

Artikel

Fraternalisme en trouw aan het gegeven woord

Prof. mr. A.L.M. Keirse*

1. Beginselen van contractenrecht

1.1 De tijdgeest

In oude tijden, zeg eind achttiende, begin negentiende eeuw, vindt het contractenrecht verklaring in het principe van de partijautonomie. Dit luidt traditioneel dat het eenieder vrijstaat al dan niet te contracteren, met wie en waarover men wil; het is aan partijen de inhoud van de overeenkomst te bepalen. Aan deze rechtshandeling verbindt het recht een verbindende kracht; zodra partijen wilsovereenstemming bereiken, komen tussen hen de beoogde rechtsgevolgen tot stand. De contractuele binding ontstaat enkelvoudig uit de consensus en betreft uitsluitend de partijen die toestemden. De contractvrijheid, de verbindende kracht van de overeenkomst en het consensualisme, het zijn de drie klassieke facetten van de leer der partijautonomie, een theorie die berust op het uitgangspunt dat partijen in vrijheid en gelijkheid met elkaar contracteren.¹

Later in de negentiende eeuw komt het besef op dat dit uitgangspunt niet met de maatschappelijke werkelijkheid strookt. Economische, sociale en culturele ongelijkheden zijn aan de orde van de dag. Anders gezegd: partijautonomie leidt niet tot rechtvaardige contracten. In rechtsfilosofische en politiek-economische strekkingen staat niet meer zoals daarvoor het individu dat beschikt over een rede en een vrije wil centraal. De mens wordt juist als sociaal wezen gepositioneerd, waarbij de idee van vrijheid

en gelijkheid van alle burgers als een fictie wordt herkend. Vanuit dit perspectief biedt het contract meer dan een gelegenheid om de eigen handelingsmogelijkheid met die van een ander uit te breiden; het is ook een sociaal of maatschappelijk gegeven dat bijsturing verdient om ongelijkwaardigheid te compenseren. Onder invloed van deze socialisering van het contractenrecht is de leer der partijautonomie aangevuld en gecorrigeerd.²

De welvaart neemt toe en in de tweede helft van de vorige eeuw wordt afstand genomen van het denken in sociale klassen. Het gevolg is dat niet meer zozeer van partijen wordt verlangd dat zij zich laten leiden door het belang van de gemeenschap, oftewel in de bewoordingen van de Hoge Raad, door de eisen van het maatschappelijk verkeer. Thans draait het veeleer om de belangen van diegenen die concreet bij de overeenkomst betrokken zijn. Partijen die in onderhandeling treden over het sluiten van een contract moeten hun gedrag mede laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de ander, zo klinkt het reeds ruim een halve eeuw in de rechtspraak.³

De drie sleutelwoorden in de lijn van de evolutie van het contractenrecht zijn aldus, zoals ook Nieuwenhuis ons voorhoudt: egoïsme, paternalisme en fraternalisme.⁴

1.2 Uitzondering tot regel gepromoveerd

In de moderne visie op het contractenrecht wordt de partijautonomie niet meer als begin- en eindpunt gehanteerd. Weliswaar vormt het voor menigeen nog steeds het uitgangspunt,⁵ maar algemeen wordt erkend dat dit uitgangspunt gecorrigeerd moet worden door andere begin-

* Prof. mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar burgerlijk recht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en raadsheer bij het Hof Arnhem. Deze bijdrage is gebaseerd op de lezing gehouden op het congres Tien jaar Contracteren, Universiteit Utrecht 6 november 2009.

1. Zie S. Stijns, *Verbintenissenrecht*; Boek 1, Brugge: die Keure 2005, p. 37 e.v.

2. Zie Stijns 2005, p. 43 e.v.

3. Zie onder veel meer HR 15 november 1957, LJN AG2023 (Baris/Riezenkamp), A.C. van Schaick, *Het burgerlijk recht de baas?*, Deventer: Kluwer 2009, p. 13, J.H. Nieuwenhuis, *Paternalisme, fraternalisme, egoïsme; een kleine catechismus van het contractenrecht*, NJB 2009-35, p. 2254 e.v.

