

Contractuele gebondenheid thans

Citation for published version (APA):

Smits, J. M. (1998). Contractuele gebondenheid thans. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 15(9), 341-345.

Document status and date:

Published: 01/01/1998

Document Version:

Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Contractuele gebondenheid thans

J.M. Smits*

1. Inleiding

Eind 1995 promoveerde ik op een proefschrift, getiteld 'Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid'.¹ Met dat boek beoogde ik onder meer om de heersende leer inzake de grondslag van de contractuele gebondenheid te bekritisieren, daarvoor een 'nieuwe' leer in de plaats te stellen en te laten zien hoe die leer praktisch kon worden toegepast op een aantal leerstukken (o.a. totstandkoming van de overeenkomst, dwaling en toezegging). Om deze door een recensent als 'herculisch' omschreven taak² te kunnen volvoeren, besteedde ik niet alleen aandacht aan *strikt* contractenrecht, maar ook aan de problematiek van de bronnen van verbintenis, aan redelijkheid en billijkheid, aan rechtsvinding en aan de waarde van dogmatiek. Op vele punten nam ik een visie in die diametraal in strijd was met de heersende leer; het boek liet zich dan ook lezen als 'één langgerekt betoog omtrent de *gewenste* grondslagen van het contracten- en overig verbintennisrecht'.³ Daarmee week het principieel af van de grote meerderheid van de privaatrechtsliteratuur in Nederland, waarin immers veeleer het *positieve* recht wordt beschreven.

Wie kaatst, kan de bal verwachten. Ik nam een welbewust risico door genoemde onderwerpen, waar al zeer veel over geschreven was, in relatief weinig bladzijden (namelijk 363), en met verwerping van de heersende leer, van een als 'nieuw' gepresenteerde opvatting te voorzien. De teneur van de recensies was dat ik waardering verdiende voor mijn moed, alsook voor de beschrijving van diverse deelonderwerpen, maar dat de voorgestelde visie op de contractuele gebondenheid niet kon worden aanvaard. Zo wisselden de recensenten oordelen over het boek als 'diepgaand, inventief',⁴ 'gedurfd',⁵ 'lezenswaardig',⁶ een 'groot compliment' verdienend⁷ en 'prikkelend en overtuigend'⁸ af met: 'niet in zijn opzet geslaagd',⁹ 'een reus op lemen voeten'¹⁰ en 'noodt tot tegenspraak'.¹¹

In deze bijdrage kom ik terug op een aantal thema's uit mijn proefschrift. De lijn van het daarin gevoerde betoog herhaal ik evenwel niet;¹² besproken worden daarentegen twee zaken die in de recensies (en andere geschriften) de meeste aandacht hebben gekregen. Behalve op mijn visie inzake contractuele gebondenheid (2), ga ik in op de *iustum pretium*-leer (3). Enige andere aspecten van mijn proefschrift komen onder (4) aan de orde.

2. De rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid

2.1 Mijn visie op gebondenheid

Eén van de problemen waarvoor ik in mijn proefschrift aandacht wilde vragen, was dat van *de reden*

¹Diss. Leiden 1995, Arnhem 1995.

²A.S. Hartkamp, Boekbespreking, WPNR 6227 (1996), p. 441.

³Diss., p. 339, overigens wel met argumentatiemateriaal uit de bestaande rechtspraak.

⁴J.M. Barendrecht, Vertrouwen koppelen aan de feiten, WPNR 6223 (1996), p. 353.

⁵H.C.F. Schoordijk, Non leges sine moribus; beschouwing n.a.v. J.M. Smits, Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid, Rechtsfilosofie & Rechtstheorie 25 (1996), p. 207.

⁶Hartkamp, o.c., p. 441.

⁷P. Abas, Boekbeschouwing, RM Themis 1996, p. 380.

⁸O.A. Haazen, J.D.R. Gorter, Boeke, Tydskrif vir Hedendaagse Romeins-Hollandse Reg 59 (1996), p. 726.

⁹Hartkamp, o.c. p. 441.

¹⁰Abas, o.c., p. 382.

¹¹Schoordijk, o.c., p. 215.

