Het vetrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid : beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht

Smits, J.M.

Citation
Smits, J. M. (1995, November 14). *Het vetrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid : beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*. Gouda Quint BV, Arnhem|Department of Private Law, Faculty of Law, Leiden University. Retrieved from https://hdl.handle.net/1887/12296

Version:	Corrected Publisher's Version
License:	Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden
Downloaded from:	https://hdl.handle.net/1887/12296

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Inleiding

1. Oriëntatie op de problematiek

Deze studie houdt zich bezig met de betekenis van het zogenaamde 'vertrouwensbeginsel' in het verbintenissenrecht. Hoewel op het eerste gezicht een dergelijke onderneming al vele malen lijkt te zijn ondernomen, is dit bij nader inzien anders. Veel rechtsgeleerde auteurs hebben zich in Nederland, en daarbuiten, bezig gehouden met de betekenis van het 'vertrouwen' binnen bepaalde leerstukken, waarbij dat van de totstandkoming van de overeenkomst wel het meest in het oog springt. Wat deze studies gemeen hebben, is dat het vertrouwenselement geïsoleerd binnen het leerstuk wordt bestudeerd. Weliswaar wordt vrij algemeen aangenomen dat er zoiets is als 'het' vertrouwensbeginsel, en dat dat dus moet betekenen dat soortgelijke tendensen dat beginsel beheersen, ongeacht bij welk leerstuk het opduikt, maar met dat gegeven is tot nu toe nog niet veel gedaan. Dat vertrouwen een rol speelt, daarover is men het wel eens, maar de vraag *waarom* en *in hoeverre* dat het geval is, is nog niet aan een systematisch onderzoek onderworpen.[1]

Intussen behoeft dit niet te verbazen. Veel auteurs hebben er op gewezen dat we in het 'vertrouwen' een elementaire categorie, één der meest algemene beginselen van recht of zelfs de ultieme grondslag van samenleven, en dus van recht, aantreffen. Wil men aan een dergelijke algemene notie beschouwingen wijden, dan zou men eigenlijk het gehele recht op de mate waarin daar bescherming van vertrouwen plaatsvindt, moeten onderzoeken. Daarvoor ontbreekt ook ons de ruimte. Maar, belangrijker, bovendien zou dat uitlopen op een zinloze onderneming. Donner sprak dat op die manier te werk gaan zou leiden tot 'een reis op de wolken'.[2] Dit

1. Vgl. voor Nederland in die zin bijv. A.S. Hartkamp, De functie van het vertrouwen bij het ontstaan van verbintenissen, *WPNR* 6024 (1991), p. 751. Zie voor Engeland P.S. Atiyah, *Pragmatism and Theory in English Law*, London 1987, p. 174: '(...) that the whole role of reliance as a basis of liability has yet to be adequately acknowledged in modern law'. En voor Duitsland bijv. Johannes Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, Tübingen 1981, p. 98.
2. A.M. Donner, Inleiding bij themanummer Het vertrouwensbeginsel, *RMTh* 1984, p. 457.

hangt samen met een aspect dat men aan het vertrouwenselement kan onderkennen: omdat het gaat om zo'n algemeen begrip, is het niet zinvol om het vertrouwen 'zo maar' te bestuderen, zoals men erfpacht, de exceptio non adimpleti contractus of de risico-aansprakelijkheid voor gebrekkige roerende zaken kan bestuderen. Bij die onderwerpen betreft het immers min of meer scherp afgebakende instituten van het burgerlijk recht, die weliswaar ook een 'Funktionswandel' kunnen doormaken, en waarbij men dus steeds bedacht moet zijn op de vraag of zij nog eenzelfde rol vervullen als voorheen, maar waarbij die rol wel *min of meer* vaststaat in het geheel van het civielrechtelijk begrippenapparaat. Dit is in zoverre anders bij het vertrouwensbeginsel dat dit opduikt op vele verspreide plaatsen in het recht, zonder dat kan worden gezegd wat de functie precies is. Een aantal voorbeelden kan dit verduidelijken.

1.1 Totstandkoming van de rechtshandeling

Zoals bekend is in art. 3:33 jo. 35 van het BW een dubbele grondslag voor de contractuele gebondenheid neergelegd.[3] In het normale geval komt de rechtshandeling tot stand door de op elkaar aansluitende op rechtsgevolg gerichte wilsverklaringen der partijen. Als subsidiaire grondslag zal, indien de wil van de verklaring gedaan aan de wederpartij afwijkt, toch gebondenheid aanwezig zijn indien de wederpartij de verklaring of gedraging redelijkerwijze heeft kunnen opvatten als een tot hem gerichte 'verklaring van een bepaalde strekking' (wilsverklaring).

Wellicht kan deze benadering van de problematiek rondom het vaststellen van criteria voor de aanwezigheid van contractuele gebondenheid[4] inmiddels de heersende worden genoemd. Dat is dan echter een direct gevolg van de neerlegging van de leer der dubbele grondslag in het nieuw BW. Dat in de literatuur eenstemmigheid heerst kan immers moeilijk worden volgehouden. Hoewel verschillende invalshoeken denkbaar zijn om de veelheid aan meningen in deze op een grote gemene deler terug te brengen, is de invalshoek via de mate waarin het vertrouwen van één der contractspartijen een rol speelt bij de vaststelling van de gebondenheid een vruchtbare. Op deze vraag zijn vrijwel alle meningen omtrent grondslag en criterium bij de contractuele gebondenheid te herleiden en dan blijkt dat de

3. Zie de *PG* Boek 3, p. 164 (TM) en Boek 6, p. 876 (TM). Strikt genomen zou men zich in plaats van 'contract' van de term 'rechtshandeling' moeten bedienen. Al naar gelang de context wordt in deze studie van beide termen gebruik gemaakt. Dit misschien op het eerste gezicht inconsequente taalgebruik wordt ingegeven door de wens het Germanisme 'rechtshandelijk' te vermijden.
4. De wetgever, *PG* Boek 6, p. 877 (MvA II), onderscheidt de vraag naar de grondslag van de gebondenheid, die volgens de wetgever een dogmatische vraag is die door de wetgever niet kan worden beantwoord, van die van de criteria. De wetgever mag zich slechts bezighouden met het aangeven van criteria voor intreden van rechtsgevolgen.

precieze rol van het vertrouwen, in de heersende en in daarvan afwijkende opvattingen, verre van duidelijk is. Zonder reeds nu op deze meningen in te gaan, kan dit voor de in het BW neergelegde leer met een eenvoudig voorbeeld worden verduidelijkt.

Wanneer, zoals in het klassieke geval,[5] in een telegram het verklaarde niet overeenkomt met de bedoeling van de aanbiedende partij, dan zal in de opzet van het BW toch gebondenheid ontstaan op de grondslag van de rechtshandeling, wanneer de wederpartij — kort gezegd — er op mocht vertrouwen dat de verklaring de bedoeling van de aanbieder weergeeft. Het zoeken van de grondslag voor de gebondenheid in het vertrouwen op de wil, lijkt echter slechts vruchtbaar wanneer dat vertrouwen in voldoende mate kan worden afgescheiden van de totstandkoming van de rechtshandeling op de eerste grondslag, die van de wil. Wat immers is het nut van een 'dubbele grondslag' wanneer deze uiteindelijk hetzelfde criterium behelst?