4. Nieuwenhuis 2009, p. 2254 e.v.

5. Bijvoorbeeld voor Van Schaick 2005, p. 11.

selen. De zwakke(re) partij wordt zo in bescherming genomen. Op grond van de redelijkheid en billijkheid worden zorg-, mededelings-, informatie-, onderzoeks-, beschermings- en consideratieplichten aangenomen.⁶ Traditioneel worden deze gehoudenheden gepresenteerd als uitzonderingen, correcties of beperkingen op de partijautonomie. De vraag die de laatste jaren rijst, is of de tijd nu rijp is om een stap verder te gaan; is de uitzondering inmiddels niet tot regel geworden? Met Vranken beantwoord ik deze vraag bevestigend.⁷ Er is aanleiding om niet langer – zoals in de klassieke benadering geschiedt – de gehoudenheid om rekening te houden met andermans belangen als uitzondering te beschouwen op de werkelijke kern van het contractenrecht – die men in de partijautonomie zou moeten zoeken –, maar andersom om deze gehoudenheid als kern van het contractenrecht te betitelen.

Partijen die in onderhandeling treden over het sluiten van een overeenkomst komen tot elkaar te staan in een bijzondere door de redelijkheid en billijkheid beheerste maatschappelijke rechtsverhouding. En daarmee verhouden zij zich tevens tot de aan het recht ten grondslag liggende beginselen. Dit brengt mee dat partijen niet alleen uitvoering dienen te geven aan de verbintenissen die zij met zoveel woorden op zich nemen, maar ook dat zij in ruimere zin over en weer gehouden zijn om eventuele schade te voorkomen. Deze, wat ik noem, ‘schadevoorkomingsplicht’ begint in de precontractuele fase en loopt door tijdens de overeenkomst en ook nog daarna.⁸

Hoe ver deze verplichting in een concreet geval reikt, hangt af van uiteenlopende omstandigheden, zoals de aard van de overeenkomst, de wijze waarop de overeenkomst wordt gesloten en de hoedanigheid van partijen. In ieder geval wordt van hen die contracteren verlangd, dat zij hun best doen om een gesloten overeenkomst zo veel mogelijk tot een goed einde te brengen op de manier die was beoogd. Vereist is een coöperatieve opstelling. Daarbij zijn partijen verplicht elkaar te informeren, elkaar te wijzen op consequenties of te waarschuwen voor bepaalde risico’s opdat er voldoende informatie voorhanden is om wederzijds een verantwoorde keuze te maken.

Fraternalisme in het contractenrecht, het heeft een niet te stuiten opmars ingezet. Men wake er evenwel voor te ver door te slaan. Daarover gaat deze bijdrage.

6. Zie B. Flippo, Wanneer moet paternalisme worden verkozen boven autonomie in het contractenrecht?, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Autonomie en paternalisme in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 8.

7. J.B.M. Vranken, Over partijautonomie, contractsvrijheid en de grondslag van gebondenheid in het verbintenissenrecht, in: J.M. Barendrecht e.a. (red.), *Beginselen van contractenrecht*, Deventer: Tjeenk Willink 2000, p. 154; A.L.M. Keirse, Wat zou een schuldeiser zijn zonder schuldenaar? Een introductie van de schadevoorkomingsplicht (oratie Utrecht) (nog te verschijnen). Vgl. ook E.H. Hondius, De zwakke partij in het contractenrecht; over de verandering van paradigmata van het privaatrecht, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker, *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer 1999, p. 387 e.v.

8. Zie ook A.L.M. Keirse, De schadevoorkomingsplicht, in: E.F.D. Engelhard e.a. (red.), *Handhaving van en door het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 95 e.v.

1.3 Grensbepaling

Het is geen uitzondering, maar regel, ja zelfs kern van het hedendaagse contractenrecht dat (onderhandelende) partijen hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de ander. De één dient de ander voor schade te behoeden. Deze regel vindt zijn, bijkans natuurlijke, grens waar deze niet langer de verbindende kracht van een overeenkomst kan rechtvaardigen, maar integendeel dreigt te ondergraven. Desalniettemin wordt in de praktijk de grens niet altijd daar getrokken. Pogingen om met een beroep op geboden fraternalisme het beginsel dat partijen hun woord gestand moeten doen te verlaten, worden meer dan eens serieus genomen. Hier volgt een bloemlezing.

