomst. Er moet een *doelloorzakelijk* verband bestaan tussen de omstandigheden waaromtrent werd gedwaald en de overeenkomst die onder invloed van die dwaling werd gesloten. Hiernaast moet vaststaan, dat zonder de dwaling de overeenkomst niet zou zijn gesloten. Er dient sprake te zijn van *sine qua non-verband* tussen de dwaling en de totstandkoming van de overeenkomst.

Beide causale relaties hangen bovendien ten nauwste samen. Als de dwaling betrekking heeft op omstandigheden die het doel van de overeenkomst vormen, kan gevoeglijk worden aangenomen, dat zonder die dwaling de overeenkomst niet zou zijn gesloten (zie blz. 98 e.v.). Dit causale verband is niet slechts van belang bij dwaling, maar speelt ook een rol bij de overige toestemmingsgebreken. Niet iedere aantasting van de autonomie (dwaling, dwang, bedrog, misbruik van omstandigheden e.d.) leidt tot aantastbaarheid van de overeenkomst, maar slechts die storingen die voldoende gewichtig zijn. En een aantasting van de autonomie is pas voldoende gewichtig als er causaal (*sine qua non*) verband bestaat tussen het toestemmingsgebrek en het tot stand komen van de overeenkomst. Vast moet staan dat de overeenkomst zonder dat gebrek niet zou zijn gesloten.¹⁵³

Maar hoe bepalen we of de overeenkomst zonder dat gebrek niet zou zijn gesloten? Wanneer is er causaal verband tussen het gebrek in de autonomie en de totstandkoming van de overeenkomst? De *doelloorzakelijke* structuur van de rechtshandeling vormt de sleutel. Wisman verbindt zich niet 'zomaar' tot betaling van de koopprijs. Het doel is de verkrijging van een kraan met kentekenbewijs. Thans wordt de relatie tussen het vereiste van causaal verband en het causa-beginsel duidelijk. Voor de vraag of aan het vereiste van causaal verband is voldaan, moeten we putten uit het causa-beginsel (de geldigheid van een rechtshandeling wordt beïnvloed door haar doel). Als vuistregel mag worden aangenomen dat de overeenkomst zonder het toestemmingsgebrek niet zou zijn gesloten wanneer het contractsdoel met behulp van de gesloten overeenkomst niet kan worden bereikt. De door Wisman gesloten overeenkomst kon niet leiden tot verkrijging van een kraan waarmee op de openbare weg mocht worden gereden. Deze onbereikbaarheid van het doel maakt het aanneemelijk dat Wisman zonder de onjuiste voorstelling van zaken de overeenkomst

153. Dat we hier stuiten op een fundamenteel beginsel dat niet beperkt is tot de traditionele 'wilsgebreken', blijkt uit HR 15 april 1977, NJ 1978, 163. Het betreft hier de vraag in hoeverre een derde die toetreedt tot een reeds bestaande samenwerkingsovereenkomst is gebonden aan een hem onbekende bepaling uit de basisovereenkomst. Geen gebondenheid is er volgens de Hoge Raad 'bijvoorbeeld indien de voren bedoelde tussen de deelnemers krachtens overeenkomst geldende en aan de nieuw toetredende onbekende regel van dien aard zou zijn dat laatstgenoemde als hij de regel gekend zou hebben van toetreding zou hebben afgezien en dat de medecontractanten dit hadden behoren te begrijpen'. Het gebrek in de autonomie (de onbekendheid met de bepaling van de basisovereenkomst) leidt slechts tot de aantastbaarheid van de toetreding als er causaal verband bestaat tussen dat gebrek en de toetreding

niet zou hebben gesloten. De aanwezigheid van het causaal verband kan slechts worden vastgesteld met behulp van het causa-beginsel.

Conclusie

Het causa-beginsel vervult bij de legitimatie van de contractuele gebondenheid een dubbelrol. Op twee wijzen vormt het causa-beginsel een tegenwicht ten opzichte van het autonomie-beginsel. De volwaardigheid van de autonomie is niet voldoende om de geldigheid van de overeenkomst aan te nemen. En bovendien: de enkele onvolwaardigheid van de autonomie is niet voldoende om tot ongeldigheid te besluiten. In beide gevallen moet het causa-beginsel er aan te pas komen. De vrije en volwaardige toestemming van partijen is niet voldoende ter rechtvaardiging van hun gebondenheid. Ook de doelloorzakelijke structuur van de overeenkomst is van belang. De verbindende kracht van de overeenkomst is mede afhankelijk van de lotsverbondenheid van de over en weer bedongen prestaties. Het *quid pro quo* is uit de rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid niet weg te denken.

De enkele onvolwaardigheid van de toestemming van partijen is daarentegen ook niet voldoende ter rechtvaardiging van het *ontbreken* van gebondenheid. Het gebrek in de autonomie moet van voldoende gewicht zijn, dat wil zeggen moet in causaal (*sine qua non*) verband staan met het totstandkomen van de overeenkomst. Als het contractsdoel met behulp van de gesloten overeenkomst niet kan worden bereikt, mag worden aangenomen, dat zonder het toestemmingsgebrek de overeenkomst niet zou zijn gesloten. Ook in dit opzicht vervult het causa-beginsel bij het oordeel over de verbindende kracht van de overeenkomst een onmisbare rol.

Toepassingen

7. HET MISVERSTAND

Overzicht van het betoog

Wat 'indien partijen die een overeenkomst wensen te sluiten, daarin een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen, die zij elk in verschillende zin hebben opgevat'? Om dit probleem gaat het. Allereerst een afgrenzing ten opzichte van twee verwante, maar niettemin te onderscheiden problemen: de discrepantie tussen wil en verklaring en de dwaling. Vervolgens wordt verheldering gezocht in de beschouwingen omtrent de contractssluiting opgevat als taalhandeling. In dit kader verschijnen drie beginselen van contractenrecht aan de horizon. Met behulp van deze beginselen wordt getracht wat te krijgen op de factoren die bij de toerekening van het misverstand een rol spelen. Het betoog wordt tenslotte geconfronteerd met een recent arrest van de Hoge Raad (HR 17 december 1976, NJ 1977, 241).

Drie problemen

- I. A heeft besloten een partij cognac te koop aan te bieden voor *f* 17,50 per fles. Zijn offerte aan B vermeldt echter als prijs *f* 16,50 per fles. B aanvaardt het aanbod.
- II. A verkoopt B een partij 'cognac'. Naderhand ontstaat geschil over de vraag wat nu is verkocht: een destillaat van wijnen afkomstig uit de directe omgeving van de Franse stad Cognac (standpunt van B), dan wel een binnenlands gedistilleerd dat ook wel onder de benaming 'vieux' wordt geconsumeerd (standpunt van A).
- III. A koopt van B een vat gedistilleerd waarvan de inhoud door A wordt geïdentificeerd als cognac maar dat achteraf blijkt armagnac te bevatten.

Driemaal kortsluiting.

In de situaties I en III is er sprake van een *vergissing van A*. In situatie II betreft het een *misverstand tussen A en B*. In situatie I is de rolverdeling eenvoudig. A is nolens, B fidens. Dit is het geval waarop art. 3.2.3. NBW¹⁵⁴ betrekking heeft. De rechter staat hier op een tweesprong: geen overeenkomst, dan wel een overeenkomst met als koopprijs *f* 16,50 per fles. In situatie II is de rolverdeling wat ingewikkelder en is er sprake van een kruislingse dubbelrol. A is fidens terzake van de betekenis 'vieux' en nolens terzake van de betekenis 'Franse brandewijn'. B is nolens ten aanzien van de betekenis 'vieux' en fidens ten aanzien van de betekenis 'Franse brandewijn'. Art. 3.2.3 is hier niet, althans niet rechtstreeks, toepasbaar. We staan op een driesprong: geen over-

154. Art 3 2 3 'Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, heeft opgevat als een door die ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil'.

eenkomst, een overeenkomst betreffende de levering van 'vieux', een overeenkomst betreffende de levering van het Franse product Voor deze gevallen, waarin 'partijen die een overeenkomst wensen te sluiten daarin, een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen', snijdt de Hoge Raad art 3.2.3 op maat Het antwoord op de vraag of in een dergelijk geval al dan niet een overeenkomst tot stand komt, hangt af van 'wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mochten toekennen, hebben afgeleid' ¹⁵⁵ Hier verschijnt een parallel met het dwalingsleerstuk in beeld. Door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst komen partijen tot elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding die meebrengt, dat voor partijen over en weer een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat een van hen onder invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft ¹⁵⁶

In situatie III mag A niet al te lichtvaardig besluiten, dat het vat gevuld is met cognac. Aan de andere kant kan B onder omstandigheden gehouden zijn A uit de droom te helpen wat betreft de inhoud van het vat 'Wanneer een partij voor de totstandkoming van een overeenkomst van de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven ten einde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, zal de goede trouw zich er in het algemeen tegen verzetten dat eerstbedoelde partij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling mede aan zichzelf heeft te wijten' ¹⁵⁷ Mogen wij voor de misverstand-problematiek een vergelijkbaar uitgangspunt formuleren?

'Door in onderhandeling te treden komen partijen tot elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, die meebrengt, dat voor hen over en weer een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen ter voorkoming van misverstand over de betekenis van de door hen gebezigde uitdrukkingen'.

Bestaat er in situatie II voor A en B over en weer een gehoudenheid om zich binnen redelijke grenzen ervan te vergewissen, dat hun bij de term 'cognac' hetzelfde product voor ogen staat? Waarop zou een dergelijke wederkerige informatieplicht kunnen worden gebaseerd? Hiervoor moeten wij teruggrijpen op de beschouwingen over de overeenkomst als taalhandeling (blz 23 e v)

Het misverstand en de overeenkomst opgevat als taalhandeling

In het traditionele beeld van het totstandkomingsproces van een overeenkomst als het afleggen van op elkaar aansluitende *wilsverklaringen*, worden die 'wilsverklaringen' opgevat als *descriptieve* taaluitingen (een *beschrijving* van een psychische stand van zaken het bestaan van wilsovereenstemming) Hier-

155. HR 17 december 1976, NJ 1977, 241.

156. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67.

157. HR 30 november 1973, NJ 1974, 97

tegenover werd de aandacht gevestigd op het eigensoortige *performatieve* karakter van de wijze waarop partijen taal gebruiken om een overeenkomst te sluiten. Met de woorden 'ik aanvaard uw aanbod' beschrijf ik niet een activiteit die zich onafhankelijk van die beschrijving voltrekt, maar *verricht* ik een handeling: aanvaarding van een aanbod. Of die handeling slaagt (er komt een overeenkomst tot stand), hangt af van de vraag of de voor het slagen van een dergelijke taalhandeling gestelde voorwaarden zijn vervuld. Iedere taalhandeling wordt beheerst door eigen regels. De inhoud van die regels wordt bepaald door beginselen die op hun beurt samenhangen met de functie van die taalhandeling. De functie van het contractsmechanisme is kort gezegd: de mogelijkheid scheppen, dat partijen naar eigen inzicht en op basis van vrijwilligheid zich jegens elkaar verbinden teneinde een wederprestatie te verkrijgen. Deze functie brengt mee, dat de regels die het succes van de contractssluiting bepalen, worden gevoed door drie beginselen: autonomie-, vertrouwens- en causaalbeginsel.

Het autonomie-beginsel verzet zich er tegen, dat een van beide partijen betrokken raakt in een contractuele relatie waarop hij geen prijs stelt. Dit brengt mee, dat partijen, teneinde hun pogingen tot het sluiten van een overeenkomst te doen slagen, *het eens moeten worden*. Zij moeten misverstand omtrent de aard en omvang van hun rechten en verplichtingen uit de weg ruimen. Dubbelzinnig of vaag woordgebruik verkleint de kans op succes van de taalhandeling 'contracteren'.¹⁵⁸ Contractanten dienen, op straffe van het mislukken van de overeenkomst, elkaar duidelijkheid te verschaffen omtrent de rechten en verplichtingen die zij wensen aan te gaan. Dit houdt niet in, dat zij louter éénduidige termen moeten gebruiken. Dat is onmogelijk in een natuurlijke taal waarin de gebruikers geen stap kunnen verzetten zonder te struikelen over meerduidige uitdrukkingen. Het houdt wél in, dat partijen binnen redelijke grenzen maatregelen dienen te nemen om te voorkomen dat er *tussen hen* misverstand bestaat over de betekenis van de gebezigde uitdrukkingen. Zij moeten er voor zorgen, dat de voor misverstand vatbare uitdrukkingen althans door hen in dezelfde zin worden geduid.

Succes is in beginsel slechts weggelegd voor die contractanten die het eens zijn geworden. *Het eens worden*, dat is bij uitstek het doel van de onderhandelingen die moeten leiden tot een overeenkomst. Taal is het middel hiertoe. Taal als 'communicatie'-medium in de meest oorspronkelijke zin, als middel om iets 'gemeenschappelijk' te maken. Dat het een deugdelijk middel is om overeenstemming te bereiken, vloeit voort uit de omstandigheid dat de taal wordt beheerst door stabiele, voor eenieder toegankelijke, *regels*. Regels die het mogelijk maken dat taalgebruikers elkaar begrijpen. In dit regelbestand zijn, zoals gezien (blz. 26 e.v.), drie 'lagen' te onderscheiden.

Daar zijn allereerst de syntactische regels (de formele structuur van de zin, de woordvolgorde e.d.). Wie die regels beheerst weet dat de combinaties 'verkoper vrijwaart koper' en 'koper vrijwaart verkoper' hoewel opgebouwd uit

158. Wat dit betreft vormt contracteren juist het spiegelbeeld van een ander taalspel, elkaar raadsels opgeven. Hier is dubbelzinnigheid juist een voorwaarde voor het slagen van deze taalhandeling. Wat loopt 's morgens op vier, 's middags op twee en 's avonds op drie benen? Dit is een 'geslaagd' raadsel omdat gebruik wordt gemaakt van een wel zeer overdrachtelijke betekenis van 's morgens, 's middags en 's avonds. Wat is de hoofdstad van Honduras? Dit is een interessante vraag, maar als raadsel geen succes.

dezelfde woorden, een geheel verschillende betekenis hebben. Vervolgens is er het semantische niveau: de betekenis van een woord wordt mede bepaald door de betekenis van de omringende woorden. 'Al hetgeen met eene *zaak* vereenigd is, of met dezelve één ligchaam uitmaakt, behoort aan den eigenaar' (art. 643 BW). 'Lastgeving is eene overeenkomst, waarbij iemand aan eenen anderen de magt geeft, en deze aanneemt, om eene *zaak* voor den lastgever, in deszelfs naam, te verrichten', (art. 1829 BW). Eén woord, twee betekenissen. *Zaak* als stoffelijk voorwerp en *zaak* als rechtshandeling. Niet de zinsbouw maar de betekenis van de omringende woorden bepalen hier de betekenis waarin de term '*zaak*' moet worden begrepen.

De jurist boort bij voorkeur een derde laag aan: regels met een 'pragmatisch' karakter. Deze regels hebben betrekking op de contextuele factoren die een taaluiting tot deze of gene 'handeling' bestempelen. 'Ik zal morgen niet meer komen', uitgesproken door een arts tegen een herstellende patiënt, dan wel door een werknemer in een twistgesprek met zijn werkgever.¹⁵⁹ Eén zin, twee handelingen. Genezenverklaring tegenover ontslagname. De omstandigheden waaronder de uitspraak wordt gedaan, bepalen de richting waarin de uitspraak moet worden geduid. Het 'regel'-karakter van taal maakt het enerzijds mogelijk, dat taalgebruikers het eens worden en zodoende vormt taal een adequaat medium voor het sluiten van overeenkomsten, anderzijds belast het de taalgebruikers en daarmee de contractanten met een zekere verantwoordelijkheid voor een correct gebruik van de syntactische, semantische en pragmatische regels. Wie zich bezighoudt met de verkoop van meubels moet weten dat 'schuimrubber' iets anders betekent dan 'schuimplastic'. Wie een veilingzaal binnentreedt moet niet zijn hand opsteken om een vriend te groeten. De gehoudenheid die er voor contractanten bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen ter voorkoming van misverstand kan zo worden verankerd in de regelstructuur van de taal. Deze regelstructuur maakt het de contractanten enerzijds mogelijk het eens te worden, maar daardoor worden zij anderzijds belast met een verantwoordelijkheid voor de verwachtingen die door hun 'regelgeleide' taalgebruik worden gewekt.

De pragmatische dimensie die de taalregels bezitten, verleent aan die regels nog een ander aspect: zij worden ingevuld met behulp van de beginselen die de betreffende handeling beheersen. Pragmatische regels geven aan welke 'buitentalige' voorwaarden vervuld moeten zijn, wil een bepaalde taaluiting succes hebben als deze of gene handeling. Het ligt voor de hand, dat de inhoud van die regels wordt bepaald door de beginselen die de betreffende handeling beheersen. De ingebrekestelling wordt beheerst door het uitgangspunt dat de debiteur een redelijke termijn moet worden gegund om alsnog na te komen. Vanuit dit uitgangspunt vormt de rechtspraak 'pragmatische' regels die aangeven of bijvoorbeeld een telegram met als tekst 'sommee U heden vóór drie uur te leveren 10.000 kg. cacaopoeder' een geslaagde ingebrekestelling oplevert.¹⁶⁰

159. HR 29 november 1974, NJ 1975, 211.

160. Vgl. Hof Amsterdam 1 mei 1916, NJ 1916, 1348.

Drie beginselen

De taalhandeling die ons thans bezighoudt: het contracteren, wordt beheerst door drie beginselen, Autonomiebeginsel, vertrouwensbeginsel en causa-beginsel. Zij bepalen de inhoud van de regels met behulp waarvan kan worden vastgesteld of de contractanten voldoende maatregelen hebben genomen ter voorkoming van misverstand over door hen gebezigde uitdrukkingen. Onder invloed van deze drie beginselen verschijnt in die regels het volgende patroon.

Falsa demonstratio non nocet

A en B sluiten een overeenkomst betreffende de levering van 'Haakjöringsköd', hetgeen, gelijk bekend, Noors is en haaievlees betekent. Het staat vast, dat *beide* partijen ten tijde van de contractssluiting meenden, dat deze term 'Walvisvlees' betekende. Er komt een overeenkomst tot stand en wel met betrekking tot de levering van walvisvlees.¹⁶¹ Weliswaar hebben partijen een semantische regel (Haakjöringsköd betekent haaievlees) geschonden, maar dit heeft *tussen hen* niet geleid tot misverstand. Het autonomie-beginsel wordt gehonoreerd door aan de consensus die er ondanks de onjuiste omschrijving bestond, volledig rechtsgevolg te verbinden. Falsa demonstratio non nocet. Er is hier enige verwantschap met de conversie-figuur waar de consensus omtrent een geoorloofd doel tot contractuele gebondenheid leidt ondanks de nietigheid van het daartoe aangewende middel zie blz. 106 e.v.

Misverstand

Er is sprake van een misverstand. Partijen hebben in een overeenkomst een voor misverstand vatbare uitdrukking gebezigd die zij elk in verschillende zin hebben opgevat. Thans rijst de vraag: kan het misverstand aan één van beide contractanten worden toegerekend? Ligt het misverstand in de verhouding tussen de partijen meer in de schuld- of risico-sfeer van de één dan van de ander?

Dit uitgangspunt vloeit, zoals gezien (blz. 8 e.v.), voort uit de omstandigheid dat het autonomie-beginsel in relatie tot het vertrouwensbeginsel aansprakelijkheid impliceert voor het veroorzaken van storingen in het contractsmechanisme. Als de rechtsorde partijen een middel biedt om desverkiezend overeenstemming te bereiken over hun onderlinge rechtsbetrekkingen, is de keerzijde daarvan de aansprakelijkheid van degenen die dit proces verstoort doordat hij verantwoordelijk is voor het ontstaan van een misverstand. De vergelijkende weging van de schuld- en risicofactoren die de toerekening van het misverstand bepalen, levert het volgende beeld op:

161. Deze casus is voorgelegd aan het Duitse Reichsgericht. Zie RGZ 99, 147; vgl. daarover ook Larenz 1977, blz. 283.

- a. Beide partijen valt van het misverstand in gelijke mate verwijt te maken. Beide partijen wisten, dat in hun overeenkomst een voor misverstand vatbare uitdrukking voorkwam, maar geen van beiden heeft iets ondernomen om zich ervan te vergewissen of zijn interpretatie van die uitdrukking door de ander werd gedeeld. De uitslag ligt voor de hand: geen overeenkomst. Het autonomie-beginsel vergt, dat (in beginsel) geen der partijen wordt gebonden aan een contractuele relatie waarop geen prijs wordt gesteld. Weliswaar kan dit uitgangspunt worden doorbroken door de werking van het vertrouwensbeginsel, maar bij gebreke van gerechtvaardigd vertrouwen kan daarvan hier geen sprake zijn.
- b. Geen van beide partijen valt van het misverstand een verwijt te maken en evenmin zijn er omstandigheden die het redelijk doen zijn dat het misverstand voor risico komt van één der partijen. De casus classicus binnen deze categorie wordt geleverd door het Engelse recht.¹⁶² A koopt van B een partij katoen 'to arrive ex Peerless from Bombay'. Er voeren twee schepen onder de naam 'Peerless' en beide vertrokken uit Bombay. A bedoelde de Peerless die in oktober vertrok en B de Peerless die eerst in december het anker zou lichten. Geen van beide partijen viel te verwijten dat hij niet wist, dat de wederpartij de andere Peerless op het oog had. Evenmin waren er risico-factoren aan te wijzen die toerekening van het misverstand aan een van hen zouden rechtvaardigen. Bij beide partijen is er redelijk vertrouwen, dat 'zijn' Peerless ook door de ander werd bedoeld. Er zijn echter geen aanknopingspunten om de aanwezigheid van dat vertrouwen aan de ander toe te rekenen. Conclusie: géén overeenkomst.
- c. Het misverstand ligt in de verhouding tussen de partijen meer in de schuld- of risicosfeer van de één dan van de ander. In de overeenkomst tussen A en B is een uitdrukking gebezigd, die, naar uitsluitend A bekend is, voor misverstand vatbaar is, en die zij elk in verschillende zin hebben opgevat. A heeft niets ondernomen om zich ervan te overtuigen, dat zijn opvatting door B werd gedeeld. Het misverstand is hier in overwegende mate te wijten aan de *schuld* van A. Of een andere illustratie van deze categorie. In de overeenkomst tussen A en B is een uitdrukking gebezigd die naast een aantal andere betekenissen, ook een technische, bij dat contractstype niet ongebruikelijke, betekenis heeft. A, die zich weliswaar had voorzien van deskundige bijstand, is niettemin uitgegaan van een andere dan die technische betekenis. B, die wel is uitgegaan van die technische betekenis, mocht bovendien verwachten, dat A daaromtrent was voorgezicht.¹⁶³ Het misverstand ligt thans aanmerkelijk meer in de risicosfeer van A dan van B. We betreden thans een terrein met voetangels en klemmen. Hier woedt een gecompliceerde 'beginselenstrijd'. Aan de ene kant ontbreekt consensus en pleit het autonomie-beginsel voor het oordeel: géén overeenkomst. Weerstand wordt echter geboden door het vertrouwensbeginsel. Het misverstand ligt meer in de schuld- of risico-sfeer van de één en dat betekent automatisch, dat het vertrouwen van de ander dat zijn interpretatie door de wederpartij werd gedeeld, vergelijkenderwijs méér

162. (1864) 2 H. & C. 906. Zie daarover Anson's Law of Contract, blz. 275.

163. Vgl. HR 17 december 1976, NJ 1977, 241.

bescherming verdient. Maar welke vorm van bescherming? *Geldigheid* van de overeenkomst en wel op basis van de interpretatie van de wederpartij van degenen aan wie het misverstand wordt toegerekend? Of vergoeding van diens *negatief belang*?

Welke vorm van bescherming?

Het vertrouwensbeginsel heeft, zoals gezien (blz. 67), een 'twee-waardige' structuur. Het wordt gevoed door twee waarden: de rechtszekerheid en de billijkheid. De rechtszekerheid wijst in de richting van een positieve bescherming: geldigheid van de overeenkomst. De billijkheid eist vergoeding van de nadelen die uit het vertrouwen zijn voortgevloeid. Niet minder, maar ook niet meer. Voor een nauwverwante situatie (de één is niet in staat zijn wil te bepalen, hetgeen de ander niet kon weten) hebben wij bepleit het antwoord op de vraag: geldigheid dan wel vergoeding van het negatief belang mede te doen afhangen van de *aard* van hetgeen op basis van dat vertrouwen is geschied. Enerzijds kan dit vertrouwen hebben geleid tot gevolgen waaraan op bevredigende wijze kan worden tegemoetgekomen door vergoeding in geld. Maar het kan ook zo zijn, dat de geldigheid van de overeenkomst de enige manier is om het verkeersbelang op adequate wijze te beschermen. Met name zal dit het geval zijn wanneer de overeenkomst heeft gediend als een titel voor de overdracht van onroerend goed dat inmiddels aan derden is overgedragen.¹⁶⁴

Het causa-beginsel

De Hoge Raad overweegt, dat bij de misverstandproblematiek onder andere een rol kan spelen 'of één der door partijen aan de uitdrukking gehechte betekenissen zou leiden tot een resultaat dat met hetgeen partijen met de overeenkomst *beoogden* minder goed zou zijn te rijmen'. Het doel van de rechtshandeling is van invloed op haar geldigheid. *Of* zij heeft te gelden en *hoe* zij heeft te gelden wordt mede bepaald door haar doel. Het doel van de rechtshandeling is niet slechts het resultaat van het uitlegproces, maar is tevens van invloed op die uitleg zelf. Het resultaat werpt zijn schaduw vooruit. Langs de weg van uitleg moet worden vastgesteld wat partijen met de overeenkomst beoogden. Omgekeerd bepaalt dit aldus geïnterpreteerde doel de uitleg van de voor misverstand vatbare uitdrukking. Welke betekenis zou leiden tot een resultaat dat met dat doel minder goed is te rijmen? Als een Peugeot-importeur 'cognac' bestelt teneinde zijn klanten ter gelegenheid van de jaarwisseling een geschenk te zenden dan valt de betekenis 'Hollands gedistilleerd' met dit doel minder goed te rijmen.

Het causa-beginsel speelt nog een andere rol. In het weldra te bespreken misverstandsarrest lezen we de volgende overwegingen van het Hof:

164. Zie hiervoor J.H. Nieuwenhuis, WPNR 5341. Zie voor een gelijkgesteld betoog ten aanzien van de misverstandproblematiek P. van Schilfgaarde, *Ars Aequi* 1977, blz. 662.

‘dat, nu hetgeen Erckens c.s. terzake van belastingschade vergoed wilden hebben en hetgeen de Gemeente te dier zake wilde vergoeden een aanzienlijk verschil in als belastingschade uit te keren bedrag tot gevolg kon hebben (en heeft gehad), alleszins aannemelijk is, dat Erckens c.s. de koopovereenkomst niet zouden hebben gesloten, indien hun bij de ondertekening van de aktes duidelijk was geweest, dat tussen partijen op dit onderdeel van de transactie een misverstand aanwezig was; dat derhalve in het geheel geen overeenkomst is tot stand gekomen’.

De associatie met het dwalingsleerstuk ligt voor het grijpen. Het beroep op dwaling slaagt slechts indien de onjuiste voorstelling van zaken betrekking heeft op eigenschappen en omstandigheden die de eigenlijke grond vormden voor het sluiten van de overeenkomst. Of anders geformuleerd: er moet causaal verband bestaan tussen de onjuiste voorstelling van zaken en het totstandkomen van de overeenkomst (zie blz. 98 e.v.). Een vergelijkbaar uitgangspunt valt te verdedigen voor de misverstandsproblematiek. De conclusie: géén overeenkomst, ligt meer voor de hand naarmate het misverstand betrekking heeft op onderdelen die voor partijen van doorslaggevende betekenis zijn, als met andere woorden aannemelijk is, dat partijen de overeenkomst niet zouden hebben gesloten als zij zich het misverstand hadden gerealiseerd.¹⁶⁵

Samenvatting

Zo grijpen terzake van de misverstandsproblematiek de drie beginselen ineen. De partijen bepalen in beginsel autonoom het doel van hun overeenkomst. Dit doel beïnvloedt op zijn beurt de vraag in hoeverre vertrouwen in een bepaalde betekenis van een voor misverstand vatbare uitdrukking bescherming verdient. Tenslotte wordt het autonomie-beginsel (bij misverstand geen overeenkomst) ook nog in toom gehouden door het causa-beginsel. Voor de conclusie: géén overeenkomst, is immers vereist een causaal verband tussen het misverstand en het sluiten van een overeenkomst.

Demonstratie-materiaal van eigen bodem: het arrest Bunde/Erckens

Contracteren is een spel voor minimaal twee personen, waarbij het er om gaat het eens te worden. Hiertoe maken de spelers gebruik van taal, een communicatie-medium dat wordt beheerst door regels: syntactische, semantische en pragmatische regels. In zijn eenvoudigste vorm bestaat het contractspel uit twee zetten: aanbod en aanvaarding, maar vaak wordt het doel, de consensus, pas na langdurig overleg bereikt. De spelers moeten maatregelen nemen ter voorkoming van misverstand. Is er toch misverstand ontstaan dan dient nagegaan te worden of dit aan één der spelers kan worden toegerekend. Dit toerekeningsproces wordt beheerst door drie beginselen: autonomie-beginsel, vertrouwensbeginsel en causa-beginsel.

165. Vgl. § 155 B.G.B.: ‘Haben sich die Parteien bei einem Vertrage, den sie als geschlossen ansehen, über einen Punkt, über den eine Vereinbarung getroffen werden sollte, in Wirklichkeit nicht geeinigt, so gilt das Vereinbarte, sofern anzunehmen ist, dass der Vertrag auch ohne eine Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde’.

Een interessant partijtje contracteren is ten beste gegeven door de gemeente Bunde tegen Erckens:¹⁶⁶

Teneinde een tijdrovende onteigeningsprocedure te voorkomen koopt de Gemeente Bunde van Erckens een onroerend goed voor de prijs van f 175.500,— onder het beding dat de gemeente aan Erckens zal vergoeden 'de belastingschade vallende op de bedrijfsschadevergoeding'. Deze clause vormt een bron van misverstand. Erckens gaat ervan uit dat hem vergoed zal worden de gehele inkomstenbelasting verschuldigd over de bedrijfsschadevergoeding (f 50.840,—; de maxi-schade). De gemeente interpreteert de term 'belastingschade' in een zin die in het onteigeningsrecht courant is: het verschil tussen het bedrag aan inkomstenbelasting dat men als gevolg van een onteigening moet betalen en het bedrag dat zonder die onteigening betaald zou moeten worden (f 2.151,50; de mini-schade).

Vermelding verdient nog, dat Erckens zich terzake van de verkoop heeft doen bijstaan door deskundigen die enige taxatierapporten hebben uitgebracht. Het onroerend goed is inmiddels overgedragen aan de gemeente, die een groot deel van het perceel op haar beurt heeft overgedragen aan derden. Door hen zijn daar woningen gebouwd. Wat is het lot van de overeenkomst tussen de gemeente en Erckens? Drie mogelijkheden dienen zich aan: a. de overeenkomst is geldig; de maxi-schade moet worden vergoed; b. de overeenkomst is geldig; de mini-schade moet worden vergoed; c. de overeenkomst is ongeldig.

Rechtbank en Hof

In de onderhavige procedure is de weg leidend naar alternatief a. geblokkeerd door het gezag van gewijsde van een uitspraak die Erckens had uitgelokt teneinde de gehele inkomstenbelasting vergoed te krijgen. Deze vordering is afgewezen. Vervolgens verlegt Erckens zijn koers. Hij richt thans de aandacht op alternatief c, stelt zich op het standpunt, dat de overeenkomst ongeldig is, en vordert een verklaring voor recht, dat hij nog steeds eigenaar is van het overgedragen perceel.

Rechtbank en Hof zijn kennelijk in de ban van de verwantschap tussen enerzijds de misverstandsproblematiek en anderzijds de problemen betreffende verklaringen die een verspreking of verschrijving behelzen en verklaringen afgelegd door iemand die 'niet in staat is zijn wil te bepalen'. Bij de beide laatste categorieën bewijst het nolens-fidensschema goede diensten. Zowel Rechtbank als Hof drukt Erckens in de nolens-, en de Gemeente in de fidensrol. Toch bereiken beide een tegenovergesteld resultaat. De Rechtbank lijkt te zijn geïnspireerd door het arrest Eelman/Hin¹⁶⁷ waar de Hoge Raad het slagen van het beroep op de ongeldigheid van de overeenkomst wegens de geestelijke labiliteit van Eelman verbindt aan de voorwaarde, dat deze aan toont, dat Hin redelijkerwijs moest begrijpen dat de verklaring van Eelman niet beantwoordde aan een bij deze werkelijk aanwezige wil. Parallel hieraan is de Rechtbank van oordeel dat Erckens slechts slaagt in zijn beroep op de ongeldigheid van de overeenkomst indien de gemeente moest begrijpen, dat Erckens het begrip 'belastingschade' heeft opgevat als maxi-schade. Aangezien

166. HR 17 december 1976, NJ 1977, 241.

167. HR 11 december 1959, NJ 1960, 230.

'niet is aangetoond, dat van de zijde van Erckens c.s. uitlatingen zijn gedaan op grond waarvan de Gemeente heeft begrepen of behoorde te begrijpen, dat de schijn van overeenstemming uit de bewoordingen van het voorlopig koopcontract van 21 juni 1961 niet beantwoordde aan de bedoeling van Erckens c.s.' is er sprake van een geldige overeenkomst en is de Gemeente slechts vergoeding van de mini-schade verschuldigd.