¹²Een samenvatting van die lijn vindt men niet alleen in het boek zelf (p. 339 v.), maar ook in J.M. Smits, Van wil, causa en verrijking; over een alternatieve route naar de contractuele gebondenheid, Stellenbosch Law Review 8 (1997), p. 280-295.

waarom overeenkomsten binden. Ik besprak daartoe de bestaande opvattingen, die doorgaans wil, verklaring of vertrouwen (of een combinatie dezer; vgl. art. 3:33 jo. 35 BW) als grondslag voor gebondenheid beschouwen. Opmerkelijk genoeg bleek het echter in geen dezer opvattingen mogelijk om uit te maken *welke* wil of verklaring of *welk* vertrouwen precies tot gebondenheid aanleiding mag geven. Dat verbaasde mij ook niet omdat in elk dezer visies de gebondenheid wordt teruggevoerd op de *persoon* van de contractant (die tenslotte wil, verklaart of vertrouwt) en dat leek mij in essentie een negentiende-eeuwse, achterhaalde, opvatting.¹³ Dat impliceerde overigens niet dat de praktische resultaten die in de rechtspraak werden behaald, verkeerd zouden zijn; het betekende alleen dat met genoemde grondslagen geen inzicht werd geboden in de *werkelijke* reden voor het aannemen van gebondenheid: deze ging schuil achter die (door de wetenschap tot dan toe) als legitimerend beschouwde grootheden. Dat kwam het meest tot uitdrukking bij het vertrouwensbeginsel, dat in deze eeuw juist was opgekomen omdat het beginsel als zodanig weinig maatstaf bood, maar wél als legitimerend werd ervaren. Ik vatte dat zo samen:¹⁴

‘Men kan stellen dat het vertrouwensbeginsel een *janushoofd* vertoont. Aan de ene zijde zien we een aansprekend en dus schijnbaar legitimerend beginsel, aan de andere zijde een (...) zo algemene maatstaf dat iedere gebondenheid er mee kan worden verklaard’.

Ik bepleitte daarop een paradigmawisseling: niet langer zou de contractant zelve centraal moeten staan bij het uitmaken of gebondenheid bestaat, maar veeleer de *inhoud* van de overeenkomst. Dáárin lag voor mij het ontbrekende element in de discussie, dat tot dan toe schuil was gegaan achter een fijnzinnige (maar betrekkelijk nutteloze) discussie over wil, verklaring en vertrouwen. Ik werd daartoe geïnspireerd door het werk van Gordley,¹⁵ die had aangetoond dat de grondslag van gebondenheid zoeken in de wil etc. historisch een tamelijk contingent gegeven is; één van de spannendste momenten in de vier jaar dat ik het boek schreef, was toen ik bovendien een ontdekking deed over de verhouding tussen wilsleer en *causa* (de oude ‘oorzaak’-eis van art. 1356 BW (oud)): deze beide grootheden bleken nl. volstrekt complementair.¹⁶ Aanvankelijk was de *causa* bestemd om de bindende van de niet-bindende afspraak af te scheiden; dat geschiedde aan de hand van verschillende factoren, waaronder de waarde van de wederzijdse prestaties. Met de opkomst van de wilsleer in de negentiende eeuw werd de *causa* echter overbodig omdat de wil die selecterende functie als *enige* ging vervullen: was de gebondenheid gewild, dan bestond deze ook. Met andere woorden: de wil was de enige *causa* geworden. Men wist toen geen raad meer met de *causa*, zodat deze in het BW 1992 als overbodig is geschrapt.

Wat daarbij evenwel over het hoofd werd gezien, was dat in de loop van de twintigste eeuw ook de wil niet meer als enige grondslag kon worden gehandhaafd. Maar in plaats van de diverse elementen die bepalend zijn voor het aannemen van gebondenheid weer onder de paraplu van de *causa* (in de zin van een objectieve rechtvaardiging van de gebondenheid) te brengen, belandde men in een heilloos getover met wil, verklaring en vertrouwen. De factoren die relevant waren voor de vraag wanneer gebondenheid moet bestaan en wanneer niet, verdwenen *achter* die wilsvertrouwensleer. Ik bepleitte daarom een terugkeer naar de *causa*-leer: als de nadruk zou worden gelegd op de aanwezigheid van zo’n objectieve rechtvaardiging, zouden de diverse elementen die bepalend zijn voor het aannemen van gebondenheid vanzelf weer naar voren komen.

Ik realiseerde mij natuurlijk dat ik hiermee nog slechts een lege huls had geschapen die nog moest worden gevuld met factoren, relevant voor het aannemen van contractuele gebondenheid.¹⁷ Voor mij was dat¹⁸ het genetisch synallagma: de prestaties van partijen moeten met 33elkaar voldoende

¹³Diss., p. 218.