2. De praktijk ontspoord

2.1 Bent u niet uw broeders hoeder?

Als een schuldenaar het in hem gestelde vertrouwen beschaamt en toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn verbintenis, is dat lang niet altijd onoverkomelijk. De teleurgestelde schuldeiser kan opnieuw vertrouwen stellen in de schuldenaar en de contractuele relatie met hem voortzetten op andere, dan eerder overeengekomen voorwaarden. Daarbij komt dat de schuldeiser veelal ook elders terecht kan. Hij kan op zoek gaan naar een andere wederpartij en met deze een overeenkomst aangaan, bestemd om de plaats in te nemen van het eerder gesloten contract als reactie op de omstandigheid dat de eerste wederpartij dit contract niet of niet correct nakomt. Wat dies meer zij, door een dergelijke souplesse of het aangaan van een vervangende transactie kan meer dan eens schade worden voorkomen. Dit wordt de schuldeiser met regelmaat voor de voeten geworpen; bent u niet uw broeders hoeder? Ik houd u een viertal waargebeurde verhalen voor waarin is doorgeprocedeerd tot aan de Hoge Raad.

2.2 Waargebeurde verhalen

Het eerste verhaal betreft Van Leeuwen en Van der Kaaij. Zij zijn een overeenkomst tot (ver)huur van een middenstandsbedrijfsruimte aangegaan. Deze loopt vijf jaar en wordt vervolgens met een gelijke termijn verlengd. Voor dat de huurovereenkomst zijn einde nadert, zegt de huurder deze zonder inachtneming van de opzegtermijn op. Hij staakt de betaling van huurpenningen en ontruimt het gehuurde. De verhuurder accepteert de opzegging niet en vordert nakoming van de verplichting tot betaling van huur tot het einde van de huurovereenkomst (veertien maanden later). Daarop antwoordt de huurder evenwel dat de verhuurder een andere huurder had kunnen zoeken. En wat wekt de verbazing, op grond van een veronderstelde schending van de schadebeperkingsplicht door de verhuurder, nu niet is gebleken dat deze pogingen heeft ondernomen om de verhuurde bedrijfsruimte opnieuw te verhuren, wordt de vordering van de verhuurder in feitelijke instanties gedeeltelijk afgewezen. Kantonrechter en rechtbank oordelen dat de overeenkomst inderdaad nog gedurende veertien maanden doorloopt, maar beper-

ken de betalingsverplichting van de huurder tot zes maanden. De redenering is kennelijk dat een schuldeiser die nakoming van een contractuele verplichting verlangt, geen volledige nakoming kan vorderen indien en voor zover hij nalaat maatregelen te treffen ter beperking van het nadeel dat uit de wanprestatie van zijn wederpartij voortvloeit. Verdient deze opvatting bijval? Het antwoord van de Hoge Raad luidt met recht ontkennend: hij deed de zaak zelf af en wees de vordering alsnog in zijn geheel toe.⁹

Wat te denken van het volgende geval? Lefers pleegt jegens Van Kessel wanprestatie door een tussen hem en Van Kessel gesloten koopovereenkomst, waarbij Van Kessel zijn woonhuis aan Lefers verkocht voor de prijs van f 350.000, niet na te komen. De verkoper, Van Kessel, vordert ontbinding van de koopovereenkomst, alsmede schadevergoeding. De schade kan worden bepaald op f 115.000, zijnde het verschil tussen de overeengekomen koopprijs en de waarde van het huis ten tijde van de wanprestatie (f 215.000) verminderd met de bespaarde overdrachtkosten ten bedrage van f 20.000. Lefers verweert zich evenwel met de stelling dat Van Kessel de schade had kunnen en moeten beperken door een vervangende transactie aan te gaan. Lefers verwijt Van Kessel namelijk dat hij, nadat de door hem beweerde koopovereenkomst tot stand was gekomen en vervolgens was gebleken dat Lefers het standpunt innam dat geen koopovereenkomst tot stand was gebracht, nimmer verkoopactiviteiten met betrekking tot het huis heeft ondernomen om zijn schade te beperken.