Het Hof hanteert dezelfde rolverdeling (Erckens is de nolens, de Gemeente de fidens), maar laat het perspectief verspringen. Erckens slaagt in zijn beroep op de ongeldigheid van de overeenkomst, tenzij hij bij de Gemeente het vertrouwen heeft gewekt, dat ook hij het begrip 'belastingschade' heeft opgevat als mini-schade, hetgeen naar het oordeel van het Hof niet het geval is. Vandaar: de overeenkomst tussen Erckens en de Gemeente is ongeldig. Rechtbank en Hof vertrekken beide vanuit *de* vertrouwensleer, maar komen tot geheel verschillend resultaat. De Rechtbank: de overeenkomst is *geldig* (belasting-schade betekent mini-schade), tenzij bij de Gemeente gerechtvaardigd vertrouwen *ontbrak*, dat wil zeggen indien de Gemeente moest begrijpen dat Erckens 'belastingschade' opvatte als *maxi*-schade. Het Hof: de overeenkomst is *ongeldig* tenzij bij de Gemeente gerechtvaardigd vertrouwen *aanwezig was*, dat wil zeggen wanneer Erckens bij de Gemeente het vertrouwen had gewekt, dat ook hij 'belastingschade' begreep als mini-schade.

Rechtbank en Hof stellen blijkbaar andere eisen aan het te beschermen vertrouwen. Volgens de Rechtbank is er sprake van gerechtvaardigd, te beschermen vertrouwen, tenzij de Gemeente moest begrijpen dat 'belasting-schade' door Erckens werd opgevat als maxi-schade. Het Hof is van oordeel dat slechts bescherming zou verdienen het door Erckens bij de Gemeente gewekte vertrouwen dat ook door hem 'belastingschade' werd begrepen als mini-schade. Rechtbank en Hof hanteren beide de vertrouwensleer en bereiken langs die weg een volstrekt tegengesteld resultaat. Wat betekent dat? In ieder geval maakt het duidelijk, dat voor de vertrouwensleer geen solo-rol is weggelegd. Vertrouwen verdient bescherming voor zover dat *redelijk* is.¹⁶⁸ Accoord! Maar wanneer is dat redelijk? Het antwoord hierop wordt mede bepaald door andere factoren dan het gewekte vertrouwen.

Het kader wordt gevormd door de vraag of het misverstand aan één van beide partijen kan worden toegerekend. Of wellicht het misverstand méér ligt in de schuld- en risico-sfeer van de één dan van de ander. Voor partijen bestaat over en weer de gehoudenheid om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen ter voorkoming van misverstand ten aanzien van de betekenis van door hen gebezigde uitdrukkingen. Zij zijn binnen redelijke grenzen verantwoordelijk voor de naleving van de geldende syntactische, semantische en vooral pragmatische regels. Dit toerekeningsproces, en met name de pragmatische regels, worden niet alleen beheerst door het vertrouwensbeginsel maar daarnaast ook door het autonomie- en het causa-beginsel. Dat Rechtbank en Hof aan het te beschermen vertrouwen van de Gemeente geheel andere eisen stellen hangt samen met een uiteenlopende waardering van de andere factoren die het toerekeningsproces bepalen.

De Rechtbank gaat er kennelijk van uit dat het misverstand meer in de

168. Zie G.J. Scholten, NJ 1977, 241.

schuld- en risicosfeer ligt van Erckens. 'Dat derhalve het woord "belasting-schade" bij zorgvuldig taalgebruik niet in deze zin onduidelijk is, dat uit het gebruik van dit woord voor de Gemeente viel te verwachten dat Erckens c.s. hieraan een afwijkende betekenis toekenden'. Dit pleit voor toerekening van het misverstand aan Erckens en dit oordeel zou slechts anders uitvallen indien 'de Gemeente desondanks toch had behoren te begrijpen, dat Erckens c.s. het woord belastingschade verstonden als "te betalen belasting" (maxi-schade)'. Wat opvalt is, dat de Rechtbank bij de toerekening van het misverstand aan Erckens blijft steken in het semantische niveau: 'dat taalkundig het woord "schade" de betekenis heeft van "nadeel" en dat met het samengestelde woord "belastingschade" wordt aangeduid een bepaalde soort van nadeel, nl. die verband houdt met, en gevolg is van belastingheffing; dat taalkundig het begrip "schade als gevolg van belastingheffing" geenszins gelijk is aan het begrip "belasting" of "te betalen belasting" .

Het Hof maakt korte metten met deze exclusief semantische analyse: 'dat de verwijzing naar de taalkundige betekenis van het woord "belastingschade" (...) aan de Gemeente geen baat kan brengen'. Anders dan de Rechtbank achtte het Hof de term 'belastingschade' wel een voor misverstand vatbare uitdrukking. Dit zo zijnde, is er slechts reden voor toerekening van het misverstand aan Erckens indien 'Erckens c.s. door uitlatingen hunnerzijds bij de Gemeente het gerechtvaardigd vertrouwen hebben gewekt, dat zij het begrip "belastingschade" hebben opgevat in de door de Gemeente bedoelde zin' (mini-schade). Nu het vertrouwensbeginsel geen grond biedt voor de toerekening van het misverstand aan Erckens, pleiten de beide andere beginselen met te meer kracht voor het oordeel: géén overeenkomst. Het autonomie-beginsel omdat bij het wel aannemen van contractuele gebondenheid ondanks het misverstand, in ieder geval één der partijen wordt belast met rechtsgevolgen die hij in werkelijkheid niet wilde. Het causa-beginsel omdat het misverstand een punt betrof dat voor partijen 'de eigenlijke grond' voor het sluiten van de overeenkomst vormde. 'Dat alleszins aannemelijk is, dat Erckens c.s. de koop-overeenkomst niet zouden hebben gesloten, indien hun bij de ondertekening van de aktes duidelijk was geweest, dat tussen partijen op dit onderdeel van de transactie een misverstand aanwezig was'.

De Hoge Raad

Aan het woord is thans de Hoge Raad:

'dat immers, indien partijen die een overeenkomst wensen te sluiten, daarin een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen, die zij elk in verschillende zin hebben opgevat, het antwoord op de vraag of al dan niet een overeenkomst tot stand is gekomen, in beginsel afhangt van wat beide partijen over en weer hebben verklaard en uit elkaars verklaringen en gedragingen, overeenkomstig de zin die zij daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mochten toekennen, hebben afgeleid'.

Puntsgewijs:

1. 'De vraag of *al dan niet* een overeenkomst tot stand is gekomen'. De mogelijkheid bestaat dat het misverstand verhindert, dat een overeen-

komst tot stand komt. Acte de présence van het autonomie-beginsel. Het misverstand kan van dien aard zijn dat de kloof niet met behulp van het vertrouwensbeginsel kan worden overbrugd. Met name zal dit het geval zijn wanneer het misverstand aan beide partijen in gelijke mate kan worden toegerekend of juist aan geen van beide partijen kan worden toegerekend (zie hiervóór blz. 86). In die situaties overweegt het autonomie-beginsel. Het ontbreken van consensus wordt hier niet gedekt door gerechtvaardigd vertrouwen van één der partijen.

2. 'Het antwoord op die vraag hangt af van wat beide partijen *over en weer* hebben verklaard ...'. Het keurslijf van het nolens-fidensschema wordt verlaten. In de misverstandssituatie wordt met die rolverdeling de werkelijkheid geweld aangedaan. Beide partijen zijn in die situatie zowel nolens als fidens (zie blz. 81 e.v.).
3. 'Overeenkomstig *de zin* die zij daaraan *in de gegeven omstandigheden* redelijkerwijze mochten toekennen'. De zin van een uitdrukking wordt niet slechts bepaald door semantische regels, maar tevens door contextuele (pragmatische) factoren. Een aantal van deze 'toerekeningsmomenten' wordt door de Hoge Raad opgesomd:

'dat daarbij onder meer een rol kan spelen'

- a. of de betekenis waarin de ene partij de uitdrukking heeft opgevat meer voor de hand lag dan die waarin de ander haar heeft opgevat.
- b. of, indien deze uitdrukking een vaststaande technische betekenis heeft, de partij die van deze betekenis is uitgegaan, mocht verwachten dat ook de andere partij deze betekenis zou kennen.
- c. of de andere partij zich had voorzien van deskundige bijstand en de wederpartij mocht verwachten dat deze die betekenis kende en die andere partij daaromtrent voorlichtte.
- d. of één der door partijen aan de uitdrukking gehechte betekenissen zou leiden tot een resultaat dat met hetgeen partijen met de overeenkomst beoogden minder goed zou zijn te rijmen'.

Dit lijstje verraaft inspiratie door het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel. Het vertrouwensbeginsel vormt de achtergrond van de factoren a, b en c. Het laatste toerekeningsmoment (d) is ingegeven door het causa-beginsel. Het doel van de overeenkomst is van invloed op de betekenis die aan de voor misverstand vatbare uitdrukking gehecht moet worden (zie hiervóór blz. 87 e.v.)

Tenslotte nog een enkele opmerking over de status van deze toerekeningsmomenten. Scholten stelt in zijn noot onder het arrest in de Nederlandse Jurisprudentie¹⁶⁹ de vraag of het 'regels' zijn. Hij is kritisch gestemd ten aanzien van hun waarde en vraagt zich af 'of ze, als regels, eigenlijk wel enige betekenis hebben'. Een ding is zeker: regels zijn het niet. Wat het wel zijn, wordt door Scholten zelf exact omschreven: 'het zijn slechts gezichtspunten van belang voor de motivering'. De Hoge Raad formuleert enige aanwijzingen voor het oplossen van een probleem (hier. komt in geval van misverstand al dan niet een overeenkomst tot stand?). Het zijn weliswaar geen rechtsregels, daarvoor missen zij het typische profiel: de koppeling van rechtsgevolgen aan

169 NJ 1977, 241.

een of meer voorwaarden, maar zij vallen wel degelijk binnen het bereik van het cassatie-zwaard. Op straffe van cassatie moeten zij, voor zover in de procedure aan de orde, worden besproken:

‘Dat het Hof dit een en ander in zijn oordeel had behoren te betrekken en het arrest, nu het Hof dit niet heeft gedaan, niet in stand kan blijven’.

8. DRIE BEGINSELEN VAN DWALING

Overzicht van het betoog

Drie beginselen van contractenrecht vormen het antwoord op de vraag waarom, en wanneer, een overeenkomst aantastbaar is wegens dwaling. Dit is de kern van dit onderdeel. In geïsoleerde vorm zijn deze beginselen stellig te traceren in de bestaande literatuur over het dwalingsvraagstuk; op hun onderlinge verband zal hier de nadruk komen te liggen. Vervolgens wordt vanuit deze drie beginselen een vergelijking beproefd tussen het NBW en de huidige rechtspraak op het terrein van de dwaling.

Inleiding

Wisman koopt van Booij (handelaar in draglines en kranen) een 20-tons mobiele kraan op F.W.D. chassis. Tijdens de onderhandelingen voorafgaande aan de koop heeft Wisman aan Booij medegedeeld, dat het hem te doen is om een kraan, geschikt voor lossing van schepen op plaatsen als bijvoorbeeld Leeuwarden, Sneek, Drachten, Groningen enz., een zelfrijdende kraan met kentekenbewijs derhalve. Booij heeft daarop verklaard, dat voor deze kraan zeker een kentekenbewijs zou worden afgegeven. Na het sluiten van de koopovereenkomst blijkt dat in verband met afmeting en gewicht van de kraan geen kentekenbewijs zal worden afgegeven. Wisman vordert vernietiging van de koopovereenkomst wegens dwaling. Zijn vordering wordt toegewezen.

Hoe is dit te verklaren? Waarom is het redelijk dat onder invloed van dwaling gesloten overeenkomsten vernietigbaar zijn? Drie goede redenen zijn daarvoor aan te geven.

1. De vernietigbaarheid vloeit voort uit het autonomie-beginsel. Wisman is bij zijn besluitvorming, die is geëindigd in de conclusie: ik koop deze kraan, uitgegaan van een onjuiste premisse: voor deze kraan wordt een kentekenbewijs afgegeven. Iemand die niet in staat is de draagwijdte van zijn verklaringen te overzien kan in beginsel opkomen tegen de door hem verrichte rechtshandelingen. Een rechtssysteem dat dit als beginsel erkent zal (in beginsel) een vergelijkbare aantastingsmogelijkheid toekennen aan degenen die tot zijn verklaring is gekomen op basis van een onjuiste voorstelling van zaken. Erkenning van de autonomie vergt, dat rekening wordt gehouden met gebreken in de besluitvorming.

2. De vernietigbaarheid vloeit voort uit het vertrouwensbeginsel. Wisman vertrouwt er op, dat een kentekenbewijs zal worden afgegeven. Bovendien is zijn

vertrouwen gewekt door toedoen van Booij. Het zijn Booij's mededelingen waarop Wismans vertrouwen is gebaseerd. Nu Wismans gerechtvaardigd vertrouwen niet in positieve vorm kan worden gehonoreerd (verkrijging van een kentekenbewijs voor de gekochte kraan) is het redelijk zijn vertrouwen in negatieve vorm te beschermen: vernietiging van de koopovereenkomst met vergoeding van het negatief belang 'indien daartoe gronden zijn' (art. 1489 BW).

3. De vernietigbaarheid vloeit voort uit het causa-beginsel. Het doel van de overeenkomst is de verkrijging van een zelfrijdende kraan met kentekenbewijs. Dit doel is met behulp van deze overeenkomst nimmer bereikbaar. Aantastbaarheid van de overeenkomst ligt in de rede. Cessante ratiōe, cessat contractus.

De dwalingsgronden in de literatuur

Wismans wil is gevormd onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken. Door toedoen van Booij is bij Wisman het vertrouwen gewekt, dat hij een kentekenbewijs zou verkrijgen. Het doel van de overeenkomst was reeds aanstonds niet voor verwezenlijking vatbaar. Drie goede redenen om Wisman in staat te stellen zich te bevrijden van zijn contractuele banden. In deze drie richtingen wordt, ook in de moderne literatuur¹⁷⁰, de rechtvaardiging van de vernietigbaarheid wegens dwaling gezocht. De beide courante handboeken, Asser-Rutten¹⁷¹ en Hofmann-Abas¹⁷², verankeren de dwalingsregeling in het autonomie-beginsel. 'De wilsvorming van een der partijen is tengevolge van een valse voorstelling tot stand gekomen, op gebrekkige wijze derhalve: men heeft hier te doen met een *wilsgebrek*'.¹⁷³

Tegen deze traditionele benadering is verzet gerezen. Meijers¹⁷⁴, De Grooth¹⁷⁵ en Van Dunné¹⁷⁶ hebben de grondslag van de dwalingsregeling gezocht in het vertrouwen van de dwalende, althans voor zover opgewekt door diens wederpartij. Let wel: het gaat hier om het redelijke vertrouwen *van de dwalende*. Hierin zoeken zij de *rechtvaardiging* van de vernietigbaarheid. Daarnaast is er uiteraard het vertrouwen *van de wederpartij* dat het dwalingsberoep *beperkt*. Indien hij redelijkerwijs niet kon weten, dat de eigenschappen waaromtrent werd gedwaald essentieel waren voor de dwalende, strandt diens beroep op dwaling. Wij kiezen De Grooth als woordvoerder:

'Zij (de dwalende partijen) worden niet beschermd, *omdat* zij gedwaald hebben, omdat zich bij hen een "wilsgebrek" voordeed: zij worden ontheven van hun aangegane verplichtingen,

170. Een historisch opgezet 'grondslagenonderzoek' is verricht door Lokin, J.H.A. Lokin, Enige beschouwingen omtrent de grond der dwalingsregeling bij verbintenisscheppende overeenkomsten, proefschrift Groningen 1973.

171. Asser-Rutten II, blz. 104.

172. Hofmann-Abas, blz. 75.

173. Asser-Rutten II, blz. 104.

174. WPNR 2749 2752, VPO III, 106 e v

175. Preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1948.

176. WPNR 4978-4981.

omdat zij rekenden en mochten rekenen op het aanwezig zijn van de eigenschappen en omstandigheden, die de wederpartij had gegarandeerd, c q waaromtrent deze de aanwezigheid had bevestigd. Omdat zij door toedoen van de wederpartij een onjuiste voorstelling van zaken kregen, contracteerden zij, gingen zij op de schijn af, blijkens hun dwaling. Maar het is de schijn, toe te rekenen aan de wederpartij, die de grond is voor de bescherming, niet de dwaling zelve'.¹⁷⁷

Het gerechtvaardigde vertrouwen van de dwalende die door toedoen van zijn wederpartij rekende en mocht rekenen op de aanwezigheid van bepaalde eigenschappen en omstandigheden, is dat wellicht het fundament waarop een moderne dwalingsregeling moet worden opgetrokken?

Volgens Lokin¹⁷⁸ is dat niet het geval. Zijn bezwaren tegen het door de wederpartij opgewekt vertrouwen als grondslag voor de dwalingsregeling zijn geïnspireerd door overwegingen van historische aard: aldus vervagen de grenzen tussen de romeinsrechtelijke figuren *error* en *dolus*. Als zijn alternatief, als de grond der dwalingsregeling proclameert Lokin¹⁷⁹ *'de onmiddellijk onmogelijke uitvoering der overeenkomst'*. Wat is de reden dat Wisman de koopovereenkomst kan doen vernietigen? De eigenlijke grond voor de vernietigbaarheid van de overeenkomst is gelegen in haar tegenstrijdige doel. Enerzijds is zij gericht op de levering van *deze* kraan, anderzijds op de levering van een kraan waarvoor een kentekenbewijs wordt afgegeven. Dit innerlijk tegenstrijdige doel is onbereikbaar. En dit moet leiden tot de aantastbaarheid van de overeenkomst, immers *impossibile nulla obligatio*.

Drie beginselen

Nogmaals: waarom kan Wisman de koopovereenkomst doen vernietigen? Omdat zijn wil op gebrekkige wijze is gevormd (Rutten, Abas), omdat door mededelingen van Booy bij Wisman gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt (Meijers, De Grooth, Van Dunne), omdat de overeenkomst is gericht op een onbereikbaar doel (Lokin).

Stuiten we hier op een reële 'grondslagenstrijd', een strijd die ten gunste van één, en ten koste van beide andere richtingen moet worden beslecht? Geenszins! De aangevoerde dwalingsgronden zijn alle drie even waardevol. Onjuist aan de verschillende standpunten is slechts de Archimedische pretentie waarmee ze worden gepresenteerd. Onjuist is het wanneer één gezichtspunt naar voren wordt geschoven als de *eigenlijke* grond van de dwalingsregeling, als het fundament waarop het gehele dwalingsgebouw steunt. De positiefrechtelijke regeling van de dwaling, met name de huidige en de NBW-regeling, rust op drie pijlers: een gebrek in de besluitvorming, gerechtvaardigd vertrouwen bij de dwalende en een doel dat met behulp van de gesloten overeenkomst niet kan worden bereikt. Zo wordt de structuur van de dwalingsregeling (zowel van de huidige als van de NBW-regeling) gevormd door drie beginselen: het autonomie-beginsel, het vertrouwensbeginsel en het causa-beginsel.

177. Praedvies Broederschap der Candidaat Notarissen 1948 blz. 61.

178. Lokin 1973, hoofdstuk VII.

179. Lokin 1973, hoofdstuk IX.

Ieder rechtsstelsel dat een *dwalings*regeling kent, geeft reeds daarmee aan, dat het op dat stuk in meerdere of mindere mate wordt geleid door het autonomie-beginsel. Immers, de keuze überhaupt rechtsgevolg te verbinden aan een onjuiste voorstelling van zaken bij het verrichten van rechtshandelingen impliceert reeds een inspiratie door het autonomie-beginsel. Het is heel wel denkbaar dat een rechtssysteem de onjuiste voorstelling van zaken bij de totstandkoming van rechtshandelingen volstrekt irrelevant acht. Wordt die relevantie echter wèl erkend dan is daarmee de brug naar het autonomie-beginsel geslagen.

Maar onbegrensde autonomie leidt tot grenzeloze chaos. Zou iedere onjuiste voorstelling van zaken aanleiding geven tot de vernietiging van de overeenkomst dan zou dit het spoedige einde van het contractsfenomeen betekenen. Begrenzing is nodig, en nodig in twee richtingen. Slechts dwalingen die betreffen een 'verschoonbaar gebrek aan onzekerheid', dwalingen derhalve die gepaard gaan met 'gerechtvaardigd vertrouwen' verdienen te worden gehonoreerd. Wie behoorde te twifelen kan zich niet op dwaling beroepen.¹⁸⁰ Hier treedt de rol van het vertrouwensbeginsel aan het licht.

Nog in een tweede opzicht dienen de onjuiste voorstellingen die aanleiding geven tot een geslaagde vordering tot vernietiging te worden ingeperkt. Slechts dwalingen die betrekking hebben op de 'zelfstandigheid der zaak' komen in aanmerking. In de woorden van de Hoge Raad: de onjuiste voorstelling moet betrekking hebben op eigenschappen of omstandigheden die '*den eigenlijken grond* voor het aangaan van de overeenkomst opleveren'.¹⁸¹ Hier klinkt het bekende geluid van het causa-beginsel.

Eigenschappen of omstandigheden die '*den eigenlijken grond voor het aangaan van de overeenkomst opleveren, hetgeen aan de wederpartij bekend was*'. Het causa-beginsel beperkt het autonomie-beginsel door slechts gevolg te verbinden aan een dwaling die betrekking heeft op de 'eigenlijke grond' voor het sluiten van de overeenkomst. Die beperking wordt nog versterkt door het vertrouwensbeginsel. Betreft het een 'eigenlijke grond' die de wederpartij niet kende en redelijkerwijs niet behoeft te kennen dan strandt hierop een beroep op dwaling. Ook het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij wordt beschermd. Slechts tegen een wederpartij die begreep, althans behoorde te begrijpen, dat de eigenschappen waaromtrent werd gedwaald essentieel waren, heeft een beroep op dwaling succes.

Aldus verlenen de drie beginselen het dwalingsleerstuk de volgende structuur. Uitgangspunt is en blijft het autonomie-beginsel. In hoeverre moet rechtsgevolg worden verbonden aan een onjuiste voorstelling van zaken bij het verrichten van rechtshandelingen? Dit is en blijft de centrale vraag. Het causa-beginsel stuurt het antwoord in een bepaalde richting: in ieder geval dient slechts relevant te zijn een dwaling die betrekking heeft op de 'eigenlijke grond' van de rechtshandeling. Het vertrouwensbeginsel concretiseert het antwoord nog nader. Het beperkt in twee richtingen het beroep op een onjuiste voorstelling van zaken en daarmee het beroep op het autonomie-beginsel. In het verlengde van het causa-beginsel beschermt het vertrouwensbeginsel het

180. H. Drion, preadvies Broederschap der Candidaat-Notarissen 1972, blz. 45.

181. IIR 5 november 1936, NJ 1937, 439.

gerechtvaardigde vertrouwen van de *wederparty* doordat dwaling omtrent een hem onbekende 'causa' (de eigenlijke grond) niet tot vernietigbaarheid leidt. Aan de kant van de *dwalende* werkt het vertrouwensbeginsel aldus, dat het beroep op dwaling slechts toekomt aan hem die redelijkerwijs mocht vertrouwen op de aanwezigheid van de eigenschappen en omstandigheden die voor hem de 'eigenlijke grond' van de door hem verrichte rechtshandeling vormden. Thans is aan de orde de profilering van deze driehoeksverhouding in de beginselen van het dwalingsleerstuk, zowel ten aanzien van de rechtspraak als ten aanzien van het NBW.

De relatie tussen het autonomie-beginsel en het causa-beginsel

'Een overeenkomst die is tot stand gekomen onder invloed van dwaling en bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten, is vernietigbaar' (art 6.5.2.11 NBW). Twee vliegen in een klap. Uitgangspunt ook van het ontwerp is de onjuiste voorstelling van zaken bij het sluiten van overeenkomsten die in beginsel tot vernietigbaarheid moet leiden. De dwaling blijft verankerd in het autonomie-beginsel. In dit artikel is bovendien 'de eis verwerkt van *causaal verband* tussen de dwaling en het aangaan van de overeenkomst'¹⁸². Vernietigbaar is de overeenkomst slechts als zij zonder de onjuiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten. Met andere woorden: de dwaling moet de totstandkoming van de overeenkomst hebben 'veroorzaakt'. De onjuiste voorstelling van zaken moet als 'oorzaak' van de contractssluiting kunnen gelden. Hoe verhoudt zich dit vereiste van *causaal verband* (de dwaling moet de oorzaak van het totstandkomen van de overeenkomst *zijn*) tot de traditionele eis dat de dwaling de zelfstandigheid der zaak (de eigenlijke grond) moet *betreffen*?

Op het eerste gezicht een wereld van verschil. In het eerste geval lijken we te stuiten op een *condicio sine qua non*: vereist is dat zonder de dwaling de overeenkomst niet zou zijn tot stand gekomen. In het tweede geval lijkt de dwaling te zijn gerelateerd aan een 'doeloorzaak' (*causa finalis*): de dwaling moet betrekking hebben op omstandigheden die de eigenlijke grond voor het sluiten van de overeenkomst vormen. In het eerste geval *is* de dwaling de oorzaak van de overeenkomst. In het tweede geval *heeft* de dwaling *betrekking op* de oorzaak van de overeenkomst. Bestaat er verband tussen beide causale relaties? Hoe verhoudt zich de eis, dat de overeenkomst zonder de dwaling niet zou zijn gesloten (art 6.5.2.11 NBW) tot de eis, dat de dwaling betrekking heeft op de zelfstandigheid der zaak (art 1358 BW)? Alvorens een antwoord te formuleren, eerst dit: hoe hanteert de rechtspraak de eis dat de dwaling de zelfstandigheid der zaak moet betreffen?

Mevrouw Neys sluit met Van Erp een borgtochtsovereenkomst waarbij zij zich borg stelt ten behoeve van haar schoonzoon. Het doel van de borgstelling is te voorkomen, dat haar schoonzoon failliet zal worden verklaard. Bij het sluiten van de borgtochtsovereenkomst is Mevrouw Neys uitgegaan van een onjuiste voorstelling van zaken, namelijk de veronderstel-

182. Memoire van antwoord blz. 207.

ling dat Van Erp de enige crediteur van haar schoonzoon is. Bovendien is haar vertrouwen op dit punt gewekt door mededelingen van Van Erp.¹⁸³

Is hier sprake van een dwaling omtrent de zelfstandigheid der zaak? De Hoge Raad overweegt dienaangaande, dat mevrouw Neys 'die overeenkomst van borgtocht dan ook zeker *niet zou hebben gesloten*, zoo zij geweten had (.) dat van de vordering van f 185.000,— een bedrag van f 110.000,— in andere handen dan die van Van Erp was gekomen en dat zij dientengevolge *met hare verbintenis haar doel niet bereikte* en haar schoonzoon in weerwil van haar borgtocht aan het gevaar van faillissement bleef blootgesteld, dat onder die omstandigheden de onjuiste voorstelling bij partij Neys (.) terecht is aangemerkt als eene dwaling omtrent de zelfstandigheid der zaak' (cursivering niet in het origineel).

De dwaling van mevrouw Neys heeft betrekking op het doel van de borgstelling 'zoo zij geweten had (.) dat zij met hare verbintenis haar doel niet bereikte'. Doel van de overeenkomst is te voorkomen, dat haar schoonzoon failliet wordt verklaard. Dit doel is met behulp van deze overeenkomst niet te bereiken. Haar onjuiste voorstelling omtrent de bereikbaarheid van het doel is aldus een dwaling met betrekking tot de oorzaak van de overeenkomst. Oorzaak hier begrepen als doelloorzaak. 'Zoo zij geweten had (.) dat zij met hare verbintenis haar doel niet bereikte, zou zij die overeenkomst van borgtocht dan ook zeker niet hebben gesloten'. Er is causaal verband tussen de dwaling en de totstandkoming van de overeenkomst. De dwaling is de oorzaak van het totstandkomen van de borgtochtsovereenkomst. Oorzaak hier begrepen als *condicio sine qua non*.

Maar wat valt nu op? De conclusie, dat de dwaling heeft geleid tot het totstandkomen van de overeenkomst (*sine qua non*-verband) wordt door de Hoge Raad *afgeleid* uit de constatering, dat de dwaling betrekking had op de bereikbaarheid van het doel (de *causa finalis*). De vraag naar het causale verband tussen dwaling en contractssluiting (zou het contract ook bij een juiste voorstelling van zaken zijn gesloten?) lost zich op in de vraag of de dwaling betrekking had op omstandigheden die de eigenlijke grond voor de contractssluiting vormden. En omgekeerd! Beide vraagstellingen zijn onderling volledig uitwisselbaar. Aan de constatering, dat de dwaling betrekking heeft op *essentieele* omstandigheden kan de conclusie worden verbonden, dat het contract bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten. Dit is de denkgang waarvan het ontwerp uitgaat. Maar evenzeer kan omgekeerd de omstandigheid, dat bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst niet zou zijn gesloten, leiden tot de slotsom, dat de dwaling betrekking heeft op de zelfstandigheid der zaak (essentieële eigenschappen en omstandigheden). Deze benadering ligt, gezien de tekst van art. 1358 BW, voor het huidige recht meer voor de hand.¹⁸⁴ Materieel verschul is hier overigens niet in het spel.

Ook de onderlinge herleidbaarheid van beide causale relaties (de relatie tussen de dwaling en de sluiting van de overeenkomst en de relatie tussen de

183 HR 30 mei 1924, NJ 1924, 835.

184 Zie de uitwerking van het begrip 'de zelfstandigheid der zaak' bij Asser-Rutten II, blz. 108 en bij Hofmann-Abas, blz. 79.

dwaling en het doel van de overeenkomst) kan geen langdurige verbazing wekken. Het zich contractueel verbinden is een *doelgerichte* activiteit. Wisman verbindt zich *ter* verkrijging van een kraan met kentekenbewijs, mevrouw Neijs stelt zich borg *ter* voorkoming van het faillissement van haar schoonzoon. Het ligt voor de hand, dat een juist inzicht in de onbereikbaarheid van het doel hen van contractssluiting zou hebben afgehouden. Hun dwaling omtrent de bereikbaarheid van hun doel kan gevoeglijk worden aangemerkt als de oorzaak van het aangaan van de overeenkomst. Omgekeerd kan, wanneer aan nemelijk is, dat zij bij een juist inzicht het contract niet zouden hebben gesloten, daaruit worden afgeleid, dat hun dwaling blijkbaar betrekking had op omstandigheden die voor hen het doel van de door hen gesloten overeenkomst vormden. Hoe dan ook het *causa*-beginsel blijft de dwalingsregeling beheersen. Slechts een onjuiste voorstelling van zaken die betrekking heeft op hetgeen de dwalende met behulp van de overeenkomst beoogt te bewerken, kan leiden tot een geslaagd beroep op dwaling. Of dit uitgangspunt wordt gerealiseerd door causaal verband te eisen tussen de dwaling en de contractssluiting, zoals in het ontwerp gebeurt, dan wel door te bepalen, dat de dwaling betrekking dient te hebben op de zelfstandigheid der zaak (art. 1358 BW) is, zoals gezien, een kwestie van vorm, niet van inhoud.

De rol van het vertrouwensbeginsel

Vertrouwen verdient bescherming. Maar alleen *gerechtvaardigd* vertrouwen. Binnen de dwalingsregeling treedt dit beginsel aan de oppervlakte in de traditionele vereisten van kenbaarheid en verschoonbaarheid. Het vertrouwen van de *wederpartij* wordt beschermd doordat hij een beroep op dwaling kan afweeren wanneer hij redelijkerwijs niet kon weten, dat de omstandigheden waaromtrent werd gedwaald voor de ander van doorslaggevende betekenis waren. Een voor de wederpartij niet kenbare verwachting van de dwalende kan aan de eerste niet worden tegengeworpen (de kenbaarheidseis) ¹⁸⁵. Slechts het *gerechtvaardigde* vertrouwen van de *dwalende* wordt beschermd doordat voor het slagen van een beroep op dwaling vereist is, dat hij binnen redelijke grenzen maatregelen neemt om te voorkomen, dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft (de verschoonbaarheidseis) ¹⁸⁶.

Een onjuiste voorstelling van zaken die van zodanig gewicht is dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten leidt in beginsel tot vernietigbaarheid van de betreffende overeenkomst. Dit is het uitgangspunt van het NBW (art. 6.5 2.11 aanhef). Het vertrouwensbeginsel is hiernog niet aan bod gekomen. Om dit beginsel te honoreren beperkt het NBW het dwalingsberoep tot drie situaties waarin het vertrouwensbeginsel heel duidelijk doorklinkt.

- a Indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst ook zonder deze inlichting zou worden gesloten.