¹⁴Diss., p. 145.

¹⁵James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford 1991.

¹⁶Diss., p. 228 v.

¹⁷Maar met als voordeel dat door een niet-beladen begrip als *causa* te (her)introduceren, niet langer werd gedaan *alsof* wil of vertrouwen zelfstandig in staat waren bindende van niet-bindende afspraken af te scheiden.

¹⁸Althans voor nu, nl. overeenkomend met het huidige juridisch cultuurbeeld van de sociale rechtsstaat.

verband houden, zodat de prestatie van de een zijn oorzaak vindt in die van de ander.¹⁹ Ik schreef:²⁰

`(...) dat de overeenkomst, als essentieel wederkerig begrip, een zekere mate van gelijkwaardige verdeling van rechten en plichten vereist. Essentieel is echter dat die gelijkwaardigheid niet steeds in de gebruikelijke tegenprestatie behoeft te worden gevonden, maar bij wijze van uitzondering ook kan liggen in andere factoren'.

Normaal is een zekere gelijkwaardigheid tussen de prestaties; zodra een contractant echter bovenmatig wordt verrijkt, is er reden voor wantrouwen en moet extra bewijsmateriaal aanwezig zijn voor het aannemen van de wederkerige samenhang. De aard van de overeenkomst, de verhouding tussen partijen, wederzijds te lijden na- en voordeel, de mate waarin de wil expliciet is geuit, spelen alle een rol, zowel bij het vaststellen van de normaliteit, als bij het aannemen van wederkerige samenhang (dus gebondenheid) *daarbuiten*. Ik meende die factoren ook als de *werkelijke* redenen voor gebondenheid aan te kunnen treffen in de rechtspraak, zodat mijn benadering blootlegde wat achter de weinig zeggende wilsvertrouwensleer was verscholen.

2.2 Kritiek

De meest fundamentele kritiek op deze visie kwam van Hartkamp, tevens de auteur van een gezaghebbend handboek over Nederlands contractenrecht.²¹ Zijn recensie lijkt te zijn ingegeven door de eisen van de praktijk, waar hij schrijft dat nieuwe, eigenzinnige ideeën welkom zijn waar de praktijk er haar voordeel mee kan doen,²² bijvoorbeeld doordat zij `rechterlijke uitspraken beter verklaart dan de heersende leer (...) of doordat zij aangeeft in hoeverre de heersende opvatting vergeleken met het voorgestane nieuwe idee te kort schiet'.²³ In dat opzicht voldoet mijn visie zijns inziens niet omdat de *causa* niet buiten de wet om als geldigheidsvereiste voor overeenkomsten kan worden ingevoerd en de reeds bestaande mogelijkheden om tegen contractuele evenwichtigheden op te treden voldoende zijn.²⁴ Maar wie zo redeneert, gaat er aan voorbij dat mijn betoog vooral handelde over het *ius constituendum*²⁵ en dat die bestaande mogelijkheden nu juist *niet* volledig waren blootgelegd omdat onder het mom van vertrouwensleer een extra instrument bestaat om onevenwichtigheid te keren in de totstandkomingsfase. Ik ben het er niet mee eens dat ideeën alleen welkom zijn voor zover ze van (direct) nut zijn voor de praktijk, maar zelfs *als* dat zo zou zijn, dan nog trachtte ik een bijdrage te leveren aan een beter begrip van die praktijk.

Ook Abas kon zich niet met mijn theorie niet verenigen. Net als Hartkamp geeft hij de voorkeur aan de bestaande grondslagen: die bestaan `niet voor niets al meer dan duizend jaren'.²⁶ Hiermee werd mij een verwijt gemaakt dat ook anderen mij maakten, nl. dat ik enerzijds hoog opgaf van mijn gehechtheid aan bestaande leerstukken, doch anderzijds die `porseleinkast' grondig vernielde door regels te wijzigen of geheel overboord te gooien.²⁷ Mijn repliek daarop is dat ik weliswaar hecht aan leerstukken in de zin van een systematisch geheel van gevallen met bijbehorende regels,²⁸ doch dat *binnen* die leerstukken regels wel degelijk kunnen veranderen en zelfs kunnen verdwijnen om in een latere periode weer op te duiken als daar behoefte aan bestaat. Het door mij beschreven proces van neergang van de *causa*-leer en opkomst van de wilsleer is daarvan een voorbeeld. Het is mijns inziens een fabeltje dat bepaalde regels al eeuwenlang dezelfde zijn; de nadruk die wij leggen op wil en vertrouwen is zelfs van relatief recente oorsprong. Wanneer Abas dan ook de wilsvertrouwensleer *naast*

¹⁹Ook wel `wederkerige samenhang' genoemd: diss., p. 233 v.