De vraag rijst of een verkoper van een woonhuis die zoals hier geconfronteerd wordt met een koper die weigert af te nemen, actie behoort te ondernemen teneinde het huis aan een ander te verkopen en zodoende de schade te beperken. Hierbij zij bedacht dat het eigenlijk op de weg van de koper ligt om ter voorkoming van een vordering tot schadevergoeding alsnog het huis af te nemen. En mocht hij het huis niet (meer) voor eigen gebruik wensen, dan kan hij vervolgens na afname, het huis aan een derde verkopen. Mag nu een schuldenaar die het zelf in de hand heeft de schade te beperken door alsnog te doen waartoe hij zich krachtens overeenkomst heeft verplicht, maar desalniettemin de schade van zijn wederpartij laat voor wat zij is, van zijn wederpartij verlangen dat deze schadebeperkend ingrijpt, bijvoorbeeld door een vervangende transactie aan te gaan? Het antwoord is, naar ik hoop, evident. Toch is hierover tot aan de Hoge Raad geprocedeerd.¹⁰

Wie zich contractueel jegens een wederpartij verbindt door bij overeenkomst een bepaalde prestatie op zich te nemen, wekt het vertrouwen dat hij voor die prestatie zorg zal dragen en zal moeten begrijpen dat de wederpartij het verder aan hem overlaat. Komt de schuldenaar desalniet-

temin toerekenbaar niet, niet tijdig of niet correct na, dan zal hij in beginsel gehouden zijn de schade die zijn wederpartij daardoor lijdt volledig te vergoeden. Daaraan kan worden toegevoegd dat een schuldenaar die het zelf nog in de hand heeft de schade te beperken, in beginsel geen beroep op de schadebeperkingsplicht van de schuldeiser toekomt. Immers, niet valt in te zien dat de schuldeiser tot meer gehouden zou zijn dan de schuldenaar. Indien beide partijen de mogelijkheid hebben de schade te beperken, dient de schuldenaar – die de schade per slot van rekening door zijn wanprestatie heeft veroorzaakt – daartoe over te gaan en kan stilzitten van de schuldeiser in beginsel niet afdoen aan de schadevergoedingsplicht van de schuldenaar.¹¹

Ook in de zaak Elinga/British Wool verwijt de pot de ketel dat hij zwart ziet. Partijen hebben een distributieovereenkomst gesloten voor onbepaalde tijd met een opzegtermijn van drie maanden. Op de Nederlandse markt is Elinga voor British Wool exclusief distributeur. De handelswaar bestaat uit wollen bovenbekleding. Reeds na een paar jaar besluit British Wool haar activiteiten af te bouwen, vanwege een, wat zij noemt, ongunstig handelsklimaat. Zij meldt Elinga dat alle bestaande, bevestigde orders zullen worden uitgevoerd, maar dat zij niet meer in staat is om volgens afspraak sweaters voor Elinga op voorraad te houden. Wel geeft zij aan dat Elinga die sweaters van haar kan kopen om deze aan haar eigen voorraad toe te voegen. Vergeleken met de geplaatste voorraadorder is deze laatste optie ongunstig voor Elinga, reden waarom Elinga daarop niet ingaat. Het komt tot een procedure. Met British Wool meent de rechter in eerste aanleg dat Elinga de schade deels aan haar zelf te heeft wijten, doordat zij niet op andere voorwaarden met haar wederpartij heeft gecontracteerd. In rechte in eerste aanleg wordt aldus gemeend dat het British Wool die tekortschiet in de nakoming van haar verplichtingen, past om aan te voeren – en om daaraan met betrekking tot haar schadevergoedingsplicht consequenties te verbinden – dat de wederpartij dan maar op andere (ongunstiger) voorwaarden met haar moet contracteren om aldus de schade voor de tekortschietende partij beperkt te houden? De schadebeperkingsplicht van de benadeelde schuldeiser reikt echter niet zo ver, dat van hem kan worden gevergd, dat hij op ongunstiger voorwaarden met een wanprestant contracteert. Zo leert ook hoger beroep en cassatie.¹² Het kan ook weinig anders, daar het onaanvaardbaar zou zijn dat een partij die een gesloten overeenkomst achteraf gezien niet lucratief genoeg acht, haar wederpartij op straffe van eigen schuld andere voorwaarden dan overeengekomen in de maat zou mogen splitsen.

Meest recent is de vierde en laatste illustratie. Betrokken partijen zijn een overeenkomst aangegaan met betrekking tot de reparatie en het onderhoud van opleggers voor een periode van ten minste vijf jaar. Echter, binnen twee jaar wordt de overeenkomst op niet rechtsgeldige wijze opgezegd door de eigenaar van de opleggers, Vos Logistics Nederland (Vos). De wederpartij, Trailer Service Neder-

9. HR 19 november 1999, LJN AA1063 (Van Leeuwen/Van der Kaaij). Het bepaalde in art. 6:101 BW, dat de feitenrechtters voor ogen kan hebben gestaan, is niet van toepassing op een vordering tot nakoming, maar uitsluitend op vorderingen tot schadevergoeding. Zie A.L.M. Keirse, Schadebeperkingsplicht; over eigen schuld aan de omvang van de schade, Deventer: Kluwer 2003, p. 56.