Op de vraag of de primaire grondslag voor contractuele gebondenheid, zoals neergelegd in art. 3:33, zelfstandig kan worden begrepen, moet het antwoord echter ontkennend luiden. Immers ook in de situatie waarin de rechtshandeling wordt gegrond op de enkele wilsovereenstemming, kan vertrouwen bij ieder der contractspartijen worden geconstrueerd. Waar in bovenstaand voorbeeld de aanbiedende partij haar wil in de verklaring neerlegt, wekt zij daarmee evenzeer vertrouwen op bij haar responderende wederpartij als in het geval dat wil en verklaring niet overeenstemmen.[6]

Daarmee kan de vraag worden gesteld wat nu precies de functie is van dit vertrouwenselement bij het vaststellen van de contractuele gebondenheid. Wanneer met iedere erkenning van een verklaring als wilsverklaring vertrouwen wordt gehonoreerd, blijft de afgrenzing van wil en vertrouwen problematisch. Weliswaar lijkt het logisch om dan maar te stellen dat de grondslag voor gebondenheid moet liggen in 'het bij de wederpartij gewekte vertrouwen',[7] maar daarmee zijn we niet geholpen zolang niet duidelijk is wanneer dat dan bestaat. De tegenwerping dat het niet gaat om een feitelijk begrip vertrouwen, maar om 'gerechtvaardigd' vertrouwen, kan daaraan niet afdoen. Daarmee wordt het probleem slechts verschoven naar de vraag welke factoren het zijn die bepalen of het vertrouwen gerechtvaardigd is of niet en ook daarop lijkt tot nu toe geen afdoende antwoord gegeven.

5. Immers dat naar aanleiding waarvan in Duitsland de discussie omtrent wil, verklaring, vertrouwen is begonnen. Zie voor een Nederlands voorbeeld Rb. Tiel 7 mei 1909, *W* 8886 (Rimpecks).
6. Dit wordt ook erkend door de wetgever, *PG* Boek 6, p. 877 (MvA II), waar deze stelt dat het 'in laatste instantie' steeds aankomt op wat partijen over en weer uit elkaars verklaringen of gedragingen hebben mogen afleiden omtrent hun wederzijdse bedoelingen.
7. Zoals H.C.F. Schoordijk doet. Zie *Onderhandelen te goeder trouw*, Deventer 1984, p. 89.

Over de vraag naar grondslag van en criterium voor de contractuele aansprakelijkheid is reeds zeer veel geschreven. Vanuit alle mogelijke invalshoeken is het probleem aangevat. Toch lijkt één perspectief te zijn verwaarloosd. De discussie wordt namelijk vrij consequent teruggevoerd op de strijdvraag wil, verklaring of vertrouwen, zonder dat men zich de vraag lijkt te stellen of het wel juist is om deze elementen, hetzij ieder voor zich, hetzij in verbinding met elkaar, als criterium te hanteren. Voorzover wel wordt verwezen naar andere grondslagen en criteria, zoals naar de belofte, de ruilrechtvaardigheid of de algemene 'verwachtingen', wordt juist weer het verband tussen die nieuwe theorieën en de oude strijdvraag niet gelegd. Wil men een nieuwe theorie invoeren, dan zal men echter, teneinde de aansluiting bij het oude begrippensysteem niet te verliezen, steeds moeten aangeven hoe deze zich verhoudt tot de eerder gehanteerde. Moeizaam verworven inzichten ten aanzien van de juiste wijze van recht doen zullen anders tenietgaan.

1.2 Precontractuele fase

Zeer nauw samen met de problematiek van de contractuele gebondenheid, hangt het relatief nieuwe fenomeen van de aansprakelijkheid in de precontractuele fase. Hoewel het vraagstuk exact gelijk is — bepaling van de gebondenheid — wordt de precontractuele fase doorgaans als een afzonderlijk, van art. 3:33 en 35 afgescheiden probleem, behandeld.

Het vraagstuk wordt normaliter eveneens in de vertrouwenssleutel geplaatst. Zoals bekend wordt sinds het arrest Plas/Valburg[8] de formule gehanteerd dat het afbreken van onderhandelingen in strijd kan komen met de goede trouw wanneer partijen 'over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren'.[9] Dit vertrouwen, dat dus gericht moet zijn op de totstandkoming, heeft aanleiding gegeven tot vragen van zowel praktische als van meer bespiegelende aard. Praktisch kan de vraag worden gesteld wanneer sprake is van een zodanig totstandkomingsvertrouwen dat dit ook de gebondenheid rechtvaardigt. Welke nadere criteria spelen hier een rol? Rechtssystematisch dringt zich de vraag op of met het vertrouwen een nieuwe bron van verbintenissen is aanvaard. Of is het aannemen van rechtsgevolgen bij (schending van het) totstandkomingsvertrouwen een bijzondere toepassing

8. HR 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 m.nt CJHB.
9. Hoewel men aanneemt aan dat afwijking van deze regel in twee richtingen mogelijk is. In de eerste plaats is afbreken niet ongeoorloofd, zelfs bij vertrouwen, wanneer bijv. de overheid om gegronde redenen een beleidswijziging doorvoert; in de tweede plaats kan ook om andere redenen dan alleen het geschonden vertrouwen afbreken ongeoorloofd zijn. Zie bijv. *Asser-Hartkamp* II, no. 161.

van de gewone contractuele regels of zelfs een vorm van onrechtmatig handelen?

De rol van het vertrouwen in de precontractuele context is daarmee in elk geval nogal onduidelijk. Van een afzonderlijke behandeling van het vertrouwen in de precontractuele fase kan ook weinig resultaat worden verwacht. Wil men een beter inzicht krijgen in het hoe en waarom van deze 'vertrouwensaansprakelijkheid', dan zal het verband met de gewone contractuele aansprakelijkheid moeten worden gelegd. Dat ligt ook voor de hand nu het beginpunt van de ontwikkeling naar een integrale beoordeling van het gehele 'contractuele kader', teruggaat tot het jaar 1957. Met het oordeel van de Hoge Raad[10] dat onderhandelende partijen zich elkaars belangen hebben aan te trekken, lijkt immers afgestapt van de gedachte dat verbintenissen pas na het passeren van één vast punt kunnen ontstaan. Ook vóórdat van een 'overeenkomst' in klassieke zin kan worden gesproken, kunnen rechtsgevolgen ontstaan. Slechts een integrale benadering van en de precontractuele aansprakelijkheid en het klassieke contract opent het zicht op hun gemeenschappelijke grondslag en op de rol van het vertrouwen daarbij.