185 Vgl. bijvoorbeeld HR 5 november 1936, NJ 1937 439.

186. Vgl. IIR 21 januari 1966, NJ 1966, 183.

Het vertrouwen van de dwalende wordt hier gerechtvaardigd door de omstandigheid, dat het is opgewekt door *mededelingen* van de wederpartij. De bescherming van dit vertrouwen wordt begrensd door het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij, namelijk indien deze mocht vertrouwen, dat ook zonder de door hem veroorzaakte dwaling de overeenkomst zou zijn gesloten. Anders geformuleerd: indien hij geen rekening behoeft te houden met het causale verband tussen de door hem opgewekte dwaling en de contractssluiting.

- b. Indien de wederpartij in verband met hetgeen zij omtrent de dwaling wist of behoorde te weten, de dwalende had behoren in te lichten.

Het vertrouwen van de dwalende wordt hier gerechtvaardigd door de omstandigheid dat het is opgewekt door *ongeoorloofd zwijgen* van de wederpartij. Ook hier vindt de bescherming van het vertrouwen van de dwalende haar grens in het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij. Indien deze geen reden had aan te nemen dat inlichtingen zijnerzijds de ander van contractssluiting zouden hebben afgehouden, zal een beroep op dwaling stranden. In dit laatste geval is er immers geen sprake van 'behoren in te lichten'.¹⁸⁷

- c. Indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst van dezelfde onjuiste veronderstelling als de dwalende is uitgegaan, tenzij zij ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden.

Deze bepaling opent de mogelijkheid een vordering tot vernietiging in te stellen in geval van wederzijdse dwaling, namelijk de situatie dat beide partijen hetzelfde vertrouwen hebben gekoesterd ten aanzien van de aanwezigheid van bepaalde eigenschappen of omstandigheden die niet aanwezig blijken. De bescherming van het vertrouwen van de dwalende wordt hier wederom begrensd door het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij. Het beroep op dwaling zal worden afgewezen indien de wederpartij, 'ook bij een juiste voorstelling van zaken niet had behoeven te begrijpen dat de dwalende daardoor (dat wil zeggen een juiste voorstelling van zaken) van het sluiten van de overeenkomst zou worden afgehouden'.

Het NBW vergeleken met de huidige rechtspraak

Hoe verhouden zich de in het ontwerp geformuleerde regels tot de regels die de rechtspraak hanteert? In de situatie genoemd onder a (de dwaling is te wijten aan een inlichting van de wederpartij) zal ook thans een beroep op dwaling slagen. De wederpartij kan niet met succes, ter afwering van een beroep op dwaling, aanvoeren, dat ten onrechte op de juistheid van haar mededelingen is vertrouwd (HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183; Booi/Wisman). Ook in situatie b (de dwaling is te wijten aan een ongeoorloofd zwijgen

187. Aldus de memorie van antwoord, blz 209

van de wederpartij) is reeds thans een beroep op dwaling mogelijk: 'wanneer een partij vóór de totstandkoming van een overeenkomst aan de wederpartij bepaalde inlichtingen had behoren te geven ten einde te voorkomen dat de wederpartij zich omtrent het betreffende punt een onjuiste voorstelling zou maken, zal de goede trouw er zich in het algemeen tegen verzetten dat de wederpartij ter afwering van een beroep op dwaling aanvoert dat de wederpartij het ontstaan van de dwaling mede aan zichzelf heeft te wijten' (HR 30 november 1973, NJ 1974, 97; Van der Beek/Van Dartel). Ook situatie c tenslotte (er is sprake van wederzijdse dwaling) rechtvaardigt naar huidig recht een beroep op dwaling. Zie bijvoorbeeld HR 3 november 1972, NJ 1973, 37; Van Smeden/Christelijk Onderwijs. (Beide partijen gingen uit van de onjuiste veronderstelling, dat Van Smeden door een nevenbetrekking te aanvaarden er in salaris op zou vooruitgaan).

Tot zover weinig nieuws. Het NBW clauseleert nog de mogelijkheid van een beroep op dwaling in de genoemde situaties. Het dwalingsberoep strandt indien de wederpartij mocht aannemen dat de dwalende ook bij een juiste voorstelling van zaken de overeenkomst zou hebben gesloten. Is dit wellicht nieuws? Zoals gezien, wordt het causa-beginsel op twee manieren verwerkt. Manieren die weliswaar qua vorm verschillen maar die inhoudelijk volledig uitwisselbaar zijn. In het huidige recht wordt geëist, dat de dwaling betrekking heeft op de zelfstandigheid der zaak, dat is de eigenlijke grond voor het sluiten van de overeenkomst (art. 1358). In het ontwerp wordt hetzelfde uitgangspunt gerealiseerd door de eis van causaal verband. Het moet vaststaan dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten (art. 6.5.2.11). De kenbaarheidseis is als uitvloeisel van het vertrouwensbeginsel gerelateerd aan het causa-beginsel. Een dwaling omtrent een aan de wederpartij niet-kenbare 'causa' kan aan deze niet worden tegengeworpen. Het ligt voor de hand, dat het verschil in uitwerking van het causa-beginsel doorwerkt in de vormgeving van de kenbaarheidseis. Volstrekt consequent koppelt het huidige recht het vereiste van kenbaarheid aan 'de zelfstandigheid der zaak. De dwaling moet betrekking hebben op 'die eigenschappen van de zaak', welke voor de partij, die zich op dwaling beroept den eigenlijken grond voor het aangaan der overeenkomst, opleveren, *hetgeen aan de wederpartij bekend was*'.¹⁸⁸ Evenzeer consequent verbindt het NBW de kenbaarheid aan het vereiste causale verband tussen de dwaling en de totstandkoming van de overeenkomst. Een beroep op dwaling is gedoemd te mislukken indien de wederpartij mocht aannemen dat de overeenkomst ook bij een juiste voorstelling van zaken zou zijn gesloten.¹⁸⁹ Ook hier geen breuk met de huidige praktijk.

Nergens vinden we in de tekst van het ontwerp uitdrukkelijk bepaald, dat de dwaling verschoonbaar moet zijn. Ook niet een bepaling die verwant is aan de formulering van de Hoge Raad 'dat voor degenen die overweegt een overeenkomst aan te gaan, tegenover de wederpartij een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder de invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft'.¹⁹⁰

188. IIR 5 november 1936, NJ 1937, 439.

189. Vgl. memorie van antwoord, blz. 209.

190. HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183.

Betekent dit wellicht een revolutie ten opzichte van het geldende recht? Hierover drie opmerkingen. In de eerste plaats dient bedacht te worden, dat in ieder geval de in het NBW geregelde situaties a en b geen wijziging ten opzichte van het huidige recht inhouden. Indien de dwaling is opgewekt door mededelingen of ongeoorloofd zwijgen van de wederpartij kan deze ook thans niet een beroep op dwaling afweren met de stelling, dat de ander door enig onderzoek zijn dwaling had kunnen voorkomen.¹⁹¹ In de tweede plaats vervult het verschoonbaarheidsvereiste naast de kenbaarheidseis nauwelijks een autonome rol. In de gevallen dat we geneigd zijn de dwaling als onverschoonbaar te kwalificeren, namelijk indien een eenvoudig onderzoek de afwezigheid van de aanwezig geachte eigenschappen zou hebben aangetoond, zal dit in de regel tevens inhouden dat de wederpartij mocht aannemen, dat de betreffende eigenschappen blijkbaar niet van doorslaggevende betekenis waren.¹⁹² In de derde plaats heeft het NBW onder de dwalingsregeling een vangnet gespannen. 'De vernietiging kan niet worden gegrond op een dwaling () die in verband met (.) de omstandigheden van het geval voor rekening van de dwalende behoort te blijven' (art. 6:52, 11 lid 2). Deze bepaling biedt de rechter voldoende ruimte om ook in de toekomst het dwalingsberoep af te wijzen wegens onverschoonbaarheid. Hij zal in dat geval oordelen, dat 'in verband met de omstandigheden van het geval' deze aan eigen schuld te wijten dwaling voor rekening van de dwalende dient te blijven.

Art. 6:52, 11 lid 2 maakt het mogelijk de dwaling *voor rekening* van de dwalende te laten. Hoe valt een dergelijke bepaling in te passen in het kader dat wordt gevormd door de drie beginselen van contractenrecht? We stuiten hier wederom op de reeds gesignaleerde (blz. 8 e v.) reflexwerking van het autonomie-beginsel. Keerzijde van de contractuele autonomie is de aansprakelijkheid voor storingen in het contractsmechanisme die aan een der partijen toegerekend kunnen worden. Ligt de onjuiste voorstelling van zaken meer in de schuld- en risico-sfeer van de dwalende dan van de wederpartij, dan is het redelijk een beroep op dwaling af te wijzen.

Het vertrouwensbeginsel bij dwaling, relativering en weegschaalstructuur

Dwaling als een verschoonbaar gebrek aan onzekerheid, als gerechtvaardigd vertrouwen, dat is één van de gestalten waaronder dit leerstuk zich vertoont. Maar het vertrouwen van *beide* partijen is hier in het geding. Het gerechtvaardigde vertrouwen van de dwalende, dat bepaalde eigenschappen aanwezig zijn en het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij, dat die eigenschappen voor de ander niet van doorslaggevende betekenis zijn. Het eerste is een noodzakelijke voorwaarde voor het slagen van een beroep op dwaling, het tweede voldoende voorwaarde voor de afwijzing ervan. De omstandigheid, dat het gaat om het vertrouwen van *beide contractanten* heeft geleid tot een 'relativering' van de vraag of sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen. Die vraag luidt

¹⁹¹ Vgl. HR 21 januari 1966, NJ 1966, 183 en HR 30 november 1973, NJ 1974, 97.

¹⁹² Van Brakel 1948, blz. 396 en H. Drion, WPNR 4829, blz. 429.

heel nadrukkelijk niet: is het vertrouwen gerechtvaardigd? Maar: is het vertrouwen van de één gerechtvaardigd *in zijn verhouding tot de ander*? Men stelle zich niet de vraag of kopers er op mogen vertrouwen, dat voor een kraan van een bepaald type een kentekenbewijs zal worden afgegeven. De vraag dient te luiden: mocht Wisman in zijn verhouding tot Booij daarop vertrouwen? De vraag is niet of een verkoper van een bos mag aannemen dat het de koper te doen is om het bos en niet om de bomen. De vraag is of deze verkoper dat mocht aannemen in relatie tot deze koper.

Hoe is deze relativering in het vat gegoten? De rechtspraak bereikt dit, gelijk bekend, door de relaties tussen de beide (pre-)contractanten te bestemmen als 'een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding': 'dat immers partijen, door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, *tot elkaar komen te staan* in een bijzondere, door de goede trouw beheerste rechtsverhouding, medebrengende, dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij; dat dit onder meer medebrengt, dat voor degene die overweegt een overeenkomst aan te gaan, *tegenover de wederpartij* een gehoudenheid bestaat om binnen redelijke grenzen maatregelen te nemen om te voorkomen dat hij onder den invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft'.¹⁹³ (cursivering niet in het origineel)

De relativering van het voor dwaling vereiste vertrouwen is met behulp van het wachtwoord 'goede trouw' exact gelocaliseerd. De functie van de goede trouw als instrument bij het rechterlijk oordeel is immers met name gelegen in de 'relativering' van dat oordeel. Wat mogen A en B *van elkaar* verwachten? Dat is de grondvorm van het goede trouw oordeel. In het NBW ontbreekt een uitdrukkelijke verwijzing naar de goede trouw. Hier is de relativering in een wat koelere vorm gegoten: 'de omstandigheden van het geval' (art. 6.5.2.11 lid 2). Als het vertrouwen van de dwalende niet gerechtvaardigd is in zijn verhouding tot de wederpartij, zal in de toekomst het beroep op dwaling kunnen worden afgewezen omdat 'in verband met de omstandigheden van het geval de dwaling voor rekening van de dwalende behoort te blijven'.

Bij dwaling gaat het om de bescherming van het vertrouwen van *beide* partijen. Alleen: de wijze van bescherming van het vertrouwen van de één is tegengesteld aan de wijze waarop het vertrouwen van de ander wordt beschermd. Het vertrouwen van de dwalende wordt beschermd door de overeenkomst *nietig te verklaren*; het vertrouwen van de wederpartij wordt beschermd door ondanks de aanwezigheid van een onjuiste voorstelling bij de ander het contract *in stand te laten*. De tegengestelde vorm waarin de bescherming plaatsvindt (vernietigbaarheid-geldigheid), verleent aan de werking van het vertrouwensbeginsel een 'weegschaalstructuur'. Het recht moet de weegschaal naar één kant laten doorslaan; hetzij vernietigbaarheid, hetzij geldigheid.¹⁹⁴ Maar een lichte verschuiving in de gewichtsverdeling kan de situatie doen omslaan. Voor een geslaagd beroep op dwaling is vereist dat er bij de dwalende sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen (verschoonbaar gebrek aan onzeker-

193. HR 15 november 1957, NJ 1958, 67.

194. Het ontwerp creëert nog een derde stand op de weegschaal: een overeenkomst met gewijzigde inhoud ter opheffing van het nadeel (vgl. art. 6.5.2.12a).

heid). Dit vertrouwen is te licht van gewicht indien de dwalende, in de terminologie van de Hoge Raad, niet binnen redelijke grenzen maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat hij onder invloed van onjuiste veronderstellingen zijn toestemming geeft. De overeenkomst blijft in dat geval in stand, ondanks de aanwezigheid van een onjuiste voorstelling van zaken.

Deze situatie slaat om, indien het vertrouwen van de dwalende, hoewel in abstracto wellicht lichtvaardig, in de verhouding tot de wederpartij is gerechtvaardigd doordat het door deze is veroorzaakt (door mededelingen of ongeoorloofd zwijgen). De overeenkomst is thans vernietigbaar.

Maar ook deze positie is niet stabiel. De overeenkomst is vernietigbaar 'indien de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij, *tenzij deze mocht aannemen dat de overeenkomst, ook zonder deze inlichting zou worden gesloten*' (art. 6.5.2.11 lid 1a). Ook het vertrouwen van de wederpartij legt gewicht in de schaal. Wanneer hij mocht aannemen, dat er in ieder geval geen causaal verband zou bestaan tussen een door hem opgewekte dwaling en de totstandkoming van de overeenkomst, indien hij met andere woorden geen reden had te betwijfelen, dat de dwalende de overeenkomst met hem zou sluiten ¹⁹⁵, strandt een beroep op dwaling. In de huidige rechtspraak is deze gedachte verwoord in de regel, dat het beroep op dwaling wordt afgewezen indien de wederpartij redelijkerwijs niet kon weten dat hetgeen waaromtrent werd gedwaald voor de ander van doorslaggevende betekenis was. De weegschaal slaat hier door ten gunste van de wederpartij. De overeenkomst blijft in stand.

195. Memorie van antwoord, blz. 209.

9. DRIE BEGINSELEN VAN CONVERSIE

Overzicht van het betoog

Wanneer, en op welke gronden, kan met behulp van conversie een nietige overeenkomst worden behoeft voor een 'total loss'? Drie beginselen van contractenrecht bewijzen ook hier goede diensten. Door het veelal relatieve karakter van de nietigheid (de nietigheid reikt niet verder dan haar doel rechtvaardigt) wordt de weg voor conversie geopend. De verbindende kracht van de vervangende overeenkomst berust op drie beginselen. In verband met een verschillend accent op het ene dan wel het andere beginsel vertoont de literatuur een breed spectrum van opvattingen. Welke positie neemt het NBW in?

Inleiding

Van Hemme en Van de Water wensen ten aanzien van de vermogensrechtelijke aspecten van hun voorgenomen huwelijk het volgende te bereiken. Voor het geval dat bij ontbinding van het huwelijk door het overlijden van één van hen nakomelingen in leven zijn, wensen zij dat de overblijvende echtgenoot deel heeft aan het vermogen op basis van een algehele gemeenschap van goederen. Voor alle andere situaties beogen zij geen verdere gemeenschap dan die van winst en verlies. Om dit doel te bereiken kiezen zij als middel: huwelijkse voorwaarden (gemeenschap van winst en verlies) aangegaan onder een opschortende voorwaarde) overlijden van een van beide echtgenoten zonder dat nakomelingen in leven zijn). Van de Water overlijdt zonder dat kinderen uit zijn huwelijk met Van Hemme in leven zijn. Mevrouw Van Hemme stelt zich op het standpunt, dat de huwelijkse voorwaarden nietig zijn en, dat derhalve tussen haar echtgenoot en haar heeft bestaan een algehele gemeenschap van goederen. De erfgenaam van Van de Water verzet zich hiertegen.

Rechtbank en Hof delen het standpunt van Van Hemme en zijn van oordeel, dat voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden nietig zijn. Ook in de visie van de Hoge Raad ¹⁹⁶ zijn voorwaardelijke huwelijkse voorwaarden met zake-lijke werking nietig, en wel in verband met:

'de wenschelijkheid de belangen te beschermen van derden, die gedurende het huwelijk op economisch terrein met de echtelieden in aanraking komen'.

196. HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120.

Maar hiermee is de kous niet af. Het arrest bevat nog een tweetal interessante 'terzijdes'. In de eerste plaats, zo meent de Hoge Raad, hadden de echtgenoten hun doel wel langs een andere weg kunnen bereiken, namelijk met behulp van

'een beding bij huwelyksche voorwaarden, inhoudende dat tusschen partijen zal bestaan algeheele gemeenschap van goederen, doch dat na de ontbinding der gemeenschap door overlijden zal worden afgerekend alsof er gemeenschap van winst en verlies ware geweest, indien bij dat overlijden geen kind uit het huwelyk in leven zal zijn'

Bovendien, zo overweegt de Hoge Raad vervolgens

'een redelijke wetstoepassing' brengt mee, 'dat de nietige rechtshandeling worde omgezet (geconverteerd) in de geldige rechtshandeling, zoo aannemelyk is, dat zij die handelden, ten tyde van de handeling, voor het geval het beoogde rechtsgevolg niet bereikbaar ware, het wel bereikbare zouden hebben gewild eer dan den toestand, welke het gevolg van nietigheid zonder meer zoude zijn'

De erfgenaam heeft deze adviezen kennelijk ter harte genomen. Bij de scheiding en deling maakt hij vervolgens 'zwarigheden' die erop neer komen, dat gezien dit arrest, afgerekend moet worden op basis van winst en verlies. Thans vindt hij gehoor. De rechtbank is bereid de nietige huwelykse voorwaarden te converteren in een intern verrekeningsbeding.

'de tussen partijen bestaande onverdeeldheid moet worden gescheiden en gedeeld in dier voege, als waren eiseresse en wijlen M. van de Water in gemeenschap van winst en verlies gehuwd geweest'.¹⁹⁷

Beginselen van conversie I

Op welke beginselen berust conversie? Eerst enige vertrouwde klanken. 'Het is de particuliere wil'¹⁹⁸, die ten grondslag ligt aan de conversiefiguur' (Van Gerven)¹⁹⁹. 'De grond van de conversie is gelegen in het *vertrouwen*, dat partijen bij het aangaan van hun rechtshandeling hadden, dat er tussen hen rechtsgevolg tot stand zou komen' (Pitlo)²⁰⁰. 'Tegenover deze subjectieve leer, die de wil onmisbaar acht (.) staat de objectieve leer, verdedigd door hen, die het *doel* en de strekking van de nietige rechtshandeling in het oog vatten, en daaruit afleiden of conversie geoorloofd is te achten' (De Grooth).²⁰¹

Aan de deugdelijkheid van alle, hier aangevoerde grondslagen valt niet te tornen. Het privaatrecht treedt de contractanten tegemoet onder het motto: uw wil geschiede (...) voor zover mogelijk en geoorloofd. De conversiefiguur is een rechtstreeks uitvloeisel van het autonomie-beginsel. Conversie treedt in, daar waar partijen er in hebben toegestemd zich te verbinden ter bereiking van een bepaald, geoorloofd doel, maar hiertoe een ondeugdelijk middel hebben

197. Rb. 's-Hertogenbosch 16 april 1948, NJ 1948, 321.

198. Cursiveringen niet in het origineel.

199. Van Gerven 1973, blz. 430 not 82.

200. Pitlo *Verbintenissenrecht I*, blz. 247.

201. G. de Grooth, WPNR 3898.

gekozen. Hun autonomie, hun keuze zich te verbinden ter bereiking van dat geoorloofde doel wordt door de conversie gehonoreerd doordat de door hen gewilde gebondenheid in een verbeterde vorm op de been wordt gehouden. Van de Water wenst te bereiken dat, indien zijn huwelijk met Van Hemme kinderloos blijft, de laatste niet voor de helft zal delen in zijn vermogen. Van Hemme gaat hiermee, zij het wellicht niet van harte, akkoord. Deze doelstelling is volstrekt geoorloofd, alleen kiezen zij de verkeerde weg: een voorwaardelijk huwelijksgoederenstatuut. Hun autonomie, hun consensus ter bereiking van dit geoorloofde doel, wordt het best gewaarborgd door de door hen gewenste gebondenheid in stand te laten, zij het in een vorm waarin het door hen gestelde doel wel kan worden bereikt: een verrekeningsbeding.

Ook het vertrouwensbeginsel rechtvaardigt het intreden van conversie. Partijen rekenen er op, dat de door hen gesloten overeenkomst het beoogde effect sorteert. Als dit beoogde effect bovendien volkomen geoorloofd is, is dit een goede reden om hun vertrouwen te beschermen door de door hen gewilde gebondenheid in gewijzigde vorm in stand te laten. Zowel Van de Water als Van Hemme rekent er op, dat, indien het huwelijk kinderloos blijft, Van Hemme bij scheiding en deling, zoals overeengekomen, slechts aanspraak kan maken op afrekening op basis van winst en verlies. Waar hun oogmerk bovendien volstrekt geoorloofd is, is er alle reden hun verwachtingen op dit punt te honoreren: afrekening op basis van winst en verlies. Hiertoe is echter nodig dat de vorm van hun gebondenheid wordt geconverteerd in een verrekeningsbeding.

Het doel heiligt het middel! In de conversiefiguur verschijnt het spiegelbeeld van de overeenkomst met ongeoorloofde oorzaak. Een *ongeoorloofd* doel maakt de overeenkomst krachteloos. Die overeenkomst heeft een ongeoorloofde oorzaak en is nietig. Bij conversie houdt een *geoorloofd* doel de overeenkomst, die anders nietig zou zijn, juist op de been. De geoorloofdheid van het doel beïnvloedt de geldigheid van de rechtshandeling. Het causa-beginsel dient zich aan. Van de Water en Van Hemme zijn het eens geworden over een door hen te bereiken geoorloofd doel. De consensus omtrent dit geoorloofde doel is voldoende rechtvaardiging voor de instandhouding, in geconverteerde vorm, van de door hen daartoe aangegane gebondenheid.

Conversie en dwaling

In het licht van het causa-beginsel verschijnt nog een ander spiegelbeeld: de dwaling.²⁰² Bij dwaling is er een onjuiste voorstelling van zaken omtrent de bereikbaarheid van het doel. Wisman verkeerde ten onrechte in de veronderstelling dat met de door hem gekochte kraan op de openbare weg gereden kon worden. Bij conversie is er evenzeer een verkeerde voorstelling omtrent de bereikbaarheid van het doel. Van de Water is ten onrechte van mening dat hij met behulp van de door hem gesloten huwelijkse voorwaarden zijn doel kan bereiken. Toch is er verschil in rechtsgevolg: vernietigbaarheid (dwaling) tegenover geldigheid in gewijzigde vorm (conversie). De verklaring van dit ver-

202. Vgl. hieromtrent ook R.J. Polak, HNJV 1954 II, blz. 51.

schil in rechtsgevolg ligt voor de hand. Voor het slagen van een beroep op dwaling moet aannemelijk zijn, dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken, *niet* zou zijn gesloten.²⁰³ (Vgl. art. 6.5.2.11 lid 1 NBW.) Voor het intreden van conversie is vereist, dat aannemelijk is, dat de geconverteerde rechtshandeling *zou zijn verricht* indien van de in werkelijkheid verrichte rechtshandeling wegens haar ongeldigheid was afgezien (vgl. art. 3.2.8). Een juist inzicht in de onbereikbaarheid van het doel zou bij dwaling hebben geleid tot het *niet* aangaan van contractuele relaties en bij conversie tot het *verrichten* van een *andere* rechtshandeling. De partij-autonomie wordt optimaal gehonoreerd door in geval van dwaling de overeenkomst nietig te verklaren en in geval van conversie de 'andere' rechtshandeling te substitueren.

Nog een grondslag voor conversie: de nietigheid reikt niet verder dan haar doel rechtvaardigt

In het debat over de grondslag van conversie loopt een rode draad die rechtstreeks voert naar het causa-beginsel: 'de relativiteit van de nietigheidsnormen'. Reeds het eerste conversie-arrest maakt hiervan gewag:

'dat toch de wettelijke bepalingen omtrent de nietigheid van rechtshandelingen geenszins vorderen, dat partijen elkander niet, voor zover hun opzet geoorloofd was, vermogen te houden aan hetgeen zij blijkens hun overeenkomst in economisch opzicht wilden bereiken'.²⁰⁴

Ook de nietigheidsnormen zijn onderworpen aan het causa-beginsel. De nietigheid reikt niet verder dan haar doel rechtvaardigt. Het doel van een verbodsnorm bepaalt de reikwijdte ervan.

Het recht verbiedt het aangaan van een voorwaardelijk huwelijksgoederenstatuut. Het doel van dit verbod bepaalt de rechtsgevolgen die aan overtreding verbonden zullen zijn: volledige nietigheid, volledige geldigheid of iets daartussenin. Het verbod is 'ingegeven door de wenselijkheid de belangen te beschermen van derden, die gedurende het huwelijk op economisch terrein met de echtelieden in aanraking komen.'²⁰⁵ Uit het causa-beginsel vloeit voort, dat het hier een relatieve nietigheid betreft. De nietigheid reikt niet verder dan haar doel rechtvaardigt. Nietig is de voorwaardelijke gemeenschap van winst en verlies ten opzichte van derden. Ten opzichte van hen is er tijdens het huwelijk een algehele gemeenschap van goederen. Een verderreikende nietigheid schiet haar doel voorbij. Een interne verrekening op basis van winst en verlies is geoorloofd en dient derhalve niet door het verbod te worden getroffen. De mogelijkheid van conversie begint daar waar de strekking van de verbodsnorm haar grens bereikt. De rechter die zich afvraagt of er ruimte is voor conversie, wordt geconfronteerd met twee causa-vragen: wat is het doel van de rechtshandeling? Wat is het doel van de nietigheidsnorm?

203. Indien aannemelijk is, dat de overeenkomst bij een juiste voorstelling van zaken op andere voorwaarden zou zijn gesloten is er reden voor de conversie bedoeld in art. 6.5.2.12a lid 2.

204. HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120.

205. HR 21 januari 1944, NJ 1944, 120.

Beoogt de nietigheidsnorm het doel van de rechtshandeling te vrijdelen? Zo ja, dan is er geen plaats voor conversie. Zo neen, dan is redding mogelijk. In ieder geval is het dan niet zo, dat de nietigheidsnorm zich tegen conversie *verzet*. Maar is conversie dan ook steeds *geboden*? Hier dient te worden bedacht dat de nietigheidsnormen ertoe strekken de partij-autonomie binnen maatschappelijk aanvaardbare grenzen te houden. Waar de nietigheidsnorm, gezien haar strekking, haar grens heeft bereikt, herneemt het autonomie-beginsel zijn aanspraken.

Beginselen van conversie II

Waar de rechter van mening is dat de nietigheidsnorm zich, gezien haar strekking, niet tegen conversie *verzet*, moet hij het antwoord op de vraag of conversie is *geboden*, putten uit het autonomie-beginsel. Conversie is in dat geval geboden wanneer aangenomen moet worden, dat de vervangende rechtshandeling zou zijn verricht indien van de nietige rechtshandeling wegens haar ongeldigheid was afgezien (vgl. art. 3.2.8 NBW). Wij stuiten hier op een inmiddels bekend verschijnsel: autonomie-beginsel, vertrouwensbeginsel en causa-beginsel vormen niet slechts een rechtvaardiging van de conversie-figuur, maar beperken haar evenzeer. Het autonomie-beginsel rechtvaardigt de gelding van de rechtshandeling die partijen zouden hebben verricht indien zij van de in werkelijkheid verrichte rechtshandeling hadden afgezien. Datzelfde autonomie-beginsel *verzet* zich tegen het aan partijen opdringen van een rechtshandeling die zij in dat geval zeker niet zouden hebben verricht. Het vertrouwensbeginsel rechtvaardigt conversie indien en voor zover partijen er op mochten rekenen, dat hun consensus over het te bereiken geoorloofde doel tot gebondenheid zou leiden. Maar het vertrouwensbeginsel houdt ook een beperking in ten aanzien van de ruimte voor conversie. Geen conversie zal intreden wanneer de wederpartij niet behoefde te begrijpen, dat de ander het wel bereikbare zou hebben gewild, liever dan de gevolgen van nietigheid zonder meer.²⁰⁶

Ook het causa-beginsel rechtvaardigt het intreden van conversie. Het geoorloofde doel houdt het daartoe aangewende middel in gewijzigde vorm op de been. Het causa-beginsel beperkt daartegenover het intreden van conversie door haar slechts toe te laten in die gevallen waarin het doel van de nietigheidsnorm zich daartegen niet *verzet*.

Billijkheid en goede trouw als beginselen van conversie?

De drie hier aangevoerde beginselen behoren overigens niet tot de meest genoemde bronnen van de conversiefiguur. Als zodanig genieten billijkheid en goede trouw stellig een grotere populariteit. De associatie tussen conversie en de artikelen 1374 en 1375 is bovendien volkomen begrijpelijk. In het debat over de toelaatbaarheid van conversie is veel energie besteed aan het zoeken van een aanknopingspunt in de wet. De tegenstanders van conversie lieten niet

206. IIR 19 november 1948, NJ 1949, 86.

na erop te wijzen, dat de in geconverteerde vorm gehandhaafde verbintenissen dienen te steunen, hetzij op overeenkomst, hetzij op de wet (art. 1269 BW). En aangezien de overeenkomst vanwege haar nietigheid afvalt blijft slechts de wet over. De voorstanders van conversie, gemanoeuvreed in deze bewijspositie, vonden in de artt. 1374 en 1375 een ideaal aanknopingspunt. Aan het woord is Bregstein:

'In mijn ogen is de zgn. conversie geen bijzondere rechtsfiguur, die naast het uit de artt. 1374 en 1375 voortvloeiende apparaat moet worden gehanteerd, doch zij is slechts de benaming voor de rechtsgevolgen die wij krachtens de artt. 1374 en 1375 ondanks de nietigheid van het uitdrukkelijk overeengekomene verbinden aan de wilsovereenstemming van partijen om aan elkaar gebonden te zijn'.²⁰⁷

Door het enkele feit van hun wilsovereenstemming om aan elkaar gebonden te zijn, hebben partijen de aanvullende werking van art. 1375 ingeschakeld. Met behulp van de billijkheid kan de rechter de contractuele relaties invullen, zelfs indien duidelijk is, dat partijen niet zouden hebben gecontracteerd, als zij zich van de nietigheid bewust waren geweest. Conversie tegen partijwil in? In dit verband stelt Schoordijk de vraag:

'Waarom zouden wij de rechter de bevoegdheid onthouden om tegen de wil van partijen in te converteren, indien de wet hierover zwijgt, maar de billijkheid zulks eist?'.²⁰⁸

Ja, waarom eigenlijk? Eist de billijkheid ooit conversie tegen de wil van partijen in? De suggestie die ligt besloten in Schoordijks (retorische) vraag is, dat de billijkheid een fonds vormt waaruit de rechter geheel los van de functionering van het contractmechanisme 'billijke' contractsbetrekkingen kan putten. Contractuele relaties die billijk zijn vanwege hun inhoud en niet vanwege hun wijze van totstandkomen.

Maar dit miskent de rol van de billijkheid in het overeenkomstenrecht. Contractuele relaties zijn billijk indien en voor zover zij vrij zijn gekozen, ongeacht hun inhoud; zij zijn onbillijk wanneer zij aan partijen worden opgedrongen, wederom ongeacht hun inhoud. Wie zijn huis verkoopt voor een prijs, lager dan de marktprijs, wordt billijk behandeld wanneer hij het huis tegen de overeengekomen prijs moet afstaan. Onbillijk is het lot van hem die tegen zijn kenbare wil wordt gebonden aan een overeenkomst waarbij hij zijn huis moet overdragen tegen de marktprijs. Het is niet voldoende, *dat* partijen het eens zijn over het sluiten van een overeenkomst; er moet ook consensus bestaan omtrent het *wat* van hun contractsverhouding. Het enkele feit, dat bij partijen de wil heeft bestaan om aan elkaar gebonden te zijn, is volstrekt onvoldoende om de rechter de bevoegdheid te verlenen tegen de kenbare wil van partijen ex aequo et bono contractuele relaties te scheppen.²⁰⁹ Waar de wetgever de mogelijkheid opent tot conversie tegen de partijwil in, zoals bij-

207. M.H. Bregstein, HNJV 1954 II, blz. 31, Verzameld Werk, blz. 261.

208. H.C.I. Schoordijk, De verbintenis uit de wet, Deventer 1969, blz. 15.

209. Instructief in dit verband is de parallel met de procedure Polak/Zwolsman (HR 14 juni 1968, NJ 1968, 331). Hierin werd beslist, dat ook al is er overeenstemming omtrent een of meer verbintenissen, de leemte in de contractuele verhouding zodanig groot kan zijn, dat de rechter deze niet met behulp van de goede trouw kan aanvullen. Voorts blijkt uit dit arrest de centrale rol die de partijbedoelingen vervullen bij een dergelijke aanvulling.

voorbeeld in de Huurwet²¹⁰ en bij misbruik van omstandigheden in het NBW²¹¹ geschiedt dit omdat daar het contractuele evenwicht is verstoord. Dit rechtvaardigt het aannemen van contractuele gebondenheid die door één der betrokkenen nimmer is gewild. In situaties waarin het contractuele evenwicht niet is aangetast is een zo zware inbreuk op het autonomie-beginsel geheel buiten de orde.²¹² Art. 1375 machtigt de rechter volstrekt niet, bij wijze van vrije expressie, 'redelijke en billijke' verbintenissen in het leven te roepen indien maar partijen te kennen hebben gegeven aan elkaar gebonden te willen zijn. Art. 1375 bepaalt niet, dat de overeenkomst mede verbindt tot hetgeen door de billijkheid wordt gevorderd. Dit artikel bepaalt, dat de overeenkomst mede verbindt tot hetgeen door de billijkheid wordt gevorderd, *gezien de aard van de overeenkomst*. En, zo kan daar gevoeglijk aan worden toegevoegd, door de billijkheid wordt gevorderd, *gezien de aard van het overeenkomstenrecht*. Het contractsmechanisme wordt beheerst door het wankel evenwicht tussen drie beginselen. Deze specifieke geaardheid van het contractenrecht brengt mee, dat de converterende rechter slechts een 'billijk' resultaat boekt indien hij rekening houdt met dit 'beginselprogramma'. Zo staat de billijkheid niet los van, en tegenover het autonomie-beginsel, maar zij is (mede) daarvan het resultaat.