10. HR 23 februari 1996, nr. 15.917, C95/69 (Lefers/Van Kessel) (niet gepubliceerd).

11. Zie meer uitgebreid Keirse 2003, p. 121 e.v.

12. HR 29 mei 1998, LJN ZC2657 (Elinga/British Wool).

land (TSN), stelt daardoor een aanzienlijke schade te hebben geleden van een kleine € 600.000, waarvoor zij vergoeding vordert. Het betreft winstderving als gevolg van de ontbinding van de duurovereenkomst. De omvang is begroot door met elkaar in vergelijking te brengen, enerzijds, de hypothetische situatie waarin TSN zou hebben verkeerd bij een in alle opzichten onberispelijke wederzijdse nakoming en, anderzijds, de feitelijke situatie waarin TSN na ontbinding van de overeenkomst verkeert. Aldus wordt vergoeding gevorderd van de verwachte winst die TSN in geval van correcte nakoming door Vos tijdens de resterende looptijd zou hebben gerealiseerd.

Vos meent evenwel dat de omvang van de schade schromelijk overdreven is. Deze voert aan dat alleen de werkelijk geleden schade moet worden vergoed en dat daarbij mede in aanmerking moet worden genomen in hoeverre TSN na de ontbinding erin is geslaagd winst uit vervangende omzet te realiseren die zij anders niet zou hebben gehad. Het betoog is dat de inkomsten die TSN uit hoofde van vervangende werkzaamheden heeft weten te verwerven in mindering moeten worden gebracht op de schade die Vos op grond van zijn wanprestatie dient te vergoeden. Gesteld wordt namelijk dat de na de ontbinding in verhouding met derden gerealiseerde winst moet worden verdisconteerd in de vaststelling van de concreet geleden schade. Daarnaast wordt een beroep op voordeelstoerekening gedaan. Daartoe wordt aangevoerd dat TSN voordeel ondervindt, omdat zij na de onrechtmatige ontbinding nieuwe opdrachten van derden heeft weten aan te trekken, hetgeen niet was gebeurd indien TSN gebonden was gebleven aan de overeenkomst met Vos. De totale capaciteit van TSN zou immers niet meer werkzaamheden toelaten dan die welke weggevallen zijn. Het nadeel wegens gederfde inkomsten uit de zonder recht ontbonden opdracht van Vos zou daarom moeten worden verrekend met het voordeel uit de nieuwe opdrachten. Voor het geval TSN na de ontbinding onvoldoende omzet zou hebben gerealiseerd om het nadeel en het voordeel tegen elkaar weg te strepen, wordt tot slot nog aangevoerd dat dit een schending van de schadebeperkingsplicht kan inhouden, zodat ook dan een mindering van de schadevergoedingsplicht op zijn plaats zou zijn.

Een dergelijk betoog is moeilijk vol te houden. Het zou immers meebrengen dat een schuldenaar die toerekenbaar tekortschiet eenvoudigweg onder zijn schadevergoedingsplicht zou kunnen uitkomen door erop te wijzen dat er meer vis in zee is en de schuldeiser zijn heil elders heeft gevonden of zou moeten zoeken. Daarmee wordt uit het oog verloren dat men contracteert om bepaalde doelen te realiseren, bepaalde risico's af te kopen of scenario's uit te sluiten. Do ut des. Het zal in de regel uit de strekking van de overeenkomst volgen dat het geen verweer kan opleveren dat de schuldeiser ook elders voor de toegezegde, maar niet nagekomen prestatie terecht kan.