Een dergelijke benadering heeft als bijkomend voordeel dat een belangrijk methodisch probleem kan worden aangevat. Zojuist is gesproken van het 'klassieke' contract, dat zou hebben bestaan voor Baris/Riezenkamp en dat daarna blijkbaar is veranderd. In die zin wordt ook wel gesproken van het 'klassieke contractsmodel', zoals dat op een gegeven moment in de geschiedenis zou hebben bestaan.[11] En daarnet werd gesproken over een heersende leer die de precontractuele fase behandelt apart van de totstandkoming van de overeenkomst in strikte zin. Aan deze zienswijze ligt onmiskenbaar ten grondslag dat er een inhoudelijk criterium is waardoor het contract kan worden afgescheiden van het niet-contract.[12] In hoeverre hiermee de juridische merites van de materie worden weergegeven, kan echter worden betwijfeld. Mede doel van dit onderzoek is om na te gaan of een dergelijk 'hard' criterium voor contractuele gebondenheid bestaat. Is dit niet het geval, dan kan de vraag worden gesteld waarom men die rechtsgevolgen die uiteindelijk leiden tot enigerlei vorm van contractuele

10. HR 15 november 1957, *NJ* 1958, 67 m.nt. LEHR (Baris/Riezenkamp). Een opvallend gelijksoortige overweging in BGH 4 november 1964, *NJW* 1965, 246 (Maklervertrag). Vgl. ook de rechtsvergelijkende notities bij J.B.M. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle 1989, p. 94 v., die dit arrest vreemd genoeg niet noemt.
11. Bijvoorbeeld door J.H.M. van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, diss. Tilburg 1990, Zwolle 1990, p. 2 v.
12. Waarbij opgemerkt moet worden dat het merendeel der auteurs dit criterium niet expliciteert.

gebondenheid niet onder één en dezelfde noemer brengt.[13] Daarmee zou misschien een vroeger inhoudelijk criterium ter bepaling van contractuele gebondenheid verdwijnen, maar op voorhand valt niet in te zien waarom voor een dergelijke veranderde rol van het contractsbegrip geen plaats zou zijn in ons recht.

Een goed overzicht van de materie waarin het vertrouwensbeginsel een rol speelt, wordt eerst verkregen wanneer nog een derde probleemgebied bij de beschouwingen wordt betrokken. Dit betreft het vraagstuk van de (eenzijdige) toezegging.

1.3 Toezeggingen

De laatste jaren valt in de rechtspraak een tendens waar te nemen om rechtsgevolgen te verbinden aan uitlatingen van partijen, die niet onder het stramien van de contractuele of delictuele gebondenheid lijken te kunnen worden gebracht. Met name in verhoudingen waarin door een (al dan niet bevoegd) overheidsorgaan jegens een burger een dergelijke 'toezegging' wordt gedaan, blijkt zo'n aansprakelijkheid te worden aangenomen.[14]

Een goed voorbeeld biedt het arrest Heesch/Reijs uit 1981.[15] De niet-nakoming van de toezegging van het college van B&W van de gemeente Heesch om een te sluiten overeenkomst voor te leggen aan de gemeenteraad kon jegens Reijs onder omstandigheden onrechtmatig zijn. Het is evident dat bij de bepaling van de onrechtmatigheid een belangrijke rol zal toekomen aan de vraag in hoeverre door de toezegger opgewekte verwachtingen worden geschonden.[16] Daarmee worden de verwachtingen in de delictuele sfeer getrokken. Ook hier kan evenwel de vraag worden gesteld of het contract niet van oudsher het leerstuk is waar vragen van nakoming en niet-nakoming, waarom het toch ook bij de toezegging lijkt te gaan, worden behandeld. Op zichzelf is er vanuit een oogpunt van het bereiken van een rechtvaardige uitkomst niets op tegen om de onrechtmatige daad te gebruiken, maar of dat methodisch helemaal zuiver is, mag worden betwijfeld.

Op het gebied van de toezegging blijkt de kwestieuze rol van het vertrouwen als bindend element bij uitstek. Was in het bovenstaande arrest

13. Men vgl. in dit verband ook HR 8 juli 1982, *NJ* 1983, 456 m.nt. BW (Guliker/AGO), waar de Hoge Raad in een geval van totstandkomingsvertrouwen met zoveel woorden aanvaardt dat ook zonder overeenkomst gebondenheid tot nakoming bestaat.
14. Zie bijv. HR 25 januari 1985, *NJ* 1985, 559 m.nt. PAS (Patelski/Sittard), alsmede in particuliere verhoudingen HR 13 september 1985, *NJ* 1987, 98 m.nt. CJHB (Albada Jelgersma I).
15. HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456 m.nt. PAS.
16. Zie verder hoofdstuk IX. Een mooi voorbeeld van (niet gehonoreerd) afgaan op een toezegging biedt Rb. Dordrecht 12 oktober 1966, *BR* 1967, p. 50 v. (Montagewoning).

de onrechtmatige daad de bepalende bron van verbintenissen, later heeft de Hoge Raad de precieze grondslag ook wel in het midden gelaten.[17] Waar steeds de schending van opgewekte verwachtingen een grote, zo niet beslissende, rol zal spelen bij om het even welke grondslag, dringt zich de vraag op of een onderscheid tussen de bronnen van verbintenis nog wel mogelijk is. Wanneer zowel contractuele als delictuele aansprakelijkheid kunnen worden teruggevoerd op de schending van vertrouwen, is het dan niet beter om de leer aan te passen aan de realiteit en voortaan het vertrouwen als enige factor te hanteren in situaties als hier aan de orde? Of die vraag bevestigend moet worden beantwoord — en dat is volstrekt niet zeker — zal mede afhangen van de manier waarop men tegen het systeem van de bronnen van verbintenis aankijkt. Daartoe is nader onderzoek noodzakelijk.

1.4 Vervolg

De drie boven geschetste problemen staan in nauw verband met elkaar. Zowel bij de traditionele vraag naar de totstandkoming van de overeenkomst, als bij die naar de aansprakelijkheid in de precontractuele fase en voor gedane toezeggingen, is de rol die het 'vertrouwen' speelt onduidelijk. Op het eerste gezicht lijkt het vertrouwenselement op een welhaast 'instrumentele' manier te worden gebruikt: omdat niet geheel duidelijk is waarnaar het element verwijst en wat het inhoudt, kan het in situaties waarin met het bestaande begrippenapparaat niet wordt uitgekomen, een rol vervullen als factor waarop steeds weer kan worden teruggevallen. Als zodanige factor lijkt het vertrouwen ook wel bij uitstek geschikt: er is al op gewezen dat het vertrouwen wel wordt beschouwd als de grondslag van alle menselijke verhouding en waar het recht de taak heeft die verhouding te regelen, zal het vertrouwen ook grondslag van recht zijn. Of met een dergelijke 'grondleggende' rol van het vertrouwen het recht werkelijk wordt gediend, staat echter nog te bezien.

2. Het te kiezen perspectief

2.1 Vertrouwen op het grensvlak

De boven genoemde omstandigheid dat de rol van het vertrouwen slechts kan worden begrepen vanuit een bepaald perspectief, maakt dat, teneinde 'een reis op de wolken' te voorkomen, een invalshoek moet worden gekozen. Eerder werd al duidelijk dat uitgangspunt niet de losstaande

17. Zie HR 1 juli 1985, *NJ* 1986, 692 m.nt. CJHB (Frenkel/KRO).

leerstukken kunnen zijn. In de drie boven aangehaalde gevallen zou dat leiden tot een geïsoleerd bezien van het vertrouwenselement in ieder der aan de orde zijnde instituten, zonder dat dwarsverbanden kunnen worden gelegd.