²⁰Diss., p. 241.

²¹Asser-Hartkamp II: Algemene leer der overeenkomsten, 10de dr., Deventer 1997.

²²Hartkamp, o.c., p. 445.

²³Hartkamp, o.c., p. 446.

²⁴Hartkamp, o.c., p. 446.

²⁵Daarin ben ik bijgevalen door F.W. Grosheide, Evenwicht in internationale commerciële contractsverhoudingen, in: Europees privaatrecht (Molengrafica 1996), Lelystad 1996, p. 69-70.

²⁶Abas, o.c., p. 382.

²⁷Hartkamp, o.c., p. 445-446.

²⁸Diss., p. 73.

de oorzaakleer wil plaatsen,²⁹ is dat een misverstand dat mijns inziens voortkomt uit een verkeerd begrijpen van de geschiedenis van het leerstuk totstandkoming.

Een verwijt van weer andere aard werd mij gemaakt door Van Dunné.³⁰ Hij heeft moeite met het verlaten van de beginselen van vertrouwen en belofte en meent dat mijn betoog past in de 'leidse traditie', die met Meijers begon en door Nieuwenhuis werd voortgezet. Die traditie zou bestaan uit het niet serieus nemen van vertrouwen. Inderdaad nam ik vertrouwen niet serieus, maar daar had ik dan ook een goede reden voor. Tegen Van Dunné's visie dat de grondslag der gebondenheid ligt in vertrouwen of in 'belofte maakt schuld' kan echter veel worden ingebracht. Zo is mij niet duidelijk *welke* belofte dan precies tot gebondenheid aanleiding moet geven. Ook in mijn theorie moet onderscheid worden gemaakt tussen *wel* en *niet* bindende beloften, maar dat geschiedt in alle openheid. Van Dunné ontkomt er daarentegen niet aan hetzelfde woord 'belofte' te gebruiken voor wel en niet bindende soorten beloften. Tegen zo'n versluiering van de werkelijk relevante vraag richtte zich nu juist mijn betoog.

3. Een verborgen iustum pretium-leer

3.1 Mijn visie op de iustum pretium-leer

Een tweede punt dat de recensenten oppikten, was de iustum pretium-leer. Dat was niet verbazingwekkend omdat deze leer steeds meer in de belangstelling komt te staan, mede naar aanleiding van een opvallende bepaling in de Unidroit Principles of International Commercial Contracts, die aantasting van de overeenkomst mogelijk maakt in geval van 'gross disparity'.³¹ De iustum pretium-leer wordt doorgaans aldus opgevat dat een overeenkomst alleen dan bindend is wanneer een zekere evenredigheid bestaat tussen de wederzijdse prestaties.³²

Heersende opvatting in het Nederlands (en Europees) privaatrecht is dat deze leer geen deel van het contractenrecht *is* en ook niet *mag* zijn.³³ Daartoe wordt er doorgaans op gewezen dat wezenlijk voor de overeenkomst is dat de partijen *zelf* mogen uitmaken of zij hun al dan niet te dure goederen voor een objectief te lage prijs wegdoen; de rechter heeft zich daar niet mee te bemoeien. In de heersende leer biedt het contractenrecht in beginsel een *procedurele* maatstaf om uit te maken of de overeenkomst rechtvaardig is: als de *wilsvorming* niet in orde is, bijvoorbeeld omdat deze heeft plaatsgehadt door iemand die daartoe niet in staat wordt geacht of omdat de contractant zijn wil gebrekkig vormde, is aantasting van de overeenkomst mogelijk (nl. op grond van resp. handelingsonbekwaamheid en wilsgebreken). Een substantiële maatstaf wordt niet aangelegd.³⁴ Wel is er op gewezen dat de *evenredigheid* in het vermogensrecht een steeds grotere rol gaat spelen,³⁵ maar dan in het kader van aanpassing van de inhoud en uitvoering van de overeenkomst (bijv. via art. 6:230 en 6:258 BW). De aantasting van de *geldigheid* blijft achterwege.