Wordt een overeenkomst zonder recht ontbonden, dan is de tekortschietende partij verplicht haar wederpartij de schade te vergoeden die deze lijdt doordat geen wederzijdse nakoming doch ontbinding van de overeenkomst plaatsvindt. Vos dient derhalve aan TSN het positieve contractsbelang te vergoeden. Dat betekent dat de schade

moet worden bepaald door een vergelijking te maken tussen de hypothetische situatie waarin de wederpartij zou hebben verkeerd bij correcte nakoming over en weer en de werkelijke situatie die zich na de ontbinding voordoet. Zoals in rechte wordt overwogen, moet bij deze berekening worden geabstraheerd van de vraag of de schuldeiser na het wegvallen van de overeenkomst opbrengsten heeft gegenereerd die ten minste even hoog zijn als of hoger zijn dan die welke zijn weggevallen. Voor voordeelstoerekening op de voet van artikel 6:100 BW is evenmin plaats. Immers, hiervoor bestaat slechts aanleiding als eenzelfde gebeurtenis voor de benadeelde naast schade ook voordeel oplevert. In casu heeft TSN schade geleden door de op de tekortkoming van diens wederpartij gebaseerde ontbinding, en voordeel gerealiseerd door behaalde winst in het kader van nadien, als gevolg van haar eigen inspanningen, gesloten overeenkomsten met derden. Deze schade en dit voordeel vloeien derhalve niet voort uit dezelfde gebeurtenis in de zin van artikel 6:100 BW. Of anders gezegd, als het al zo is dat TSN na het wegvallen van het hier ter zake doende contract ander werk heeft weten aan te trekken waarvoor bij continuering van het contract geen ruimte was geweest, is dit primair het gevolg van de daarop door TSN gerichte inspanningen, met als gevolg dat een beroep op voordeelstoerekening behoort te falen.¹³

2.3 Lering

Het komt er in de hier besproken zaken op neer dat een van de partijen, de schuldenaar, toegeeft dat hij is tekortgeschoten in zijn verbintenis tot nakoming, maar de schuldeiser als barmhartige Samaritaan oproept om zijn boontjes te doppen. En aldus verlangt de schuldenaar dat zijn wederpartij zich beter inspant dan hij. Zo werkt het natuurlijk niet. Het is niet alleen aan de schuldeiser om rekening te houden met de belangen van de schuldenaar; andersom geldt dat des te meer. De schuldenaar staat immers gezien zijn tekortkoming al één nul achter.

De verplichting zich mede te laten leiden door de gerechtvaardigde belangen van de ander betekent primair dat het gegeven woord gestand moet worden gedaan. Als het kwaad al is geschied doordat ontrouw aan het gegeven woord is gebleken, past het de schuldenaar niet om van de schuldeiser te verwachten dat deze met minder dan de toegezegde prestatie genoegen neemt, indien en voor zover dat de schade zou beperken.

De les moet zijn dat ook fraternalisme grenzen kent. De gehoudenheid rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de ander, de gehoudenheid elkaar voor schade te behoeden, de zogenoemde schadevoorkomingsplicht; het is niet uitzondering, maar regel. Het betreft evenwel niet een regel die de partijautonomie opzijzet, maar deze juist veronderstelt, waarborgt en dient. Dit betekent dat de schadevoorkomingsplicht diverse nevenverplichtingen kan doen ontspruiten, maar geen kernverplichtingen opzij kan zetten. De plicht om elkaar voor schade te behoeden, vindt daar haar grens waar deze niet langer de gebondenheid aan het gegeven woord bevestigt maar onderuithaalt.

13. HR 10 juni 2009, LJN B13402 (TSN/Vos).

3. Slotsom

Mijn betoog dat de plicht om rekening te houden met de belangen van de ander van uitzondering tot regel is gepromoveerd, mag niet aldus worden opgevat dat deze gehoudeheid geen grenzen zou kennen. Beoogd wordt om het contractenrecht op realistischere wijze te beschrijven dan in de klassieke traditie geschiedt. Gezocht is naar een benadering die tot een consistentere en opener afweging leidt van wat de werkelijk doorslaggevende argumenten zijn om in bepaalde gevaltypen voor bepaalde oplossingen te kiezen.¹⁴ De schadevoorkomingsplicht wordt ingezet om het contractenrecht, en daarmee de gebondenheid aan het gegeven woord, te verklaren; niet om dit te ondermijnen. Een ongebreidelde doorvoering van de gedachte dat men zijn broeders hoeder is, zoals in de vorige paragraaf is geïllustreerd, dient dan ook een halt te worden toegevoerd. Gebleken is dat de Hoge Raad zich van deze taak kwijt.

14. Zie Vranken 2000, p. 154, alsook Keirse (oratie) 2010.