Aan de andere kant zou kiezen voor het perspectief van het beginsel op zichzelf evenmin tot vruchtbare resultaten leiden. Weliswaar zou het vertrouwensbeginsel dan *als beginsel* kunnen worden bestudeerd, eventueel in relatie met andere juridische principes zoals dat van de autonomie der handelende personen en van het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking, maar tot een toegankelijk maken van de resultaten van een dergelijk onderzoek voor de civielrechtelijke leerstukken zou dat niet kunnen leiden. Van een burgerlijkrechtelijke studie mag worden verwacht dat zij steeds tracht om aan te geven wat het verband is tussen een behaald onderzoeksresultaat en de al eerder tot stand gebrachte leerstukken.

In deze studie zal het vertrouwensbeginsel daarom worden bestudeerd op het grensvlak van leerstuk en beginsel. Een dergelijke benaderingswijze heeft als voordeel dat het vertrouwenselement als een intermediair tussen de al vaak lang bestaande leerstukken en de vrij recent opgekomen algemene beginselen (dienend om een gewenste uitkomst te legitimeren) kan worden geschoven en dat een beter inzicht in de werking van het vertrouwensbeginsel wellicht kan leiden tot een herijking van die bestaande leerstukken. Er is een belangrijke reden waarom van een dergelijke benadering resultaten kunnen worden verwacht. Hiertoe dient te worden ingegaan op de zogenaamde 'crisis', die door verschillende auteurs in verschillende landen ten aanzien van het verbintenissenrecht is gesignaleerd.

2.2 De 'crisis' in het verbintenissenrecht

Veel auteurs hebben gewezen op de precaire situatie waarin zich met name het verbintenissenrecht, als het meest dynamische deel van het privaatrecht, in de loop van deze eeuw is komen te bevinden.[18] Wanneer wordt aangenomen dat het in het burgerlijk recht gaat om toerekening, in de zin

18. Voor Nederland J.M. van Dunné, De overeenkomst: de neushoorn in het privaatrecht?, *NJB* 1980, p. 668 v. en B.W.M. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. Tilburg 1991, Deventer 1991, p. 157, die spreekt van de problemen van het verbintenissenrecht, die 'gigantische vormen' hebben aangenomen. Voor Duitsland bijv. Franz Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, p. 624, Ernst A. Kramer, *Die 'Krise' des liberalen Vertragsdenkens; eine Standortbestimmung*, München etc. 1974 en Dieter Medicus, *Probleme um das Schuldverhältnis*, Berlin etc. 1987. Voor Frankrijk Henri Batiffol, La 'crise du contrat' et sa portée, in: *Archives de Philosophie du Droit* 13 (1968) p. 13 v. Vgl. voor de VS Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus Ohio 1974, p. 102: 'The systems have come unstuck and we see, presently, no way of glueing them back together again'. Samenvattend ook James Gordley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford 1991, p. 8.

van het leggen van een verband tussen een feit of gebeurtenis enerzijds en een aan dat feit of die gebeurtenis te verbinden juridisch gevolg anderzijds,[19] dan vindt die crisis met name daarin haar oorzaak dat in veel gevallen niet langer duidelijk is *hoe* en *wat* moet worden toegerekend.

De eerste vraag, die naar de wijze van toerekening, verwijst naar een gedachtengoed waarvan Paul Scholten voor Nederland wel de meest welsprekende en invloedrijke vertegenwoordiger is geweest.[20] De algemeen aanvaarde idee dat uit de toepassing van een regel op 'de' feiten nooit direct de beslissing volgen kan, omdat steeds een keuze voor bepaalde feiten en voor een bepaalde regel moet worden gemaakt,[21] is op zichzelf nog geen reden om van een crisis te spreken. De aantasting van de schijnzekerheid dat door middel van het syllogisme een regel kan worden toegepast, was alleen een rechtzetting van wat feitelijk al gebeurde; eerst dankzij de verspreiding van die idee werd men zich er ook op grotere schaal van bewust dat behalve de regel evenzeer de beslissing recht vormde. Van een vermindering van de 'rechtszekerheid', opgevat in de zin van zekerheid dat een *bepaalde* regel zou worden toegepast, kon dan ook geen sprake zijn. Het was Scholten zelf die steeds weer wees op de gebondenheid van de rechter aan het bestaande begrippenapparaat. De eigen, individuele, beslissing van de rechter was een beslissing in gebondenheid.[22]

Feit is echter dat dankzij de grote invloed van Scholten[23] dit tweede aspect van het theorema enigszins op de achtergrond is geraakt. Men kan stellen dat van Scholtens idee van rechtsvinding een al te fascinerende invloed is uitgegaan. Dat men met *alleen* de regel niet uit kan, heeft men niet zelden zo opgevat dat men met de regel *in het geheel* niet uitkan. Dit heeft geleid tot een grote aandacht voor de vraag hoe de rechtsvinder (lees: de rechter) dan wel tot zijn oordeel moet komen. Op dit vlak zijn vele theorieën verdedigd, die allemaal de activiteit van de rechter centraal

19. Paul Scholten, Mr. C. Asser's handleiding etc., Vertegenwoordiging en Rechtspersoon, Zwolle 1940, p. 1; nu in de bewerking van W.C.L. van der Grinten, dl. I, 7e dr., Zwolle 1990, no. 5 v. Vgl. G.H.A. Schut, Toerekenen in het aansprakelijkheidsrecht, *RMTh* 1989, p. 171.
20. Vgl. ook J.H. Nieuwenhuis, Legitimatie en heuristiek van het rechterlijk oordeel, *RMTh* 1976, p. 496.
21. Vgl. Paul Scholten, *Mr. C. Asser's handleiding etc., Algemeen Deel*, 3e dr., Zwolle 1974, p. 14 v. en H. Drion, Functies van rechtsregels in het privaatrecht, in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle 1973, p. 51.
22. Het is opmerkelijk dat Scholten op dit vlak niet zelden verkeerd is begrepen. Vgl. ook Bregstein, De betrekkelijke waarde der wet, in: *VW*, dl. I, p. 12.
23. Vgl. P.C. Kop, *Legisme en privaatrechtswetenschap*, 2e dr., Deventer 1992, p. 31-32. Voor het buitenland kan worden gedacht aan auteurs als Esser en Llewellyn, die een minstens even grote invloed hadden in hun land. Zie bijv. K.N. Llewellyn, On the Good, the True, the Beautiful in Law, *University of Chicago LR* 1942, p. 224 v. en vgl. Werner Krawietz, *Recht als Regelsystem*, Wiesbaden 1984, p. 7.

stellen. Er is wel opgemerkt dat dit voor het moderne recht heeft geleid tot een 'government of men, but not of law'.[24]

Hiermee heeft zich, enigszins onopgemerkt, de aandacht van de rechtswetenschap verplaatst. De nadruk is komen te liggen op de methodische voorbereiding van het beslissen van een geval, waarmee de aandacht voor het belang van de materiële regel is afgezwakt. Het ware mogelijk geweest om, tegenover de verminderde waarde van de regel in het rechtsvindingsproces, een dusdanige tactiek te volgen dat nieuwe regels worden opgesteld, die wèl in voldoende mate hadden kunnen worden 'toegepast' op nieuw te waarderen feitenconstellaties. Men koos echter eerder voor een theoretiseren over de af te wegen belangen en over de vraag hoé die te verwoorden in een rechterlijke uitspraak, alsmede voor aandacht voor de vraag van de 'praktische wijsheid' van de rechter. Dit heeft bijgedragen aan een 'crisis', die vooral bestaat in een tamelijk eenzijdig accent op het geval. De bekrompen nadruk van de negentiende eeuw voor de regel, heeft plaats gemaakt voor een evenzeer eenzijdige nadruk op de feiten van het geval in de huidige tijd.[25] Dat leidt niet zozeer tot een minder zeker en minder voorspelbaar recht, maar wel tot een minder eenvoudig onderkennen van verbanden met eerder bestaande leerstukken.