Ik achtte de iustum pretium-leer daarentegen a) *gewenst*, doch enkel voor de wederzijdse prestatiebelofte en b) in de rechtspraak ook reeds impliciet *aanvaard*.

Gewenst achtte ik het dat een overeenkomst waaraan door geen van beide partijen reeds uitvoering is gegeven,³⁶ slechts bindend is indien evenredigheid tussen de wederzijds te verrichten prestaties bestaat. De enkele belofte te zullen presteren boezemde mij weinig belang in. Integendeel: wie enkel toezegt en niets *doet*, handelt moreel misschien verkeerd maar *juridisch* niet, tenzij er bijkomende omstandigheden zijn (zoals het feit dat grote professionele partijen contracteerden of dat reeds gehandeld is in vertrouwen op uitvoering door de wederpartij). Indien de wederzijdse prestaties zich in waarde echter redelijk tot elkaar verhouden, bestaat reden om de overeenkomst toch afdwingbaar te achten, óók indien nog niet werd gepresteerd. Deze benadering leek mij in overeenstemming met de

²⁹Abas, o.c., p. 382.

³⁰J.M. van Dunné, Verbintenissenrecht Deel I: Contractenrecht, 3de herz. dr., Deventer 1997, p. 28 v., 278 v.??

³¹Zie daarover M.M. van Rossum, 'Gross disparity': een herleving van de leer van het iustum pretium?, WPNR 6237 (1996), p. 659 v.

³²Vgl. F.W. Grosheide, Iustum Pretium, WPNR 6227 (1996), p. 436.

³³Vgl. Asser-Hartkamp II, no. 44; Zimmermann, Law of Obligations, p. 255 v.

³⁴Zie bijv. in die zin Van Rossum, o.c., p. 663.

³⁵J.B.M. Vranken, Algemeen Deel, Zwolle 1995, no. 137; F.W. Grosheide, Iustum Pretium, o.c., p. 435; T. Hartlief, Subsidiariteit en proportionaliteit in het contractenrecht, Ars Aequi 46 (1997), p. 196 v.

³⁶Een type dat ik op het voetspoor van Atiyah plaatste naast enkele andere contractstypen; vgl. diss., p. 272 v.

huidige maatschappelijke opvattingen over gebondenheid.

Aanvaard achtte ik de *iustum pretium*-leer in zoverre dat wanneer een contractspartij stelt de gebondenheid niet gewild te hebben (vgl. art. 3:33 BW), daarmee de vraag naar het vertrouwen aan de zijde van de wederpartij (en daarmee ook die naar de gebondenheid) onmiddellijk wordt gesteld. *Waarop* vertrouwd mag worden, wordt vervolgens in hoge mate bepaald door wat *normaal* of *gebruikelijk* is. Wie in rechte betwist dat hij een goed met een waarde van fl. 1000,- wilde aanbieden voor fl. 100,-, verplicht de rechter na te gaan of de wederpartij mocht vertrouwen op een koop voor fl. 100,-. Is dat niet gebruikelijk, dan ontstaat gebondenheid niet. Weliswaar wordt de *iustum pretium*-leer daarmee *als zodanig* door de Hoge Raad niet aanvaard, maar via de toepassing van het vertrouwensbeginsel in het stadium van de totstandkoming van de overeenkomst wordt wel degelijk in veel gevallen een soortgelijk resultaat bereikt.

3.2 Kritiek

De kritiek op mijn versie van de *iustum pretium*-leer was minder groot dan die op mijn theorie over de grondslag der gebondenheid. Grosheide en Vranken aanvaardden er elk aspecten van. Grosheide heeft de invoering bepleit van een nieuw geldigheidsvereiste voor de totstandkoming van de overeenkomst, gelegen in de 'evenredigheid van prestaties'. Deze 'technische' eis legitimeerde hij in een 'rechtspolitieke keuze voor een zekere mate van evenredigheid in de prestaties van contractspartijen'.³⁷ Zover als Grosheide wil ik niet gaan: het daadwerkelijk presteren acht ik bepalender dan de belofte daartoe. Indien partijen zelf presteren na een daartoe eerder gedane belofte, behoeft het recht dat niet terug te draaien, behoudens in geval van de genoemde procedurele gebreken (wilsgebreken, handelingsonbekwaamheid). In mijn visie is de *iustum pretium*-leer dan ook enkel van belang voor de overeenkomst die nog niet tot vrijwillige uitvoering leidde. Als juridische techniek om evenredigheid te bewerkstelligen in andere situaties vind ik de *causa* om historische redenen beter geschikt.