Ook het NBW regelt de conversie niet in het kader van de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6.5.3.1), maar in een bepaling waarin deze termen niet voorkomen (art. 3.2.8). Blijkens de memorie van antwoord houdt dit verband met de omstandigheid, dat voor conversie 'scherpere en engere kenmerken nodig zijn dan billijkheid, redelijkheid en betamelijkheid.'²¹³ Voor het geldende recht bieden de artt. 1374 en 1475 slechts een kapstok waaraan de conversie-figuur kan worden opgehangen om zodoende verzekerd te zijn van een plaats in het stelsel van de wet. Als argumenten ter rechtvaardiging van conversie zijn goede trouw en billijkheid echter veel te zacht om te kunnen dienen als fundering van de gerenoveerde rechtsbetrekking.

Standpunten

De ruimte, die men de conversie-figuur gunt, hangt af van het relatieve gewicht dat wordt toegekend aan het autonomie-beginsel (conversie dient te berusten op de partijwil), aan het causa-beginsel (conversie stoelt op de overeenstemming tussen het doel van de nietige rechtshandeling en het doel van de vervangende rechtshandeling), en het vertrouwensbeginsel (conversie hono-

210. Vgl. art. 2 Huurwet

211. Vgl. art. 3.2.17 NBW

212. De gedachte, dat een ernstige ongelijkwaardigheid *van partijen* een inbreuk op het autonomie-beginsel rechtvaardigt, zal worden uitgewerkt bij de bespreking van een andere rechtsfiguur: misbruik van omstandigheden (hoofdstuk tien). Daar is de ongelijkwaardigheid van partijen een reden om een gebondenheid waarin *wel* is toegestemd niettemin *aan te tasten*. Bij conversie tegen de wil van één der partijen wordt die ongelijkwaardigheid aangegrepen om een gebondenheid waarin (door een der partijen) *niet* is toegestemd toch *op te leggen*.

213. Memorie van antwoord Bock 3, blz. 57

reert het redelijk vertrouwen van partijen, dat rechtsgevolg zou intreden). Naarmate het autonomie-beginsel terrein moet prijsgeven, neemt de speelruimte voor conversie toe. Vanuit dit gezichtspunt kunnen de standpunten omtrent de toelaatbaarheid van conversie als volgt worden gerangschikt:

- a. Slechts conversie indien zowel Van de Water als Van Hemme het verrekeningsbeding heeft gewild. Het gaat hier om een *werkelijke*, zij het subsidiaire, wil die *positief* is gericht op de vervangende rechtshandeling. In deze richting lijkt Suyling te gaan: conversie kan slechts intreden indien partijen 'wanneer zij een wilsverklaring afleggen, tegelijkertijd een tweede uitspreken, bestemd te werken, als de eerste mislukt'.²¹⁴
- b. Geen conversie indien, hetzij Van de Water, hetzij Van Hemme een verrekeningsbeding *niet* wilde. De honorering van het autonomie-beginsel heeft hier betrekking op een *werkelijke* wil die *negatief* is gekoppeld aan de vervangende rechtshandeling. In deze zin Van Gerven: vast moet staan dat partijen 'de geconverteerde rechtshandeling niet uitdrukkelijk hebben willen uitsluiten'.²¹⁵
- c. Slechts conversie indien Van de Water en Van Hemme, een verrekeningsbeding zouden hebben gekozen, indien zij van het voorwaardelijke huwelijksgoederenstatuut zouden hebben afgezien. Hier betreft het een *hypothetische* wil (wat zouden partijen hebben gewild indien?) die *positief* is gericht op de vervangende rechtshandeling. Zo het conversie-artikel in het Regeringsontwerp (3.2.8): slechts conversie indien 'het buiten twijfel is, dat dienovereenkomstig zou zijn verklaard, wanneer met de nietigheid was rekening gehouden'.
- d. Geen conversie indien, hetzij Van de Water, hetzij Van Hemme een verrekeningsbeding niet zou hebben gewild indien met de nietigheid van het voorwaardelijke huwelijksgoederenstatuut rekening was gehouden. Hier gaat het om een *hypothetische* wil die *negatief* is gekoppeld aan de vervangende rechtshandeling. Zouden partijen indien zij met de nietigheid van de rechtshandeling rekening hadden gehouden liever helemaal geen gebondenheid hebben gewild dan gebondenheid op basis van de vervangende rechtshandeling? Geen conversie indien deze vraag bevestigend moet worden beantwoord. Dit is het standpunt van het Duitse Bundesgerichtshof, ingenomen in een hieronder te bespreken uitspraak waarin het verschil met het onder b genoemde criterium (geen conversie indien partijen de vervangende rechtshandeling niet wilden) werd benadrukt.
- e. Conversie indien *redelijke* partijen een verrekeningsbeding zouden hebben gekozen als zij met de nietigheid van het voorwaardelijke huwelijksgoederenstatuut hadden rekening gehouden. Het betreft hier een *hypothetische* wil die in sterke mate is *geobjectiveerd*. Niet van belang is wat Van de Water en Van Hemme zouden hebben gewild, maar wat redelijke contractanten voor dat geval zouden willen. Het is duidelijk dat het autonomie-beginsel hier volstrekt is uitgehold. Er is dan ook sprake van een naadloze overgang naar het volgende criterium dat volledig wordt beheerst door het causa-beginsel.

214. Suyling, Inleiding I, derde druk, 270 c.

215. Van Gerven 1973, blz. 430.

- f Conversie indien het doel dat Van de Water en Van Hemme met behulp van het voorwaardelijke huwelijksgoederenstatuut beoogden te bereiken in voldoende mate overeenstemt met het doel dat met een verrekeningsbeding wordt bereikt. Conversie dient in te treden steeds indien het doel van de nietige rechtshandeling in voldoende mate overeenstemt met het doel van de vervangende rechtshandeling. Vergelijk hiervoor De Grooth 'De conversie in de conceptie van de objectieve leer laat uit de overeenkomst van partijen, die geen effect heeft ten aanzien van de daarin gestipuleerde verbintenissen, andere geboren worden, geeigend om het praktische doel van partijen bij hun convenant althans gedeeltelijk te verwezenlijken, zonder dat op deze andere de wil van partijen gericht was'.²¹⁶ Hier heeft het causa-beginsel exclusieve werking.

Conversie in het NBW

Hoe moeten wij het nieuwe artikel 3.2.8 in het hier beschreven spectrum van opvattingen 'inschalen'? Welk accent verleent het NBW aan respectievelijk het autonomie- en het causa-beginsel? Om hierop zich te verkrijgen zullen wij het nieuwe conversie-artikel confronteren met een casus die op instructieve wijze de spanning tussen de 'beginselen van conversie' blootlegt. Het betreft een geschil dat in laatste instantie ter beoordeling is voorgelegd aan het Bundesgerichtshof.²¹⁷

A en B sluiten een overeenkomst die ten doel heeft het gemeenschappelijk gebruik en de verdere uitbouw van een zakenpand. Om dit doel te bereiken gieten zij hun rechtsbetrekking in de vorm van een vennootschap onder firma (offene Handelsgesellschaft). A zal 10 000 DM inbrengen en B een perceel grond. Inschrijving in het handelsregister wordt geweigerd wegens het ontbreken van een bedrijf. A stelt zich op het standpunt dat bij wijze van conversie (§ 140 BGB) thans tussen hen een maatschap (Gesellschaft des bürgerlichen Rechts) van kracht is en dat B diensgevolge het perceel moet inbrengen in de maatschap. B weigert dit met de stelling, dat hij zich van meet af aan heeft verzet tegen de oprichting van een maatschap. Hij heeft gewild dat er een vennootschap onder firma werd opgericht omdat zijn vader in het verleden slechte ervaringen had opgedaan met een maatschap.

Dient hier conversie in te treden? Voor wie positie kiest aan een van beide uiteinden van de bovenbeschreven schaal zijn er geen moeilijkheden. Wie zijn oog uitsluitend richt op het autonomie-beginsel is snel klaar: geen conversie. Er is immers geen sprake van dat beide partijen de vervangende rechtshandeling (een maatschapsovereenkomst) subsidiair hebben *gewild*. Ook voor wie zich exclusief oriënteert aan het causa-beginsel verloopt de besluitvorming probleemloos: zeker wel conversie. Het *doel* dat partijen beogen, wordt even goed bereikt met behulp van een maatschap en alleen de congruentie van het doel is van belang. Problemen ontstaan voor wie een middenkoers aanhoudt en een evenwicht zoekt tussen autonomie- en causa-beginsel. Een poging hier toe waagt het Bundesgerichtshof. Zijn koers naar het midden verloopt als volgt.

216. G. de Grooth, WPNR 3898.

217. BGHZ 19, 269.

‘Nun handelt es sich bei der Umdeutung freilich nicht um eine echte Auslegung, da es sich hierbei nicht um die Feststellung eines wirklich vorhandenen Parteiwillens, sondern um die Ermittlung eines hypothetischen Willens, dh. dessen handelt, was die Parteien gewollt hätten, wenn sie die Nichtigkeit des abgeschlossenen Rechtsgeschäfts gekannt hätten.’

De standpunten genoemd onder a en b (het gaat bij conversie om het vertolken van de werkelijke partijwil) vallen af.

Aan de andere kant wordt ook een uitsluitende oriëntering aan het causabeginsel verworpen:

‘da die Umdeutung nicht zu einer im Gegensatz zur Privatautonomie stehenden Bevormundung der Parteien führen darf, die sich einfach gegen die besonderen Vorstellungen der Parteien hinwegsetzt’.

Bij de vaststelling van de hypothetische partijwil gaat het wel degelijk om de vraag wat A en B zouden hebben gewild en is niet voldoende dat *redelijk denkende partijen* de vervangende rechtshandeling gewild zouden hebben. Ook de standpunten e en f vallen af. Dat B om hem moverende redenen (zijn vader had met een maatschap slechte ervaringen opgedaan) geen maatschap wilde is derhalve wel degelijk van belang en hieraan doet niet dat *redelijke* partijen subsidiair stellig een maatschap zouden hebben gewild. Toch is het BGH van oordeel, dat de nietige vennootschap onder firma is geconverteerd in een geldige maatschap. Hiertoe wordt het onderscheid aangescherpt tussen de standpunten vermeld onder b (geen conversie indien een der partijen de vervangende rechtshandeling *niet wilde*) en onder d (geen conversie indien één der partijen de vervangende rechtshandeling ook dan *niet zou hebben gewild als* hij met de nietigheid van de verrichte rechtshandeling rekening had gehouden). Weliswaar heeft B te kennen gegeven een maatschap niet te willen, maar niet vast staat, dat hij daarin zou hebben volhard indien hij had geweten, dat een vennootschap onder firma niet tot het beoogde resultaat zou leiden. Conversie zou in de visie van het BGH slechts dan afstuiten op het autonomiebeginsel indien zou vaststaan dat B liever helemaal geen gebondenheid wilde dan een contractuele relatie in de vorm van een maatschap. Nu slechts is gebleken dat B bij zijn keuze voor de vennootschap onder firma weliswaar is geleid door een afkeer van de maatschap, maar geenszins uitgesloten is, dat hij, indien hij rekening had gehouden met de nietigheid van de vennootschap onder firma, niettemin akkoord zou zijn gegaan met een maatschap, staat dit aan conversie niet in de weg.²¹⁸

Op welke beginselen berust artikel 3.2.8?

Hoe zal de Nederlandse rechter, gewapend met art. 3.2.8, deze casus te lijf gaan?

Art. 3.2.8 luidt:

218. De uitspraak is gekritiseerd door Larenz (Larenz 1977, blz. 403). Hij ziet hierin een te zware inbreuk op het autonomiebeginsel.

DRIE BEGINSELEN VAN CONVERSIE

'Beantwoordt de strekking van een nietige rechtshandeling in een zodanige mate aan die van een andere, als geldig aan te merken rechtshandeling, dat aangenomen moet worden dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien, dan komt haar de werking van die andere rechtshandeling toe, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens een belanghebbende die niet tot de rechtshandeling als partij heeft medegewerkt'.

Reeds een vluchtige blik leert, dat het causa-beginsel ruim aan zijn trekken komt. Congruentie tussen de *strekking* van de nietige en van de vervangende rechtshandeling dat is de basis voor conversie in het NBW. Beantwoordt het doel dat met een maatschap wordt bereikt in voldoende mate aan het doel dat partijen met behulp van de nietige vennootschap onder firma trachtten te realiseren? Dat is de centrale vraag en daarmee is duidelijk, dat het gewijzigd ontwerp zich in veel mindere mate oriënteert aan het autonomie-beginsel dan het ontwerp-Meijers dat immer eiste, dat *buiten twijfel is* dat de partijen, wanneer met de nietigheid was rekening gehouden, zouden hebben *verklaard* de vervangende rechtshandeling te willen verrichten.

Zo al het autonomie-beginsel in het nieuwe art. 3.2.8 aan bod komt, is dit in de volgende vorm. De vraag of er voldoende mate van congruentie is tussen de strekking van de nietige en de strekking van de vervangende rechtshandeling wordt afhankelijk gesteld van de vraag of 'aangenomen moet worden, dat die andere rechtshandeling zou zijn verricht, indien van de eerstgenoemde wegens haar ongeldigheid was afgezien'. Wanneer nu de rechter de vrijheid zou hebben zich te verdiepen in de vraag of aangenomen moet worden, dat *deze* partijen de vervangende zouden hebben verricht, dan kan hij langs die weg het autonomie-beginsel honoreren. Ten aanzien van de onderhavige casus zou hij bijvoorbeeld kunnen overwegen dat conversie afstuit op de omstandigheid, dat niet kan worden aangenomen, dat A en B een maatschapsovereenkomst zouden hebben gesloten. Maar deze vrijheid wordt hem door de ontwerpers niet gegund. Bij herhaling wordt immers in de memorie van antwoord overwogen, dat 'de juistheid van de veronderstelling dat de vervangende rechtshandeling zou zijn verricht, (...) uitsluitend mag worden aangenomen op grond van het beantwoorden van de strekking daarvan aan die van de nietige rechtshandeling'.²¹⁹

Wij geraken hier in een cirkel, en bovendien een cirkel die in hoge mate vicieus is. De memorie van antwoord verleent aan de conversie-bepaling de volgende structuur: Vraag: wanneer beantwoordt de strekking van de nietige rechtshandeling in voldoende mate aan de strekking van de vervangende rechtshandeling? Antwoord: wanneer aangenomen moet worden, dat de vervangende rechtshandeling zou zijn verricht. Vraag: wanneer moet worden aangenomen, dat de vervangende rechtshandeling zou zijn verricht? Antwoord: wanneer de strekking van de nietige rechtshandeling in voldoende mate aan de strekking van de vervangende rechtshandeling beantwoordt. Vraag: ...

Ernstiger is een bezwaar van inhoudelijke aard. Door de rechter te verbieden met iets anders rekening te houden dan met de *strekking* van de rechtshandeling, kiest het NBW voor standpunt f.: conversie indien het doel van de nietige rechtshandeling in voldoende mate overeenstemt met het doel van de

219. Memorie van Antwoord, blz. 58.

vervangende rechtshandeling. Het causa-beginsel verkrijgt aldus exclusieve werking. De rechter die de memorie van antwoord op dit punt volgt, is gehouden in de casus betreffende de nietige vennootschap onder firma conversie te constateren, zelfs indien vast zou staan dat B, voor het geval hij rekening had gehouden met de nietigheid van de vennootschap onder firma, liever helemaal geen contractuele relatie wilde dan een maatschap. Immers, het doel dat partijen met behulp van de vennootschap onder firma beoogden te bereiken (gemeenschappelijk gebruik en uitbouw van een winkelpand) is volledig te realiseren met behulp van een maatschapsovereenkomst. En dat is blijkens de memorie van antwoord het enige gezichtspunt dat de rechter in zijn overwegingen mag betrekken.

Nu is het zeker zo dat het partijen in de regel te doen is om het doel en niet om het middel. Als regel kan worden aangenomen dat redelijke partijen de vervangende rechtshandeling zouden hebben verricht indien hun doel daarvoor evenzeer werd bereikt. Maar dit is niet meer dan een vuistregel, een regel die behoort te wijken wanneer blijkt dat één der partijen juist wel belang heeft gehecht aan het middel en de vervangende rechtshandeling niet heeft gewild ook al kon met behulp van die rechtshandeling het doel even goed worden bereikt. Door dik en dun vasthouden aan een uitsluitend 'objectief' criterium (de strekking van de overeenkomst) betekent een ongemotiveerd zware inbreuk op het autonomie-beginsel.²²⁰

Dit houdt intussen niet in, dat voor een inbreuk op het autonomie-beginsel en daarmee voor conversie tegen de partijwil in nimmer goede gronden zouden bestaan. Die zijn er wel degelijk en ze worden aangevoerd door een beginsel dat tot nu toe slechts terloops werd aangeroerd, maar dat niettemin binnen de conversie-figuur een centrale rol vervult: het vertrouwensbeginsel.

Conversie en het vertrouwensbeginsel

Voor het aannemen van conversie tegen de wil van één der partijen is bepaald onvoldoende de enkele grond, dat de strekking van de vervangende rechtshandeling in zodanige mate beantwoordt aan de strekking van de nietige rechtshandeling, dat *redelijke* partijen de vervangende rechtshandeling zouden hebben verricht. We worden nu eenmaal in het contractenrecht niet gebonden omdat *redelijke* partijen in deze situatie een overeenkomst zouden hebben gesloten, maar omdat *wij* te kennen hebben gegeven die gebondenheid te willen. A wordt niet aan een W.A.-verzekering gebonden omdat redelijke mensen zich tegen wettelijke aansprakelijkheid verzekeren, maar omdat A de wens daartoe aan de verzekeraar te kennen heeft gegeven. En dit biedt het juiste perspectief: wel een deugdelijke grond voor het aannemen van gebondenheid tegen de wil van de betrokkene is het bij diens wederpartij gewekte *vertrouwen*. Dit geldt ook ten aanzien van conversie: het gerechtvaardigde vertrouwen van de één kan eisen, dat de ander met behulp van conversie wordt gebonden aan rechtsgevolgen die deze nimmer heeft gewild. Ten aanzien van de casus betreffende de nietige vennootschap onder firma brengt dit mee dat

220. Zie voor een gelijkgestemde kritiek A.R. Bloembergen, WPNR 5190.

B zich niet tegen conversie kan verzetten indien A niet op de hoogte was van B's aversie tegen de maatschap. Zelfs de omstandigheid dat B aan A zijn bezwaren tegen de maatschap heeft kenbaar gemaakt, verhindert nog niet het intreden van conversie. Dit punt is pas bereikt als A begreep of moest begrijpen, dat de *vorm* van de rechtsbetrekking voor B van doorslaggevende betekenis was, met andere woorden dat B liever in het geheel geen gebondenheid wilde dan betrokken te raken in een maatschap.

De verwantschap met het dwalingsvraagstuk treedt ook hier aan het licht. Een beroep op dwaling slaagt slechts voor zover de wederpartij begreep of behoorde te begrijpen dat de eigenschappen waaromtrent werd gedwaald voor de dwalende van doorslaggevende betekenis waren. Het verzet tegen conversie, gebaseerd op de stelling dat de vervangende rechtshandeling nooit zou zijn gewild heeft slechts succes indien de wederpartij begreep of moest begrijpen, dat de nietige rechtsvorm voor de ander een *sine qua non* vormde.²²¹

De claims van het vertrouwensbeginsel krijgen uiteraard extra gewicht indien de wederpartij door hetgeen hij op grond van zijn vertrouwen heeft gedaan in een ongunstiger toestand is gekomen dan hij zonder dien zou zijn geweest. Het kan zijn dat A op grond van het vertrouwen, dat met B een samenwerkingscontract tot stand komt, maatregelen neemt zoals het opnemen van leningen en het opgeven van de functie die hij op dat moment vervulde. Kortom: zijn vertrouwen heeft geleid tot negatief belang. Vaak kan het negatief belang op passende wijze worden vergoed door betaling van een som gelds. Zo bijvoorbeeld ten aanzien van de door A afgesloten leningen. De rechter zal in dat geval het verzet van B tegen conversie van de vennootschap onder firma in een maatschap slechts honoreren voor zover B bereid is A financieel te brengen in de toestand waarin deze zou verkeren als hij niet op het totstandkomen van de vennootschap zou hebben vertrouwd. Maar het is ook denkbaar, dat het negatieve belang van zodanige aard is, dat alleen *conversie* een adequate bescherming van het gewekte vertrouwen biedt. Zo ten aanzien van de omstandigheid dat A op grond van het vertrouwen in de toekomstige samenwerking met F.B. ontslag heeft genomen.

Hier treedt wederom de 'twee-waardigheid' van het vertrouwensbeginsel aan het licht (zie blz. 67). De rechter die het gerechtvaardigde vertrouwen wenst te beschermen staat voor een keuze. Hij kan dit doen in positieve vorm, namelijk door de geldigheid (in gewijzigde vorm) van de rechtshandeling aan te nemen. In dit geval zal hij het intreden van conversie constateren. Het alternatief is bescherming in negatieve vorm: het verzet van de nolens tegen conversie slaagt op voorwaarde dat de fidens financieel wordt gebracht in de

221. Vgl. hieromtrent ook de memorie van antwoord blz. 58. 'Uit de nieuwe redactie vloeit voort dat de partij die zich tegen het beroep op conversie van zijn wederpartij bij de rechtshandeling wenst te verzetten, niet kan betogen dat hij, indien van de nietige rechtshandeling wegens haar ongeldigheid was afgezien, geen vervangende rechtshandeling zou hebben gewild, wanneer hij zich voor dit betoog zou moeten beroepen op omstandigheden die deze wederpartij bij het aangaan van de rechtshandeling kende noch behoorde te kennen'. Deze passage inspireert licht tot een a contrario redenering: het verzet tegen de conversie heeft dus wel succes als de wederpartij wist of behoorde te weten dat de ander de vervangende rechtshandeling nooit zou hebben gewild. Maar hiermee is het oppassen geblazen. De memorie van antwoord vervolgt namelijk: 'De juistheid van de veronderstelling dat de vervangende rechtshandeling zou zijn verricht, mag immers uitsluitend worden aangenomen op grond van het beantwoorden van de strekking daarvan aan die van de nietige rechtshandeling'. Zie hierover ook A.R. Bloembergen, WPNR 5190.

toestand waarin deze zou verkeren als hij niet op de geldigheid van de rechtshandeling zou hebben vertrouwd. Hoe die keuze uitvalt hangt af van de aard van het negatieve belang.

In het licht van het bovenstaande wordt het oordeel over de conversieregeling in het NBW duidelijk. Art. 3.2.8 biedt een betrouwbaar kompas, voor zover niet blind wordt gevaren op de memorie van antwoord. De conversiefiguur wordt beheerst door *drie* beginselen, en niet, zoals de memorie van antwoord suggereert door slechts één: de mate waarin de strekking van de nietige rechtshandeling beantwoordt aan de strekking van de vervangende rechtshandeling. De juiste koers wordt gevonden door zich niet slechts aan het causa-beginsel te oriënteren, maar daarnaast aan het autonomie- en vertrouwensbeginsel. Er is niets in de tekst van het artikel dat zich tegen deze bredere oriëntering verzet.

10. RUILRECHTVAARDIGHEID EN CONTRACTENRECHT; MISBRUIK VAN OMSTANDIGHEDEN BIJVOORBEELD

Overzicht van het betoog

Wordt de verbindende kracht van een overeenkomst beïnvloed door een onevenredigheid in de waarde van de over en weer bedongen prestaties? Is een dergelijke onevenredigheid een voldoende voorwaarde voor het ontbreken van contractuele gebondenheid? Is het in sommige gevallen een noodzakelijke voorwaarde? Weerbarstige vragen die de tand des tijds hebben doorstaan. Kunnen drie beginselen van contractenrecht hier verheldering scheppen? De proef op de som wordt geleverd door het leerstuk 'misbruik van omstandigheden'. Zoals zal blijken, bevat het NBW een regeling waarin de drie beginselen op gepaste wijze tot hun recht komen.

Twee stellingen

Twee stellingen over ruilrechtvaardigheid en contractenrecht:

- I. De over en weer bedongen verbintenissen delen elkaars lot. Deze verbondenheid is er in ontstaan, bestaan en tenietgaan. De overeenkomst zonder oorzaak, de exceptio non adimpleti contractus en de AKU/Stalen Steiger-regel²²² illustreren de werking van het quid pro quo-beginsel in deze drie fasen in het leven van een overeenkomst.
- II. Voor zover ruilrechtvaardigheid gelijkwaardigheid veronderstelt, heeft die gelijkwaardigheid betrekking op de procedure waarlangs de verbintenissen totstandkomen (de wijze van totstandkoming van de overeenkomst) en *niet* op het resultaat van die procedure (de over en weer bedongen prestaties, de inhoud van de overeenkomst).

222. HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544. indien bij een wederkerige overeenkomst de ene partij door overmacht verhinderd is te presteren, is ook de wederpartij van zijn verplichting ontslagen.

Causa-beginsel en de gelijkwaardigheid van de prestaties

Partijen sluiten een overeenkomst om er beter van te worden. Overeenkomsten zijn van huis uit *om baat*. A verbindt zich jegens B ter verkrijging van een prestatie waaraan hij meer waarde hecht dan aan hetgeen hij daarvoor in ruil moet verrichten. Krachtens het *causa-beginsel* verdiept de rechter zich in deze 'oorzaak' van de contractssluiting. Is de wederprestatie reeds ten tijde van het totstandkomen van de overeenkomst niet voor verwezenlijking vatbaar dan is de overeenkomst 'zonder oorzaak' en mitsdien krachteloos. De ruilrechtvaardigheid is hier in het geding. Voor wat hoort wat en vandaar niets voor niets. Hoe pregnant deze gedachte blijkbaar is, wordt duidelijk bij een vergelijking met het Anglo-amerikaanse recht. Dit rechtstelsel, dat ten opzichte van het continentale recht in hoge mate autonoom tot ontwikkeling is gekomen, vertoont juist op dit punt een verrassende verwantschap. Ook de Engelse rechter verdiept zich in het 'waarom' van de contractssluiting, vraagt zich af of het zich verbinden jegens de wederpartij berust op 'a good consideration' en verklaart krachteloos een overeenkomst waaraan 'consideration' ontbreekt.

'In order to decide what promises should be enforced the Courts have traditionally examined "the consideration" for a promise, i.e. the reasons for which and the circumstances in which it was given (.). Hence, it came to be asserted that in bilateral contracts each promise was a good consideration for the other promise (.) In a contract consisting of mutual promises it becomes apparent that each promise fulfils a dual role, it is at once a promise and a consideration for the other promise. Now it is to be noted that, as a general rule, the validity of a promise, as a promise, cannot be divorced from its sufficiency as a consideration. For if it is void as a promise there is no consideration for the other promise. Hence, as a general rule, mutual promises must stand or fall together' ²²³

Voor wat hoort wat. Mogen wij een stap verder gaan: voor wat hoort wat *gelijkwaardig*? Ook hier zijn de Engelse en Nederlandse rechter het eens: zij weigeren pertinent die stap te zetten. De Engelse rechter vaart een vaste koers: consideration need not be adequate. 'A peppercorn is a good consideration'. Ook zijn Nederlandse collega verwerpt de opvatting dat een wanverhouding tussen wat wederzijds werd bedongen op zichzelf voldoende zou zijn het contract nietig te achten. ²²⁴ Toch worden alternatieve geluiden gehoord: 'de eisch van de approximatieve gelijkwaardigheid der praestatie's moet dan ook aanvaard worden als een der pijlers van ons verbintenissenrecht' (Kamphuisen) ²²⁵

'Het belang van de leer van de *justum pretium*, wanneer deze maar duidelijk niet meer dan approximatief geëischt wordt, lijkt mij eminent, een machtig rechtvaardigheidsbeginsel ligt erin besloten (.) in de *causa* ligt het aanknooppingspunt voor de maatschappij om door den rechter mvloed te oefenen op particuliere contracten, dus ook om den eisch van approximatieve aequivalentie te laten gelden' (G.J. Scholten) ²²⁶

223. P.S. Atiyah, *An introduction to the law of contract*, Oxford 1975, blz. 62 en 65. Vgl. ook B.S. Markesinis, *Cause and Consideration: a study in parallel*, Cambridge Law Journal, volume 37, april 1978, blz. 53 e.v.

224. Vgl. HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37.

225. WPNR 3316.

226. De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst, proefschrift Universiteit van Amsterdam 1934, blz. 187 en 188.

Is dit inderdaad de consequentie van 'een machtig rechtvaardigheidsbeginsel'? Is het zo, dat een overeenkomst rechtvaardig is als de bedongen prestaties (ten naaste bij) gelijkwaardig zijn? Of geldt het omgekeerde: zijn de over en weer bedongen prestaties rechtvaardig wanneer zij berusten op een 'gelijkwaardige' overeenkomst, dat wil zeggen een overeenkomst die is tot stand gekomen tussen twee 'gelijkwaardige' partijen? De gelijkwaardigheid van de prestaties als voorwaarde voor de rechtvaardigheid van de overeenkomst tegenover de 'gelijkwaardigheid' van de overeenkomst als voorwaarde voor de rechtvaardigheid van de prestaties. Alleen het laatste is juist. Voor zover de ruilrechtvaardigheid gelijkwaardigheid eist, heeft die betrekking op de wijze van totstandkoming van de overeenkomst en niet op het resultaat ervan.²²⁷ Wanneer ik in volle vrijheid een huis koop, voor een prijs, die naar de makelaar mij verzekert, f 20.000,— te hoog ligt, dan sluit ik een rechtvaardig contract. Wanneer ik een huis koop voor de getaxeerde marktprijs, daarbij gebruik makend van de afhankelijkheid waarin de verkoper zich ten opzichte van mij bevindt, dan sluit ik een onrechtvaardig contract. Wil men in het contractenrecht de ruilrechtvaardigheid honoreren dan moet de koers worden verlegd: niet de gelijkwaardigheid van de prestaties, maar de gelijkwaardigheid van de partijen is het baken (zie blz. 58). Een dergelijke koerswijziging is bovendien onmiskenbaar. Zij voltrekt zich in twee fasen: waar de wetgever de ongeldigheid van de overeenkomst verbindt aan de enkele ongelijkwaardigheid van de prestaties, eist de rechtspraak, dat daarnaast sprake is van een ongelijkwaardige wijze van totstandkomen. De tweede fase treedt in wanneer de ongelijkwaardigheid van de prestaties als voorwaarde voor de ongeldigheid geheel en al over boord wordt gezet.

De eerste fase: de rechtsverfijnende interpretatie van de artt. 1672 en 1158,3 BW

A en B sluiten een vennootschapscontract dat de mogelijkheid schept, dat B de gehele winst opstrijkt. Is dit zonder meer een onrechtvaardig contract? De wetgever vindt blijkbaar van wel: 'Het beding, waarbij aan een der vennoten alle de voordelen mogten toegezegd zijn, is nietig' (art. 1672 lid 1 BW). Maar wat is er onrechtvaardig aan een dergelijke vennootschapsovereenkomst als de ene vennoot in volle vrijheid afstand heeft gedaan van iedere aanspraak op winst met het oogmerk de andere vennoot te bevoordelen? De eventuele onrechtvaardigheid van de 'societas leonina' is niet gelegen in het resultaat: de ongelijke winstverdeling (het nihil-beding) maar in de wijze van totstandkoming. In deze richting buigt de Hoge Raad art. 1672 dan ook om:

'dat deze bepaling immers gericht is tegen de als "societas leonina" bekend staande overeenkomst, waarbij een der vennoten misbruik makende van omstandigheden als afhanke-

227. Zo ook reeds C.J. van Zeben, De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden, proefschrift Utrecht 1960, blz. 6: 'Naar mijn mening dient ongelijkwaardigheid tussen de prestaties een overeenkomst dus niet aantastbaar te maken (...). Terwijl in de leer van het iustum pretium wordt uitgegaan van de ongelijkwaardigheid van de prestaties zou ik willen uitgaan van de ongelijkwaardigheid van partijen.

lijkheid of onervarenheid van zijn medevennoten, laatstgenoemden beweegt tot het aangaan van een uitsluitend tot zijn voordeel strekkende vennootschapsovereenkomst'.²²⁸

Het beroep op art. 1672 BW slaagt slechts indien er sprake is van misbruik van omstandigheden en daarmee van een ongelijkwaardige wijze van totstandkoming.