In de tweede plaats vond een in de tijd parallelle ontwikkeling plaats omtrent de vraag *wat* nu precies moest worden toegerekend aan de eerder plaats gegrepen hebbende feiten en gebeurtenissen waarmee de rechter werd geconfronteerd en die hij van zijn oordeel moest voorzien. In het syllogistisch model kon dit geen probleem zijn omdat daarin werd uitgegaan van de onvermijdelijke toepasselijkheid van regels op gevallen, maar toen die gevallen steeds diverser werden en steeds minder aansloten bij die, die de wetgever van 1838 voor ogen had (voor de ons omringende landen met een codificatie gelden soortgelijke overwegingen), kwam de vraag op welke rechtsgevolgen voor die gevallen gepast waren. De opkomst van de in de codificaties neergelegde 'open normen', oorspronkelijk niet als zodanig bedoeld, maar langzamerhand uitgroeiend tot 'koninklijke artikelen'[26] moet in dit licht worden gezien: zij boden de mogelijkheid om, bij

24. Tekenend is misschien wel dat na het verschijnen van Essers *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main 1970, *het* boek voor de in het heuristisch proces geïnteresseerde jurist van de jaren zeventig, vrijwel alle aandacht is uitgegaan naar de problematiek van het 'Vorverständnis', terwijl voor Essers opvatting omtrent wat hij noemt 'Dogmatik' veel minder belangstelling bestond. Vgl. J.M. van Dunné, De waarde van de rechtsdogmatiek voor het privaatrecht, *R&R* 1974, p. 79.

25. Atiyah, *Pragmatism and Theory*, p. 69 en 128-129, spreekt in dit verband treffend van 'ad hockery'. Vgl. Josef Esser, Wandlungen von Billigkeit und Billigkeitsrechtsprechung im modernen Privatrecht, in: *Summum Ius Summa Iniuria; Individualgerechtigkeit und der Schutz allgemeiner Werte im Rechtsleben*, Tübingen 1963, p. 25.

26. Naar de bekende uitspraak van Justus Wilhelm Hedemann, *Werden und Wachsen im*

afwezigheid van meer passende regels, toch het gewenste resultaat te bereiken.

Deze vraag naar de *inhoud* van de toerekening heeft zich vooral als een crisis gemanifesteerd op het terrein van de zogenaamde 'bronnen van verbintenis'. Dit is niet verwonderlijk aangezien de vraag waaruit verbintenissen ontstaan de centrale vraag van het verbintenissenrecht kan worden genoemd, waar alle andere probleemgebieden, zoals vragen van nakoming en schadevergoeding, omheen kunnen worden gegroepeerd. De vraag hoe de maatschappelijke ontwikkelingen juridisch moeten worden vertaald, komt in eerste instantie terecht bij het bronnenvraagstuk. De structuur van dit denken in bronnen van verbintenis leidt er immers toe dat wanneer eenmaal is vastgesteld dat de bron bestaat, de daaraan te verbinden gevolgen (dus met name de rechten op nakoming en schadevergoeding) als het ware automatisch volgen. De bronnen vormen, zoals wel is opgemerkt, de 'zeef' waardoor de steeds wisselende maatschappelijke werkelijkheid wordt beoordeeld op haar juridische relevantie. Uit de sociale werkelijkheid moeten de verbintenissen worden 'losgemaakt'.[27]

Met name de vraag naar de verhouding van overeenkomst en onrechtmatige daad is de laatste tientallen jaren nogal eens aan de orde gesteld. Beide, in ieder geval sinds Gaius' Instituten onderscheiden,[28] belangrijke bronnen zouden langzaam maar zeker ineenvloeien, of zelfs al ineengevloeid zijn, tot één algeheel verbintenissenrecht. Deze tendens wordt dan in verband gebracht met de grondslag van de contractuele gebondenheid. In veel gevallen is dat niet langer de, al dan niet over de band van het objectieve recht gespeelde, privaatautonomie (de 'wil') van de contracterende partijen, maar een andere omstandigheid die, of geheel van omstandigheden dat, de *rechter* doet besluiten tot het aannemen van contractuele gebondenheid.

Vooral in de Anglo-Amerikaanse rechtswereld is deze 'interaction' van overeenkomst en onrechtmatige daad voorwerp van uitgebreide discussie geweest.[29] Maar ook in Nederland is, meer in het bijzonder naar aanleiding van gevallen zoals zojuist aan de orde kwamen, gewezen op de problematische verhouding van beide categorieën. Dit ging deels gepaard met aandacht voor de inbedding van deze nieuwe aansprakelijkheden in het

Bürgerlichen Recht, Berlin 1913, p. 9.

27. Vgl. Joachim Gernhuber, voorwoord bij Hermann Lange, *Schadenersatz* [= Handbuch des Schuldrechts Bd. 1], 2. Aufl., Tübingen 1990 , p. v.
28. Zie over de Gaiaanse 'summa divisio'van contract en delict Arnaldo Biscardi, Some critical remarks on the Roman Law of Obligations, *The Irish Jurist* 12 (1977) p. 371 v. en *infra* hoofdstuk V, § 3.2.1.
29. In de V.S. vooral door de geschriften van Friedman en Macaulay. Zie Gilmore, *The Death of Contract*, o.c., p. 3 v. Zie voor Engeland bijv. P.S. Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, Oxford [1981] en meer recent Kit Barker, Are we up to expectations?, *Oxford Journal of Legal Studies* 14 (1994) p. 137 v.

licht van de onderscheiding tussen verbintenissen en algemene rechtsplichten. In Duitsland heeft de discussie er toe geleid dat het Bundesgerichtshof, in het voetspoor van de literatuur, een 'Haftung zwischen Vertrag und Delikt' heeft aangenomen.[30] Maar bepaald niet gezegd kan worden dat het er daarmee in het Duitse recht duidelijker op is geworden wat de verhouding tussen beide bronnen aangaat.

De beide hier onderscheiden redenen waarom van een 'crisis' wordt gesproken beïnvloeden elkaar wederzijds. Enerzijds zal de afwezigheid van een eerder door wetgever, rechter of wetenschap geformuleerde, en als juist aanvaarde, regel leiden tot een grotere nadruk op de manier hoe de rechter in een vrije waardering van de te wegen belangen tot zijn oordeel komt, anderzijds leidt deze praktijk niet tot formulering van nieuwe regels die de rechter wederom in staat zouden kunnen stellen om op grond *daarvan* tot zijn oordeel te komen.

