



Universiteit
Leiden

The Netherlands

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

Smits, J.M.

Citation

Smits, J. M. (1995, November 14). *Het vertrouwensbeginsel 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).

Vertrouwen als dragende categorie?

1. INLEIDING

In het voorafgaande is ingegaan op de zuigende kracht van het 'vertrouwen'. In situaties waarin een andere maatstaf ontbreekt, maar ook in gevallen waarin een dergelijke maatstaf wel aanwezig is, maar door de rechter niet als zodanig wordt aangemerkt of 'herkend', wordt wel het vertrouwen gebruikt als maatstaf ter beargumentering van de gebondenheid. In dit hoofdstuk wordt de vraag gesteld in hoeverre 'vertrouwen' inderdaad een 'dragende categorie' van recht kan zijn en dus een te geven beslissing in voldoende mate kan funderen. Is dit onmogelijk, dan zal zowel voor de 'klassieke' situatie van de totstandkoming van de overeenkomst, als voor de nieuw opgekomen gevallen van gebondenheid, een andere maatstaf moeten worden gevonden en dat laatste in overeenstemming met de eerder geschetste 'dogmatische' theorie.

De beschouwingen in dit hoofdstuk zijn gecentreerd rondom de vraag waarom nu juist het 'vertrouwen' als zo belangrijke factor is opgekomen. Tussen vertrouwen als al dan niet dragende categorie en de opkomst van het beginsel zal een nauw verband blijken te bestaan. De opbouw van het betoog is aldus dat eerst wordt ingegaan op het vertrouwensbeginsel *als beginsel*. Weliswaar zijn voor het positieve recht de toepassingen van het beginsel in concrete gevallen maatgevend, daarnaast valt over het vertrouwensbeginsel stellig ook het een en ander te zeggen op een meer algemeen niveau. Dat lijkt zelfs ook een eerste vereiste omdat pas op het niveau van het beginsel kan worden vastgesteld waarom vertrouwen eigenlijk bescherming verdient. Het beginsel komt zowel in ethische als in heuristische zin aan de orde.

De vraag naar criteria binnen en toepassingen van het beginsel volgt pas wanneer is vastgesteld dat vertrouwen inderdaad een aansprekend beginsel is.¹ Die tweede vraag is dan of — onder erkenning van ratio en juistheid van het principe — in voldoende mate concrete criteria kunnen worden opgesteld

1. In vergelijkbare zin Jürgen Schmidt, 'Sonderverbindungen' — eine Problemskizze, in: *Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz*, Köln etc. [1987], p. 367 en Loges, *Die Begründung*, p. 28, die de vraag in hoeverre vertrouwen bescherming verdient, koppelt aan de vraag *of* en *waarom* vertrouwen bescherming verdient.

die wel gerechtvaardigd van niet gerechtvaardigd vertrouwen kunnen afscheiden. De dragende kracht van het beginsel hangt daarmee niet slechts af van de intrinsieke juistheid ervan, maar ook van de mogelijkheid criteria op te stellen die aangeven wanneer het toepassing moet vinden en wanneer niet.

2. HET VERTROUWENSBEGINSEL ALS BEGINSEL

2.1 *Vertrouwen als ethisch beginsel*

Dat er zoiets bestaat als 'het' vertrouwensbeginsel, wordt algemeen aangenomen. Zoekt men naar een uniforme definitie van dat beginsel, dan blijkt die evenwel niet eenvoudig te geven. Niet alleen worden in Nederland op verschillende terreinen diverse 'vertrouwensbeginselen' onderscheiden — te noemen zijn het huwelijksvermogensrecht,² het fiscale recht,³ het staatsrecht,⁴ het administratieve recht⁵ en het strafrecht⁶ — ook binnen één en hetzelfde rechtsgebied, zoals het vermogensrecht, bestaan vertrouwensbeginselen met wisselende inhoud.⁷ Voegt men daar dan nog de buitenlandse pendanten van de term, elk met eigen inhoudelijke nuances, aan toe, dan is de verwarring compleet.⁸

2. Zie voor het Belgisch recht dienaangaande uitgebreid Nico Geelhand, *Belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht*, [Gent] 1994 en dez., *Het vertrouwensbeginsel als instrument van belangenafweging in het huwelijksvermogensrecht*, *TPR* 31 (1994), p. 5 v.
3. Voor het fiscale recht sinds de beroemde 'doorbraakarresten', HR 12 april 1978, *NJ* 1979, 533 m.nt. MS, waarbij als beginsel van behoorlijk bestuur werd aanvaard dat de administratie verwachtingen, welke zij bij een belanghebbende ten aanzien van een door haar te volgen gedragslijn zelf heeft opgewekt en waarop deze zich in redelijkheid tegenover haar mag beroepen, honoreert, ook indien dat contra legem is. Zie voor verdere literatuur en rechtspraak de uitgebreide conclusie van A-G Mok voor HR 23 juni 1982, *NJ* 1983, 415 (Autokostenfictie).
4. De ongeschreven 'vertrouwensregel' tussen regering en parlement, waarover bijv. M.C. Burkens, H.R.B.M. Kummeling en B.P. Vermeulen, *Beginselen van de democratische rechtsstaat*, 3e dr., Zwolle 1994, p. 183 v.
5. Op dat terrein door de Hoge Raad ook uitdrukkelijk 'vertrouwensbeginsel' genoemd in HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/IKON). Een ander aspect van het beginsel op dit terrein verbiedt het met terugwerkende kracht van toepassing verklaren van wetten voorzover de burger mag vertrouwen op het voortduren van de voor hem geldende rechtstoestand. Zie daarover B.C. de Die, *Beginselen van Overgangsrecht*, *AA* 40 (1991) p. 821 en Larenz, *Methodenlehre*, p. 424 en 434.
6. Zie uit de rechtspraak bijv. HR 18 november 1975, *NJ* 1976, 123 m.nt. Th.W. van Veen (Menten I) en HR 21 januari 1986, *NJ* 1986, 535 (Hubertus K.).
7. Voor het goederenrecht zie men de noot van W.M. Kleijn bij HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 785 (Wever/Aruba Bank). Oorspronkelijke grondslag voor bescherming van de beschikingsonbevoegde is bijv. art. 2014 BW (oud). Zie A.F. Salomons, *De pijlers onder de vertrouwensbescherming van artikel 3:86 Nieuw BW*, *AA* 40 (1991), p. 830, waarin het beginsel wordt omschreven als een samenspel van de trits billijkheid, verkeersbescherming en algemeen belang.
8. Ook de rechtszekerheid is in wezen een uiting van het beginsel. Vgl. Karl Larenz,

Wat alle beginselen op deze terreinen gemeen hebben, is dat zij op enigerlei wijze 'het' vertrouwen beschermen in die zin dat aan het niet-honoreren van vertrouwen door een bepaalde persoon rechtsgevolgen worden verbonden. Zoekt men daarvoor een rechtvaardiging, dan blijkt men vrijwel onmiddellijk uit te komen op de vraag waarom überhaupt sprake is van recht. Waar vertrouwen wordt gehonoreerd, worden aan een wederpartij of derde financiële lasten opgelegd, waardoor deze in zijn handelingsvrijheid wordt beperkt. De enige mogelijke rechtvaardiging daarvoor ligt in het feit dat beide betrokkenen deel uitmaken van de maatschappij — Eggens zou zeggen: persoon zijn.