A en B komen een boedelscheiding overeen waarvan het resultaat is, dat B voor meer dan een vierde gedeelte is benadeeld. Is deze overeenkomst zonder meer onrechtvaardig? Wederom lijkt de wetgever deze vraag bevestigend te beantwoorden: 'Boedelscheidingen kunnen worden teniet gedaan (...) ter zake van benadeeling, meer dan een vierde gedeelte bedragende' (art. 1158 BW). Maar wat indien de ene partij bewust genoeg heeft genomen met de 'benadeling' om aldus de andere deelgenoot te bevoordelen? Is er ook dan sprake van een onrechtvaardige boedelscheiding? Ook hier ligt de onrechtvaardigheid niet zozeer in de ongelijkwaardigheid van het resultaat als wel in de wijze van totstandkoming. Ook hier is een rechtsverfijnende interpretatie van art. 1158, 3e op haar plaats. Op het voetspoor van Meijers²²⁹ heeft de Hoge Raad het beroep op art. 1158, 3e beperkt tot gevallen van dwaling en (wellicht) misbruik van omstandigheden.²³⁰

De tweede fase: het lot van het benadelingsvereiste bij misbruik van omstandigheden

Anna en Bertha

Anna en Bertha woonden samen met hun vader in een groot huis. De vader was bejaard en ziekelijk en kon geen ogenblik alleen worden gelaten. Nu gebeurde het dat de koning een groot bal gaf waarvoor alle meisjes uit het land werden uitgenodigd, opdat zijn zoon een bruid zou kunnen kiezen. Anna en Bertha besloten een munt op te werpen om uit te maken wie van hen naar het bal zou gaan. Bertha won. Anna, verbolgen over de ongunst van het lot, riep uit: is dat nu rechtvaardig, jij naar het bal en ik hier thuis met de afwas! Ga jij maar van negen uur tot middernacht, dan ga ik van middernacht tot drie uur. In dat geval zijn wij er beiden gelijk aan toe; dat is rechtvaardig. Bertha sprak vervolgens tot haar zuster: Anna, dat is niet waar. Bij de loting hadden we gelijke kansen; dat het resultaat van de loting niet 'gelijk' is, doet er niet toe. Dat ik naar het bal mag, zou alleen dan onrechtvaardig zijn, als we bij de loting ongelijkwaardige posities zouden hebben ingenomen.

Een contractuele variatie op dit thema. Anna sprak tot Bertha: ga jij maar naar het bal. Ik ben toch dik en kan niet dansen. Maar breng in ruil daarvoor van het feest een paar roomtaartjes voor me mee, daar ben ik dol op. Bertha antwoordde haar: accoord, Anna, dat zullen we doen. Maar even later kreeg Anna spijt en zij sprak: Bertha, het zou toch wel bijzonder onrechtvaardig zijn

228. HR 31 oktober 1956, NJ 1957, 333.

229. WPNR 3371 en 3372, VPO III, blz. 210 e.v.

230. HR 30 oktober 1970, NJ 1971, 98.

als jij me aan deze ongelijkwaardige overeenkomst zou houden. Ik een paar roomtaartjes en jij de kans om prinses te worden en iedere dag roomtaartjes te kunnen eten. Nu antwoordde Bertha haar Anna, je hebt wederom ongelijk. Bij het totstandkomen van de overeenkomst namen wij beiden een gelijkwaardige positie in. Dat het resultaat ongelijkwaardig is doet er niet toe. Onze overeenkomst zou alleen dan onrechtvaardig zijn, als de wijze van totstandkoming 'ongelijkwaardig' was geweest, als er bij de contractssluiting sprake zou zijn geweest van dwaling, dwang, bedrog of, zoals in het sprookje 'Assepoester' van misbruik van een afhankelijke positie. Moraal bij procedures waarbij de deelnemers op basis van gelijke kansen dingen naar een vooraf nog niet vaststaand resultaat (loting, contractssluiting) is de *rechtvaardigheid* van het resultaat uitsluitend afhankelijk van de *gelijkwaardigheid van de procedure*, en niet van de gelijkwaardigheid van het resultaat.

Misbruik van omstandigheden

A, (70 jaar) geheel onervaren in zaken, draagt twee huizen (gezamenlijke waarde f 300 000,—) over aan B, in wie A groot vertrouwen stelt. Als tegenprestatie zal B maandelijks f 200,— aan A uitkeren, dit gedurende maximaal twaalf jaar. Vaststaat, dat een levensverzekeringsmaatschappij voor een dergelijke lijfrente ongeveer f 20 000,— in rekening zou brengen.²³¹

Hoe kan het recht A te hulp komen? De overeenkomst vertoont twee zwakke plekken. Haar *inhoud* wekt bedenkingen: er is sprake van een grote onevenredigheid in de waarde van de wederzijdse prestaties. Maar bovendien valt op de *wijze van totstandkoming* het een en ander aan te merken: de onervarenheid van A en de vertrouwenspositie van B. Het oorzaaksvereiste en de wilsgebreken lijken dienovereenkomstig de wegen waarlangs de overeenkomst kan worden aangetast. Is er sprake van een overeenkomst met een *ongeoorloofde* oorzaak, want in strijd met de goede zeden?

'dat het beding een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties () doet ontstaan, op grond waarvan de Rechtbank het gehele beding in strijd met de goede zeden acht'.²³²

Deze weg is geblokkeerd door de Hoge Raad.²³³

De route via de wilsgebreken biedt meer perspectief. Het klassieke trio dwang, dwaling, bedrog schiet tekort. Is de rechter bij machte deze leemte aan te vullen? Rechtvaardigen de beginselen die ten grondslag liggen aan de wettelijke wilsgebreken de geboorte van een vierde wilsgebrek: misbruik van omstandigheden? Gelijk bekend, rijdt de Hoge Raad wat dit betreft op dubbelspoor. Formeel is het oorzaaksvereiste de weg waarlangs de bovengenoemde overeenkomst wordt aangetast, materieel is de door de Hoge Raad geopende mogelijkheid nauw verwant aan de traditionele wilsgebreken. Bovendien is het rangeren tussen oorzaak en wilsgebreken nog niet voltooid: de emancipatie van misbruik van omstandigheden als vierde wilsgebrek is nog niet volledig. De strijd om het 'benadelingsvereiste' bewijst dit. Een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties is niet een *voldoende* voorwaarde voor de ongeldigheid.

231. Vgl. Rb. Utrecht 7 april 1961, NJ 1962, 179.

232. Vgl. Rb. Amsterdam, te kennen uit HR 13 november 1936, NJ 1937, 433.

233. HR 13 november 1936, NJ 1937, 433.

van de overeenkomst. Dit is een vaste koers ²³⁴ Maar is het een *noodzakelijke* voorwaarde?

Is 'benadeling' vereist?

Is voor het slagen van een beroep op misbruik van omstandigheden 'benadeling' vereist? Voor dwang, dwaling en bedrog geldt een dergelijke eis in ieder geval niet. ²³⁵ Maar is het terzake van misbruik van omstandigheden wellicht anders? Het antwoord van de Hoge Raad is omstandig en vol nuances

'dat voorts, voor zover het middel uitgaat van de opvatting dat de gestelde feiten misbruik van omstandigheden opleveren, ook zonder dat van enige benadeling van Beekhuizen sprake behoeft te zijn, deze opvatting niet kan worden aanvaard, dat toch, al behoeft voor nietigheid van een overeenkomst wegens misbruik van omstandigheden geenszins een bepaalde mate of een bepaalde vorm van benadeling aanwezig te zijn, zodanig misbruik toch steeds mede hierin zal bestaan dat het gebruik maken door de ene partij van de omstandigheden waarin de wederpartij verkeerde, die wederpartij heeft gebracht tot het aangaan van een overeenkomst, welke zij, zo zij niet in die omstandigheden had verkeerd, wegens de daaraan voor haar verbonden nadelen, waarin deze dan ook mogen bestaan, niet zou hebben gesloten'. ²³⁶

Voor het slagen van een beroep op misbruik van omstandigheden is benadeling vereist, en wel zodanig, dat vast moet staan, dat zonder het misbruik de overeenkomst wegens de daaraan verbonden nadelen niet zou zijn gesloten. Een bepaalde mate of vorm van benadeling is echter niet vereist. Welke positie kiest de Hoge Raad hiermee in de strijd om het benadelingsvereiste? Kanalisering van de stroom der meningen levert het volgende beeld op. Benadeling, begrepen als een aanzienlijke onevenredigheid in de waarde van de wederzijdse prestaties, is *steeds* vereist. ²³⁷ Benadeling, aldus begrepen, is *nooit* vereist. ²³⁸ In geval van misbruik van een benarde toestand is de benadeling, zoals hier bedoeld, wel vereist, bij misbruik van andere omstandigheden (onervarenheid, lichtzinnigheid) daarentegen niet. ²³⁹ Benadeling is wel steeds vereist, maar moet ruim worden opgevat: ook niet-financiële nadelen kunnen benadeling opleveren. ²⁴⁰ Zo gezien, sluit het standpunt van de Hoge Raad aan bij de laatste opvatting. Vereist is immers, dat zonder het misbruik de overeenkomst niet zou zijn gesloten *wegens de daaraan verbonden nadelen, waarin deze dan ook mogen bestaan*. Een benadelingsvereiste waarin het begrip 'nadelen' zo ruim wordt genomen (waarin deze dan ook mogen bestaan), heeft zijn tanden grotendeels verloren. Toch verdient het de voorkeur om in het kader van misbruik van omstandigheden van een benadelingsvereiste in het geheel niet te spreken. Er is geen reden om op dit punt af te wijken van hetgeen geldt voor

234. Vgl. HR 13 november 1936, NJ 1937, 433, HR 11 januari 1957, NJ 1959, 37, HR 17 oktober 1969, NJ 1970, 146.

235. Vgl. Rb. Utrecht 7 april 1961, NJ 1962, 179.

236. HR 13 juni 1975, NJ 1976, 98.

237. Vgl. G.J. Scholten in zijn noot onder HR 20 mei 1964, NJ 1965, 104.

238. Vgl. A.S. Hartkamp, NJB 1972, blz. 376 e.v.

239. Vgl. P.A. Stein, NJB 1972, blz. 121 e.v.

240. Vgl. A.R. Bloembergen, WPNR 5190.

de andere wilsgebreken. Wij komen hiertoe op grond van drie beginselen van contractenrecht

Drie beginselen

Drie beginselen van contractenrecht kwalificeren misbruik van omstandigheden als een volwaardig wilsgebrek. De dwalingsregeling berust, zoals gezien (blz 96 e v) op drie beginselen. Een onjuiste voorstelling met betrekking tot essentiële omstandigheden heeft de besluitvorming gestoord (het autonomie-beginsel is hier in het geding). Het vertrouwensbeginsel beperkt het beroep op dwaling in die zin dat het slechts slaagt indien de wederpartij wist of behoorde te weten, dat die omstandigheden essentieel waren. En tenslotte is vereist dat zonder de dwaling de overeenkomst niet zou zijn gesloten (causaal verband tussen de dwaling en de totstandkoming van de overeenkomst). Diezelfde beginselen liggen ten grondslag aan het leerstuk 'misbruik van omstandigheden'.

Van Elmbt leent f 8 000,— aan mevrouw Feierabend. Van Elmbt bedingt daarbij een optie-recht op een aan Feierabend toebehorend huis. De in het optiebeding vastgelegde koopprijs is vrijwel conform de getaxeerde waarde van het huis. Feierabend, die zeer weinig begrip van zaken heeft, verkeert ten tijde van het sluiten van de overeenkomst in een zeer depressieve toestand. Haar grootste zorg is haar huis te kunnen behouden ondanks de dreiging van executie door schuldeisers. Zij heeft bovendien de stellige overtuiging dat alleen Van Elmbt haar kan redden, met name met behulp van de bovengenoemde overeenkomst. Het staat vast dat Van Elmbt van dit alles op de hoogte is.

Het beroep van Feierabend op misbruik van omstandigheden slaagt.²⁴¹ Hoe is dit te verklaren? Bijzondere omstandigheden (haar onervarenheid in zaken, haar afhankelijkheid van Van Elmbt) hebben verhinderd dat de besluitvorming van Feierabend weloverwogen en autonoom is verlopen. Het autonomie-beginsel verleent gewicht aan een dergelijke storing in de besluitvorming. Een onder zodanige omstandigheden tot stand gekomen overeenkomst is in beginsel aantastbaar. Aan de andere kant: de belangen van de wederpartij vergen dat geen rekening wordt gehouden met storingen in de besluitvorming die hem onbekend zijn. Uit het vertrouwensbeginsel vloeit het 'kenbaarheidsvereiste' voort. Voor het slagen van het beroep op misbruik van omstandigheden is essentieel, dat Van Elmbt wist, althans behoorde te weten, dat Feierabend verkeerde in de omstandigheden die haar besluitvorming hebben beïnvloed (haar onervarenheid en haar afhankelijkheid ten opzichte van hem). Bij dwaling is het kenbaarheidsvereiste gerelateerd aan het doel van de overeenkomst. Voor een beroep op dwaling is vereist, dat de wederpartij wist althans behoorde te weten, dat de omstandigheden waaromtrent werd gedwaald voor de dwalende 'de eigenlijke grond' vormden. Ook ten aanzien van misbruik van omstandigheden is er op dit punt sprake van een dergelijk verband tussen vertrouwens-beginsel en causa-beginsel. Ook hier betreft de Hoge Raad de kenbaarheid op het doel van de overeenkomst. Het beroep op misbruik van omstandigheden slaagt mede op grond van

241 HR 29 mei 1964 NJ 1965, 104.

'het doel dat zij (dat wil zeggen Feierabend) met die overeenkomst beoogde, de bekendheid van Van Elmbt *daarmede* en den strijd tussen dat doel en het aan Van Elmbt verleende optierecht' (cursivering niet in het origineel).

Vereist is tenslotte dat het wilsgebrek kan worden aangemerkt als de 'oorzaak' van de totstandkoming van de overeenkomst (het vereiste van causaal verband) Zo ook hier het moet vaststaan dat Feierabend de overeenkomst niet zou hebben gesloten als zij niet had verkeerd in de omstandigheden waarvan sprake Causaal verband en causa-beginsel Zoals gezien (blz 76 e v), is er op dit punt een nauw verband De aanwezigheid van causaal verband kan worden vastgesteld met behulp van het causa-beginsel Zo bij dwaling het doel van de door Wisman gesloten overeenkomst (verkrijging van een zelfrijdende kraan) maakt aannemelijk, dat hij zonder de dwaling de overeenkomst niet zou hebben gesloten (blz 99 e v) Zo ook bij misbruik van omstandigheden uit het doel van de door Feierabend verleende optie (beveiliging van haar huis tegen executie) kan worden afgeleid, dat zij zonder het misbruik de overeenkomst niet zou hebben gesloten Zie hieromtrent de overwegingen van het Hof

'dat haar voornaamste beweegreden tot het aangaan van de litigieuze overeenkomst juist had bestaan in haar verlangen om het huis te kunnen behouden en haar overtuiging, dat zij *door die overeenkomst dat doel had bereikt* (..) dat uit al het bovenstaande tevens blijkt dat Feierabend zonder de onbehoorlijke beïnvloeding door Van Elmbt hem het litigieuze optierecht niet zou hebben verleend, *vermits het geheel in strijd was met hetgeen zij nastreefde*' (cursivering niet in het origineel)

Ook het causale verband tussen het misbruik en de totstandkoming van de overeenkomst kan slechts worden vastgesteld met behulp van het doel van de overeenkomst Zo speelt ook hier het causa-beginsel een rol

Het standpunt van de Hoge Raad

Omstandigheden die een weloverwogen en autonome keuze hebben verhinderd, hun kenbaarheid voor de wederpartij, causaal verband tussen die omstandigheden en het totstandkomen van de overeenkomst. De vraag of de overeenkomst voor Feierabend nadelig was, komt in dit verhaal niet voor Wel in het betoog van de Hoge Raad naar aanleiding van deze casus van misbruik van omstandigheden is slechts sprake 'indien het gebruik maken door de ene partij van de omstandigheden waarin de wederpartij verkeerde, die wederpartij heeft gebracht tot het aangaan van een overeenkomst, welke zij, zo zij niet in die omstandigheden had verkeerd, wegens de daaraan voor haar verbonden nadelen niet zou hebben gesloten, en dat dus in zoverre misbruik van omstandigheden als hier bedoeld steeds benadeling van die wederpartij zal inhouden, dat echter voor nietigheid van een overeenkomst wegens misbruik van omstandigheden geenszins noodzakelijk een bepaalde mate of vorm van benadeling aanwezig hoeft te zijn'²⁴² Wat is het verschil? Alleen dit de Hoge Raad eist blijkbaar een gekwalificeerde vorm van causaal verband. Wil er sprake zijn van

242. IIR 29 mei 1964, NJ 1965, 104.

misbruik van omstandigheden, dan is vereist, dat zonder die omstandigheden de overeenkomst niet zou zijn gesloten, *wegens de daaraan verbonden nadelen*. Die nadelen zijn echter weer geheel ongekwalficeerd: een bepaalde mate of een bepaalde vorm van benadeling behoeft niet aanwezig te zijn.

Is het winst als niet wordt volstaan met de eis van causaal verband, maar bovendien wordt geëist, dat de overeenkomst zonder het misbruik niet zou zijn gesloten *wegens de daaraan verbonden nadelen*? Wat is de meerwaarde van deze toevoeging? Voor een oordeel over deze vraag moeten we ons verdiepen in de rechtsgrond van het vereiste van causaal verband bij wilsgebreken. Waarom is voor het slagen van een beroep op dwaling vereist dat de overeenkomst zonder die dwaling niet zou zijn gesloten? Het autonomie-beginsel verschafft het antwoord. Hieruit vloeit immers voort, dat 'in beginsel' geen verbindende kracht toekomt aan een overeenkomst die het 'gevolg' is van een storing in de besluitvorming (bedreiging, bedrog, een onjuiste voorstelling van zaken). Zou de overeenkomst ook zonder dat wilsgebrek gesloten zijn dan is de storing blijkbaar niet van invloed geweest en is er geen grond voor het inroepen van het autonomie-beginsel. Vandaar: Voor een beroep op een wilsgebrek geldt op grond van het autonomie-beginsel als noodzakelijke voorwaarde, dat de overeenkomst zonder dat wilsgebrek niet zou zijn gesloten.

Het causale verband is noodzakelijk, maar tevens voldoende. Voor een beroep op dwaling is niet vereist, dat zonder de dwaling de overeenkomst niet zou zijn gesloten *wegens de daaraan verbonden nadelen*. Niet vereist is, dat de dwaling heeft geleid tot een nadelige overeenkomst. Ook dit vloeit voort uit het autonomie-beginsel. Om dit beginsel in stelling te brengen is het voldoende, dat vaststaat, dat de dwalende de overeenkomst zonder de dwaling niet zou hebben gesloten, ongeacht de inhoud van het overeengekomene. Een overeenkomst die zonder dwaling niet zou zijn gesloten is reeds op die grond, ongeacht haar inhoud, voor de dwalende 'nadelig'. Als ik tegen mijn wil betrokken raak in een koopovereenkomst op grond waarvan ik mijn huis moet overdragen voor een prijs die beduidend *hoger* ligt dan de marktprijs, is vanuit het perspectief van het autonomie-beginsel die overeenkomst voor mij niettemin 'nadelig'.

Het gaat hier uiteraard om 'nadelen' van een geheel andere orde dan die waarop het traditionele 'benadelingsvereiste' betrekking heeft. Daar gaat het om een onevenredigheid in de marktwaaarde van de wederzijdse prestaties; hier wordt de overeenkomst 'nadelig' genoemd omdat zij is *opgedrongen*. Met dit onderscheid zijn wij niettemin bij een principieel punt aangeland. De verbindende kracht van de overeenkomst dient slechts invloed te ondergaan van 'nadeligheid' in de zin van 'onvrijwilligheid'. Een aan partijen opgedrongen overeenkomst is vanuit de beginselen van het contractenrecht 'nadelig' en verdient (in beginsel) geen rechtskracht. Het *enkele* feit van een onevenredigheid in de marktwaaarde van de prestaties is daarentegen een omstandigheid die de verbindende kracht van de overeenkomst principieel onaangetast laat. Dit is de kern van de contractsautonomie. Hierom heet het privaatrecht privaatrecht. De constructie van dwang, dwaling en bedrog als *wilsgebrek*, en niet als een vorm van benadeling, hangt ten nauwste samen met de erkenning van de partij-autonomie.²⁴³

→

Dit alles heeft consequenties voor het leerstuk 'misbruik van omstandigheden'. In het licht van de contractsautonomie is iedere overeenkomst die zonder het misbruik niet zou zijn gesloten reeds uit dien hoofde 'nadelig'. Niet de ongelijkwaardigheid van haar inhoud, maar de ongelijkwaardige wijze van haar totstandkoming is de grond voor de aantastbaarheid van de overeenkomst. Niet de oorzaaksleer, maar de wilsgebreken vormen de thuishaven voor het leerstuk misbruik van omstandigheden. De overtocht van de iustum pretium-leer naar de wilsgebreken is echter pas voltooid wanneer de benadeling als zelfstandig *vereiste* is prijsgegeven.²⁴⁴

Benadeling als vermoeden van misbruik

Het verdwijnen van 'benadeling' als *vereiste* betekent volstrekt niet, dat haar rol daarmee uitgespeeld is. Kernvraag is immers of er sprake is van causaal verband tussen het misbruik en het sluiten van de overeenkomst. Ten processe dient vast te staan, dat zonder het misbruik de overeenkomst *niet zou zijn gesloten*. Dit is een hypothetisch oordeel (wat zou er gebeurd zijn indien ...). Wil Feierabend met succes een beroep kunnen doen op misbruik van omstandigheden dan moet het voor de rechter 'vaststaan' dat zij het optie-beding *niet zou hebben aanvaard als zij niet in de ten processe bekende omstandigheden had verkeerd* (vrees voor verlies van haar huis, afhankelijkheid van Van Elmbt). Een dergelijke vaststelling is niet vatbaar voor rechtstreeks bewijs, maar kan alleen worden bereikt met behulp van een rechterlijk *vermoeden*. Op grond van zijn algemene ervaring maakt de rechter een gevolgtrekking die hij 'uit eene bekende tot eene onbekende daadzaak afleidt' (vgl. art. 1952 BW).

De rol van het element 'benadeling' wordt nu duidelijk: een diepgewortelde ervaring leert dat mensen niet snel geneigd zijn overeenkomsten te sluiten die hun nadeel brengen. Wordt de rechter geconfronteerd met een wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties, dan is als regel het vermoeden gewettigd, dat de overeenkomst niet zou zijn gesloten indien er niet sprake was geweest van misbruik van omstandigheden. Nadeel schept het vermoeden van misbruik.²⁴⁵ Maar niet meer dan een vermoeden, vatbaar derhalve voor tegenbewijs. Mogelijk blijft enerzijds nadeel zonder misbruik (het welbewust aanvaarden van onevenredig zware last met het oogmerk van bevoordeling) en anderzijds misbruik zonder nadeel (een overeenkomst waaraan geen buitenstaander enig nadeel kan ontdekken maar waarvan niettemin vaststaat, dat deze contractant haar zonder de litigieuze omstandigheden niet zou hebben gesloten).

Er is geen reden de benadeling een *sine qua non* status toe te kennen; zij is niet een 'vereiste'. Wel is het een belangrijk '*gezichtspunt*', een overweging die een rol kan spelen bij de beantwoording van de kernvraag: zou de overeen-

243. Vgl. in dit verband ook A.S. Hartkamp NIB 1972, blz. 378 c v. die er op wijst dat 'naar Romeins Recht, dus ook hier vóórdat de constructie van het wilsgebrek was ontwikkeld, (...) in geval van dwang en bedrog vermogensnadeel een vereiste voor praetorische bescherming (was)'.

244. Vgl. A.S. Hartkamp, NJB 1972, blz. 379.

245. In het Ontwerp Meyers en het Regeringsontwerp was dit gegoten in de vorm van een wettelijk vermoeden 'Is de benadeling onevenredig groot en is de noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid van de benadeelde bewezen, dan wordt misbruik van omstandigheden vermoed' (art. 3.2.10).

komst zonder het misbruik niet zijn gesloten? Eénmaal is dit door de Hoge Raad op gelukkige wijze onder woorden gebracht: met betrekking tot elke overeenkomst afzonderlijk vormt de benadeling van een der partijen slechts één der factoren om te bepalen of van misbruik sprake is.^{246, 247}

Misbruik van omstandigheden in het NBW

Ruilrechtvaardigheid in het contractenrecht. Voor zover hier gelijkwaardigheid in het spel is, heeft die betrekking op de wijze van totstandkoming van de overeenkomst en niet op haar inhoud. De realisering van dit inzicht voltrekt zich in twee fasen: het besef rijst, dat benadeling niet een voldoende voorwaarde is voor de ongeldigheid van de overeenkomst, en vervolgens, dat benadeling evenmin een noodzakelijke voorwaarde vormt voor haar aantastbaarheid. De emancipatie van het leerstuk 'misbruik van omstandigheden' tot een volwaardig wilsgebrek, illustreert dit. Deze ontwikkeling is in art. 3.2.10 NBW tot een afsluiting gekomen:

- lid 1 Een rechtshandeling is vernietigbaar, wanneer zij door bedreiging, door bedrog of door misbruik van omstandigheden is tot stand gekomen
- lid 4 Misbruik van omstandigheden is aanwezig, wanneer iemand die weet of moet begrijpen dat een ander door bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid, abnormale geestestoestand of onervarenheid, bewogen wordt tot het verrichten van een rechtshandeling, het totstandkomen van die rechtshandeling bevordert, ofschoon hetgeen hij weet of moet begrijpen hem daarvan zou behooren te weerhouden

Drie beginselen van contractenrecht treden hier aan de oppervlakte. Bijzondere omstandigheden die de gelijkwaardigheid in de totstandkoming van een rechtshandeling aantasten, maken die rechtshandeling vernietigbaar (het autonomie-beginsel). Althans indien de wederpartij die bijzondere omstandigheden kende of behoorde te kennen (het vertrouwensbeginsel). Vereist is tenslotte, dat de rechtshandeling is tot stand gekomen *door* misbruik van omstandigheden (causaal verband tussen het misbruik en de totstandkoming van de rechtshandeling). En, zoals gezien (blz. 76 e.v.), speelt bij de vaststelling van dit causale verband het causa-beginsel een voorname rol.

De afwezigheid van het benadelingsvereiste

Het benadelingsvereiste is heel nadrukkelijk afwezig.²⁴⁸ Deze afwezigheid wordt door sommigen betreurd, met name door Stein: 'Naar mijn mening zou men, wanneer het element van benadeling bij misbruik van omstandigheden geheel wordt losgelaten, de deur teveel openzetten voor de nietigverklaring

246 HR 29 mei 1966^u, NJ 1965, 104.

247 Ook de door J.J. Nagelkerke in WPNR 5288 gepropageerde combinatie- en gradatiemethode wijst in deze richting.

248. In het Regeringsontwerp was het benadelingsvereiste wel opgenomen 'misbruik van omstandigheden leidt tot vernietigbaarheid, wanneer iemand daardoor een ander tot een bepaalde, voor hem nadelige rechtshandeling heeft bewogen'.

van overeenkomsten, zodat de zekerheid, waarop de contractant na acceptatie meent te kunnen rekenen, te zeer zou worden ondermijnd'.²⁴⁹ Stein refereert hier aan het vertrouwensbeginsel. Als tegenhanger van het autonomie-beginsel dat bij storingen in de totstandkoming van de overeenkomst pleit voor ongeldigheid, vraagt het vertrouwensbeginsel om bescherming van het vertrouwen van de wederpartij. Naar Steins opvatting komt in het gewijzigd ontwerp het vertrouwensbeginsel te weinig aan bod: door de afwezigheid van het benadelingsvereiste wordt de zekerheid waarop de wederpartij meent te kunnen rekenen te zeer ondermijnd. Stein stelt voor het ontwerp in dier voege te wijzigen, dat onderscheid wordt gemaakt tussen twee misbruikrubrieken: een benarde toestand en psychische beïnvloeding. Voor de eerste rubriek zou benadeling als een wettelijk vereiste dienen te gelden. Zou dit niet gebeuren dan vreest Stein, dat 'zonder enige beperking alle standaardcontracten, opgesteld door een machtige ondernemer, ook die welke een redelijke verdeling van de risico's behelzen, aan nietigverklaring of wijziging door de rechter (...) worden blootgesteld'.²⁵⁰

Nu speelt, zoals gezien, het nadelige karakter van de overeenkomst stellig een belangrijke rol. Kernvraag is immers of de overeenkomst zonder het misbruik niet zou zijn gesloten. Beantwoording van deze vraag kan alleen plaatsvinden met behulp van een rechterlijk vermoeden en verreweg de belangrijkste grond voor het vermoeden, dat de overeenkomst in andere omstandigheden niet zou zijn gesloten, is ongetwijfeld gelegen in het nadelige karakter van de tot stand gekomen overeenkomst. Maar men mag de zaak niet omkeren. Het is zeker niet zo, dat het vermoeden, dat de overeenkomst anders niet zou zijn gesloten, *uitsluitend* gewettigd is indien er sprake is van een nadelige overeenkomst. Er zijn andere redenen om een overeenkomst *niet* te sluiten dan haar nadelige karakter. Dit geldt evenzeer voor de contractant die zich in een benarde positie bevindt.²⁵¹ Een rechtsstelsel dat het autonomie-beginsel in het vaandel voert, erkent die redenen. Een contractant die onder normale omstandigheden de overeenkomst om hem moverende redenen niet zou hebben gesloten, ook al valt op de inhoud ervan niets aan te merken, verdient gehoor. Maar bovendien: is het inderdaad zo, dat de rechter, gezien de tekst van het gewijzigd ontwerp, gehouden is het beroep op misbruik van omstandigheden te honoreren ten aanzien van 'alle standaardcontracten, opgesteld door een machtige ondernemer, ook die welke een redelijke verdeling van de risico's behelzen'?

Het is stellig zo, dat het vertrouwensbeginsel aan bod behoort te komen in de regeling van misbruik van omstandigheden. Vertrouwen in de totstandkoming van contractuele gebondenheid verdient bescherming. Maar alleen voor zover dat vertrouwen *gerechtvaardigd* is. Deze visie op het vertrouwensbeginsel treedt in het gewijzigd ontwerp sterk geprononceerd naar buiten. Het

249 P.A. Stein, NJB 1972, blz. 123.

250. P.A. Stein, NJB 1972, blz. 124.

251. Vgl. A.S. Hartkamp, NJB 1972, 379. 'aan de in een noodsituatie verkerende A wordt door B (tegen een redelijke tegenprestatie) de verlangde evacuatie-hulp toegezegd, mits A tevens daarnaast de genoemde transactie (een koopovereenkomst) met B aangaat. Waarom zou deze koopovereenkomst wel bij misbruik van geestelijk overwicht maar niet bij misbruik van noodtoestand aantastbaar zijn?'

slagen van het beroep op misbruik van omstandigheden is afhankelijk van *laakbaar* gedrag van de wederpartij. Slechts indien vaststaat, dat van *gerechtvaardigd* vertrouwen geen sprake is, heeft het beroep kans van slagen. Vereist is immers, dat de wederpartij weet of moet begrijpen, dat de ander de rechtshandeling verricht onder invloed van bijzondere omstandigheden, zoals noodtoestand, afhankelijkheid, lichtzinnigheid e.d. en bovendien, dat hetgeen die wederpartij daaromtrent weet hem van het bevorderen van die rechtshandeling hoorde te weerhouden.

Een tweede kernvraag doemt op: behoorde de wetenschap van de wederpartij hem van het bevorderen van deze rechtshandeling te weerhouden? Alleen een bevestigend antwoord rechtvaardigt een beroep op misbruik van omstandigheden. Wie verkeert in *gerechtvaardigd* vertrouwen behoeft geen beroep op misbruik van omstandigheden te vrezen. Ook bij deze vraag speelt het element 'benadeling' een centrale rol. Is sprake van een nadelige overeenkomst, dan zal spoedig worden aangenomen, dat de wederpartij zich van het bevorderen van deze overeenkomst had behoren te onthouden. Maar ook hier mag men de zaak niet omkeren. Het is niet zo, dat wanneer géén sprake is van een nadelige overeenkomst, de wederpartij zich reeds daarom *niet* van het bevorderen van de overeenkomst behoefde te onthouden.