Er zij nog op gewezen dat de geschetste 'crisis' tot nu toe vooral is opgehangen aan de manier waarop *de rechter* tot zijn oordeel moet komen. Ook op een ander niveau kan evenwel van een precaire situatie worden gesproken. Dit betreft de mate waarin de wetenschap zich druk maakt om de genoemde tendensen. In de literatuur lijkt men hier namelijk vrij sceptisch tegenover te staan. Voorzover de problemen al worden erkend, hangt men zich er vooral aan op dat in de praktijk toch op een redelijke manier recht wordt gedaan. Onder het motto dat apert onrechtvaardige uitkomsten niet of zeer zelden voorkomen, gaat men ook grotendeels op de oude voet verder zonder zich al te druk te maken om een herijking.[31] Dat deze passiviteit nauw samenhangt met een opvatting van burgerlijk recht die niet kan worden aanvaard, zal nog worden uiteengezet; dan zal blijken dat ook de idee van een crisis uiteindelijk berust op een keuze aangaande de visie op burgerlijk recht.

Alvorens terug te keren tot de afbakening van het onderwerp van deze studie, moet nog op één omstandigheid worden gewezen. Voorzover auteurs wijzen op de benarde situatie waarin het verbintenissenrecht zich bevindt, geeft men vooral een analyse van de bestaande toestand.[32] De oorzaak van de problemen wordt op een meer theoretisch niveau van

30. Waarover vooral Eduard Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo; zur Problematik der Haftungen 'zwischen 'Vertrag' und Delikt, *AcP* 183 (1983) p. 369 v.

31. Een uitzondering moet worden gemaakt voor Schoordijk en Van Dunné. Zij wijzen in hun geschriften consequent op de problemen van het hedendaagse recht. Zie meer recent ook Nieskens, *Het fait accompli*, p. 157.

32. Al dan niet nader gespecificeerd: Kramer, Die 'Krise' des liberalen Vertragsdenkens, *o.c.*, p. 9, wijst er op dat een crisis in het contractenrecht in veel landen wordt ervaren, zonder dat precies aangegeven kan worden waarin zij bestaat: 'es herrscht ein allgemeines Unbehagen, ein Malaise, das gerade weil es so diffus ist, umso bedrückender wirkt'.

denken beschreven. Uiteraard heeft dat zin; een dergelijke 'kritisch-historische Darstellung' maakt ons bewust van de veranderlijkheid van het recht, van zijn temporele dimensie in het licht van de eisen waaraan het recht zou moeten voldoen om op effectieve wijze te kunnen werken. Aldus wordt duidelijk dat het recht een ontwikkeling doormaakt en dat op het ene moment in de geschiedenis het recht beter voldoet aan zijn doel — rechtvaardige regeling van de menselijke verhoudingen — dan op een ander moment.

Het bezwaar dat tegen een dergelijke gang van zaken kan worden ingebracht, is echter dat weliswaar duidelijk wordt wat de *oorzaken* van de minder goede aansluiting van het regelstelsel bij de maatschappelijke werkelijkheid zijn, maar dat een *oplossing* niet wordt geboden. Dit kan niet bevredigen. In de civielrechtswetenschap blijft de praktijk van de rechtstoepassing op zijn minst op de achtergrond meespelen. De 'crisis' constateren zonder aan te geven hoe het anders zou kunnen, vergroot de problemen slechts. In het navolgende zal dan ook waar een diagnose wordt gesteld, zoveel mogelijk worden aangegeven hoe 'genezing' mogelijk is.

2.3 Nadere bepaling van de opzet van de studie

Inmiddels kan het doel van dit onderzoek nader worden gepreciseerd. Opzet van deze studie is om het genoemde 'vertrouwensbeginsel' in verbinding te brengen met het systeem der bronnen van verbintenis. Zoals gezegd dient dat systeem er toe om uit de maatschappelijke werkelijkheid die gevallen uit te lichten die juridisch relevant zijn en daarmee kunnen leiden tot gebondenheid. Het oorspronkelijke systeem van naast elkaar staande bronnen, die scherp van elkaar waren gescheiden door eigen criteria (bij contract de wil der handelende personen, bij onrechtmatige daad de inbreuk op een wettelijk beschermd recht), heeft het moeten afleggen tegen een systeem waarin de scheidingen veel minder scherp zijn. Hier zal worden beweerd dat deze ontwikkeling grotendeels op het conto van de vertrouwensleer kan worden geschreven en dat daarbij vraagtekens kunnen worden geplaatst vanuit het oogpunt van de eisen die men aan burgerlijk recht mag stellen.

Bij een dergelijke exercitie zijn drie doelen gediend. In de eerste plaats wordt een beter inzicht verkregen in het vertrouwensbeginsel zelf. Zijn grondslagen moeten worden blootgelegd op een zodanige wijze dat duidelijk wordt waar het vertrouwen wel en waar het niet een rol speelt dan wel mag spelen. Inspiratie kan daarbij worden gevonden in wat reeds de

filosoof Jeremy Bentham (1748-1832) over de juristen van zijn tijd opmerkte:[33]

'The word expectation is scarcely to be found in their vocabulary; an argument can scarcely be found in their works, founded upon this principle. They have followed it, without doubt, in many instances, but it has been from instinct, and not from reason. If they had known its extreme importance, they would not have omitted to name it'.

Dit is sinds Benthams tijd in die zin verbeterd dat een beroep op vertrouwen inmiddels wel expliciet wordt gedaan. Wat de precieze plaats er van is, blijft echter weinig duidelijk.

In de tweede plaats kan worden getracht om het onderzoeksresultaat ten aanzien van dat beginsel ook toegankelijk te maken voor het systeem van de bronnen van verbintenis. Daarmee wordt tevens inzicht verkregen in de beweerde 'crisis' van het verbintenissenrecht. Spreken van een crisis heeft nu eenmaal als nadeel dat men geneigd is om het bestaande, blijkbaar niet bevredigende, begrippenstelsel opzij te zetten voor een geheel andere manier van recht doen,[34] of om verder maar af te zien van het zoeken van welke achterliggende beginselen dan ook,[35] terwijl wellicht kleine aanpassingen van het bestaande stelsel ook al voldoende zouden kunnen zijn.[36] Voor zover hier een remedie wordt gezocht, geschiedt dat door terug te keren naar de grondslagen van de bronnen van verbintenis. Daarmee wordt beoogd een ervaring van eeuwen niet teloor te laten gaan.[37] Dat lijkt de aangewezen methode juist in tijden van crisis.[38]

In de derde plaats zijn met het vertrouwensbeginsel vragen van meer rechtstheoretische aard zeer nauw verbonden. In het navolgende zal daarom niet alleen iets worden gezegd over de positiefrechtelijke implicaties van het vertrouwen, maar zal eveneens worden ingegaan op vragen als die naar de 'dogmatiek' van het vermogensrecht of zelfs naar de verhouding van regel en geval. Het spreekt voor zich dat dit onzes inziens noodzakelijk is om juist die positiefrechtelijke betekenis van het vertrouwensbeginsel beter te begrijpen. De lezer moet er dan ook begrip voor hebben dat