Men spreekt in dit verband wel van 'vertrouwen' als ethisch beginsel: waar we met een ander in betrekking treden — en dat gebeurt vroeger of later altijd — moet men zich kunnen verlaten op een correct gedrag van de ander. En naarmate de betrekking enger is, mag men meer verwachten omdat er meer vertrouwen wordt 'geschonken'.⁹ Aan het rechtsleven is nu eenmaal een bepaalde onzekerheid inherent, omdat wordt gehandeld op grond van feiten die men maar ten dele kent. Omstandigheden (zoals bedoeling of wil) en karaktereigenschappen (eerlijkheid, verantwoordelijkheidsgevoel) kunnen we vaak niet kennen. Ondanks die onzekerheid moet men toch vaak handelen alsof men wel zeker weet hoe het is: er is ook geen andere keuze want wil men deelnemen aan het verkeer, dan moet wel bepaalde zekerheden aannemen.

In de plaats van de onzekerheid treedt dan 'het vertrouwen' omdat juist dit ons in staat stelt te handelen alsof wel zekerheid bestaat. Dat vertrouwen wordt gebaseerd op de ervaring die men heeft en zal zijn ingegeven door de regelmaat waarmee bepaalde situaties steeds weer opnieuw voorkomen. Op grond van die ervaring vertrouwen we erop dat het dak van ons huis niet instort, dat de buurman onze privé-bibliotheek niet in brand steekt, dat de winkelier om de hoek ons na betaling de gekochte zaken verschaft,¹⁰ dat we niet worden aangevallen door dolle honden etc. Dat ons leven en handelen op vertrouwen is gebouwd, realiseren we ons echter pas wanneer het wordt beschaamd. Tot dat moment is het vanzelfsprekend.¹¹

Richtiges Recht, München [1979], p. 84.

9. Aldus Götz von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens auf die Privatrechtsbildung*, München 1969, p. 18, die de zedelijke waarde ziet in het vertrouwen schenken, waarbij van de ander een goed gedrag wordt verwacht.
10. Wie van het vertrouwen uitgaat en niet van de wil, verschaft zijn leer omtrent contractuele gebondenheid gelijk een *ethische basis* volgens W. Modderman, *Wil of vertrouwen*, Groningen 1880: 'het is een eisch der zedelijkheid (...) gerechtvaardigd vertrouwen niet te beschamen'.
11. Zie Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 20 v. Vgl. Claus-Wilhelm Canaris, *Die Vertrauenshaftung im Deutschen Privatrecht*, München 1971, p. 503-504: niemand vertrouwt sterker dan hij die zich niet van zijn vertrouwen bewust is. Vertrouwen is aldus vaak niet meer dan afwezigheid van wantrouwen.

Zo bezien is er een nauw verband tussen recht, vertrouwen en maatschappij.¹² Daar het recht een regeling van de intermenselijke verhoudingen beoogt, en wezenlijk voor die verhoudingen (ook aan te duiden als maatschappelijk verkeer) is dat zij berusten op vertrouwen ten aanzien van personen of hun gedragingen, is zonder het vertrouwen dat een andere persoon zich zal gedragen zoals dat van hem mag worden verwacht, een samenleven en samenwerken van mensen ondenkbaar. Maar niet alleen ten aanzien van personen of hun gedrag wordt constant uitgegaan van wederzijds vertrouwen. Men gaat ook meer algemeen uit van feiten, situaties, regels, verworven rechten e.d. op grond waarvan men zijn leven en handelingen inricht.¹³ Wanneer het vertrouwen niet langer bestaat, is communicatie tussen mensen en daarmee een vreedzaam samenleven niet langer mogelijk.¹⁴

Op deze wijze opgevat is het vertrouwensbeginsel eigenlijk hetzelfde als het beginsel van de redelijkheid: wat men mag verwachten, moet ook geschieden.¹⁵ Het verwijst zo naar een fundamentele notie van rechtvaardigheid.¹⁶ Dat heeft er zelfs toe geleid dat men in de discussie omtrent de vraag wat eigenlijk een 'juridische norm' is — een debat dat enigszins buiten de civielrechtelijke discussie om wordt gevoerd — wel heeft aangenomen dat het typische aan de norm daarin zit dat deze bepaalt wat legitieme verwachtingen omtrent het gedrag van een of meer anderen zijn. De eigen aard ligt niet in het bevel, dus in wat men moet doen of laten, maar in wat de persoon van anderen en anderen van hem mogen verwachten.¹⁷ Het is hier niet de plaats

12. Bijv. recent D.H.M. Meuwissen, *Rechtsbeginselen en natuurrecht*, AA 40 (1991) p. 739 en Larenz, *Methodenlehre*, p. 477: 'Ein friedliches Zusammenleben der Menschen unter Rechtsgesetzen, die jedem "das Seinige" sichern, ist nur möglich, wo das unerlässliche Vertrauen gewahrt bleibt (...). Vertrauen zu ermöglichen und gerechtfertigtes Vertrauen zu schützen, ist daher eines der Elementarsten Gebote, denen die Rechtsordnung nachzukommen hat' en dez., *Richtiges Recht, o.c.*, p. 36 en 80: vertrouwen maakt de 'Rechtsfrieden' mogelijk.

13. Vgl. C.C. van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1989, Deventer 1989, no. 111: 'iedereen mag van een ander verwachten dat hij aan de normale persoonlijke kwaliteiten voldoet'. Ook Van Dam noemt het vertrouwensbeginsel 'het fundament voor de deelname aan het maatschappelijk verkeer'.

14. Karl Larenz, *Allgemeiner Teil des Deutschen bürgerlichen Rechts*, 7. Aufl., München 1989, p. 43 en dez., *Methodenlehre*, p. 424: 'Das Vertrauensprinzip ist ein immanentes Prinzip unserer Rechtsordnung'.

15. In deze zin ook Meuwissen, *o.c.*, p. 739: bij het vertrouwensbeginsel gaat het er om dat men zich gedraagt 'als een goed huisvader': alle gedrag moet te goeder trouw zijn en vertrouwen, goede trouw en redelijkheid impliceren de verwachting van een juist gedrag.

16. Zie ook Hermann Eichler, *Die Rechtslehre vom Vertrauen; Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens*, Tübingen 1950, p. vii, die ook opmerkt dat het daarmee niet eenvoudig is om het beginsel als zodanig los te maken van de specifieke toepassingen; bij elk ervan neemt het een eigen kleur aan.

17. Aldus J.F. Glastra van Loon, *Norm en handeling*, diss. Leiden 1956, Haarlem 1956, p. 213: de norm bepaalt 'wat enkelingen in hun omgang met elkaar van elkaar mogen verwachten'. Waarover in het licht van moderne ontwikkelingen J.M. Broekman,

in die discussie te treden; wel moet gezegd zijn dat ook hier blijkt van de betekenis van het vertrouwensbeginsel als een der meest elementaire principes van de rechtsorde.

