

Hinkend contractenrecht

Is het recht onderworpen aan de Tweede Wet van de Thermodynamica de Wet van de Groeiende Chaos? Overgelaten aan zijn lot zonder conserverende maatregelen zou de Chinese muur op den duur vergruizen en meegevoerd door de wind opgaan in de woestijnen van noordoost Azië. Omgekeerd zal een hoop stenen zich nooit spontaan oprichten tot piramide van Djoser te Sakkara of de Apollo tempel in Delphi.

Hoe is het in dit opzicht gesteld met het contractenrecht? Afbrokkelende muren zijn hier gemakkelijk aan te wijzen. De wand tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid is op sommige plaatsen poeuis als het papier van een Melitta koffiefilter: de muur die is opgetrokken rondom de contracterende partijen teneinde de gebondenheid tot hen te beperken en derden daarvan te vrijwaren. Vertoont hier en daar forse gaten. Niet alleen in Belfast en Berlijn, ook in het contractenrecht stemt het verdwijnen van muren vaak tot vreugde. Vrijwel niemand zal rouwen om de afbraak van het muurtje dat de reële contracten een afgezonderd plekje bood: contracten die niet reeds door wilsovereenstemming, maar eerst door overgifte van de zaak tot stand komen. Een fraaie synthese van deze alom bereikte consensualisering van het contractenrecht is te vinden in de Principles of European Contract Law.

A contract is concluded if
a the parties intend to be legally bound and
b they reach a sufficient agreement
without any further requirement (art. 2:101)

Consensualisering noopt tot zorgvuldige conservering van althans een constructief element van het contractenrecht: de drempel die duidelijk de grens markeert waar de oriënterende fase waarin partijen vrijblijvend kunnen onderzoeken of het wenselijk is zich te verbinden op de door de ander voorgestelde voorwaarden overgaat in de *obligatoire* fase waarin zij die gebondenheid ook werkelijk aanvaarden. Deze drempel brokkelt zienderogen af. Reeds tijdens de oriënterende fase kunnen partijen ongemerkt verzeild raken in verbintenissen van aanzienlijke omvang (de vergoeding van het positieve contractsbelang) omdat de wederpartij mocht vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. (HR 18 juni 1982 NJ 1983 723). Ook van de andere kant bezien: markeert de drempel niet langer een helder *point of no return*.

Surfend over het wereldwijde web ontdek ik een aantrekkelijk geprijsde KitchenAid Ultra Power Food Processor. Maar kan ik de *Ultra Power* wel de baas? Leidt dit niet tot verhitte confrontaties in de keuken? Op dit punt schiet een Europese Richtlijn te hulp met een ruime afkoelingsperiode: *For any distance contract the consumer shall have a period of at least seven working days in which to withdraw from the contract without penalty and without giving any reason (97/7/EG art. 6)*.

Zeven dagen en zeven nachten kan ik aan de slag met de Ultra Power Food Processor en dan besluiten ik geef toch de voorkeur aan mijn oude vertrouwde keukenmessen. Op de voet van art. 7:46d waarin de Nederlandse wetgever de Europese afkoelingsperiode onlangs op Nederlandse maat heeft gesneden, kan ik de overeenkomst zonder opgave van redenen *ontbinden*. Is deze koop op afstand een overeenkomst? Wat blijft over van de eis dat *beide* partijen *intend to be legally bound*? Het middeleeuwse commentaar op de Digesten van keizer Justinianus spreekt in dit verband van een hinkend contract (*negotium claudicans*):

Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit ex uno latere constat contractus (Als iemand van een ondervoogdij staand kind heeft gekocht zonder dat de voogd bijstand heeft verleend, bestaat het contract slechts aan een kant. D. 19.1.13.29 vertaling Spruit c.s.)

Het contract bestaat slechts aan een kant. Hoe bestaat het? De Europese afkoelingsperiode confronteert het contractenrecht van de lidstaten met een lastig hinkspel. Hoe komt een koop op afstand tot stand? Twee mogelijkheden.

- 1 Door het *OK* van de consument gevolgd door het *Thanks* van de verkoper komt de koopovereenkomst tot stand als de koper binnen de afkoelingsperiode zich bedenkt en afziet van de transactie: ontbindt hij een rechtsgeldig tot stand gekomen overeenkomst?
- 2 De koop op afstand komt tot stand in twee fasen. De op afstand verrichte transactie bindt slechts de verkoper: een overeenkomst die ook de koper verbindt, komt pas tot stand als de afkoelingsperiode is verstreken.

Het eerste alternatief lijkt het eenvoudigst, maar is het niet. In dat geval bevat het hinkspel nog een tweesprong: moeten we aannemen dat de totstandkoming van de overeenkomst en de ontvangst van de zaak tot gevolg heeft dat de koper op dat moment eigendom verwerft, of moeten we ervan uitgaan dat de verkoper zich de eigendom heeft voorbehouden totdat de bedenktijd zal zijn verstreken? Maar komen we, als we in deze richting springen, niet in conflict met art. 3:92 lid 2 BW dat de toelaatbaarheid van het eigendomsvoorbehoud beperkt tot zekerheid voor de betaling van de koopprijs?

Het tweede alternatief, dat de totstandkoming van de overeenkomst vastknoopt aan het verstrijken van de bedenktijd, verdient de voorkeur. Bij de wettelijke regeling van nieuwe bedenktijden, zoals die met betrekking tot de koop van woningen moet de Groningse afscheidsrede van Mok nog maar eens uit de kast worden gehaald (Deventer 1997).

Wil ik eigenlijk wel een Ultra Power Food Processor voor 199? Voor een afgewogen beslissing is nodig dat de verkoper mij in staat stelt reeel en niet slechts virtueel kennis te maken met dit apparaat. De juridische normering van deze plicht verdient dus zeker een plaats in het contractenrecht, maar deze plaats ligt heel bepaald voor de drempel van de poort met het opschrift

PACTA SUNT SERVANDA