Nu is een van de bezwaren tegen de *iustum pretium*-leer altijd geweest dat er geen autonoom criterium is voor het meten van de gelijkwaardigheid van de prestaties.³⁸ Ik verdedigde dat een dergelijk criterium wel degelijk bestaat, namelijk gelegen is in de gebruikelijkheid van de tegenprestatie. Een analyse van de vertrouwensrechtspraak maakte ook duidelijk dat dit criterium daadwerkelijk wordt toegepast. Impliciet ondervond ik hierin bijval van Vranken die, zonder de vertrouwensleer als zodanig te verwerpen, de 'normaliteit' (partijen mogen in beginsel afdaan op wat zich aandient, mits dat 'normaal' is) mede bepalend achtte voor de aanwezigheid van gebondenheid.³⁹ De omweg langs de weinigzeggende vertrouwensmaatstaf is wat mij betreft niet nodig; deze leidt af van waar het werkelijk om gaat, namelijk het in redelijkheid opleggen van rechtsgevolgen. Het is goed om de thans vaak 'verborgen' toepassing van de *iustum pretium*-leer bloot te leggen. Dat kan door de *causa* en dus de redelijke grond voor gebondenheid zijn centrale plaats in het contractenrecht terug te geven.

4. Encore!

Op niet alle aspecten van mijn proefschrift kon in het bovenstaande worden ingegaan. Met pijn in het hart laat ik de bespreking van mijn rechtsvindingsleer terzijde. Ik verdedigde dat bij het vinden van het juiste resultaat in een concreet geval, zoveel mogelijk moet worden geprofiteerd van reeds besliste gevallen in andere rechtsstelsels, hetzij in andere landen, hetzij in het verleden bestaand hebbende. Methodologische problemen van rechtsvergelijking trachtte ik daarbij te ontzenuwen door zoveel als mogelijk uit te gaan van *gevallen*. Deze theorie werd becommentarieerd door anderen,⁴⁰ alsmede door mij uitgewerkt in latere artikelen.⁴¹

Het bovenstaande is grotendeels geschreven in de verleden tijd. Betekent dit dat ik thans niet

³⁷Iustum pretium, o.c., p. 438; Evenwicht in internationale commerciële contractsverhoudingen, o.c., p. 45 v.

³⁸Vgl. Grosheide, Iustum pretium, o.c., p. 436.

³⁹J.B.M. Vranken, Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht, in: Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland (preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland), Deventer 1997, p. 1 v.

⁴⁰Zie Haazen en Gorter, o.c.

⁴¹Zie o.a. 'A brooding omnipresence in the sky': over rechtsontwikkeling en buitenlandse rechtsliteratuur, WPNR 6207 (1996), p. 44 v. en, met het oog op Europees privaatrecht, Een Europees privaatrecht als gemengd rechtsstelsel, NJB 73 (1998), p. 61 v.

meer geloof in wat ik toen schreef? Zeker niet! Ik sta nog steeds volledig achter de in 1995 verdedigde visies. Wel zie ik in dat ik op bepaalde punten duidelijker had kunnen zijn; een beginnend schrijver realiseert zich niet altijd dat het formuleren van nieuwe theorieën hoge eisen stelt aan zijn taalgebruik. Meer dan één recensent merkte terecht op dat mijn boek wordt gekenmerkt door een hoge abstractiegraad. Dat maakt lezing soms moeilijk. Het is ook geen boek waarin men gemakkelijk één enkel hoofdstuk kan uitkiezen om te lezen; het betoog laat zich alleen goed begrijpen door het gehele boek tot zich te nemen.