Dit gegeven zijnde, is echter de vraag wat dit betekent voor het dogmatisch gehalte van het burgerlijk recht. Dat vertrouwen zo belangrijk is, is pas een eerste stap; de volgende is hoe die betekenis te waarderen. Daartoe kan nu eerst worden ingegaan op de heuristische betekenis van het beginsel.

2.2 *Vertrouwen als heuristische factor*

In hoofdstuk II is reeds ingegaan op de rol die een rechtsbeginsel mag vervullen. Het is nuttig dit in herinnering te roepen. Betoogd is dat het beginsel — in principe niet verschillend van de rechtsregel — vooral als een heuristische factor moet worden gezien die nog slechts in een bepaalde richting wijst. In concrete gevallen kan aan de hand van het beginsel een oplossing worden bereikt waar de meer concrete 'gevalssituaties' (lijken te) ontbreken. Het voordeel dat op die manier een rechtvaardige uitkomst kan worden bereikt, werd echter teniet gedaan door de geringe verbinding die zij bleken te vertonen met reeds bestaande leerstukken. Zij gaven slechts een morele rechtvaardiging van een rechtsoordeel, dat echter *principeel* steeds verder teneinde kon worden gedacht, mist men voldoende moeite doet.¹⁸

Dit neemt niet weg dat het vertrouwensbeginsel wel een zekere rol heeft te vervullen, ook buiten de dogmatische inpassing om. In de eerste plaats kan het beginsel worden gezien als een samenhang verschaffend element. Gemeengoed is wel dat een belangrijke taak van de rechtswetenschap daarin bestaat specifieke regels met elkaar in verbinding te brengen, teneinde samenhang te brengen in op het eerste gezicht weinig met elkaar van doen hebbende toepassingen.¹⁹ Het vertrouwensbeginsel is hiervan een belangrijk voorbeeld.

In de tweede plaats moet als functie worden genoemd dat het vertrouwen als maatstaf voor 'nieuwe' gebondenheden een rol vervult. De vraagstukken die in de Inleiding als uiting van een meer feitelijk recht zijn gepresenteerd, zijn daarvan voorbeelden. Zo wordt ook in de parlementaire geschiedenis bij

Norm en redelijke verwachting, *R&R* 1987, p. 199 v. Ook Ter Heide's functionele rechtsleer is op de term 'redelijke verwachting' gebouwd. Zie over de 'expectancy-theory' ook G.J. Wiarda, *Spel van verwachtingen in privaat- en publiekrecht*, in: *Met eerbiedigende werking* (Hijmans van den Bergh-bundel), Deventer [1971], p. 419 v.

18. Dat het vertrouwensbeginsel nog slechts wijst in de richting van een bepaalde oplossing, meent ook B.W.M. Nieskens-Isphording, *Vier beginselen van derdenbescherming*, *KwNBW* 6 (1989), p. 74.

19. Vertrouwen zien als een element dat samenhang verschaft aan uiteenliggende leerstukken, is al oud. Men vgl. wat Slavomir Condonari, *Recht und Risiken*, in: *Gedächtnisschrift Ludwig Marxer*, Zürich 1963, p. 223-224, schrijft over Ulpianus, D 12, 1, 1, 1, en het 'credere'.

het BW van 1992 een in beginsel ongeclausuleerde vertrouwensbescherming voorgestaan in het belang van het rechtsverkeer.²⁰ Men zou hier kunnen spreken van de 'dynamische functie' van het vertrouwen: het is in staat om in vele verschillende soorten situaties een zodanige vorm aan te nemen dat de gewenste gebondenheid ermee kan worden bereikt. Het gaat hier echter wederom om een heuristische benadering, die nog slechts de eerste stap oplevert van de redenering. De benaming 'vertrouwensbeginsel' is in dit verband dan ook eerder een verzamelnaam voor alle gevallen waarin vertrouwen wordt beschermd.²¹

In de derde plaats dient te worden opgemerkt dat als eigenschap van een beginsel is gekwalificeerd dat dit in staat is om het 'bestaande' recht in termen van dat beginsel te herschrijven. Deze functie hangt nauw samen met de beide voorafgaande omdat juist *dankzij* het feit dat men reeds bestaande toepassingen met elkaar in verband kan brengen, men zo tot een maatstaf voor 'nieuwe' gebondenheden kan komen. Dat nu juist in de problematische gevallen dat beginsel op de voorgrond treedt, neemt niet weg dat het ook aan de minder pathologische gevallen ten grondslag ligt. Dit is belangrijk genoeg om er een aparte subparagraaf aan te wijden.

2.3 *Vertrouwen als in staat het verbintenissenrecht te herschrijven*

Wie het begrip 'vertrouwen' niet nader definieert, kan het eigenlijk altijd beschouwen als een factor in de causale keten tussen handeling en rechtsgevolg.²² Zowel in het overeenkomstenrecht als in het onrechtmatige daadsrecht is het mogelijk het opleggen van rechtsgevolg op de schending van enigerlei vertrouwen terug te voeren.

Voor het contractenrecht spreekt dit bijna vanzelf. Het gaat daar steeds om het aan de wederpartij te geven vertrouwen. Het meest duidelijk wordt dit wel bij het krediet in de letterlijke betekenis van het woord. Een bank die krediet verschaft, rekent er op na verloop van de afgesproken termijn het verschaft geld terug te hebben verkregen. Maar bij iedere overeenkomst gaan de partijen uit van de veronderstelling dat de wederpartij zich aan zijn belofte zal houden.²³ Hij wiens wederpartij niet nakomt, zou de vordering tot nakoming, alsmede die tot schadevergoeding, daarmee kunnen baseren op geschonden vertrouwen. Slechts in het geval van de gelijktijdige uitwisseling van de prestaties, is dit anders.

20. PG Boek 3, p. 176 v. (MvA II).

21. Zie ook Esser, *Grundsatz und Norm*, p. 247-248.

22. Eduard Picker, *Vertragliche und deliktische Schadenshaftung*, JZ 42 (1987), p. 1046.

23. Zie A.J. Colijn, *De vertrouwensregel in het wegenverkeersrecht*, Delft s.a., p. 13: 'Vertrouwen moet de aanwezige tijdsfactor, die tussen prestatie en contraprestatie ligt, overbruggen'.