33. Principles of the Civil Code, in: John Bowring (ed.), *The works of Jeremy Bentham*, vol. I, Edinburgh 1843, p. 308.
34. Zoals Van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, lijkt te willen. Zie terecht kritisch Jac. Hijma, Bbespr., *KwNBW* 7 (1990), p. 118 v.
35. Zie Dennis M. Patterson, An open letter to Professor James Gordley, *Wisconsin LR* 1991, p. 1432 v.
36. Vgl. Ernst A. Kramer, *Grundfragen der vertraglichen Einigung*, München etc. 1972, p. 15.
37. Vgl. Atiyah, *Pragmatism and Theory*, p. 34.
38. Dat een bredere blik juist dan nodig is, is hèt thema van Harold J. Berman, *Law and Revolution; The Formation of the Western Legal Tradition*, Cambridge Mass. etc., 1983, p. vii.

de zojuist behandelde casusposities in de eerste hoofdstukken niet meer aan de orde zullen komen; later komen wij echter uitgebreid op hen terug.

Het op elkaar betrekken van de drie geschetste doelstellingen betekent overigens sowieso dat wij ons *minder* dan in een civilistisch proefschrift gebruikelijk is, zullen bezighouden met casuïstiek en *meer* met vragen die liggen op het terrein van de algemene rechtsleer. Uiteindelijk bevat dit boek een poging om de *gewenste* grondslagen van het contractenrecht bloot te leggen, eerder dan een beschouwing over hoe het thans *is*. Hiervoor is ook bewust gekozen: in een tijd van beweerde 'crisis' zullen immers alternatieve wegen moeten worden gewezen en die kunnen niet worden gevonden in de rechtspraak, de ontwikkeling waarvan nu juist de voornaamste reden vormde voor het signaleren van die crisis.

3. Methode van rechtsvergelijking

De problematiek die hier aan de orde wordt gesteld speelt niet alleen in Nederland. Integendeel is de vraag naar de bronnen van verbintenis er een die in geheel continentaal Europa op dezelfde wijze wordt gesteld. Uiteraard is dit een direct gevolg van de min of meer uniforme receptie van de Romeinsrechtelijke indeling van de rechtsstof in deze landen. Hoewel de uitwerking van de specifieke eisen die aan het bestaan van overeenkomst en onrechtmatige daad worden gesteld van land tot land verschilt, is de vraag naar het bestaan van afzonderlijke bronnen en daarmee van hun onderlinge verhouding een vraag van het gemene recht.[39]

Eerder werd er al op gewezen dat ook buitenlandse auteurs de stand van zaken voor wat betreft het verbintenissenrecht in hun land als een 'crisis' karakteriseerden. In bedoelde rechtsstelsels blijkt de precieze rol van het vertrouwensbeginsel eveneens problematisch. In deze zin is de aangesneden materie internationaal. In het betoog zal de Nederlandse situatie als uitgangspunt worden genomen; waar mogelijk zullen, indien dat dienstig is voor de lijn van het betoog, evenwel argumenten worden ontleend aan buitenlandse rechtsstelsels.

Wat betreft de methodische vragen, die vooral in het eerste gedeelte van de studie aan de orde zullen komen, is die horizontale rechtsvergelijking zelfs prominent. Vooral het Duitse recht zal een belangrijke 'Fundgrube' blijken te zijn. Maar ook aan een juist niet-continentaal stelsel als het Engelse, dat overigens ook sterk de invloed heeft ondergaan van de Romanistische rechtswetenschap, worden methodische argumenten ontleend.

39. In plaats van 'ius commune' wordt hier en in het vervolg de minder internationale term 'gemeen recht' gebezigd.

Waar het niet zozeer gaat om methode, maar meer om het positieve recht, is de nationale situatie uiteraard van groter belang. Ondanks de oriëntatie op het gemene recht doen de invloed van een nationale codificatie, alsmede de aanwezigheid van een hoogste rechter per land, zich hier gevoelen. Toch verschillen de civielrechtelijke begrippen wat dit aangaat niet zozeer van elkaar dat ook hier geen gemeenschappelijke conclusies mogelijk zouden zijn. Die worden dan ook zoveel als mogelijk is getrokken.

Behalve met andere landen zal in bescheiden mate ook met andere perioden worden vergeleken. De historische rechtsvergelijking heeft als voordeel boven de horizontale dat nauwere aansluiting bij het eigen nationale systeem van regels en beginselen mogelijk is.[40] Hoewel de continuïteit binnen dat systeem in zekere mate door de codificatie is verstoord, behoeft dat toch niet in de weg te staan aan een vruchtbare vergelijking. Uiteindelijk is het uitgangspunt voor de hier gepraktizeerde rechtsvergelijkende methode dat een leerstuk uit het Nederlandse positieve recht slechts kan worden begrepen door dit zoveel mogelijk rechtsvergelijkend (waaronder begrepen rechtshistorisch) te benaderen.[41]

4. Verantwoording te behandelen materie

Er is al op gewezen dat deze studie drie gedachten beoogt te verenigen. Enerzijds willen we conclusies trekken aangaande de betekenis van het vertrouwensbeginsel in het algemeen, anderzijds willen we ingaan op de 'crisis' in het verbintenissenrecht aan de hand van de vraag wat een juiste dogmatische opvatting is én aan de hand van de drie eerder geschetste probleemterreinen. Dit laatste maakt de verleiding groot om ook slechts voor die gevallen het vertrouwensbeginsel te behandelen. Dat zou echter onvoldoende zijn om de algehele stelling aangaande de betekenis van vertrouwen in het algemeen zoals die in het eerste gedeelte van deze studie wordt verdedigd, te onderbouwen. Aan de andere kant voert het te ver om het vertrouwenselement in het gehele vermogensrecht te onderzoeken.

Wil men dit laatste op verantwoorde wijze doen, dan moet men immers beschouwingen wijden aan het vertrouwen als basis voor de intermenselijke verhoudingen.[42] Een dergelijke benadering stuit dan al snel op ook niet-

40. Zie Reinhard Zimmermann, *Legal History: Does it Still Deserve its Place in the Curriculum?*, inaugural lecture Cape Town 1981, p. 4.
41. Zie daartoe ons De noodzaak en de mogelijkheid van rechtsvergelijking in het civiele recht, *WPNR* 6154 (1994) p. 728 v., waarin wordt verdedigd dat het interpreteren van rechtsregels naar huidig recht in wezen gelijk is aan het vergelijken met een 'ander' (buitenlands of historisch) stelsel.
42. Vgl. over de reikwijdte van het vertrouwensbeginsel ook A.J. Colijn, *De vertrou-*

juridische aspecten in die zin dat zonder bescherming van vertrouwen geen geordend maatschappelijk verkeer mogelijk is. Over vertrouwen in die betekenis zijn al de nodige (niet-juridische) studies verschenen.[43] Hier wordt geen aandacht besteed aan *dit* vertrouwen dan voor zover het van belang is voor ook de juridische gevolgen.