Hetgeen Van Elmbt omtrent de omstandigheden van mevrouw Feierabend wist, behoorde hem te weerhouden van het bevorderen van de totstandkoming van de optie, ook al was de daarin bedongen koopprijs conform de getaxeerde waarde van het huis. Bij het beantwoorden van de vraag of de wederpartij zich van het bevorderen van de rechtshandeling had behoren te onthouden, vervult het element 'benadeling' een zeer belangrijke rol, maar zonder enige aanspraak op een sine qua non-status. De rechter die wordt geconfronteerd met een beroep op misbruik van omstandigheden terzake van standaardcontracten, opgesteld door een machtige ondernemer, die een redelijke verdeling van de risico's behelzen, kan dit beroep afwijzen op grond van de overweging dat niets de wederpartij behoorde te weerhouden van het bevorderen van de toepasselijkheid van deze standaardvoorwaarden. De tekst van het ontwerp biedt hem hiertoe alle ruimte.

Samenvatting

Drie beginselen van contractenrecht. Drie kernvragen met betrekking tot misbruik van omstandigheden. Is sprake van bijzondere omstandigheden (onervarenheid, afhankelijkheid) die een autonome en gelijkwaardige totstandkoming van de overeenkomst hebben verhinderd? Zou de overeenkomst zonder die omstandigheden niet zijn gesloten? (Causaal verband tussen de bijzondere omstandigheden en de totstandkoming van de overeenkomst.) Behoorde de wederpartij, op grond van hetgeen hij wist of moest weten, zich te onthouden van het bevorderen van de overeenkomst (het vertrouwensbeginsel)? Bij elk van deze drie vragen speelt 'benadeling' een rol: indien er sprake is van een wanverhouding tussen hetgeen wederzijds werd bedongen geeft dit voedsel aan het rechterlijke vermoeden, dat de drie vragen bevestigend moeten worden beantwoord. Voor een zelfstandige rol als 'vereiste' is voor het benadelingselement geen plaats.

11. STANDAARD- VOORWAARDEN

Overzicht van het betoog

Wanneer kan een contractant zich met succes beroepen op door hem gehanteerde standaardvoorwaarden? Zoals zal blijken, wordt de weg naar een geslaagd beroep op standaardvoorwaarden gemarkeerd door drie drempels. Zijn de standaardvoorwaarden wel *van toepassing* op de contractuele relatie? Vervolgens: is hun *inhoud* niet zodanig, dat zij buiten beschouwing moeten worden gelaten? En tenslotte als deze twee barrières zijn genomen: zijn de *omstandigheden van het geval* niet van dien aard dat een beroep op de standaardvoorwaarden 'niet vrijstaat'? De hoogte van deze drie drempels wordt bepaald door drie beginselen van contractenrecht. Maar eerst nog dit: hebben we bij standaardvoorwaarden eigenlijk wel te maken met *contractenrecht*?

Standaardvoorwaarden; wetgeving of overeenkomst?

De zaak lijkt eenvoudig: er zijn twee manieren om de betrekkingen tussen de leden van een samenleving te regelen: wetgeving en overeenkomst. De normen die met behulp van wetgeving worden gevormd zijn heteronoom en algemeen. Zij zijn afkomstig van de overheid, hun verbindende kracht is niet afhankelijk van de instemming van hen tot wie zij zijn gericht en zij zijn bestemd voor een groot aantal gevallen. De contractuele norm is autonoom en individueel. Contractuele normen worden gevormd door de betrokkenen zelf. Hun toestemming is een voorwaarde voor de verbindende kracht ervan. Contractueel gevormde normen zijn bestemd voor één, individuele relatie.

Is er in dit dualistische schema (wetgeving - overeenkomst) plaats voor de zogeheten standaardvoorwaarden, 'conceptbedingen, welke zijn opgesteld om zonder onderhandelingen omtrent hun inhoud opgenomen te worden in een gewoonlijk onbepaald aantal nog te sluiten overeenkomsten van bepaalde aard'²⁵²? 'Ondernemers zijn er op grote schaal toe overgegaan gedetailleerde contractsvoorwaarden op te stellen, deze te deponeren bij de kamer van koophandel of ter griffie van de rechtbank, en naar die voorwaarden te verwijzen als zij een overeenkomst sluiten. Is de wederpartij aan dergelijke standaardvoorwaarden gebonden? En zo ja, waarop berust die gebondenheid? Wat is het beste punt van vertrek ter verklaring van het verschijnsel 'standaardvoorwaarden': wetgeving of overeenkomst? Is het eigenlijk 'particuliere wetgeving'²⁵³,

252. Hondius 1978, blz. 243.

253 Vgl. G.H.A. Schut 1977, blz. 83. 'Het standaardcontract is in wezen een vorm van particuliere wetgeving, ook al heet het dan een contract te zijn en wordt het teruggevoerd op de wil van partijen'.

gezien het algemene karakter van deze normen? In dat geval is het kernprobleem: waaraan ontleent de opsteller van standaardvoorwaarden de *bevoegdheid* tot een dergelijke pseudo-wetgeving; hoe is deze inbreuk op het wetgevingsmonopolie van de overheid te verklaren? Of kan de verbindende kracht van standaardvoorwaarden worden verklaard met behulp van het *contractsmodel*? In dat geval is het grootste probleem of, gezien de uiterst magere inbreng van de wederpartij bij de inschakeling van standaardvoorwaarden, wat hem betreft nog wel gesproken kan worden van autonome rechtsvorming. Is het een haalbare zaak de gebondenheid aan standaardvoorwaarden te doen steunen op 'toestemming' en haar parafernalía: wil en vertrouwen?

Waarom standaardvoorwaarden?

De effectiviteit van het contractsmechanisme is afhankelijk van het evenwicht tussen autonomie en institutionalisering. Het contractenrecht zou spoedig dol draaien als het niet kon terugvallen op voorgevormde en gereedliggende patronen. Zoals gezien (blz. 50 e.v.), voorziet met name het regelend recht in deze behoefte aan institutionalisering. Ook indien partijen zich niet hebben uitgelaten over de vraag wat er moet gebeuren wanneer de geleverde goederen niet aan de verwachtingen voldoen, of wanneer de koper niet betaalt, zijn koper en verkoper niet 'rechteloos'. De leemte in hun afspraken wordt aangevuld door het regelend recht. Het regelend recht behoedt het contractsmechanisme voor overbelasting. De autonome inbreng kan beperkt blijven tot de *essentialia* (de rompovereenkomst); het objectieve recht neemt de rest voor zijn rekening.

Waarom dan nog standaardvoorwaarden? Wat beweegt de verkoper tot het opstellen van standaardvoorwaarden terwijl de wetgever reeds uitgebreide aandacht heeft besteed aan het contractstype waarvan deze ondernemer gebruik maakt (Boek IV titel V BW: Van koop en verkoop)? Twee redenen: de aanvullende wetsbepalingen zijn uit hun aard tamelijk grof gesneden. De aan koop en verkoop gewijde bepalingen zijn van toepassing op alle overeenkomsten 'waarbij de eene zich verbindt om eene zaak te leveren, en de andere om daarvoor den bedongen prijs te betalen' (art. 1493 BW). Zij zijn niet speciaal toegesneden op het soort goederen dat deze verkoper levert. Een koelkast zal wellicht andere leveringsvoorwaarden vergen dan een vloerbedekking. Er kan behoefte bestaan aan een aanvulling van het aanvullende recht. Deze rol, onder andere, vervullen de standaardvoorwaarden: zij detailleren de uitwerking, die het aanvullend recht aan de rompovereenkomst geeft, nog verder.

Maar er is meer: het regelend recht is niet alleen aanvullend, maar ook dispositief. Het treedt terug voor zover door partijen anders wordt beschikt. Hier komt een tweede reden voor het opstellen van standaardvoorwaarden naar voren: niet alleen aanvulling, maar ook *afwijking* van het regelend recht kan de beweegreden zijn. De ondernemer die niet zeer gelukkig is met het vereiste van ingebrekestelling (art. 1279 BW) zal zich in zijn standaardvoorwaarden van die plicht ontslaan.

Rompovereenkomst, regelend recht, standaardvoorwaarden. Het eerste element belichaamt de autonomie. Het *dat*, en in hoofdlijnen het *wat* van contractuele gebondenheid dient te berusten op een eigen keuze van de betrokke-

nen. De beide laatste elementen maken die autonomie praktisch hanteerbaar; over grote delen van de contractsinhoud behoeven partijen zich niet telkens uit te laten. Gedrieën leveren zij een productief evenwicht tussen autonomie en institutionalisering. Maar zij vormen een driehoeksverhouding, met alle mogelijke conflictstof van dien. Hoe is hun onderlinge rangorde? Derogeren de standaardvoorwaarden aan het regelend recht, en wel in dezelfde mate als waarin de rompovereenkomst het regelend recht terzijde stelt? Een belangrijke vraag, bovendien een vraag die niet kan worden beantwoord zonder inzicht in het rechtskarakter van standaardvoorwaarden. Wat is hun status? Hebben we hier te maken met particuliere *wetgeving* en behoren de standaardvoorwaarden aldus tezamen met het aanvullende recht, het gebruik en de billijkheid tot het objectieve recht. Of zijn standaardvoorwaarden, ook de eenzijdig opgestelde, niettemin *contractenrecht* in de volle zin des woords. Het te bepalen standpunt heeft consequenties in twee opzichten: voor de vraag onder welke voorwaarden de standaardvoorwaarden worden *ingeschakeld* (de toepasselijkheid) en voor de vraag in hoeverre standaardvoorwaarden zijn onderworpen aan een *inhoudelijke* toetsing door de rechter.

Het rechtskarakter van standaardvoorwaarden en hun toepasselijkheid

Partijen schakelen bij het sluiten van een overeenkomst *automatisch* het objectieve recht in. Aanvullend recht, gebruik en billijkheid beheersen hun rechtsverhouding ook zonder dat hierover tussen de contractanten overeenstemming is bereikt. Een objectief-rechtelijke status impliceert voor de standaardvoorwaarden een automatische integratie in de rompovereenkomst. Integratie-problemen zijn er wel als wordt vastgehouden aan de contractuele signatuur van standaardvoorwaarden. Dan gooit art. 1356, 1° roet in het eten en hangt de toepasselijkheid van de standaardvoorwaarden af van de vraag of er op dat punt sprake is van 'toestemming'. In dat geval rijst het probleem of die vraag met de traditionele instrumenten: wil en vertrouwen wel kan worden opgelost.

Het rechtskarakter van standaardvoorwaarden en hun inhoudelijke controle

Is er reden voor een verscherpte rechterlijke controle ten aanzien van de inhoud van standaardvoorwaarden? Zo ja, waarop is de bevoegdheid van de rechter in dat geval gebaseerd? De controversiële status van de standaardvoorwaarden (objectief-rechtelijk of contractueel) is ook van belang voor deze vraag. Rubricering van standaardvoorwaarden onder het objectieve recht zal meebrengen, dat het regelende recht niet zonder meer het onderspit delft. Het regelend recht is weliswaar dispositief, maar dat wil slechts zeggen, dat het terugtreedt als partijen anders beschikken. Als naar gangbare opvatting het regelende recht al niet wijkt voor gebruik en billijkheid dan is er te minder reden voor een derogerende werking van standaardvoorwaarden, begrepen als

objectief recht. Eenzijdig geformuleerd objectief recht, opgesteld door een 'wetgever' die van niemand daartoe de bevoegdheid heeft verkregen, verdient geen hoog aanzien.

De bevoegdheid van de rechter tot een inhoudelijke controle kan niet aldus worden gerechtvaardigd, indien de verbindende kracht van standaardvoorwaarden vanuit het contractmodel wordt benaderd. In dat geval moet, zoals zal blijken, de rechtsgrond voor de verscherpte rechterlijke toetsing worden gezocht in de beginselen van contractenrecht, met name in het autonomie-beginsel. De omstandigheid, dat er ten aanzien van standaardvoorwaarden sprake is van een structureel verstoord evenwicht in de contractsautonomie, rechtvaardigt in dat geval de verhoogde waakzaamheid van de kant van de rechter.

Ervaringen met de objectief-rechtelijke status van standaardvoorwaarden

Ervaringen met een objectief-rechtelijke status van standaardvoorwaarden zijn er. Zij inspireren niet tot navolging. De Duitse rechtspraak heeft gedurende een tiental jaren standaardvoorwaarden gekwalificeerd als 'eine fertig bereitliegende Rechtsordnung'.²⁵⁴ Deze leer waarin standaardvoorwaarden worden gezien als objectieve rechtsnormen, 'was er niet zozeer op gericht om de ondernemers te helpen als wel om de wederpartijen te beschermen. Aan rechtsnormen moeten en kunnen immers hogere eisen worden gesteld dan aan kontraktsbedingen'.²⁵⁵ Toch heeft deze 'Rechtsnormentheorie' geen stand gehouden²⁵⁶ en onbegrijpelijk is dat niet. Iedere poging de standaardvoorwaarden te doen doorgaan voor objectief recht strandt onvermijdelijk op het competentie-probleem: waar haalt het particuliere bedrijfsleven de bevoegdheid vandaan tot eenzijdige rechtsvorming²⁵⁷ ?

Twee wegen in het komende recht

Er zijn twee wegen waarlangs de standaardisering van het contractenrecht kan worden bereikt. Ofwel, men giet haar in de vorm van wetgeving (in formele dan wel in materiële zin). Het voordeel van de aldus gestandaardiseerde rechten en plichten is, dat hun 'inschakeling' geen grote problemen oplevert: zij worden 'automatisch' van toepassing op de door partijen gesloten overeenkomsten. Wel is in dat geval vereist dat een competente 'wetgever' wordt aangewezen.

De andere weg leidt naar het contractmodel. De toepasselijkheid van standaardvoorwaarden is hier afhankelijk van de toestemming van beide partijen. Onder welke voorwaarden is daarvan sprake? Bovendien: is er, als de standaardvoorwaarden eenmaal van toepassing zijn, vervolgens nog ruimte voor

254. Vgl. Reichsgericht, Deutsches Recht 1941, blz. 1210.

255. Hondius 1978, blz. 404.

256. Vgl. BGHZ 17, 1, 2.

257. Vgl. Larenz 1977, blz. 487 'AGB werden auch durch ihre Verwendung in einer noch so grossen Vielzahl von Verträgen nicht zu Rechtsnormen, da der Verwender keine Befugnis zur Normsetzung hat'

een verscherpt toezicht op hun inhoud? Zo ja, wat is daarvoor de rechtsgrond? Drie beginselen van contractenrecht bepalen het antwoord op deze vragen.

In het komend recht worden beide wegen opengesteld. De weg via het objectieve recht wordt aangegeven door art. 6.5.1.2 NBW:

- lid 1. Een overeenkomst, door een der partijen gesloten in de uitoefening van haar bedrijf, is behalve aan de wettelijke bepalingen ook onderworpen aan een standaardregeling, wanneer voor de bedrijfstak waartoe het bedrijf behoort, ten aanzien van zodanige overeenkomst een standaardregeling geldt (...);
- lid 2. Een standaardregeling wordt vastgesteld, gewijzigd en ingetrokken door een daartoe door Onze Minister van Justitie te benoemen commissie (...);
- lid 3. De vaststelling, wijziging of intrekking van een standaardregeling wordt niet van kracht voordat zij door Ons is goedgekeurd en met Ons goedkeuringsbesluit in de Nederlandse Staatscourant is afgekondigd.

Het ontwerp introduceert de *standaardregeling*. Aanvullend recht, opgesteld door een door de minister van justitie benoemde commissie van belanghebbenden, goedgekeurd door de Kroon. Dat we bij de standaardregeling te maken hebben met *wetgeving* (in materiële zin) staat buiten twijfel.²⁵⁸ De legitimatie van de verbindende kracht van een standaardregeling levert geen problemen op. Er is een orgaan aangewezen dat is bekleed met wetgevende bevoegdheid: de commissie van belanghebbenden benoemd door de minister van justitie. De na goedkeuring van de Kroon verkregen objectief-rechtelijke status van de standaardregeling ecarteert bovendien het probleem hoe de bepalingen van de standaardregeling deel uit gaan maken van de overeenkomst. De door partijen gesloten overeenkomst is van rechtswege 'onderworpen' aan de standaardregeling (art. 6.5.1.2. lid 1 NBW). Netelige 'toestemmingsvragen' blijven hier achterwege.²⁵⁹

De voordelen van de standaardregeling in vergelijking tot het klassieke, van de formele wetgever afkomstige aanvullende recht zijn gelegen in haar 'aktualiteit, gedetailleerdheid en mogelijkheid tot snelle aanpassing'.²⁶⁰ Maar het zijn ook juist deze aspecten ten aanzien waarvan de standaardregeling het op haar beurt moet afleggen tegen de door het particuliere bedrijfsleven in eigen beheer opgestelde *standaardvoorwaarden*. Het ziet er daarom niet naar uit, dat de standaardregeling het gebruik van standaardvoorwaarden geheel en al zal verdringen. Blijkens de aankondiging, dat — vooruitlopend op het NBW — een wettelijke regeling betreffende algemene voorwaarden tot stand zal worden gebracht²⁶¹, is dit kennelijk ook de voorspelling van de wetgever. Aldus zal in het komend recht de standaardisering van de contractuele betrekkingen in een dubbele baan worden geleid: via het objectieve recht (wetgeving in formele zin en standaardregeling) en via het contractsmechanisme (de standaardvoorwaarden).

258. Vgl. Toelichting boek 6, blz. 736.

259. Overigens rijst nog wel het probleem of de overeenkomst onder de werkingssfeer van een bepaalde standaardregeling valt. Zie hieromtrent Hondius 1978, blz. 649 c.v.

260. Hondius 1978, blz. 658.

261. Memorie van Antwoord Boek 6, blz. 196.

De toepasselijkheid van standaardvoorwaarden; theorie en praktijk

Kan de verbindende kracht van standaardvoorwaarden worden gerechtvaardigd met behulp van het contractmodel? Wie deze weg inslaat, heeft een harde noot te kraken: de toestemming van partijen. In hoeverre dient de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden afhankelijk te zijn van de 'toestemming' van partijen? Deze vraag kan niet worden vermeden. De confrontatie tussen theorie en praktijk evenmin: zoals zal blijken, aanvaardt de huidige rechtspraak in ruimere mate de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden dan op basis van de beginselen van contractenrecht gerechtvaardigd is.²⁶² 'Van de meeste standaardcontracten, die incidenteel met een wisselende kring afnemers wordt gesloten, kan immers moeilijk worden volgehouden dat de afnemer deze integraal heeft gewild of door zijn ondertekening of mondelinge toestemming het vertrouwen heeft opgewekt dat dit het geval was'.²⁶³ Verdient het niet de voorkeur 'de fictie van wil of vertrouwen' prijs te geven op grond van de praktische behoeften van het verkeer²⁶⁴?

Dit is inderdaad het probleem. Wat moet wijken: de theorie of de praktijk? Het is verleidelijk hier ongezien te kiezen ten nadele van de theorie. De rechtstheorie staat ten dienste van de rechtspraak en niet omgekeerd. Maar zo eenvoudig ligt de zaak niet. Een juridische theorie is, anders dan een natuurwetenschappelijke, niet slechts bestemd om de verschijnselen te *verklaren*. Een juridische theorie dient er ook toe die verschijnselen *kritisch te beoordelen*. Een theorie over de beginselen van contractenrecht is niet zozeer bedoeld om het doen en laten van rechters op het terrein van het contractenrecht te verklaren te voorspellen²⁶⁵, als wel om de rechtspraak op dit punt aan de tand te voelen. Een confrontatie tussen theorie en praktijk kan heel wel ten nadele van de laatste uitvallen. Het is zeer wel mogelijk, dat op basis van drie beginselen van contractenrecht een resultaat wordt geboekt dat de voorkeur verdient boven de praktijk van de zeer spoedig aangenomen toepasselijkheid van standaardvoorwaarden. Ter illustratie kiezen wij een redelijk afgebakend probleem: de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden waarnaar in ondertekende contractsdocumenten wordt verwezen. Wie een handtekening plaatst op een contractsdokument dat naar standaardvoorwaarden verwijst, is aan die standaardvoorwaarden gebonden, ongeacht of hij ze heeft gelezen. Een geheide regel van Nederlands recht.²⁶⁶ In het NBW is aan deze regel een bepaling gewijd. Vergelijk art. 6.5.1.3 lid 1:

'Degene die door ondertekening of op andere wijze heeft te kennen gegeven de inhoud van een geschrift of een verwijzing naar algemene voorwaarden te aanvaarden, is daaraan ook dan gebonden, als bij het sluiten van de overeenkomst zijn wederpartij begreep of moest begrijpen dat hij de inhoud daarvan niet kende'.

262. Vergelijk bijvoorbeeld het nog te bespreken arrest van het Hof te 's-Gravenhage van 25 juni 1976, te kennen uit HR 9 december 1977, NJ 1978, 187.

263. Sluyter 1972, blz. 13 en 14.

264. Sluyter 1972, blz. 13.

265. Een dergelijke eenzijdige blik op het recht is op inmiddels klassieke wijze verwoord door O.W. Holmes 'The prophecies of what the courts will do, in fact and nothing more pretentious, are what I mean by the law'. Collected Papers 1920, blz. 173.

266. Vgl. Hondius 1978, blz. 397.

Zoveel is zeker: de regel dat reeds de enkele ondertekening gebondenheid impliceert, kan met behulp van de traditionele vertrouwensleer niet worden verklaard. Deze regel schept gebondenheid aan standaardvoorwaarden, ook dáár waar vaststaat, dat de gebruiker *er niet op mocht vertrouwen*, dat de wederpartij de in de standaardvoorwaarden neergelegde rechten en plichten *wilde*. Met een vertrouwensleer, waarin het te beschermen vertrouwen wordt omschreven als het vertrouwen, dat de afgelegde verklaring overeenstemt met de wil van de declarant, komen we hier niet uit de voeten. Maar zoals gezien (blz. 16) komt deze versie van de vertrouwensleer voornamelijk voor rekening van haar bestrijders: de aanhangers van de wilsleer.

Wat indien onder het relevante vertrouwen wordt verstaan niet het vertrouwen, dat de wederpartij alle in de standaardvoorwaarden neergelegde rechten en plichten wilde, maar het vertrouwen, dat de wederpartij accoord ging met het feit, dat de verhouding tussen partijen zou worden beheerst door standaardvoorwaarden? Toepasselijkheid van standaardvoorwaarden slechts indien de ondernemer er op mocht vertrouwen dat de wederpartij met de toepasselijkheid van de standaardvoorwaarden instemde. Vormt wellicht het vertrouwensbeginsel, in deze variant, een redelijk uitgangspunt bij een oordeel over de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden? Aanvaarding van dit uitgangspunt heeft consequenties voor de interpretatie van art. 6.5.1.3. Op een cruciaal punt is deze bepaling immers voor tweeërlei uitleg vatbaar.²⁶⁷ 'Degene die door ondertekening heeft te kennen gegeven (...) een verwijzing naar algemene voorwaarden *te aanvaarden* is daaraan ook dan gebonden, als bij het sluiten van de overeenkomst zijn wederpartij begreep of moest begrijpen dat hij de inhoud daarvan niet kende' (cursivering niet in het origineel). Wat betekent dit? Is het zo, dat door de ondertekening onomstotelijk komt vast te staan, dat de wederpartij de toepasselijkheid van de standaardvoorwaarden heeft aanvaard? Of is de kern van dit artikel gelegen in de bepaling, dat de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden dient te berusten op *aanvaarding* door de wederpartij, waarbij diens ondertekening een omstandigheid is waaruit die aanvaarding kan worden afgeleid? In de eerste lezing vormt de ondertekening een voldoende voorwaarde voor de gebondenheid, in de tweede lezing komt het er op aan of de wederpartij de toepasselijkheid heeft aanvaard, en is het nog een open vraag of hij dit reeds door de enkele ondertekening te kennen heeft gegeven.

Alleen deze laatste interpretatie van art. 6.5.1.3 kan worden verzoend met het hierboven geformuleerde uitgangspunt: toepasselijkheid slechts indien er sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen, dat de wederpartij met de toepasselijkheid heeft ingestemd. Bovendien biedt deze interpretatie nog een ruimer perspectief: als moet worden aangenomen, dat de toepasselijkheid dient te berusten op aanvaarding door de wederpartij en als die aanvaarding niet zonder meer mag worden afgeleid uit diens ondertekening, dan rijst de vraag wat daarbij nog meer komt kijken. Wanneer kan worden gesproken van aanvaarding door de wederpartij? Wordt dit probleem wellicht beheerst door drie beginselen van contractenrecht?

Daarop zal ons betoog inderdaad zijn gericht: art. 6.5.1.3 leidt slechts tot

267. Vgl. ook Hondius 1978, blz. 551.

een aanvaardbaar resultaat voor zover aan het enkele feit van ondertekening niet de onweerlegbare conclusie wordt verbonden, dat de wederpartij de toepasselijkheid heeft aanvaard. Alleen tegen de achtergrond van drie beginselen van contractenrecht komt deze bepaling op bevredigende wijze uit de verf. Zoals zal blijken is bovendien een kentering in deze richting reeds bespeurbaar.

De terugkeer naar de beginselen van contractenrecht

Het zit in de lucht: de terugkeer naar de beginselen van contractenrecht als de bronnen waaruit moet worden geput bij het oordeel over de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden. Wij signaleren in dit verband de voorstellen van Hondius en het arrest Towell-Janson (HR 9 december 1977, NJ 1978, 187).

De 'vertrouwensleer' van Hondius

Hondius maakt bezwaar tegen de huidige praktijk van de zeer spoedig aangenomen toepasselijkheid van standaardvoorwaarden. Om die toepasselijkheid binnen aanvaardbare grenzen te houden, stelt hij een formule voor die hij zelf aankondigt als 'een nadere uitwerking van de vertrouwensleer'.²⁶⁸

'Volgens deze formule is degeen die een kontraktsdokument ondertekent aan de daarin vervatte (verwijzing naar) standaardvoorwaarden gebonden indien en voor zover hij bij de ondertekening op toerekenbare wijze bij de wederpartij het vertrouwen heeft opgewekt dat hij gebonden wilde zijn. Het antwoord op de vraag of het vertrouwen geacht mag worden te zijn opgewekt, hangt af van de waardering van omstandigheden als de mate van akkoordverklaring, de gebruikelijkheid van de betreffende klausules in het licht van de kontekst en de mogelijkheid voor de wederpartij om zich van de kondities bewust te zijn'.²⁶⁹

Met name de door Hondius vermelde 'gezichtspunten' zijn interessant: a. de mate van akkoordverklaring, b. de gebruikelijkheid van de betreffende klausules in het licht van de kontekst en c. de mogelijkheid voor de wederpartij om zich van de kondities bewust te zijn. Zij maken duidelijk, dat Hondius al te bescheiden is wanneer hij zijn formule voorstelt 'enkel als een nadere uitwerking van de vertrouwensleer'.

Met name de factoren a en c ontnemen hun bestaansrecht aan een ander beginsel van contractenrecht: het autonomie-beginsel. Dat de mate van akkoordverklaring en de mogelijkheid om zich van de condities bewust te zijn, een rol spelen, kan alleen worden begrepen vanuit het autonomie-beginsel. Bij het oordeel over de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden is de autonomie van de wederpartij mede in het geding. Hoe groter diens autonome inbreng, des te sneller de toepasselijkheid kan worden aangenomen. Ondertekening van een notariële akte scoort hoog in dit opzicht.²⁷⁰ In elk geval hoger

268. Hondius 1978, blz. 403.

269. Hondius 1978, blz. 408, 409.

270. Vgl. Hondius 1978, blz. 402.

dan de handtekening onder een bestelbon waarop naar elders gedeponeerde voorwaarden wordt verwezen. De ondertekening van een notariële akte is in het algemeen het resultaat van een weloverwogen besluit en bovendien bestaat er hier een reële mogelijkheid om zich van de condities bewust te zijn. (De notaris zal door toezending en/of voorlezing van de voorwaarden er in de regel voor zorgen, dat beide partijen zich het bestaan van de voorwaarden realiseren).

De ondertekening van een bestelbon vormt een veel zwakkere aanwijzing voor de conclusie, dat de wederpartij accoord ging met de toepasselijkheid van de voorwaarden, althans, dat het hem mogelijk was zich van de condities bewust te zijn. Hier zijn de garanties voor een redelijke bescherming van diens autonomie aanmerkelijk geringer. In ieder geval maken de door Hondius aangegeven factoren duidelijk, dat terzake van de toepasselijkheidsvraag het autonomie-beginsel niet buiten spel gezet kan worden. Zijn 'vertrouwensleer' heeft een bredere basis. De navolgende beschouwingen beogen daarin te voorzien.

Een tweede zwaluw: het arrest Towell-Janson

Tussen Towell en Janson is tot stand gekomen een overeenkomst betreffende de bouw door Janson in opdracht en voor rekening van Towell van twee zeewaardige lichters. Bij de onderhandelingen werd Towell vertegenwoordigd door Ahmed Sultan en A.H. Karmali, die geen van beiden de Nederlandse taal machtig waren. Toen partijen overeenstemming hadden bereikt over de prijs van de schepen is eerst van de kant van Janson voorgesteld de overeenkomst vast te leggen met gebruikmaking van een formulier van een standaardtekst, dat vele bladzijden lang was. Partijen waren echter van oordeel, dat gebruik van het formulier niet nodig was en dat met een korter contract kon worden volstaan. Daarop is door een employé van Janson op een blanco bloknootvel met de pen het contract in de Engelse taal geschreven. Het geschrevene is voorgelezen aan partijen die zich daarmee accoord verklaarden. Vervolgens is de handgeschreven tekst overgetypt op briefpapier van Janson. Dit briefpapier bevatte een voorgedrukte, in het Nederlands gestelde verwijzing naar de zogeheten Smecoma-voorwaarden. Nadat de overgetypte tekst door partijen was doorgelezen, hebben zij hun handtekening geplaatst.

Is Towell gebonden aan de Smecoma-voorwaarden? De Rechtbank: uit de ondertekening van voormelde akte door Sultan en Karmali kan niet worden afgeleid, dat zij instemden met de toepasselijkheid van de Smecoma-voorwaarden. Niet alleen de omstandigheid, dat partijen in hun overeenkomst geen gedetailleerde condities hebben willen opnemen, doch ook het feit, dat tijdens de onderhandelingen over algemene voorwaarden niet is gesproken, leidt tot de slotsom, dat op de onderhavige overeenkomst de Smecoma-voorwaarden niet van toepassing zijn. Het Hof: aangenomen dient te worden dat op de onderhavige overeenkomst de Smecoma-voorwaarden van toepassing zijn, tenzij komt vast te staan, dat partijen de toepasselijkheid van deze voorwaarden hebben uitgesloten. Het cassatiemiddel: het Hof heeft nagelaten voldoende te onderzoeken of tussen Towell en Janson over de toepasselijkheid van de Smecoma-condities wilsovereenstemming was bereikt, c.q. Towell bij Janson het in de omstandigheden van het geval gerechtvaardigde vertrouwen had gewekt dat zij met die toepasselijkheid instemde.

De toepasselijkheid van standaardvoorwaarden dient te berusten op de toestemming van partijen en die toestemming kan niet zonder meer worden afgeleid uit het enkele feit van ondertekening (de Rechtbank). Ondertekening van een contractsdocument dat naar standaardvoorwaarden verwijst, doet die voorwaarden van toepassing zijn, tenzij komt vast te staan dat partijen de toepasselijkheid hebben uitgesloten (het Hof). Het cassatiemiddel verwijt het Hof, dat het is getreden buiten de gebaande paden van het contractenrecht: wilsovereenstemming c.q. gerechtvaardigd vertrouwen.

Thans het oordeel van de Hoge Raad:

‘dat daaraan (d.w.z. de beslissing van het Hof) kennelijk ten grondslag ligt de rechtsopvatting, dat op overeenkomsten, gesteld op papier waarop voorkomt een verwijzing naar standaardvoorwaarden gelijk hier gebezigd, die voorwaarden van toepassing zijn tenzij zou blijken dat de toepasselijkheid ervan door partijen is uitgesloten; dat die opvatting in haar algemeenheid geen steun vindt in het recht’.

Een voorzichtige rehabilitatie van de beginselen van contractenrecht? In ieder geval is de opstelling van de Hoge Raad nog uiterst behoedzaam. Het oordeel welke rechtsopvatting omtrent de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden in haar algemeenheid wel steun vindt in het recht wordt node gemist. Maar toch: het harde standpunt van het Hof (toepasselijk tenzij uitgesloten) wordt verworpen. Dit opent de weg naar zwaardere eisen aan de toepasselijkheid van standaardvoorwaarden.²⁷¹ Die weg voert langs drie beginselen van contractenrecht.

Een redelijke toepassing van art. 6.5.1.3. NBW berust op drie beginselen

‘Degene die door ondertekening of op andere wijze heeft te kennen gegeven de inhoud van een geschrift of een verwijzing naar algemene voorwaarden te aanvaarden, is daaraan ook dan gebonden, als bij het sluiten van de overeenkomst zijn wederpartij begreep of moest begrijpen dat hij de inhoud daarvan niet kende’ (art. 6.5.1.3 lid 1).

Het arrest Towell/Janson maakt duidelijk, dat de enkele ondertekening niet zonder meer kan leiden tot gebondenheid aan de voorwaarden waarnaar werd verwezen. Mag uit de ondertekening door Sultan en Karmali worden afgeleid dat zij de toepasselijkheid van de Smecoma-voorwaarden hebben *aanvaard*?