Er zijn daadwerkelijk auteurs geweest die hieruit de consequentie hebben getrokken dat het overeenkomstenrecht in termen van vertrouwen moet worden herschreven. Zo heeft Schloßmann in zijn beruchte boek 'Der Vertrag' inderdaad beweerd dat de overeenkomst geen verbintenissen schept, maar slechts verwachtingen, die bij niet-verwezenlijking tot gebondenheid leiden.²⁴

Maar ook het onrechtmatige daadsrecht kan worden beschouwd als beheerst door het vertrouwensbeginsel. Er is een nauw verband tussen vertrouwen en zorgvuldigheidsnorm. Het wekken van verwachtingen bij een ander, die bij niet-ervulling schade berokkenen, levert immers in beginsel een delictuele aansprakelijkheid op.²⁵ Van Dam ziet als essentieel voor de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm de mate waarin het bezwaarlijk is om voorzorgsmaatregelen te nemen.²⁶ Bij die vraag spelen drie factoren een rol: behalve de kosten van voorzorgsmaatregelen zijn dat de mate waarin onderzoeks- en onderhoudsplichten kunnen worden gevergd en een derde factor die onder het kopje 'vertrouwen, waarschuwen of anticiperen' wordt gebracht, en die er op neerkomt dat belangrijk is in hoeverre men rekening moet houden met het onvoorzichtige gedrag van anderen.²⁷

Elk dezer factoren berust uiteindelijk echter weer op de notie van wat men van een ander mag verwachten. Daarbij speelt de mate waarin iets als waarschijnlijk moet worden beschouwd een essentiële rol. Het is niet waarschijnlijk dat een ander op een voor het publiek bestemde plaats een kelderluik laat open staan;²⁸ evenmin behoeft men te verwachten dat men door een collega op oneerlijke wijze wordt beconcurrereerd.

24. Siegmund Schloßmann, *Der Vertrag*, Leipzig 1876. En is dan ook fel bestreden. Zie reeds de fraaie opmerking bij P. van Bemmelen, *Rechtsgeleerde opstellen*, dl. II, Leiden 1891, p. 124: 'M.i. is Schloßmann niets dan een wildeman, die niet methodisch denkt. Het zou er met onze jeugdige generatie van juristen treurig uitzien, indien zij (...) volgelingen werden van Schloßmann'.

25. Vgl. Wiarda, *Spel van verwachtingen in privaatrecht en publiekrecht*, o.c., p. 158.

26. Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, no. 90.

27. *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, no. 93-94; deze laatste factor valt uiteen in drie subvragen: mag de laedens op voorzichtig gedrag van de benadeelde vertrouwen; moet hij de benadeelde voor het gevaar waarschuwen; of moet hij zelfs op het gedrag van de wederpartij anticiperen en zorgen dat geen gevaar ontstaat?

28. HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 m.nt. GJS (Kelderluik). In casu was één van de bepalende factoren 'de mate van waarschijnlijkheid waarmee de niet-inachtneming van de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid kan worden verwacht'. Van Dam, o.c., no. 94, wijst ook op het 'veenbroei-arrest', HR 27 mei 1988, *NJ* 1989, 29 m.nt. G., waarvan wij de centrale overweging als volgt kunnen herformuleren: wie als deel uitmakend van het publiek een terrein betreedt waarvan hij niet hoeft te verwachten dat dat gevaarlijk is, omdat maatregelen door degene die de zorg voor het terrein heeft (zoals een waarschuwing ter plaatse), zijn nagelaten, en diegene moet verwachten dat het publiek het terrein zal betreden, kan de schade op grond van art. 6:162 BW vergoed krijgen.

Een bijzondere toepassing hiervan betreft het terrein van het wegenverkeersrecht. In het verkeer moet men er op kunnen vertrouwen dat door de mede-verkeersdeelnemers de regels correct worden nageleefd en dat die zich ook overigens normaal zullen gedragen.²⁹ Zo zal het oversteken van een weg bij een groen stoplicht geschieden in vertrouwen daarop dat de andere verkeersdeelnemers zich gedragen in overeenstemming met wat van hen, gelet op het voor hen geldende rode licht, mag worden verwacht. Wordt het rode signaal genegeerd, dan kan de gelaedeerde stellen dat hij in zijn gerechtvaardigde vertrouwen is beschaamd en dat de wederpartij 'dus' verplicht is de geleden schade te vergoeden.³⁰

De hier getoonde *algemene* toepasselijkheid van het vertrouwensbegrip getuigt van de grote attractieve waarde die er van uitgaat. De zuigende werking waarvan in het vorige hoofdstuk sprake was, wordt hierdoor verklaard. Maar de vraag is natuurlijk of deze kracht van het vertrouwen niet tegelijkertijd de zwakte er van is: met één en hetzelfde begrip moet men immers niet alles willen verklaren, wil nog enige onderscheidende kracht overblijven. Voor zowel contractenrecht als onrechtmatige daadsrecht geldt immers dat niet alle schending van vertrouwen tot gebondenheid leidt. De daartoe relevante factoren worden traditioneel binnen die leerstukken behandeld.³¹

2.4 Op zoek naar criteria

Onder erkenning van de belangrijke rol van het vertrouwensbeginsel als grondslag van menselijk samenleven, dient thans nader te worden beschouwd in hoeverre het ook in staat is om als criterium te dienen.

De gedachte dat het vertrouwensbeginsel als beginsel geen recht doet aan het leerstuk-karakter van het burgerlijk recht, is — in andere bewoordingen — wel vaker geuit.³² Wat echter opvalt, is dat dit doorgaans geschiedde zonder veel nadere explicitering. In hoeverre werkelijk sprake is van nietszeggendheid van de vertrouwensleer, kan echter eerst blijken wanneer we heb-

29. Zie Colijn, *o.c.*, p. 13. In dit boek treft men een overstelpende hoeveelheid rechtspraak aan inzake de bescherming van vertrouwen in het wegverkeer.

30. Zie, behalve de rechtspraak bij Colijn, *o.c.*, p. 80 v., bijv. de arresten van recenter datum HR 17 november 1978, NJ 1979, 316 m.nt. GJS (Pouwelsen/Rasing) (vertrouwen niet erkend) en Ktr. Rotterdam 21 januari 1992, VR 1994, 60 (Hunt/Norwich).

31. Aldus voor de onrechtmatige daad ook Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 2.

32. In Nederland bijv. door Nieskens, *Het fait accompli*, die welhaast bij wijze van axioma presenteert dat het vertrouwen niet 'rechtsbildend' kan zijn; vgl. p. 101. Ook Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II: Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., Berlin etc. 1992, p. 132-133 betwist dat vertrouwen in staat is gebondenheid te schep-
pen: 'Es gibt kein "eigenständiges Rechtsinstitut" der Vertrauenshaftung'. Voor Flume gaat het om de gedragingen, waarop het vertrouwen wordt gebaseerd. Die gedragingen zijn 'variae causarum figurae' (D 44, 7, 1). In gelijke zin Teubner, *Alternativkommentar BGB* § 242, Rn. 56.

ben nagegaan of het niet mogelijk is om een nadere concretisering van het vertrouwensbeginsel te bewerkstelligen. Uiteindelijk zijn het de daaruit af te leiden nadere maatstaven die bepalen of en in hoeverre het vertrouwensbeginsel een dragende factor kan zijn bij de rechtsvorming. Zou het niet mogelijk zijn om voldoende scherpe criteria op te stellen — en dat gebeurt van oudsher door het gerechtvaardigde vertrouwen af te scheiden van het niet gerechtvaardigde — dan blijft het vertrouwen een te vaag begrip om gebondenheid op te baseren.³³ Of met andere woorden: dan kan met het begrip *iedere* gebondenheid worden gefundeerd.