Bovenstaand dilemma wordt aldus opgelost dat zoveel mogelijk voor het gehele verbintenissenrecht algemene conclusies worden getrokken aangaande de betekenis van het vertrouwensbeginsel, maar dat de positiefrechtelijke uitwerking wordt beperkt tot de drie genoemde probleemgebieden. Omdat de 'crisis' zich vooral daar zou uiten, is dit verantwoord. Dit betekent dat het vertrouwensbeginsel wordt onderzocht voor het verbintenissenrecht aan de hand van (zo men wil: geïllustreerd door) drie uitgekozen problemen, waar zich een crisis het meest lijkt te uiten.

Dit houdt in dat met name het goederenrecht niet aan de orde komt. Daarvoor is als reden aan te voeren dat, nog los van de vraag of een scherp onderscheid kan worden gemaakt tussen persoonlijke en zakelijke rechten,[44] het in ieder geval zo is dat het goederenrecht ten doel heeft de rechtsbetrekking tussen persoon en goed vast te stellen. Daarmee is dit recht naar zijn aard statischer vanwege het — gelet op het verkeersbelang — beperkte aantal manieren waarop een recht ten aanzien van dat goed kan ontstaan. Wanneer men zich nu bezighoudt met een ontwikkeling van leerstukken tegen de achtergrond van het vertrouwensbeginsel, is die ontwikkeling op het terrein van het goederenrecht veel minder prominent. Door het formele en gesloten karakter van dat rechtsgebied is dit in mindere mate beïnvloed door de maatschappelijke ontwikkeling. De maatschappelijk gewenste resultaten zijn juridisch vorm gegeven binnen juist het verbintenissenrecht, dat wel voldoende ruimte bood. Dat was zogezegd het minst moeilijke kanaal, waar de rechtsgevolgen konden worden teruggevoerd op het enkele bestaan van een relatie, zonder terug te hoeven vallen op de verhouding persoon-goed.[45]

Maar ook binnen het verbintenissenrecht worden accenten gelegd. De bronnen van verbintenis die met name aan de orde komen zijn de overeenkomst en in mindere mate de onrechtmatige daad. De zogenaamde 'crisis'

wensregel in het wegenverkeersrecht, Delft [s.a.], p. 17 v.

43. Voor een sociologische benadering Niklas Luhmann, *Vertrauen; ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität*, 3. Aufl., Stuttgart 1989 alsmede Hans Werner Bierhoff, *Vertrauen und soziale Interaktion*, Marburg 1984; een meer economische visie op het begrip bij Matthias Offermanns, *Bürokratie und Vertrauen*, Baden-Baden 1990.

44. Waarover recentelijk E.B. Rank-Berenschot, *Over de scheidslijn tussen goederen- en verbintenissenrecht*, diss. Leiden 1992, Deventer 1992, p. 35 v. en 307 v.

45. Zie voor deze verklaring Rank-Berenschot, *o.c.*, p. 315. Overigens wordt evenmin ingegaan op het vertrouwensbeginsel in bijv. drie-partijen-verhoudingen of in het waardepapierenrecht of meer algemeen op de derdenbescherming.

werd vooral gesignaleerd naar aanleiding van hun problematische verhouding. Dit verbaast niet omdat zij binnen het wettelijk systeem van bronnen van verbintenis verreweg de belangrijkste zijn. Voor de overeenkomst is dat het geval omdat zij in de klassieke, nog heersende, benadering bij uitstek de mogelijkheid biedt om privaatautonomie te effectueren; voor de onrechtmatige daad geldt dat zij als bron het meest toegankelijk is voor de maatschappelijke werkelijkheid omdat zij de 'grondnorm' van het menselijk samenleven, het gebod van zorgvuldig handelen, juridisch beoogt te vatten.

Voor de andere bronnen van verbintenis bestaat een dergelijke prominente rol thans veel minder. De zogenaamde zaakwaarneming is een wettelijk strikt omschreven figuur die tot betrekkelijk weinig afgrenzingsproblemen aanleiding geeft. Hetzelfde geldt voor de 'onverschuldigde betaling'. Dit ligt enigszins anders bij de in het BW van 1992 uitdrukkelijk erkende figuur van de ongerechtvaardigde verrijking. Hier speelt eveneens het probleem van het in principe grote toepassingsbereik, waarmee de vraag opkomt wat het verband is met de beide andere te behandelen bronnen van verbintenis. In het navolgende zullen zaakwaarneming en verrijking op verschillende plaatsen aan de orde komen en zal hun functie in de hier te verdedigen opvatting worden heroverwogen; hun *systematische* behandeling is echter niet deel van het betoog.

5. Indeling van de studie

De verschillende hoofdstukken van deze studie kunnen niet los van elkaar worden gezien. Wie hen achtereenvolgens leest, vindt in hen één langgerekt betoog. Dit vangt aan met de vraag hoe in het burgerlijk recht moet worden aangekeken tegen de verhouding van regel en geval. Nadat daaromtrent twee visies tegenover elkaar zijn gezet (hoofdstuk I), kan men zich afvragen welke thans nog de betekenis van de regel in het burgerlijk recht kan zijn. Daartoe wordt ingegaan op enige 'dogmatische' opvattingen. Zou blijken dat de theorieën dienaangaande dienen te worden verworpen, dan moet worden aangegeven welke rol de regel nog wel zou kunnen vervullen en welke methodische rechtsopvatting daarmee verbonden is (hoofdstuk II).

Is aldus noodzakelijk voorbereidend werk verricht, dan kan het betoog een meer op het positieve recht gerichte wending nemen. Eerst wordt aandacht besteed aan de betekenis van de redelijkheid en billijkheid in het burgerlijk recht en wordt een aanzet gegeven voor de duiding van het daarmee nauw verbonden vertrouwensbeginsel (hoofdstuk III). De waardering van dit principe komt dan in het daarop volgende hoofdstuk (IV) uitgebreid aan de orde, waarbij de vraag centraal staat of het 'vertrouwen' wel voldoende houvast biedt. Dit kan niet anders worden vastgesteld dan

door voor het positieve recht de criteria voor de 'gerechtvaardigdheid' van het vertrouwen aan een nader onderzoek te onderwerpen.

Mocht de rol van het vertrouwensbeginsel in het algemeen als negatief worden gewaardeerd, dan zal om moeten worden gezien naar een alternatief. In dat licht zal aandacht worden besteed aan het vraagstuk van de bronnen van verbintenis en aan de daarmee nauw verbonden opvattingen inzake verbintenis en rechtsplicht (hoofdstuk V). Het resterende gedeelte staat dan in het teken van het vinden van een juist criterium voor de contractuele gebondenheid. Nadat is ingegaan op een aantal eerder verdedigde visies op de grondslag van de overeenkomst (hoofdstuk VI), wordt een aanzet gegeven voor een alternatieve benadering (hoofdstuk VII). Deze vindt uitwerking in de hoofdstukken VIII en IX, waarbij ook — met de verkregen kennis — kan worden teruggekeerd naar de in deze inleiding onderscheiden 'probleemgevallen'. In hoeverre zij dat werkelijk zijn, kan dan worden uitgemaakt. De vraag naar een 'crisis' van het verbintenissenrecht komt ten slotte nog eens aan de orde in de slotbeschouwing.