Deze vraag loopt als een rode draad door de verschillende fasen van de procedure. De verbindende kracht van standaardvoorwaarden hangt af van de vraag of de wederpartij met hun toepasselijkheid *instemde*. Deze kernvraag verraadt inspiratie door het autonomie-beginsel. De rechtvaardiging van de verbindende kracht van standaardvoorwaarden berust op het beginsel dat partijen zelf hun onderlinge rechtsbetrekkingen kunnen bepalen, op voorwaarde dat een dergelijke regeling hun beider instemming geniet. De omstandigheid, dat het gaat om *standaard*-voorwaarden, leidt ten aanzien van de wederpartij tot een zekere uitholling van zijn autonomie. Zijn toestemming heeft immers

271. In vergelijkbare zin, G.J. Scholten in zijn noot onder dit arrest in NJ 1978, 187. Minder optimistisch is Hondius. Vgl. Hondius 1978, blz. 956.

in de regel slechts betrekking op het feit, *dat* zijn rechtsverhouding met de ander zal worden beheerst door standaardvoorwaarden en niet op het *wat* van die voorwaarden. De afslanking van het autonomie-beginsel op dit punt, heeft gevolgen voor de andere beginselen van contractenrecht zij winnen gewicht

Allereerst het vertrouwensbeginsel. Wellicht is men geneigd te denken dat het hier uitsluitend gaat om het vertrouwen van de opsteller van standaardvoorwaarden. Hij kan een beroep doen op zijn standaardvoorwaarden indien hij er redelijkerwijs op mocht vertrouwen, dat de wederpartij met de toepasselijkheid ervan instemde. Maar hiermee is de werking van het vertrouwensbeginsel niet uitgeput. Ook het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij verdient bescherming. Hier is van belang, dat zijn toestemming in de regel slechts betrekking heeft op het enkele feit van toepasselijkheid en niet op de *inhoud* van de toepasselijke standaardvoorwaarden. Het vertrouwensbeginsel brengt voor hem mee, dat bedingen die hij redelijkerwijs niet behoefde te verwachten hem niet binden. In de serie gezichtspunten van Hondius herinnert omstandigheid b (de gebruikelijkheid van de betreffende klausules in het licht van de kontekst) aan dit aspect van het vertrouwensbeginsel.²⁷² In meer uitgewerkte vorm komt het naar voren in paragraaf drie van het Duitse AGB-Gesetz.²⁷³

(Überraschende Klauseln) Bestimmungen in allgemeine Geschäftsbedingungen, die nach den Umständen, insbesondere nach dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages, so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders mit ihnen nicht zu rechnen braucht, werden nicht Vertragsbestandteil

In de tweede plaats is er het causa-beginsel. Art. 6.5.1.3 heeft nog een tweede lid

‘Niettemin is, onverminderd het in artikel 3:20 bepaalde, een beding vernietigbaar, indien de wederpartij bij het sluiten van de overeenkomst begreep of moest begrijpen dat de ander, indien hij het beding had gekend, deze overeenkomst niet zou hebben aangegaan’

De associatie met de wilsgebreken dringt zich op. Zoals gezien (blz. 98 e.v.), wordt het succes van een beroep op dwaling onder andere beheerst door het causa-beginsel. Vast moet staan, dat de dwaling betrekking heeft op omstandigheden die de ‘eigenlijke grond’ vormen voor het aangaan van de overeenkomst. Anders gezegd: er moet sprake zijn van causaal verband tussen de dwaling en de totstandkoming van de overeenkomst (de overeenkomst zou zonder de dwaling niet zijn gesloten).

Dit geldt ook ten aanzien van de aanvaarding van standaardvoorwaarden waarnaar wordt verwezen. Een dergelijke gang van zaken is behept met een structureel ‘wilsgebrek’: de onbekendheid met de aard en de omvang van de rechten en verplichtingen die onderdeel gaan vormen van de contractsinhoud. Vernietigbaarheid is hier op haar plaats. Althans voor zover die onbekendheid betrekking heeft op de aanwezigheid van voorwaarden waarvan de afwezigheid juist essentieel is voor de wederpartij. Indien met andere woorden sprake is

272 Hondius 1978, blz. 402.

273 Wet van 9 december 1976, BG Bl. I, 3317

van causaal verband tussen de onbekendheid met een bepaald beding en het sluiten van de overeenkomst en bovendien de ander dit begreep of moest begrijpen, dan is er reden voor vernietigbaarheid. Een beroep op de vernietigbaarheid van een beding in standaardvoorwaarden slaagt krachtens art. 6.5.1.3 lid 2 slechts indien de onbekendheid met het beding van doorslaggevende betekenis is geweest voor de totstandkoming van de overeenkomst en de ander dit begreep of moest begrijpen. Ook op dit punt is de verbindende kracht van standaardvoorwaarden verankerd in de beginselen van contractenrecht.

- Aldus wordt een aanvaardbare interpretatie van art. 6.5.1.3 beheerst door drie beginselen. De enkele ondertekening dient niet automatisch tot gebondenheid te leiden. Of sprake is van 'aanvaarding' door de wederpartij is een vraag die serieus moet worden onderzocht en die niet kan worden afgedaan met een verwijzing naar diens handtekening. Dit uitgangspunt wortelt in het autonomie-beginsel. Naar twee kanten wordt dit uitgangspunt uitgewerkt door het vertrouwensbeginsel. De *ondernemer* kan in het algemeen een beroep doen op zijn standaardvoorwaarden indien hij er redelijkerwijs op mocht vertrouwen, dat de wederpartij met de toepasselijkheid ervan instemde.

Het vertrouwen van de *wederpartij* dient te worden beschermd en wel in dier voege dat hij niet wordt gebonden aan voorwaarden die hij redelijkerwijs niet behoefde te verwachten. Tenslotte het causa-beginsel: de wederpartij kan de nietigheid inroepen indien de onbekendheid met het beding van doorslaggevende betekenis is geweest voor zijn aanvaarding van de voorwaarden (althans voor zover de ander dit begreep of moest begrijpen).

De inhoudelijke controle van standaardvoorwaarden

De vraag of standaardvoorwaarden toepasselijk zijn, geeft, zoals gezien, aanleiding tot speciale problemen. Maar wat als die barrière eenmaal genomen is, als uitgemaakt is, dat de eisen voor toepasselijkheid zijn vervuld? Moeten dan nog andere controleposten worden gepasseerd alvorens een beroep op standaardvoorwaarden kan slagen? Bij 'normale' overeenkomsten worden de grenzen aan de contractsvrijheid bepaald door dwingend recht en goede zeden; is er reden deze grenzen bij standaardvoorwaarden anders te trekken?

Grond voor een zwaardere toetsing is er inderdaad: de grenzen gesteld aan een beroep op standaardvoorwaarden moeten nauwer worden getrokken dan bij een 'normale' functionering van het contractsmechanisme het geval is. Dat dit zo is vloeit voort uit de wijze van totstandkoming. Gezien de zeer onevenwichtig verdeelde autonomie in de totstandkomingsfase, berusten standaardvoorwaarden op een zwakkere legitimatie dan een 'normaal' contract. Hierin is de rechtsgrond te zoeken voor de verhoogde rechterlijke waakzaamheid. Dat ten aanzien van standaardvoorwaarden de rechterlijke controle verder reikt dan een toetsing of de voorwaarden voor toepasselijkheid zijn vervuld en of geen dwingend recht en goede zeden zijn geschonden, houdt verband met de structurele ongelijkwaardigheid van de betrokken partijen. Het is nodig dit punt te preciseren. De rechtsgrond voor de verscherpte rechterlijke controle wordt gevormd door de ongelijkwaardigheid van partijen. Maar 'ongelijkwaardigheid' in welk opzicht? De volgende beeldvorming ligt voor de hand: de

machtige organisatie, die ruim van rechtskundige bijstand is voorzien tegenover het juridisch ongeschoolde individu. Aan een dergelijke ongelijkwaardigheid herinnert ook het door de Hoge Raad in het HBU-arrest geformuleerde 'gezichtspunt' dat de rechtskracht van een exoneration-beding afhankelijk kan zijn van de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen.²⁷⁴

Toch is het niet deze ongelijkwaardigheid waar het om gaat, althans niet in de eerste plaats. De ongelijkwaardigheid van partijen bij standaardvoorwaarden draagt een structureel karakter en is niet afhankelijk van de toevallige maatschappelijke positie en onderlinge verhouding van partijen. Zij is gelegen in de omstandigheid dat de contractautonomie door één der partijen vrijwel geheel is geannexeerd. Het Duitse Bundesgerichtshof heeft dit scherp geformuleerd:

'Wer allgemeine Geschäftsbedingungen aufstellt, nimmt die Vertragsfreiheit, soweit sie die Gestaltung des Vertragsinhalts betrifft, für sich allein in Anspruch. Er ist daher nach Treu und Glauben verpflichtet, schon bei der Abfassung der allgemeinen Geschäftsbedingungen die Interessen seiner künftigen Vertragspartner angemessen zu berücksichtigen. Bringt er nur seine eigenen Interessen zur Geltung, so misbraucht er die Vertragsfreiheit. Insoweit ist die Vertragsfreiheit durch par. 242 BGB eingeschränkt'.²⁷⁵

Autonomie schept verantwoordelijkheid. De opeenhoping van de autonomie aan de zijde van de opsteller van standaardvoorwaarden dient gepaard te gaan met een grotere verantwoordelijkheid. Bij het formuleren van de standaardvoorwaarden moet hij optreden als 'behoorlijk zaakwaarnemer' van de afwezige wederpartij: diens belangen mogen in de standaardvoorwaarden niet geheel en al worden genegeerd. Aangezien de verbindende kracht van standaardvoorwaarden niet wordt gelegitimeerd door de toestemming van de wederpartij ten aanzien van de inhoud, moet die legitimatie worden gezocht in de inhoud zelf: standaardvoorwaarden met een onredelijke inhoud missen verbindende kracht.

Aldus is de *rechtsgrond* voor een inhoudelijke controle van standaardvoorwaarden gelocaliseerd. Het autonomie-beginsel is hier in het geding. De omstandigheid, dat de contractautonomie vrijwel volledig is opgeslokt door één der partijen, belast deze met een grotere verantwoordelijkheid ten aanzien van de inhoud van de contractvoorwaarden dan het geval zou zijn bij een meer gelijkwaardige inbreng van beide partijen.²⁷⁶ Maar met behulp van welke *criteria* deze toetsing moet worden ondernomen is nog een open vraag. Op dit punt raken wij betrokken in een tweetal, onderling verwante, discussies.

274. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261.

275. BGH 4 november 1964, NJW 1965, 246.

276. Vgl. in dit verband ook A.R. Bloembergen, *Bouwwrecht* 1969, blz. 364: 'Een clause, die naar haar inhoud bedenkelijk maar wellicht niet strijdig met de goede zeden is, kan acceptabel zijn, als beide partijen haar bewust en in volkomen vrijheid in hun contract opnemen, maar onaanvaardbaar als een der partijen niet volledig vrij was of zich niet precies bewust was van wat hij deed'.

Een dubbel debat

In de eerste plaats is van belang het debat, ontstaan naar aanleiding van het HBU-arrest: waardoor worden de toetsingscriteria geleverd? Door de goede zeden, de goede trouw of door beide²⁷⁷? In de tweede plaats: waarop heeft die toetsing betrekking? Op het beding als zodanig, op de omstandigheden waaronder op dat beding een beroep wordt gedaan of op beide? Het verband tussen beide discussies ligt voor de hand. Bij een keuze voor de goede zeden als toetsingscriterium zal die toetsing betrekking hebben op het beding als zodanig. In dat geval moet immers worden onderzocht of *het beding* al dan niet een geoorloofde oorzaak heeft. Bij een keuze voor de goede trouw ligt daarentegen een toetsing van *de omstandigheden waaronder op dat beding een beroep wordt gedaan* meer in de rede. Niet alleen vanwege het feit dat de goede trouw nu eenmaal in de eerste plaats betrekking heeft op de *uitvoering* van de overeenkomst (art. 1374 lid 3), maar ook omdat de goede trouw uit haar aard een concretiserende signatuur draagt. (Wat mogen de partijen in de concrete omstandigheden van het geval van elkaar verwachten?) Wordt tenslotte de keuze bepaald op een dubbele verankering (goede zeden en goede trouw) dan dient zich uiteraard een 'twee-fasen-toetsing' aan: eerst wordt het beding getoetst aan de goede zeden en vervolgens, als deze proef is doorstaan, wordt nagegaan of in verband met de eisen van de goede trouw een beroep op dat beding, in het licht van de omstandigheden van het geval, al dan niet vrijstaat.²⁷⁸

Welk standpunt verdient de voorkeur? Ook naar onze smaak biedt een 'twee-fasen-toetsing' de beste perspectieven. Maar alvorens deze keuze toe te lichten willen we eerst een poging wagen ons te onttrekken aan het trilemma: goede zeden, goede trouw, goede zeden en goede trouw.²⁷⁹ Goede zeden en goede trouw vervullen in het debat over de toetsing van contractuele bedingen stellig een rol. Het spreekt vanzelf, dat naarstig wordt gespeurd naar een *wettelijke basis* voor de bevoegdheid van de rechter tot een inhoudelijke controle van contractuele bedingen. In dit licht moet de functie van goede zeden en goede trouw worden begrepen. De artikelen 1373 (goede zeden) en 1374 (goede trouw) vormen beide een wettelijke basis van waaruit de verbindende kracht van het overeengekomene onder vuur kan worden genomen. Maar, om deze militante beeldspraak nog even voort te zetten, munitie is daar niet te vinden. Argumenten voor de vraag wanneer een inbreuk op de verbindende kracht is gerechtvaardigd, worden door die artikelen niet geleverd. Het draagvlak van de beslissing, dat op een bepaald beding geen beroep kan worden gedaan, wordt op geen enkele wijze versterkt door de verwijzing naar de goede trouw. De toegevoegde waarde van een referte aan de goede trouw ter moti-

277. Zie voor een documentatie van deze discussie Contractenrecht III, (Wuisman), 169

278. Zo A.R. Bloembergen, *Bouwrecht* 1969, 359 'Ik geef er dus de voorkeur aan in de eerste plaats te toetsen aan de goede zeden. Dat brengt niet mede dat de goede trouw op het terrein van de exoneratieclausules volledig is uitgeschakeld. Feiten en omstandigheden die zich na de contractssluiting hebben voorgedaan, kunnen ertoe leiden dat een beroep op een niet met de goede zeden strijdige clause in strijd is met de goede trouw'.

279. Ook Hondius is voorstander van een 'twee-fasen-toetsing'. Hij schrijft een dubbele dosis goede trouw voor 'eerst toetsen we de clause *in abstracto* aan de goede trouw, vervolgens toetsen we de clause nogmaals, nu in het licht van de individuele omstandigheden (Hondius 1978, blz. 476)

vering van een rechtsbeslissing is nihil. In dit verband zij herinnerd aan hetgeen in de inleiding van dit boek werd opgemerkt (blz. 7). Ten aanzien van de goede zeden komt daar nog iets bij. Niet alleen zijn de goede zeden als zodanig te amorf om in onbewerkte vorm te kunnen dienen als criteria voor de verbindende kracht van een overeenkomst, maar daarnaast is er nog een speciale reden die de goede zeden minder geschikt doet zijn als criteria bij de beoordeling van *standaardvoorwaarden*. Wij zijn er immers van uitgegaan dat, anders dan bij 'normale' overeenkomsten, de goede zeden bij *standaardvoorwaarden* een te lage drempel vormen. Terwijl bij een overeenkomst, die berust op een gelijkwaardige inbreng van beide partijen, de toelaatbaarheid van de inhoud wordt begrensd door de goede zeden, moet die grens bij standaardvoorwaarden nauwer worden getrokken. Het verheldert de zaak niet als bij het vaststellen van die nauwere grenzen opnieuw een beroep wordt gedaan op de goede zeden. In ieder geval zou dan de vraag moeten worden beantwoord in hoeverre de goede zeden op het terrein van de standaardvoorwaarden scherpere eisen stellen dan terzake van normale overeenkomsten. Wij geven er bij nader inzien de voorkeur aan de criteria voor de toetsing van standaardvoorwaarden van elders te betrekken. De beginselen van contractenrecht zullen ons daarbij inspireren.

Waarom een twee-fasen-toetsing?

- I. De afnemer heeft NIMMER het recht op ontbinding van de overeenkomst
- II. Alle schadevergoedingen uit hoofde van verkoopovereenkomsten door verkoper aan koper verschuldigd, zullen tot het bedrag der koopsom beperkt blijven

Een dubbele controle — eerst de aanvaardbaarheid van het beding als zodanig, en vervolgens, als het beding niet reeds in deze fase door de mand valt, de vraag of het beroep op dat beding in het licht van de omstandigheden van het geval gerechtvaardigd is. Een dergelijke twee-fasen-toetsing veronderstelt, dat het mogelijk is te onderscheiden tussen clausules die onder alle omstandigheden onaanvaardbaar zijn en clausules die enerzijds niet in iedere situatie tot een verwerpelijk resultaat leiden, maar die anderzijds ook niet onder alle omstandigheden stand kunnen houden. Clausules die behoren tot de eerste categorie zijn rijp voor het rode potlood, ten aanzien van de tweede categorie moet de verbindende kracht worden beoordeeld in het licht van hetgeen zich tussen partijen heeft afgespeeld.

Dit onderscheid in twee categorieën is inderdaad mogelijk. Clausule I moet, zoals zal blijken, worden gerekend tot de eerste categorie. Dit beding is als zodanig onaanvaardbaar. Het behoort reeds in de eerste toetsingsronde tot de uitvallers. Ten aanzien van clausule II liggen de zaken minder eenvoudig. Een beperking van de aansprakelijkheid is niet onder alle omstandigheden verwerpelijk, maar kan ook niet steeds worden aanvaard. De vraag of op een dergelijke beperking van de aansprakelijkheid een beroep kan worden gedaan is 'afhankelijk van tal van omstandigheden' (zie hieronder blz. 150). Het onderscheid tussen de beide categorieën — en daarmee de mogelijkheid van de dubbele toetsing — houdt verband met de verschillende maten waarin het oordeel over

de aanvaardbaarheid van een beding kan worden geabstraheerd van hetgeen zich tussen partijen heeft afgespeeld.

De twee-fasen-toetsing is mogelijk; maar is zij gewenst? Waarom niet alle bedingen bij uitsluiting onderwerpen aan de tweede – genuanceerde – controle-fase: kan op het beding in het licht van de concrete omstandigheden van het geval al dan niet een beroep worden gedaan? Als we bij de strijd tegen de onereuze standaardvoorwaarden beschikken over een floret, waarom dan nog de bijl ter hand genomen? Aan het woord is Hondius, die zijn voorkeur voor een dubbele toetsing kenbaar maakt in de vorm van een kritiek op de Saladin/HBU-formule:

'Deze rechtsverfijning (d.w.z. de HBU-formule) is er echter tevens de oorzaak van dat de formule voor de bestrijding op grote schaal van bezwarende standaardvoorwaarden geen uitkomst biedt. Op een gestandaardiseerd verschijnsel past geen geïndividualiseerd antwoord (...) *eerst*, dient hij (d.w.z. de rechter) zich uit te spreken over het beding in het algemeen – wil de rechterlijke controle althans enig nut hebben voor het tegengaan van onereuze standaardclausules (...). Door (nog) geen inzicht te verschaffen inzake de maatstaven die bij de toetsing aan de goede trouw (moeten) worden aangelegd, maakt de rechtspraak de inhoudskontrolle van standaardvoorwaarden tot een ongewisse zaak. Dit moge bij een toetsing van een concreet geschil onvermijdelijk zijn, voor een toetsing op hoger niveau als hierboven verdedigd betekent het niet aangeven van de toetsingscriteria een gevaar voor de zekerheid, een ontoelaatbare ondermijning van de rechtsorde'²⁸⁰

Hierin vindt de dubbele toetsing haar rechtvaardiging: bedrijfsleven en publiek hebben recht op een zo groot mogelijke duidelijkheid omtrent de vraag wat wel, en wat niet kan op het terrein van standaardvoorwaarden. Waar het maar enigszins mogelijk is een bepaalde clause *als zodanig* in de ban te slaan, moet deze kans worden aangegrepen en mag niet worden volstaan met een voorwaardelijk vonnis (de vraag of op dat beding een beroep kan worden gedaan is afhankelijk van de waardering van tal van omstandigheden).

Zo ontstaan 'zwarte lijsten' die de betrokkenen in staat stellen te beoordelen welke standaardvoorwaarden zonder meer niet door de beugel kunnen. Bona fide ondernemers zullen met behulp van deze lijsten hun voorwaarden uitkammen en de gebrandmerkte clausules verwijderen, hun minder scrupuleuze collega's zullen het althans minder snel op een proces laten aankomen.²⁸¹ Het meest effectief is uiteraard een index opgesteld door de wetgever, maar dit neemt niet weg, dat, bij gebrek daarvan, ook een duidelijke veroordeling van een bepaalde standaardclausule door de rechter een heilzame werking zal hebben.

Intussen is het zeker niet zo dat aldus de toetsing van standaardvoorwaarden uitputtend kan worden geregeld. Er zullen standaardvoorwaarden blijven die zich aan een prima facie-toetsing onttrekken en waarbij het oordeel over de aanvaardbaarheid afhankelijk moet blijven van hetgeen zich in concreto tussen partijen heeft afgespeeld. Het blijft zo een toetsing in twee fasen.

280 Hondius 1978, blz 474-476 Overigens mag niet worden geconcludeerd, dat het HBU-arrest een dubbele toetsing zou blokkeren en dat uit dit arrest zou volgen, dat contractuele bedingen nimmer rechtstreeks, doch uitsluitend in het licht van de omstandigheden van het geval mogen worden getoetst. Uit het arrest valt slechts af te leiden dat het succes van aansprakelijkheidsbedingen 'afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden' (HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261)

281. Vergelijk voor zo'n zwarte lijst de paragrafen 10 en 11 AGB-Gesetz en hun 'Begründung', geciteerd bij Hondius 1978, blz 615.

De eerste fase

‘De afnemer heeft NIMMER het recht op ontbinding van de overeenkomst’.

Deze clausule dient reeds in de eerste toetsingsfase door de mand te vallen.²⁸² Op welke overwegingen is deze snelle afgang gebaseerd? We hebben aangekondigd te zullen zoeken naar een scherpere argumentatie dan de constatering, dat het beding onbillijk is of strijdig is met de goede zeden. Maar wat is het alternatief? Bieden de beginselen van contractenrecht wellicht aanknopingspunten? Naar zal blijken doen zij dat inderdaad, en met name het *causa*-beginsel bewijst hier goede diensten.

Zoals gezien (blz. 72), wordt de overeenkomst gekenmerkt door haar ‘doeloorzakelijke’ structuur. De verbintenissen staan over en weer in een middel/doelrelatie, en zijn van elkaar afhankelijk. De rechtsorde honoreert dit aspect van het *causa*-beginsel (het *quid pro quo*) met behulp van instituten als de *exceptio non adimpleti contractus* en de ontbinding wegens wanprestatie. De gronden voor de onaanvaardbaarheid van het bovenstaande standaardbeding komen thans in zicht. Zij vloeien voort uit het *causa*-beginsel. Doel van de koopovereenkomst is de *uitwisseling* van zaak en prijs. Ter realisering van dit doel verplicht het recht de verkoper tot levering van de zaak en wordt de koper de bevoegdheid gegeven, voor het geval de levering achterwege blijft, de overeenkomst te doen ontbinden om zodoende van de eigen prestatieplicht te worden bevrijd. Bovenstaand standaardbeding vormt een ernstige bedreiging voor de realisering van dit doel. Door de koper het recht op ontbinding te ontnemen wordt de *quid pro quo*-structuur van de overeenkomst tot in de kern aangetast. Dit is de reden om het beding verbindende kracht te ontzeggen en de koper niettemin het recht op ontbinding toe te kennen als de verkoper met de levering in gebreke blijft.

Een poging tot veralgemening van deze motivering. De toetsing in de eerste fase wordt beheerst door het autonomie-beginsel en het *causa*-beginsel. De *rechtsgrond* voor de inhoudelijke controle door de rechter is gelegen in het autonomie-beginsel. De omstandigheid dat de autonomie zo onevenwichtig is verdeeld, rechtvaardigt een controle die niet ophoudt bij het oordeel, dat dwingend recht en goede zeden niet zijn geschonden. De *criteria* voor deze strengere toetsing worden met name geleverd door het *causa*-beginsel. Onder invloed van het *causa*-beginsel verkrijgt de overeenkomst een doeloorzakelijke structuur. Het wordt mogelijk in de overeenkomst een ‘*causa*’ te ontdekken die niet kan worden vereenzelvigd met de inhoud van de overeenkomst (zie blz. 73 e.v.). Deze *causa* vloeit voort uit de typische aard van het contract (bij koop: eigendomsoverdracht *tegenover* betaling van de koopprijs; bij huur: verschaffing van het gebruik van een zaak *tegenover* betaling van de huurprijs). Essentieel is in ieder geval de lotsverbondenheid tussen de over en weer bedongen prestaties. Een standaardbeding dat deze ‘*causa*’ (nagenoeg) geheel op losse schroeven zet, verdient te worden genegeerd. Dit is het uitgangspunt dat bij de toetsing in de eerste fase voorop moet staan. Een formulering van dit uitgangspunt is bovendien voorhanden. Zij is te vinden in paragraaf negen van het

282. Vgl. ook paragraaf 11,8 AGB-Gesetz, 9 december 1976, BGBl I 3317

AGB-Gesetz. Aldaar wordt bepaald dat rechtskracht dient te worden onthouden aan een standaardbeding dat 'wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, dasz die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist'.²⁸³

De tweede fase

'Alle schadevergoedingen uit hoofde van koopovereenkomsten door verkoper aan koper verschuldigd, zullen tot het bedrag der koopsom beperkt blijven'.

Dit standaardbeding speelde een hoofdrol in een arrest dat bij uitstek geschikt is de toetsing in de tweede fase te illustreren:

Top verkoopt en levert aan Van der Laan 155 hennen. Top heeft nagelaten bij de levering over te leggen een verklaring van de dierenarts, inhoudende dat op zijn bedrijf geen klinische verschijnselen van pseudo-vogelpest zijn geconstateerd. Deze hennen hebben naar alle waarschijnlijkheid de pseudo-vogelpest overgebracht naar het bedrijf van Van der Laan waardoor aldaar 5000 van de ongeveer 7000 legkippen verloren zijn gegaan. Ter beperking van zijn aansprakelijkheid beroept Top zich op het bovenstaande geding dat deel uitmaakt van zijn algemene verkoopvoorwaarden.²⁸⁴

De Hoge Raad situeert de beoordeling van het effect van deze clausule in de tweede fase. Niet het beding als zodanig wordt onder de loep genomen, maar het beroep dat op dat beding wordt gedaan. Het al dan niet slagen van een beroep op de contractuele beperking van de aansprakelijkheid is 'afhankelijk van de waardering van tal van omstandigheden'. Vervolgens wordt een — uitdrukkelijk niet-limitatieve — opsomming van die omstandigheden gegeven.

Let wel: het succes van het beroep is afhankelijk van de *waardering* van tal van omstandigheden. Die omstandigheden moeten niet slechts worden vastgesteld, zij moeten bovendien worden *gewaardeerd*. Waardering vooronderstelt een referentiekader. Welke uitgangspunten bepalen het proces van waardering? De Hoge Raad legt op dit punt 'verband met de eisen van de goede trouw'. Maar bestaat er wellicht een kader met een scherper profiel? Wordt dit bijvoorbeeld gevormd door drie beginselen van contractenrecht? Alvorens dit alternatief te onderzoeken, moet eerst worden gewezen op het feit, dat de Hoge Raad ook zelf doende is zijn positie te profileren.

Bij een vergelijking met het HBU-arrest²⁸⁵ valt op, dat in tweeërlei opzicht het standpunt van de Hoge Raad is 'verhard'. Terwijl in het HBU-arrest het oordeel over het beroep op het aansprakelijkheidsbeding in volle omvang werd gerelateerd aan de 'waardering van tal van omstandigheden', onderneemt de Hoge Raad in het Pseudo-vogelpest-arrest een poging om althans een deel van de beoordelingsmaatstaven te onttrekken aan de 'zachte sector' (de waardering van tal van omstandigheden in verband met de eisen van de goede trouw). De omstandigheid dat de verkoper *wist* dat de geleverde zaken gebreken vertoonden wordt aan die waardering onttrokken en wordt 'verhard' tot een regel:

283. Wet van 9 december 1976, BGBl. I. 3317.

284. HR 20 februari 1976, NJ 1976, 486.

285. HR 19 mei 1967, NJ 1967, 261.

‘de verkoper die goederen heeft geleverd waarvan hem voor of bij de levering bekend was dat zij gebreken hadden die de koper niet behoefde te verwachten (kan) niet met succes een beroep doen op een contractueel beding tot uitsluiting of beperking van zijn aansprakelijkheid voor de schade die als een voorzienbaar gevolg van de aanwezigheid van deze gebreken aan de koper wordt toegebracht’

Nog in een tweede opzicht is er sprake van een toegenomen greep op de toetsing in de tweede fase. In het HBU-arrest werd nog overwogen, dat de waardering van de omstandigheden ‘in belangrijke mate van feitelijke aard is, en dientengevolge een op zodanige waardering berustend oordeel () slechts in beperkte mate voor toetsing in cassatie vatbaar is’. Een dergelijke verklaring van onvermogen is in het arrest van 1976 heel nadrukkelijk afwezig.²⁸⁶ Het arrest van het Hof wordt vernietigd juist vanwege een tekortschietende waardering ‘van alle relevante omstandigheden’. De aldus versterkte greep van de cassatierechter op de waardering van de relevante omstandigheden zal stellig leiden tot het ontstaan van een scherper profiel in de tweede fase van de toetsing van standaardvoorwaarden.

De beginselen van contractenrecht in de tweede fase van de toetsing

De toetsing van het beroep op een contractueel beding in het licht van hetgeen zich tussen partijen heeft afgespeeld, maakt het voor de omvang van de toetsing nog verschil of het beroep al dan niet betrekking heeft op een standaardbeding? Zowel het HBU-arrest als het Pseudo-vogelpest-arrest vermeldt als relevante omstandigheid ‘de wijze waarop het beding is tot stand gekomen’. Dit gezichtspunt lijkt te verwijzen naar het verschil tussen een standaardbeding en een ‘normaal’ beding, wat betreft hun wijze van totstandkoming.²⁸⁷ We stuiten hier op een belangrijk punt: de omstandigheid, dat het getoetste beroep betrekking heeft op een standaardbeding, rechtvaardigt een strengere controle dan normaal. Bij een contractuele relatie die het gevolg is van een min of meer gelijkwaardige inbreng van *beide* partijen zal een beroep op een daarin opgenomen beding tot beperking van de aansprakelijkheid eerder moeten worden gehonoreerd dan wanneer dat beding deel uitmaakt van eenzijdig opgestelde standaardvoorwaarden. De rechtsgrond voor de strengere maatstaven ten aanzien van standaardvoorwaarden wordt gevormd door het autonomie-beginsel. Bij het gebruik van eenzijdige standaardvoorwaarden is het evenwicht in de autonomie structureel verstoord. De wederpartij die bij een ‘normaal’ tot stand gekomen overeenkomst toestemt in een beperking van de aansprakelijkheid van de ander heeft een reële kans gehad om die beperkte aansprakelijkheid via onderhandelingen te compenseren in de overige contractsvoorwaarden. Voor degenen die met standaardvoorwaarden wordt geconfronteerd is die kans niet aanwezig, althans niet reëel. Vandaar: de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, normaal dan wel door verwijzing naar standaardvoorwaarden, bepaalt de omvang van de controle. In het laatste geval is er alle reden voor een verhoogde waakzaamheid.

286 Vgl. ook W. C. L. van der Grinten in zijn noot onder dit arrest, *Ars Aequi* 1967, blz. 472.

287 Vgl. ook A. R. Bloembergen, *Bouwwrecht* 1969, blz. 361 en *Contractenrecht VII* (Hondius) 146.

‘De *strekking* van het beding’, ook dat is volgens de Hoge Raad een omstandigheid die medebepalend is voor het succes van het beroep op dat beding. Tussen haakjes wordt daaraan toegevoegd: ‘met name in hoever bij een beding tot beperking van de aansprakelijkheid de overeengekomen beperking in enige verhouding staat tot de omvang van voorzienbare schade’. Indien het overgebleven gedeelte van de aansprakelijkheid een redelijk deel van de voorzienbare schade dekt is dat een omstandigheid die pleit ten gunste van de toelaatbaarheid van een beroep op dat beding. Kan dit gezichtspunt (de strekking van het beding) aldus toegelicht (de verhouding tussen de resterende aansprakelijkheid en de omvang van de voorzienbare schade) worden beschouwd als een product van het *causa-beginsel*?