3. VERTROUWEN ALS DRAGENDE CATEGORIE? HET VERTROUWEN ONTLEED

3.1 Wat is een 'dragende categorie'? Een uniek en gemeenschappelijk criterium

Alvorens na te kunnen gaan of 'het vertrouwen' een dragende categorie van juridische gebondenheid is of kan worden, dient men zich af te vragen aan welke criteria een dergelijke categorie moet voldoen. Dit is niet gebruikelijk: meestal realiseert men zich in het geheel niet dat een criterium voor gebondenheid aan bepaalde eisen zou kunnen voldoen, alvorens het te aanvaarden. Willen we ons kunnen bezinnen op de ware merites van het vertrouwensbeginsel, dan is een poging daartoe echter onvermijdelijk.

Er is al eerder op gewezen dat in het burgerlijk recht steeds weer kan worden teruggevallen op dezelfde soort redeneringen ter beargumentering van de gebondenheid van een bepaalde persoon. Begrippen als contract, zaakwaarneming, delict of verzuim zijn *traditionele* leerstukken en hebben in de loop van de geschiedenis altijd gediend om gebondenheid mee te bepalen. Daarmee zijn deze categorieën in hoge mate 'dragend' geworden: voor de rechter vormen zij een middel om de beslissing te legitimeren op een voor het juridisch forum acceptabele wijze. De leeftijd van rechtsinstituten en daarmee hun traditionaliteit vormt voor de mate waarin zij als dragend kunnen worden aanvaard — nog los van de vraag of zij ook materieel een goed criterium bieden — een belangrijke factor.

Maar ook het materiële aspect is uiteraard belangrijk. Dat een categorie alleen maar al lange tijd bestaat, is nooit voldoende om tot het al dan niet dragend zijn ervan te kunnen besluiten. Nadere eisen moeten worden gesteld. Grotendeels gaat het hier om dezelfde eisen als die aan 'gewone' wetenschap-

33. Wolfgang Fikentscher, *Schuldrecht*, 8. Aufl., Berlin, New York 1992, p. 751 met verwijzing naar de 6e druk, 1976, p. 647-648 betwist (net als genoemde Flume) principieel de mogelijkheid van concretisering: 'daß das Vertrauensprinzip nur ein allgemeines Rechtsprinzip ist, das sich als solches kaum konkretisieren läßt'.

pelijke theorieën worden gesteld.³⁴ Behalve dat de theorie 'productief' moet zijn, en dus iets leert over de eigenschappen van het leerstuk (bijv. contract) dat hij beoogt te omvatten, moet hij consistent zijn. Met dat laatste wordt dan niet alleen bedoeld op de logische juistheid, maar ook op de omstandigheid dat de theorie geen uitzonderingen mag toelaten zonder dat daarvoor binnen de theorie een goede reden kan worden aangegeven.

Hier is vooral dat tweede aspect van de consistentie-eis van belang. Dit verwijst namelijk naar het hoogst belangrijke gegeven dat de categorie eerst dragend is wanneer deze in voldoende mate concreet is. In de eerste plaats moet deze in staat zijn de gevallen waarin gebondenheid bestaat af te grenzen van die waarin dat niet het geval is, hetzij omdat in het geheel geen gebondenheid bestaat, hetzij omdat gebondenheid op andere grondslag aanwezig is.³⁵ In de tweede plaats moet die grondslag in die gevallen dan ook altijd optreden waar de gebondenheid bestaat. Het gaat met andere woorden om een *uniek* en *gemeenschappelijk* criterium: de gebondenheid ontstaat alleen waar aan dat criterium is voldaan en dan ook altijd.³⁶ Het mag dus niet zo zijn dat aan eenzelfde criterium ook in andere situaties, waarin nu juist geen gebondenheid bestaat, ook is voldaan.³⁷

Het is niet eenvoudig om dergelijke criteria te formuleren. De cruciale vraag is in hoeverre het te hanteren criterium voldoende scherp kan worden gemaakt, zodat het enerzijds al die gevallen uitsluit die er niet door mogen worden bestreken, en anderzijds toch voldoende ruimte laat om de situaties die er onder zouden moeten vallen, te bestrijken.³⁸

3.2 *Het vertrouwen ontleed: het begrip vertrouwen*

3.2.1 *Inleiding*

Traditioneel wordt, wanneer men spreekt van vertrouwen, onderscheiden in twee elementen: de gerechtvaardigheid van het vertrouwen aan de kant van

34. Zie vooral Larenz, *Methodenlehre*, p. 449 v. en Claus-Wilhelm Canaris, *Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien*, JZ 48 (1993) p. 377 v.

35. Vgl., enigszins anders, Loges, *Die Begründung*, p. 27.

36. Vgl. Loges, *Die Begründung*, p. 42.

37. Vgl. Nieskens, *Het fait accompli*, p. 31 over het criterium voor contractuele gebondenheid: 'De opgave is, een criterium te vinden dat feiten toetst op hun relevantie voor het recht. Dit moet zo algemeen zijn, dat het houvast geeft voor *alle* gevallen die niet in de wet zijn geregeld; en tevens zo concreet, dat het bij de beoordeling van die gevallen *afzonderlijk*, een maatstaf geeft om het kaf te scheiden van het koren' (curs. in orig.), waarover A.S. Hartkamp, Bbespr., WPNR 6024 (1991), p. 748.

38. De 'juistheid' van het criterium kan overigens niet worden bewezen door dit te toetsen aan de rechtspraktijk. Iedere opgestelde theorie zal immers ooit eens van belang kunnen blijken te zijn. Zie voor de verwerping van het diametraal tegengestelde standpunt (nl. dat van Barendrecht) *supra*, hoofdstuk II, § 3.3.

de vertrouwende partij en het toedoen aan de kant van de wederpartij.³⁹ Deze beide elementen bepalen elkaar in wederkerigheid: gerechtvaardigd vertrouwen bestaat eerst wanneer dit is gebaseerd op enig gedrag van de wederpartij en dat toedoen krijgt ook eerst kleur tegen de achtergrond van het vertrouwen dat op grond daarvan is ontstaan. Beide elementen zullen dan ook tezamen worden behandeld.

Behalve deze gebruikelijke elementen kunnen nog twee andere aspecten aan vertrouwen worden onderscheiden. In de eerste plaats is dat de vraag waarop wordt vertrouwd (die naar het *object* van het vertrouwen), in de tweede plaats in welke mate dat het geval is (de *intensiteit* van het vertrouwen). Hoewel zij doorgaans impliciet in het kader van de vraag naar de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen aan de orde komen, worden zij hier apart voor het voetlicht gebracht. Eerst moet evenwel nog iets worden gezegd over de term 'vertrouwen' zelf.

3.2.2 *Het begrip vertrouwen naar het gewone spraakgebruik*

Tot nu toe is steeds heel algemeen gesproken van 'vertrouwen', zonder dat dit nader werd gedefinieerd of afgegrensd van soortgelijke begrippen. Dit was ook nog niet noodzakelijk. Wil een nader inzicht worden verkregen in de kenmerken van het vertrouwensbeginsel, dan zal echter een poging moeten worden gedaan, het vertrouwen nader te bepalen. Daartoe kan niet worden voorbijgegaan aan het gewone spraakgebruik, waarvan juristen zich in dit verband nu eenmaal veelvuldig bedienen.