Hebben zich na 1995 ontwikkelingen voorgedaan die wijzen in de richting van mijn 'gelijk'? Zeker is de aandacht voor 'contractuele rechtvaardigheid' toegenomen, maar vooral in de ons omringende landen.⁴² De Hoge Raad bleef de wils-vertrouwensleer toepassen, aldus mijns inziens deels uiting gevend aan de *iustum pretium*-leer. Ik kan het niet nalaten ook te wijzen op een opmerkelijke uitspraak uit 1997,⁴³ waarin de Hoge Raad mijn leer vrijwel letterlijk toepaste. Het betrof een geval van vennootschapsrecht. Een bank sloot een overeenkomst met een BV i.o.; deze BV werd echter nooit opgericht: de volgens art. 2:203 BW vereiste bekrachtiging van de overeenkomst bleef dan ook uit. Wél werd bekrachtigd door een *andere* vennootschap met de naam die was beoogd voor de op te richten vennootschap. Strikt formeel kon dan ook geen overeenkomst ontstaan. Anders dan Hof en A-G Hartkamp oordeelde de Hoge Raad echter - in bewoordingen die mij deden opveren - dat het Hof 'in het licht van alle omstandigheden van het geval onder ogen (had) behoren te zien of *goede grond voor gebondenheid* (...) bestond (...). Een dergelijke contractuele gebondenheid is zeer wel mogelijk, ook al is niet voldaan aan voormelde eisen'. Wat ik hiervan moest denken, wist ik niet.⁴⁴

Verwachtte ik gevolgd te zullen worden in mijn - door sommigen als 'extreem' gekwalificeerde - opvattingen? In mijn jeugdige overmoed heb ik dit tijdens het schrijven wel eens geloofd. Inmiddels zie ik in dat die hoop betrekkelijk ijdel is om de eenvoudige reden dat juristen bij voorkeur vasthouden aan het oude en vertrouwde, zelfs wanneer dat niet langer de functie vervult die het ooit had. Dat thans nog wordt vastgehouden aan wil en vertrouwen acht ik heel begrijpelijk omdat het nu eenmaal is wat men kent; erkennen dat onder de *aegis* van die grootheden in wezen een *andere* afweging plaatsvindt dan die termen lijken te veronderstellen, wordt zorgvuldig verborgen. Door te doen alsof rationeel zonder problemen een regel wordt toegepast, is de jurist immers in staat de heersende machtsverhoudingen te bestendigen met een beroep op de rechtszekerheid.⁴⁵ Het recht maskeert zo dat principieel tegenstrijdige waarden om voorrang vechten: in het contractenrecht zijn dat bijvoorbeeld een verlangen naar rechtszekerheid ('*pacta sunt servanda*') en een behoefte de 'contractuele rechtvaardigheid' te betrachten.

Achteraf gezien paste mijn dissertatie - die deze praktijk blootlegde - daarmee in de *Critical Legal Studies*-beweging. Ik ben mij daarvan steeds bewuster geworden en heb dit in mijn preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Wijsbegeerte van het Recht⁴⁶ verder uitgewerkt. In Nederland lijk ik wat deze politieke 'ontmaskering' van het privaatrecht aangaat echter een roepende in de woestijn te zijn gebleven. Het gefragmenteerde contractenrecht dat ik schetste in mijn preadvies, maakt echter wel mogelijk om onder de paraplu van de *causa* diverse contractstypen zonder één uniforme dogmatiek te onderscheiden. De reden voor gebondenheid bij puur commerciële overeenkomsten (die dienen om winst te maken) verschilt zozeer van die bij overeenkomsten die strekken tot verkrijging van eerste levensbehoeften dat het mijns inziens weinig zin heeft die nog onder één noemer te brengen. Dat is slechts één der meer praktische consequenties van mijn visie op contractuele gebondenheid, een visie die ik zal blijven uitdragen.

⁴²Zie de overvloedige verwijzingen in mijn na te noemen preadvies, alsmede Jürgen Oechsler, *Gerechtigheit im modernen Austauschvertrag*, Tübingen 1997.

⁴³HR 11 april 1997, RvdW 1997, 99 (Rabobank/Hemmen). Zie ook Ktg. Emmen 21 augustus 1996, Prg 1996, 4633 (PTT/X).

⁴⁴Vgl. ook H-J de Kluiver, JOR 1997, p. 432 v.

⁴⁵Tekenend is dat de meeste recensenten het positiefrechtelijk gedeelte van het boek de kern achtten, hoewel deze zijn ingebed in bredere opvattingen over rechtsvinding. Zie Hartkamp, o.c., p. 442 en Abas, o.c., p. 381.

⁴⁶Eenheid en verscheidenheid in het contractenrecht; over het gedetermineerd verleden en de postmoderne toekomst van het privaatrecht, in: *Handelingen*, R & R 27 (1998) p. 10 v.