Het *quid pro quo* vormt de kern van het *causa-beginsel*. De verbintenis van de één is aangegaan ter verkrijging van een prestatie van de ander. Hierbij is echter essentieel, dat het privaatrecht de gelijkwaardigheid van de prestaties heel nadrukkelijk *niet* bestempelt tot een zelfstandige voorwaarde voor de geldigheid van de overeenkomst; de gelijkwaardigheid van partijen wordt beschouwd als voldoende garantie voor de ‘gelijkwaardigheid’ van de prestaties. Hoe is het wat dit betreft gesteld met de subsidiaire prestatieplicht: de verbintenis tot het betalen van schadevergoeding, voor het geval de primaire prestatie uitblijft? Ook hier rijst de vraag: *quid pro quo*? Hoe verhoudt zich de aansprakelijkheid van de één tot de schade van de ander? Het antwoord luidt hier niet anders dan ten aanzien van de primaire verplichtingen. Ook ten aanzien van de verbintenis tot schadevergoeding is de bepaling van het *quid pro quo* in *beginsel* overgelaten aan partijen. Vergelijk art. 1285 BW:

‘Indien bij de verbintenis bepaald is dat degene die in gebreke blijft om dezelve na te komen, bij wege van schadevergoeding, eene zekere som zal betalen, kan de andere partij geene meerdere, noch mindere som worden toegewezen’.

Dit steunt op de overweging dat de contractautonomie in het algemeen een voldoende waarborg biedt, dat ook op dit punt de vergeldende rechtvaardigheid op gepaste wijze aan bod komt. Maar bij het gebruik van eenzijdige standaardvoorwaarden is het evenwicht in de contractautonomie te enen male zoek. En het is deze omstandigheid waardoor de rechterlijke controle van het *quid pro quo* wordt gerechtvaardigd: de rechter mag beoordelen of de via het standaardbeding gemaximeerde aansprakelijkheid van de één in een redelijke verhouding staat tot de voorzienbare schade van de ander. Een beroep op een standaardbeding moet worden afgewezen voor zover dat beroep zou leiden tot een aansprakelijkheid die in geen enkele verhouding staat tot de schadevergoeding die aan de wederpartij zou toekomen volgens de normen van het objectieve recht (de artt. 1383 en 1384 BW; art. 6.1.9.4 NBW). Een zo ingrijpende afwijking van het objectieve recht is slechts gerechtvaardigd als het contract berust op een gelijkwaardige inbreng van beide partijen; een eenzijdig standaardbeding vormt daarvoor een te zwakke grondslag.

Conclusie

De toetsing in de tweede fase wordt beheerst door 'de waardering van tal van omstandigheden'. De beginselen van contractenrecht verlenen aan deze bonte verzameling 'omstandigheden' een zekere structuur. 'De wijze waarop het beding is tot stand gekomen': Een structurele ongelijkwaardigheid van partijen bij de totstandkoming van het beding, zoals terzake van standaardvoorwaarden, rechtvaardigt een uiterst kritische bejegening van een beroep op dat beding. Het autonomie-beginsel vormt de rechtsgrond voor de verscherpte controle.

'De strekking van het beding' (met name in hoever bij een beding tot beperking van de aansprakelijkheid de overeengekomen beperking in enige verhouding staat tot de omvang van voorzienbare schade). Deze omstandigheid staat in nauw verband met de eerste: de wijze waarop het beding is tot stand gekomen. Een beding dat niet berust op de gelijkwaardige inbreng van beide partijen mag er niet toe strekken dat de verhouding tussen de aansprakelijkheid van de één en de voorzienbare schade van de ander al te zeer scheef getrokken wordt. Dit gezichtspunt valt alleen te begrijpen vanuit het verband tussen autonomie- en causa-beginsel.

Achteraf

'We are told that Contract, like God, is dead. And so it is. Indeed the point is hardly worth arguing anymore'. Dit is het overrompelende begin van een boek getiteld 'The death of contract'²⁸⁸, een boek met een duidelijke boodschap: de overgang van negentiende-eeuws individualisme naar de huidige verzorgingsstaat betekent het einde van het contractenrecht. De overeenkomst wordt opgeslokt door de onrechtmatige daad. Dergelijke necrologische geluiden zijn zeker niet uniek. In ons land heeft Van Dunné het onderscheid tussen rechtshandeling en onrechtmatige daad ten grave gedragen. Het berust zijns inziens op een 'dogmatisch a priori', dat het recht opgedrongen wordt en waarmee men het rechtsleven geen dienst bewijst.²⁸⁹

Op dit punt is de confrontatie met 'Drie beginselen van contractenrecht' maximaal. Het onderscheid tussen rechtshandeling en onrechtmatige daad wordt het recht inderdaad 'opgedrongen', maar, anders dan Van Dunné meent, wordt hiermee het rechtsleven wel degelijk een dienst bewezen. De delictuele normen en de normen die de gebondenheid uit een rechtshandeling beheersen, hebben een principieel verschillende structuur. De delictuele normen die het omkopen van andermans personeel verbieden en de contractuele regels die aangeven hoe een geldige overeenkomst kan worden gesloten, hebben, zoals gezien (blz. 33 e.v.), een eigen, onderling onherleikbaar, karakter. De eerste zijn obligatoir, de tweede constitutief. Hier gaapt een kloof die het recht wordt 'opgedrongen'. Maar daardoor wordt het rechtsleven juist een onschatbare dienst bewezen. Dat het recht mede wordt beheerst door constitutieve regels, houdt immers in, dat bepaalde activiteiten daardoor eerst mogelijk worden. Als die regels verdwijnen, verdwijnen ook die activiteiten. Mèt het contractenrecht wordt uiteindelijk ook het contract prijsgegeven. De opkomst van een zo totale 'verzorgingsstaat' dat daarin het contract overbodig zou zijn is echter geen weloverwogen prognose, maar — gelukkig — science-fiction. Zolang er behoefte bestaat aan een levensvorm die het mogelijk maakt om, desverkiezend en op basis van wederkerigheid, elkaar vertrouwen te schenken ten aanzien van de onderlinge rechtsbetrekkingen, is er behoefte aan contractenrecht. Zólang ook is er behoefte aan inzicht in drie beginselen van contractenrecht.

288. G. Gilmore, *The death of contract*, Columbus Ohio 1974.

289. Van Dunné 1978, blz. 269-273.

SAMENVATTING

De verbindende kracht van een overeenkomst berust op drie beginselen. Partijen zijn bevoegd om *desverkiezend* onderlinge rechtsbetrekkingen aan te knopen (het autonomie-beginsel). Het in dat kader gewekte *vertrouwen* verdient bescherming (het vertrouwensbeginsel). De door de overeenkomst in het leven geroepen verbintenissen staan over en weer in een *middel/doel-relatie*, en zijn van elkaar afhankelijk (het causa-beginsel). De rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid wordt gezocht in *beginselen* van contractenrecht. Enerzijds brengt dit mee, dat we ons meer dan gebruikelijk rekenschap geven van de status van rechtsbeginselen (wat is de verhouding tussen een rechtsregel en een rechtsbeginsel?), anderzijds ontkomen we aldus aan het dilemma: wil òf vertrouwen (wat is nu uiteindelijk *de* grondslag van de contractuele gebondenheid?).

Waarom voeren de gebaande paden naar het moeras? Waarom bevatten de wilsleer en de vertrouwensleer, inclusief hun normatieve varianten, geen deugdelijke fundering voor de contractuele gebondenheid? Op deze vraag wordt ingegaan in hoofdstuk 2.

Maar wat dan? In hoofdstuk 3 wordt een alternatieve weg geprojecteerd: de overeenkomst als taalhandeling. Een overeenkomst sluiten is het verrichten van een *taalhandeling*, en wel een handeling die niet kan worden gereduceerd tot het beschrijven van wilsovereenstemming of het opwekken van vertrouwen. Met taal kan meer worden gedaan dan het *beschrijven* van de werkelijkheid. Met behulp van taal kunnen allerlei handelingen worden verricht: groeten, bevelen, en met name ook *contracteren*.

Het succes van een taalhandeling, en daarmee de totstandkoming van een overeenkomst, wordt beheerst door *regels* en wel regels van een bijzonder type: zij maken bepaalde handelingen eerst mogelijk (vergelijk bijv. de schaakregels die het schaakspel mogelijk maken). Daarnaast zijn er regels die een los van die regels reeds mogelijke handeling betreffen (rechts rijden is bijv. een handeling die ook los van het bestaan van een regel daaromtrent mogelijk is). Het betoog in hoofdstuk 4 is er op gericht aannemelijk te maken, dat de regels van contractenrecht behoren tot het eerste (constitutieve) type. Het contracteren wordt mogelijk gemaakt door constitutieve rechtsregels. Maar die regels zijn niet in kant en klare vorm aanwezig. Zij worden aan de ene kant immers beïnvloed door de rechtsbeslissingen waarin zij een rol spelen, terwijl zij aan de andere kant in een open verbinding blijken te staan met de rechtsbeginselen.

Waar komen de rechtsbeginselen vandaan? Welke rol spelen zij? Rechtsbeginselen hebben een dubbele basis: hoe *zijn* de mens en zijn samenleving ingericht (de realia) en hoe zouden zij *behoren* te zijn (de idealia). Kanalisering van deze reële en ideële factoren van het recht, dat is de functie die door de rechtsbeginselen wordt vervuld. In hoofdstuk 5 worden de realia en idealia van het contractenrecht blootgelegd.

Welke beginselen van contractenrecht? Hoofdstuk 6 is gewijd aan de vraag welke gedaante autonomie-beginsel, vertrouwens-beginsel en causa-beginsel aannemen wanneer zij fungeren als beginselen van contractenrecht.

Het betoog kan vervolgens worden voortgezet op een concreter niveau. Hoe verloopt de confrontatie tussen drie beginselen van contractenrecht en de regels van contractenrecht. Wij kozen daartoe vijf 'brandhaarden': misverstand, dwaling, conversie, misbruik van omstandigheden en standaardvoorwaarden. Met name hier worstelen theorie en praktijk met de vorming van regels, en met name hier kunnen drie beginselen van contractenrecht verheldering brengen.

Misverstand (hoofdstuk 7): wat, 'indien partijen die een overeenkomst wensen te sluiten, daarin een voor misverstand vatbare uitdrukking bezigen, die zij elk in verschillende zin hebben opgevat'? (HR 17 december 1976, NJ 1977, 241).

Dwaling (hoofdstuk 8): waarom, en wanneer, is een overeenkomst aantastbaar wegens een onjuiste voorstelling van zaken ten tijde van het sluiten van een overeenkomst? Drie beginselen van contractenrecht leveren het antwoord op deze vraag.

Conversie (hoofdstuk 9): wanneer, en op welke gronden, kan met behulp van conversie een nietige overeenkomst worden behoeft voor een 'total loss'? Het blijkt, dat de verbindende kracht van de vervangende overeenkomst berust op drie beginselen.

Misbruik van omstandigheden (hoofdstuk 10): wordt de verbindende kracht van een overeenkomst beïnvloed door een onevenredigheid in de waarde van de over en weer bedongen prestaties? Is een dergelijke onevenredigheid een voldoende voorwaarde voor het ontbreken van contractuele gebondenheid? Is het in sommige gevallen een noodzakelijke voorwaarde? Weerbarstige vragen die de tand des tijds hebben doorstaan. Kunnen drie beginselen van contractenrecht hier verheldering scheppen? De proef op de som wordt geleverd door het leerstuk 'misbruik van omstandigheden'.

Standaardvoorwaarden (hoofdstuk 11): wanneer kan een contractant zich met succes beroepen op door hem gehanteerde standaardvoorwaarden? De weg naar een geslaagd beroep op standaardvoorwaarden wordt gemarkeerd door drie drempels. Zijn de standaardvoorwaarden wel van toepassing op de contractuele relatie? Vervolgens: is hun inhoud niet zodanig dat zij buiten beschouwing moeten worden gelaten? En tenslotte als deze twee barrières zijn genomen: zijn de omstandigheden van het geval niet van dien aard, dat een beroep op de standaardvoorwaarden 'niet vrijstaat'? De hoogte van deze drie drempels wordt bepaald door drie beginselen van contractenrecht.

THREE PRINCIPLES IN THE LAW OF CONTRACT; SUMMARY

The binding force of a contract rests upon three principles. Parties are entitled to create legal relations *if they desire* (the principle of autonomy); the *expectations* thus raised are to be protected (the principle of reliance); the obligations that result from the contract stand to each other in a relation of *means and ends* (the *causa*-principle). The binding force of a contract is explained with the help of *principles*. Thus we have to account for the status of legal principles (what is the relation between a rule of law and a principle of law?); in this way we want to avoid the dilemma of: what is the foundation of the binding force of a contract, will *or* reliance?

Chapter Two argues that neither the will-theory nor the reliance-theory suffice to provide an adequate explanation of the binding force of a contract.

In Chapter Three we take an alternative route: the formation of a contract viewed as a *linguistic act*. To contract is to perform a linguistic act, an act moreover that cannot be reduced to a description of the will of the parties or the creation of expectations. Words do more than merely *describe* reality. With the help of language all sorts of *acts* can be performed: greeting, commanding, *and*: making a contract.

The success of a linguistic act, and therefore the formation of a contract, depends on *rules*. Rules of a special kind: they make certain acts *possible* (compare for instance the rules of chess which create the possibility of playing chess). But there is another type of rules which relates to acts whose possibility does not depend on the existence of those rules (for instance, driving on the right side is an act which would also be possible if no rule to that effect existed). In Chapter Four we try to prove that the rules of the law of contract belong to the first kind (constitutive rules). The creation of contractual obligations is made possible by such constitutive rules. But those rules are not available in a ready-made form. They are influenced by the judicial decisions in which they play a part, as well as by the principles of law.

What is the origin of legal principles? Which role do they play? Legal principles draw upon two resources: what *is* the nature of Man and Society (the *realia*) and how *should* they be (the *idealialia*). The principal function of legal principles is to channel these real and ideal factors of the law. In Chapter Five we trace the *realia* and *idealialia* of the law of contract.

What principles of contract law? In Chapter Six we discuss what form the three principles take in the law of contract.

Henceforth we can proceed with our analysis at a more concrete level: the confrontation between the three principles and the rules of contract law. Five uneasy pieces were selected: 'misverstand', 'dwaling', 'conversie', 'misbruik

SUMMARY

van omstandigheden' and standardised contract terms. Especially in these fields both legal theory and the judiciary find it hard to formulate rules. It is our view that the three principles can shed light on these problems.

'Misverstand' (Chapter Seven): what if the contracting parties use an ambiguous expression which each of them understands in a different way? (HR 17 december 1976, NJ 1977, 241).

'Dwaling' (Chapter Eight): is a contract voidable when the parties entered it under some misunderstanding or misapprehension? The answer is to be found in the three principles of contract law.

'Conversie' (Chapter Nine): when, and on what grounds, can a void contract be saved from a total loss by converting it into a valid one? It appears that the binding force of the 'converted' contract rests on three principles.

'Misbruik van omstandigheden' (Chapter Ten): is a contract defective when there is a disproportion in the value of the promises? Is such a disproportion a sufficient condition for the nullity of a contract? Is it in some cases a necessary condition? Persistent questions in the history of the law of contract.

'Misbruik van omstandigheden', which overlaps the doctrine of 'undue influence' in English law, gives us an opportunity to clarify these questions.

Standardised contract terms (Chapter Eleven): when will a party succeed in enforcing unilateral standard terms? The road to success is marked by three tests. First, do the terms apply to the contractual relation? Secondly, is their content of such a nature that they can be enforced? And lastly, if the terms have withstood the two former tests, is the party who wishes to enforce his standardised terms entitled to do so in the light of the special circumstances of the case? Whether the terms fail or pass depends on three principles in the law of contract.

LIJST VAN VERKORT AANGEHAALDE WERKEN

- | | |
|----------------------|---|
| Asser-Rutten II 1975 | C. Asser, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, 4 Verbintenissenrecht, tweede stuk, Algemene leer der overeenkomsten, vierde druk door L.E.H. Rutten, Zwolle 1975. |
| Asser-Scholten 1974 | C. Asser, Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht, Algemeen deel, door P. Scholten, derde druk, Zwolle 1974. |
| Van Brakel 1948 | S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste deel, derde druk, Zwolle 1948. |
| Bydlinsky 1967 | F. Bydlinsky, Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes, Wien-New York 1967. |
| Van Dunné 1971 | J.M. van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, proefschrift Leiden, Deventer 1971. |
| Dworkin 1977 | R. Dworkin, Taking rights seriously, London 1977. |
| Gehlen 1977 | A. Gehlen, Urmensch und Spätkultur, Frankfurt am Main 1977. |
| Van Gerven 1973 | W. van Gerven, Beginselen van Belgisch privaatrecht, Algemeen deel, Antwerpen-Utrecht 1973. |
| Hart 1961 | H.L.A. Hart, The concept of law, Oxford 1961. |
| Hofmann-Abas 1977 | L.C. Hofmann, Het Nederlands verbintenissenrecht/ De algemene leer van de verbintenissen, I, 2, negende druk door P. Abas, Groningen 1977. |
| Hondius 1978 | E.H. Hondius, Standaardvoorwaarden, proefschrift Leiden, Deventer 1978. |
| Kaser-Wubbe 1967 | M. Kaser, Romeins Privaatrecht, voor het gebruik aan Nederlandse universiteiten bewerkt door F.B.J. Wubbe, Zwolle 1967. |
| Larenz 1977 | K. Larenz, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 4. Auflage, München 1977. |
| Lokin 1973 | J.H.A. Lokin, Enige beschouwingen omtrent de grond der dwalingsregeling bij verbintenisscheppende overeenkomsten, proefschrift Groningen 1973. |
| Rawls 1972 | J. Rawls, A theory of justice, London-Oxford-New York 1972. |
| Scholten 1934 | G.J. Scholten, De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst, proefschrift Amsterdam, Zwolle 1934. |
| Searle 1970 | J.R. Searle, Speech acts, Cambridge 1970. |
| Sluyter 1972 | H.J. Sluyter, Standaardcontracten, Deventer 1972. |
| Van Zeven 1960 | C.J. van Zeven, De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden, proefschrift Utrecht 1960. |

REGISTER VAN AAN- GEHAALDE RECHTSPRAAK

<i>Uitspraak</i>	<i>Vindplaats</i>	<i>Aangehaald op blz</i>
HR 17 april 1914	NJ 1914, 668	59
Hof Amsterdam 1 mei 1916	NJ 1916, 1348	84
HR 17 november 1922	NJ 1923, 155	59
HR 30 mei 1924	NJ 1924, 835	99
HR 6 mei 1926	NJ 1926, 721	8
HR 5 november 1936	NJ 1937, 439	97, 100, 102
HR 13 november 1936	NJ 1937, 433	124, 125
HR 3 juni 1938	NJ 1939, 303	70
HR 24 juni 1938	NJ 1939, 337	72
HR 21 januari 1944	NJ 1944, 120	106, 109
Rb 's-Hertogenbosch 16 april 1948	NJ 1948, 321	107
HR 17 juni 1949	NJ 1949, 544	61, 62, 73, 120
HR 5 mei 1950	NJ 1951, 1	39
HR 11 mei 1951	NJ 1952, 128	74
HR 6 juni 1956	NJ 1957, 333	123
HR 11 januari 1957	NJ 1959, 37	121, 125
HR 15 november 1957	NJ 1958, 67	82, 104
HR 15 mei 1959	NJ 1959, 517	69
HR 11 december 1959	NJ 1960, 230	8, 37, 66, 69, 89
Rb Utrecht 7 april 1961	NJ 1962, 179	124, 125
HR 29 mei 1964	NJ 1965, 104	125, 126, 127, 130
HR 21 januari 1966	NJ 1966, 183	76, 100, 101, 102, 103
HR 19 mei 1967	NJ 1967, 261	145, 148, 150
HR 17 oktober 1969	NJ 1970, 146	125
HR 30 oktober 1970	NJ 1971, 98	123
HR 29 januari 1971	NJ 1971, 221	42
HR 21 januari 1972	NJ 1972, 186	40
HR 3 november 1972	NJ 1973, 37	102
HR 30 november 1973	NJ 1974, 97	82, 102, 103
HR 22 februari 1974	NJ 1975, 381	69
HR 29 november 1974	NJ 1975, 211	66, 84
HR 13 juni 1975	NJ 1976, 98	125
HR 20 februari 1976	NJ 1976, 486	150
HR 17 december 1976	NJ 1977, 241	65, 81, 82, 86, 89, 92
HR 15 april 1977	NJ 1978, 163	77
HR 9 december 1977	NJ 1978, 187	138

REGISTER VAN ONDERWERPEN

- Aard der zaak 41
- Aansprakelijkheid 8
- Aanvullend recht 134, 135
- Abstractie 72
- Arbeidsverdeling 47
- Autonomiebeginsel 3, 6-9, 13, 63-64, 70, 73, 75, 78, 83, 85-86, 90-92, 94-98, 107, 110, 112-117, 119, 126, 128, 130-131, 140-144, 149, 151, 153
- Beginselen 3,4
 - Behoeftte 56
 - Belangen van het rechtsverkeer 40, 41
 - Belofte 15
 - Benadelingsvereiste 124-125, 130
 - Bevel 14, 15
 - Biljkheidsbeginsel 5, 7, 87, 110, 112, 135
 - Boedelscheiding 123
- Caveat emptor 42
 - Causa-beginsel 3, 5-6, 9, 66, 69-70, 72-78, 87-88, 90-92, 95-98, 100, 102, 108-110, 112-114, 116-117, 119, 121, 126-127, 130, 144, 149, 152, 153
 - Causaal verband 71, 76, 78, 98-102, 105, 127-129, 144
 - Causa-vereiste 69, 74, 76
 - Checks and balances 4, 13
 - Consensualisme 5, 6
 - Consideration 121
 - Constitutieve regels 10, 34-38
 - Contractualisering 48, 49
 - Conversie 13, 109-119
- Derdenwerking 72
 - Descriptief taalgebruik 24-25, 82
 - Doeloorzakelijkheid 71, 76-78
 - Do ut des-principe 72
 - Duty imposing rules 33
 - Dwaling 94-105, 108, 118, 126-128, 143
- Eisen van het rechtsverkeer 42, 65, 69
- Formalisme 70
- Gelykheid 56
- Gelykheidsbeginsel 4
- Gemeinschaft 48
- Geonenteerde economie 49
- Gesellschaft 48
- Gewilde spierbeweging 31
- Goede trouw 7, 21, 104, 110, 112, 146, 150
- Goede zeden 146
- Handelingskarakter van de overeenkomst 3, 4, 10, 63, 64
 - Heteronome factoren 50, 51
 - Historisch-psychologische methode 20
 - Hypothetisch contract 57
- Idealia 41-42
 - Illocutionair aspect van een uitspraak 25
 - Inhoud van de overeenkomst 73
 - Inhoudelijke controle van standaardvoorwaarden 144
 - Institutionalisering 49-51, 134-135
 - Institutioneel feit 36-37
 - Interpretatie 10, 19-20, 31
 - Iustum pretium-leer 58, 121, 129
- Juridisering van wil en vertrouwen 18
- Kanoniek recht 70
 - Kenbaarheidseis 100, 102-103, 126
 - Koop bij gelijk oversteken 45-46
- Legitimatiebeginsel 4
 - Liberalisme 46, 48-49
 - Locutionair aspect van een uitspraak 25
- Mancipatio 46
 - Misbruik van omstandigheden 59, 120-132
 - Misverstand 81-93
- Natuurlijk feit 36
 - Negatief belang 87, 118-119
 - Negatieve bescherming van vertrouwen 67-68
 - Nemo-plus beginsel 13
 - Niet-inmenging 53
 - Non-descriptief karakter van rechtshandelingen 27
 - Normatief karakter van de overeenkomst 12

REGISTER VAN ONDERWERPEN

- Normatieve uitleg 20-22
- Obligatorie regels 10, 34-35
- Ongerechtvaardigde verrijking 72
- Ongeoorloofde oorzaak 74, 127
- Ontslagname 66
- Open systeem 38-39, 41
- Overeenkomst onder bezwarende titel 66
- Particuliere wetgeving 133
- Performatief karakter 24, 83
- Performatieve taaluitingen 25
- Positieve bescherming van vertrouwen 67-68
- Positivisme 13
- Power conferring rules 33
- Pragmatiek 26
- Pragmatische regels 84, 90
- Realia 41-43, 47, 50
- Recept-regels 34
- Rechtsbeginselen 11, 39-40
- Rechtsbeshssingen 11
- Rechtsverfinende interpretatie 122-123
- Rechtszekerheid 61-62, 67-69, 87
- Rechtvaardigheid 55-56, 67-69
- Regelend recht 134-135
- Regulatieve regels 37
- Relativiteit van de nietigheid 109
- Risico-aansprakelijkheid 8
- Ruilrechtvaardigheid 57, 59, 60-61, 69, 72, 120-122, 130
- Schenkingsovereenkomst 45
- Schuldaansprakelijkheid 8
- Schuld- en risicosfeer 8-9, 85-86, 90, 103
- Semantiek 26
- Semantisch niveau 84
- Semantische regels 90
- Semiotisch karakter van taal 29
- Semiotische status van handelingen 31
- Sine qua non-verband 76-77
- Sociale gelijkheid 60
- Societas leonina 122
- Standaardvoorwaarden 5, 133-153
- Stipulatio 46
- Subjectief recht 54
- Syntactische regels 83, 90
- Syntaxis 26
- Systeem 4
- Taalhandeling 10, 28, 63, 82-83
- Taalfilosofie 10
- Toedoen-beginsel 8, 9
- Toerekeningsleer 19, 21-22
- Toestemming 6-7
- Totstandkoming van de overeenkomst 3
- Twee-fasen-toetsing 146-167
- Verdelende rechtvaardigheid 55-57, 59
- Verdienste 56
- Vergeldende rechtvaardigheid 152
- Verkeersbelang 64
- Verklaringsleer 28
- Verschoonbaarheidseis 100-103
- Verrekeningsbeding 107-108, 113, 114
- Vertrouwen 3, 8, 12-13, 47
- Vertrouwensbeginsel 3, 5-6, 9, 13, 66, 68-69, 85-88, 90-92, 94, 96-97, 100, 102-103, 108, 110, 112, 117-119, 126, 130-132, 143-144
- Vertrouwensleer 10, 15-19, 22, 90, 139-140
- Verzorgingsstaat 154
- Volitie 30
- Volmachtsverlening 72
- Voluntarisme 14-15
- Vrij tot 53
- Vrij van 53
- Vrije markteconomie 48
- Vrijheid 52-53
- Waarden 41
- Wederkerigheid 47-57
- Wederzijdse dwaling 101
- Wilsakt 30
- Wilsgebrek 124, 126, 128-129, 130, 143
- Wilsleer 10, 16-19, 22, 139
- Wilsovereenstemming 3, 10, 23
- Wilsverklaring 23-28, 31
- Zekerheid 47
- Zelfbeschikking 63
- Zelfontplooiing 53-54
- Zelfstandigheid der zaak 97-100, 102

CURRICULUM VITAE

van J.H. Nieuwenhuis

1944	Geboren te Deventer
1964	Eindexamen Gymnasium A aan het Alexander Hegius Gymnasium te Deventer
1964-1966	Vervulling militaire dienstplicht bij de bereden artillerie
1971	Doctoraal-examen Nederlands recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden
1971-1977	Wetenschappelijk medewerker burgerlijk recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden
1977	Lector burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht aan de Katholieke Hogeschool te Tilburg
1978	Rechter-plaatsvervanger in de arrondissementsrechtbank te Rotterdam

Stellingen

1. Drievoud is kenmerk van het ware privaatrecht: beginsel, regel, beslissing.
2. Een willig object voor rechtsverfijning: art. 3.2.3a NBW (het 'nieuwe art. 1910').
3. De reisovereenkomst verdient een betere regeling dan het ontwerp-NBW (8.2.6.) te bieden heeft. De Internationale Conventie en het Duitse ontwerp inzake de reisovereenkomst wijzen de weg.
4. Zomin als er natuurlijke rechten zijn, zomin zijn er natuurlijke personen.
5. Juristen zijn tot de cirkelkwadratuur *veroordeeld*: de billijkheid in regels vangen.
6. Een van de fundamentele rechten van de mens: het recht op een humane straf. Nog fundamenteler: het recht op straf.
7. Horatius over de Herprogrammering: Eheu fugaces, Postume, Postume, labuntur anni, (Carmina II, 14).

lijk is gaan belasten. Zo begeleid, konden nu alle studenten – en het werden er steeds meer – zich optrekken tot het niveau dat van hen werd verwacht, te weten dat waarop de academische leerstof begrepen kon worden. Dit gezegd zijnde, zal de lezers duidelijk zijn, waarom ik, ondanks alle goede kwaliteiten die het onderhavige boek voor andere onderwijsinstellingen ongetwijfeld bezit, *Privaatrecht als Opdracht* ongeschikt acht als *academisch* leerboek: het zet de eerste-jaarsstudent nergens aan om te trachten boven zichzelf uit te stijgen, omdat het hem op zijn niveau aanspreekt. Goede academische literatuur spreekt de student boven zijn niveau aan; de kunst van het schrijven daarvan bestaat uit het vermogen de afstand te kunnen inschatten die de student kan overbruggen. Pitlo was dat vermogen gegeven; er zijn weinigen die het sindsdien beter is gelukt.

Groningen, januari 1990

W.J. Zwalve

Rectificatie

In het artikel van Dr P.B. Cliteur 'Democratie en constitutionele toetsing (RM Themis-5(1990)mei, p. 209-219) is op p. 214 de tekst van de noten 26 en 27 weggefallen. De tekst van deze noten luidt:

26. Donner bekleedt in zoverre een uitzonderingspositie temidden van de hier geciteerde auteurs dat hij aan zijn kritiek op de kwaliteit van wetgeving geen positieve opmerkingen verbindt ten aanzien van constitutionele toetsingl. Vgl. Van der Pot/Donner, *Handboek*, p. 176 e.v.

27. Kortmann, 'De rechter en de wet', p. 137.

Redactionele kanttekeningen

In de persoon aangetast

Buiten de gevallen van lichamelijk letsel en belediging kan men ook op andere wijze 'in de persoon' zijn aangetast. In artikel 6: 106 houdt het nieuwe BW daarmee rekening. De benadeelde heeft dan recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding. Deze vergoeding heeft het karakter van een genoegdoening en dient vooral ter bevrediging van het geschokte rechtsgevoel van de getroffene. De bedoeling is dat de bepaling met een zekere terughoudendheid wordt toegepast.

Het vernieuwde aansprakelijkheidsrecht houdt op deze wijze ook rekening met 'geestelijk letsel' en andere aantastingen van de persoon waarvoor niet een aparte regeling geldt. De term geestelijk letsel is pas in een zeer laat stadium in het nieuwe wetboek opgenomen en wel in art. 6: 107. Daarmee is een nieuw vergezicht geopend voor allen die zich door het gedrag van een medeburger gekwetst voelen, ook zonder dat hun eer of goede naam is aangetast.

Buiten het auteursrecht en het arbeidsovereenkomsten-, ambtenaren- en vreemdelingenrecht is tot nu toe in de rechtspraak nog maar weinig ruimte gelaten voor het erkennen van claims van personen die slechts geestelijk verwond zijn geraakt. Beeldhouwer Miletic, wiens als atelier gebruikt huis door de gemeente Amsterdam werd ontruimd toen hij in Joegoslavië verbleef, kreeg vergoeding van vermogensschade wegens het bij deze actie vernielen van allerlei kunstwerken, maar geen vergoeding van ander nadeel nu niet meer was gesteld dan dat hij 'tot wanhoop' was gebracht (HR 16 nov. 1984, NJ 1985, 270). Directeur Franke, na een bedrijfsbezetting uit zijn bijv. verbannen door toedoen van zijn mededirecteur, voelde zich hierdoor in zijn persoonlijke waardigheid aangetast, maar ontving eveneens geen vergoeding omdat daarmee de strekking van de betrokken wetsbepalingen te buiten zou worden gegaan (HR 4 febr. 1983, NJ 1984, 631). Aardrijkskundeleraar Van der Peijl, die arbeidsongeschikt werd verklaard omdat hij problemen had met het lesgeven aan pubers, ervoer het als aantasting van zijn persoon dat hij, nadat ook zijn tijdelijke aanstelling op een andere school waar hij les gaf aan volwassenen niet was verlengd, over de redenen van dit niet verlengen niet was ingelicht. Ook nu weer oordeelde de Hoge Raad, anders dan het hof en de advocaat-generaal, geen grond aanwezig voor een vergoeding, zoal onrechtmatig handelen mocht worden aangenomen (HR 27 febr. 1987, NJ 1987, 584).

Bij schending van iemands privacy, een heiligdom in deze tijd, is de benadering anders. Dan wordt al snel een aantasting in de persoon aangenomen. De parlementaire behandeling van art. 6: 106 biedt hiervoor steun (Parl. gesch. Boek 6, p. 360). Een 30-jarige lerares die moest ervaren dat op de achterzijde van de *International Naturalist Guide* 1984/1985, verkrijgbaar: bij reisbureaus en de ANWB-winkel, een foto van haar was afgebeeld, genomen toen zij, 18 jaar oud, in een naturistenkamp in Frankrijk verbleef, kreeg wel een vergoeding. Het hof vond de publikatie 'een ernstige inbreuk op haar privé-leven en een schokkende ervaring', hetgeen door de Hoge Raad als 'een ernstige aantasting in haar persoon' werd aangeduid (HR 30 okt. 1987, NJ 1988, 277). Overigens stelt art. 6: 106 niet de eis dat de aantasting 'ernstig' is.

De oogst van toegekende schadeclaims is weliswaar nog schamel maar daarbij mag niet over het hoofd worden gezien dat in de genoemde gevallen de menselijke geest, hoezeer ook door het gebeurde geraakt, niet ziek is geworden. Een ziekelijke stoornis