In de eerste plaats zij dan opgemerkt dat het vertrouwen naar het gewone spraakgebruik kan worden afgegrensd van enerzijds verwachtingen⁴⁰ en van anderzijds voorstellingen. Deze drie bevinden zich op een glijdende schaal: de voorstelling, de verwachting en het vertrouwen kennen een oplopende graad van intensiteit. Kijkt men verder op die schaal, dan komt men aan het ene uiteinde uit op hoop, aan het andere op overtuiging of zelfs op weten.

39. De toedoen-eis ligt duidelijk besloten in bijv. art. 3:35 en 3:61 lid 2 BW nu het daar gaat om een verklaring of gedraging van de nolens. Ook de wederpartij van de geestelijk gestoorde zal eerst langs de weg van art. 3:34 jo. 3:35 BW worden beschermd indien hij kan verwijzen naar enig handelen dat in staat was bij hem vertrouwen op te wekken.

40. Verwachting is te zeer subjectief gebonden aan degene die deze koestert. Zie de Conclusie van A-G Mok voor HR 2 juni 1989, NJ 1989, 716 m.nt. MS (Plein 1944/Nijmegen). Vgl. Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, Deventer 1988, p. 21: vertrouwen heeft een positieve lading, is 'blijde verwachting'. Reeds in dezelfde zin W. Modderman, *Wil of vertrouwen*, Groningen 1880, p. 48.

Vergelijkt men vertrouwen met weten, dan is er een complementaire verhouding: waar het weten afneemt, kan het vertrouwen groeien.⁴¹

Zet men deze taalkundige beschouwing nog verder door, dan heeft de term vertrouwen in elk geval een positieve lading: kenmerkend is dat de vertrouwende persoon zich psychisch ook instelt op de situatie waarop wordt vertrouwd.⁴² Dit kan gepaard gaan met een ook daadwerkelijk stappen ondernemen, maar dat hoeft niet. Keerzijde van die positieve lading is dat, eerder dan bij voorstelling of verwachting, de vertrouwende teleurgesteld zal zijn indien datgene waarop hij vertrouwt geen bewaarheid blijkt. Daarmee wordt gelijk geraakt aan een ander aspect van het vertrouwen, namelijk dat daarin reeds een verwijzing naar de redelijkheid zit: van het positieve vertrouwen kan immers slechts sprake zijn indien men ook zelf redelijkerwijze meent te *mogen* vertrouwen.⁴³ De vraag of dat *objectief* ook het geval is, is een andere: die wordt doorgaans onder het kopje van de gerechtvaardigheid van het vertrouwen behandeld.

Dit vertrouwen kan ook worden onderscheiden van 'toevertrouwen'. Het gaat dan om zaken of personen die door de een aan de ander worden verschaft in het vertrouwen dat deze daar op de beoogde wijze mee om zal gaan.⁴⁴ Zo kan men een ander zijn grootvader of zijn waardepapieren toevertrouwen.

3.2.3 Het juridische begrip vertrouwen

Het gaat er bij de ontwikkeling van criteria nu om dit taalkundige vertrouwen af te scheiden van het juridisch relevante vertrouwen. Met de karakterisering naar het spraakgebruik, die grotendeels verwijst naar het psychische vertrouwen, is juridisch immers nog niet veel gezegd. Slechts het juridisch relevante vertrouwen telt. Hoewel dit vrij algemeen wordt beweerd,⁴⁵ is de vraag hoe

41. Loges, *Die Begründung*, p. 37. Een fraai voorbeeld waarin de Hoge Raad zekerheid en vertrouwen onderscheidt, biedt HR 14 oktober 1983, *NJ* 1984, 47 m.nt. WHH (Van Ballegooij/Nauta). Het Hof sprak van een 'zekerheid waarop werd vertrouwd'. Dat die zekerheid haar waarde verloor, lag volgens de Hoge Raad niet voor de hand.

42. Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 11: vertrouwen impliceert een 'innerliches Sich-Einstellen'.

43. Zie ook Eichler, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, o.c., p. 3.

44. Voorbeelden uit de jurisprudentie bieden HR 25 oktober 1985, *NJ* 1986, 176 m.nt. WLH (Brouwer/Zürich), waarin de inhoud van een bespreking werd toevertrouwd, en HR 9 juni 1989, *NJ* 1990, 40 m.nt. J.L.P. Cahen (Vojvodina/ECT), waarin het ging om een container met ham. Zie over het 'anvertrauen' Eichler, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, o.c., p. 2.

45. Zie reeds J.C. de Marez Oyens, preadvies NJV 1877, *Hand. NJV* 1877, I, p. 123: de 'redelijke verwachting'; J.A. Levy, o.c., p. 80: 'den rechtmatigen dunk'. Vgl. W. Modderman, *Wil of vertrouwen*, o.c., p. 48; N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, dl. IV, 2e dr. herz. door W.H. de Savornin Lohman, Haarlem 1907, p. 188. Zie voor een overzicht van de 19e-eeuwse discussie terzake M. Smit, *De zoogenaamde stilzwijgende wilsverklaringen*, diss. Groningen 1890, p. 75 v. en E.J.J.

dit juridisch relevant vertrouwen precies af te scheiden is van het niet ter zake doende algemene 'maatschappelijke' vertrouwen, niet eenvoudig te beantwoorden.⁴⁶ In het navolgende wordt het vertrouwen daartoe eerst ontleed in een aantal factoren.

4. HET VERTROUWEN ONTLEED: HET OBJECT VAN HET VERTROUWEN

4.1 Algemeen

Het vertrouwen waarvan tot nu toe steeds sprake is geweest, zal gericht zijn op een bepaalde toestand, een feit, een gebeurtenis of gedrag van een of meer personen. Het vertrouwen heeft met andere woorden een object. Daaronder kan dan worden verstaan datgene waarop het psychische vertrouwen is gericht, en waardoor het dus zijn inhoud verkrijgt.⁴⁷ Die inhoud kan totaal verschillende omstandigheden betreffen: zowel een gedane belofte, het bestaan van een toereikende volmacht, de juistheid der openbare registers, de wil van een contractspartij, het bestaan van een rechtsbetrekking en de juistheid van een gedane mededeling, als ook dat een rivier niet door omvangrijke lozingen bovenmatig wordt vervuild⁴⁸ of zelfs heel algemeen dat de ander zich zorgvuldig zal gedragen.⁴⁹

Een dergelijk object heeft het vertrouwen altijd nodig. Zelfs wanneer men als voorwerp van vertrouwen de algemene omstandigheid ziet 'dat alles goed

van der Heijden, De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenissen, *RM* 1928, p. 34: 'Waarom zou vertrouwen, dat een ander op mij vestigt, mij verplichten? Zeker zal niet elk vertrouwen dit vermogen'. Voorts Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 17 en Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 19. Vgl. voor Duitsland bijv. Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, o.c., p. 5 en Bodo Pieroth, Die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Grundsatz des Vertrauensschutzes, *JZ* 39 (1984) p. 971 v.

46. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 98 zei in 1981 — tien jaar na het verschijnen van Canaris' standaardwerk over de Vertrauenshaftung — voor de Duitse situatie: 'Es fehlt (...) nicht an Versuchen, das Blankett "Vertrauen" rechtstechnisch zu präzisieren und Kriterien für "schutzwürdiges" Vertrauen zu erarbeiten. Die wissenschaftliche Ernte dieser Bemühungen ist freilich bescheiden geblieben'. Er is sindsdien, in Duitsland en Nederland, niet veel veranderd.

47. Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 13 en Loges, *Die Begründung*, p. 37. Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 491 spreekt hier van het 'Vertrauensstatbestand'.

48. Zie HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 743 m.nt. JHN/JCS (Kalimijnen).

49. Zie over deze inhoud van het vertrouwen Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 13 en Loges, *Die Begründung*, p. 37-38. Vgl. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 15: 'vertrouwen waarin?' en Nieskens, *Het fait accompli*, p. 27 nt. 110, die wijst op een interessante parallel met wat reeds Modderman als mogelijkheden noemde.

zal gaan', bestaat er immers gerichtheid.⁵⁰ Dit vloeit daaruit voort dat 'vertrouwen' op zichzelf niets zegt, geen eigen inhoud heeft.⁵¹ De wijze waarop zij ontstaat is evenzo divers als het aantal objecten: alles zal afhangen van de vertrouwende persoon en van de omstandigheden waarin die zich bevindt. Zijn ervaring en kennis bepalen of hij slechts vertrouwt of dat hij *weet* dat een bepaalde toestand aanwezig is. Hoogstens kan als algemene regel worden gegeven dat hoe intensiever de verhouding is met anderen, hoe meer men zal vertrouwen op het in acht nemen van de vereiste zorgvuldigheid door die anderen.⁵² Dat verklaart ook het bestaan van verhoogde normen in de precontractuele, contractuele en postcontractuele fase, alsmede in bijvoorbeeld het wegenverkeersrecht (waarin het immers gaat om medeverkeersdeelnemers). Ten overvloede zij opgemerkt dat het object ten aanzien waarvan het vertrouwen bestaat, niet daadwerkelijk aanwezig behoeft te zijn. Het redelijkerwijze mogen vertrouwen is voldoende. Blijkt het object niet aanwezig, dan wordt het 'aangenomen'.⁵³

Kan de vraag waarop wordt vertrouwd nu dienen om het algemene, niet gerechtvaardigde, vertrouwen af te scheiden van het wel gerechtvaardigde? Dat zou het geval zijn indien het mogelijk is om objecten aan te geven waarop per se niet gerechtvaardigd vertrouwd kan worden en andere waarop een vertrouwen consequent juist wel tot rechtsgevolgen leidt. Of dat a priori mogelijk is, moet echter sterk worden betwijfeld. Men vervalt dan hetzij in algemeenheden, hetzij in juist heel specifieke uitspraken. Zo kan men stellen dat van een malafide contractspartner in abstracto minder mag worden verwacht dan van zijn meer 'normale' collega; maar daarmee is nog niet gezegd dat niet vertrouwd zou mogen worden op specifieke omstandigheden, zoals op de aanwezigheid bij de wederpartij van een aantal bekwame werknemers of meer algemeen op het nakomen door de kwaadwillige wederpartij van zijn verplichtingen.

In het onrechtmatige daadsrecht is het vaststellen van een object evenmin gebonden aan nadere regels. Hij die als passagier van een auto een pleziertochtje maakt langs de Hollandse IJssel, wetend dat de auto een gebrek heeft,

50. Hoewel die niet altijd wordt geëxpliciteerd. Bijv. in Hof Amsterdam 10 juni 1982, *NJ* 1983, 746 m.nt. Ma (A-concern) gaat het enkel om verstoring van een 'moeizaam opgebouwd vertrouwen'.

51. Aldus ook Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 15; Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 19-20, Von Craushaar, o.c., p. 13 en Loges, *Die Begründung*, p. 38. Ook zo reeds J.H. Thiel, *De goede trouw van derden en hare bescherming tegenover de handelingen van partijen*, diss. Amsterdam 1903, Amsterdam 1903, p. 166: 'De betekenis van vertrouwen wordt bepaald door die van het feit, waarop vertrouwd is'. En p. 165-166: 'Wie beweert, dat hij heeft vertrouwd, heeft onmiddellijk de vraag te wachten: *waarop* dat vertrouwen gericht was' (curs. in orig.).

52. Zie Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 14.

53. Aldus reeds Thiel, *De goede trouw van derden*, o.c., p. 165.

zal zich niet kunnen beroepen op zijn vertrouwen op een reis zonder ongelukken indien juist door dat gebrek een ongeluk ontstaat, wel echter indien de auto door een ander gebrek, wat hij niet kende, verongelukt.⁵⁴ Dat is echter weer een algemeen vertrouwen 'dat alles goed zal gaan'.

4.2 Het object bij de totstandkoming van de overeenkomst

De vraag waarop rechtsgeldig vertrouwd moet worden, willen rechtsgevolgen intreden, is afhankelijk van de leer omtrent contractuele gebondenheid die men aanhangt. De veelheid aan theorieën op dit terrein verdedigd, levert evenzoveel meningen op aangaande het object van het vertrouwen. Zo kan als zodanig gelden de belofte dat zal worden nagekomen, de op rechtsgevolg gerichte wil van de wederpartij en het intreden van gebondenheid.⁵⁵ Hoewel nog uitgebreid zal worden stilgestaan bij de perikelen rondom grondslag van en criterium voor de totstandkoming van de overeenkomst,⁵⁶ kan reeds hier de gebruikelijke, in het BW van 1992, neergelegde opvatting te dien aanzien worden weergegeven.

In de artt. 3:33 en 3:35 BW is gelijk bekend voor de totstandkoming van de overeenkomst een 'dubbele grondslag' aangegeven: in het normale geval komt de rechtshandeling tot stand door de wilsovereenstemming; sluiten wil en verklaring niet op elkaar aan, dan treedt als subsidiaire grondslag het vertrouwen op de wil in de plaats van de primaire grondslag. Hiermee blijft de wil dus de overheersende factor en er is wel opgemerkt dat van een dubbele grondslag dus eigenlijk geen sprake is.⁵⁷ Dat de wetgever de controverse heeft beslist door de wil op het eerste plan te zetten, gaat terug op Meijers' artikel omtrent de grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen, waar hij stelde dat niet zozeer de vraag is of wil of vertrouwen, maar veeleer wil en *als aanvulling daarop* vertrouwen.⁵⁸

Ook door Eggens, die er om bekend staat dat hij meer dan wie ook belang hecht aan het vertrouwen, is de koppeling tussen vertrouwen en wil gemaakt. De wilsverklaring die de verklaarder *als zijn wil* aan zijn wederpartij doet verschijnen, mag de wederpartij hem toerekenen en — in Eggensiaanse bewoordingen — rekent de verklaarder ook zichzelf toe indien hij zichzelf als

54. Het, aangepaste, voorbeeld is van Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 14, die meent dat met het object gerechtvaardigd en ongerechtvaardigd vertrouwen wel aan elkaar kunnen worden gescheiden.

55. Zie voor die onderscheiding Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 15 v. en in zijn navolging Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 19 v.

56. *Infra*, hoofdstuk VI.

57. Bijv. door P. van Schilfgaarde in zijn noot bij het Misverstand-arrest, AA 26 (1977) p. 659.

58. De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen, oorspr. 1921, in: VPO, dl. III, p. 83. Zie in vergelijkbare zin ook reeds de door Meijers niet genoemde Thiel, *De goede trouw van derden, o.c.*, p. 167. Idem *Asser-Hartkamp II*, no. 105.

persoon begrijpt en dus waarlijk vrij is.⁵⁹ Aldus blijft ook bij Eggens de objectieve wil centraal staan.

Voor de auteurs die als kritiek op deze leer hebben geuit, dat aldus geen scherpe tegenstelling tussen wilsleer en vertrouwensleer wordt gemaakt, bestaat het object van vertrouwen daarentegen niet uit de wil of de wilsuiting, maar uit een bepaalde manier van handelen of uit een bepaalde situatie.⁶⁰ Vertrouwen moet bestaan dat dit werkelijk plaats zal vinden of dat deze zal bestaan.⁶¹

Het is in dit verband interessant om te onderzoeken waarin bij Schoordijk, die als een der meeste vergaande aanhangers van de vertrouwensleer kan worden beschouwd, het object van het vertrouwen is gelegen. Wie zijn geschriften⁶² bestudeert, vindt geen theoretische beschouwing over het object van vertrouwen, maar bemerkt dat heel praktisch steeds naar de omstandigheden van het geval wordt vastgesteld welk vertrouwen gebondenheid vermag te rechtvaardigen. Eén algemene opmerking valt te maken en dat is dat het vertrouwen bij Schoordijk vrijwel steeds is gericht op het op een bepaalde wijze *zullen* handelen van de wederpartij; dat hangt ook samen met de grote betekenis die hij hecht aan de eventuele gevolgen van een gewekt vertrouwen. Bij hem staat centraal de gedachte dat men gebonden kan zijn omdat 'men de ander op het verkeerde been heeft gezet', waardoor deze schade lijdt.⁶³

Niet gezegd kan worden dat hiermee duidelijk is welk object relevant is voor het intreden van gebondenheid. In de rechtspraak lijkt het vertrouwen in elk geval aan verschillende elementen te worden gerelateerd,⁶⁴ hetgeen het

59. Een man een man, een woord een woord, oorspr. 1949, in: *VPO*, dl. II, p. 205. Misverstand is hier wel mogelijk. Zo stelt Eggens *t.a.p.* ook dat vertrouwen *de* bron is van elke verbintenis uit overeenkomst om weer op p. 239 over zijn vertrouwensleer op te merken: 'niet aan wat gij (individueel) wilt zijt gij gebonden, maar aan het woord dat gij den ander hebt gegeven, en deze als Uw wil heeft begrepen en mocht begrijpen'.

60. Aldus Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 321 v. en dez., *Verbintenissenrecht*, dl. I, p. 34; Vgl. Van Schilfgaarde, *o.c.*, p. 659. Men vindt steun voor deze opvatting in HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Misverstand).

61. Vgl. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 16: 'als grondslag van de gebondenheid wordt aangewezen het vertrouwen dat de in het vooruitzicht gestelde gedraging ook werkelijk plaatsvindt'. Nieuwenhuis, p. 17, onderscheidt nog een derde object van vertrouwen.

62. Zie vooral *Onderhandelen te goeder trouw, passim*, en *Vermogensrecht in het algemeen*, p. 87 v.

63. Zie bijv. *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 89-90.

64. Zie bijv. voor een vertrouwen dat de verklaring in overeenstemming was met de werkelijke wil HR 15 mei 1959, *NJ* 1959, 516 m.nt. DJV (Van Dongen/Van den Oetelaar) en Rb. Arnhem, *NJ* 1987, 596 (Van Lavieren/Kroon). Voor een vertrouwen op toekomstig handelen HR 13 mei 1977, *NJ* 1978, 154 (Ziekenfonds/Brilmij) en HR 3 februari 1989, *NJ* 1990, 476 (Ohra/Goilo). En voor een vertrouwen op gebonden raken HR 23 oktober 1987, *NJ* 1988, 1017 m.nt. CJHB (VSH/Shell) en het Hof, kenbaar uit HR 20 mei 1988, *NJ* 1988, 943 m.nt. G (Westenberg/Stoelman).

vermoeden rechtvaardigt dat in het object niet een criterium kan worden gevonden om gerechtvaardigd en niet-gerechtvaardigd vertrouwen van elkaar af te scheiden.

4.3 Het object in de precontractuele fase

Standaardarrest voor de aansprakelijkheid bij afgebroken onderhandelingen is Plas/Valburg. De daar gehanteerde formule dat het afbreken van onderhandelingen in strijd kan komen met de goede trouw omdat partijen 'over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren',⁶⁵ is maatgevend geworden voor deze aansprakelijkheid met dien verstande dat niet zozeer bepalend is of 'enigerlei' contract zal resulteren, maar of een contract van *de soort* waaromtrent wordt onderhandeld aannemelijk is.⁶⁶ Hoewel de formuleringen in de latere rechtspraak licht verschillen, komt het steeds daar op neer dat het vertrouwen op die totstandkoming beslissend is.⁶⁷

Ook hier moet men zich echter afvragen of daarmee het rechtens relevante vertrouwen is afgescheiden van een vertrouwen dat niet tot rechtsgevolgen aanleiding geeft. Het enkele feit dat wordt vertrouwd op de totstandkoming van een bepaalde overeenkomst zal enerzijds nooit voldoende zijn om tot gebondenheid te geraken (nu ook aan andere eisen moet zijn voldaan), anderzijds kan ook bij gebreke van een 'totstandkomingsvertrouwen' wel degelijk aansprakelijkheid bestaan omdat het afbreken om een andere reden ongeoorloofd is.⁶⁸ Daarbij kan worden gedacht aan het geval uit Plas/Valburg zelf, waarin het niet ongeoorloofd is de onderhandelingen af te breken, maar wel om dat te doen zonder de wederpartij de kosten te vergoeden.

65. Deze formulering inspireerde ook het niet-ingevoerde NBW-artikel 6.5.2.8a, waarin werd gesteld dat partijen vrij zijn de onderhandelingen af te breken, 'tenzij dit op grond van het gerechtvaardigde vertrouwen van de wederpartij in het tot stand komen van een overeenkomst of in verband met de andere omstandigheden van het geval onaanvaardbaar zou zijn'.

66. Zie HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 m.nt. CJHB (VSH/Shell). In casu ging het om 'enige' joint venture.

67. Zie VSH/Shell: 'gerechtvaardigd vertrouwen (...) in het tot stand komen van de overeenkomst'; vrijwel idem Hof Amsterdam 14 april 1988, NJ 1989, 291 (Nederkoorn/Pento). Zie ook HR 20 mei 1988, NJ 1988, 943 m.nt. G (Westenberg/Stoelman): dat pp. 'mochten vertrouwen dat uit hun onderhandelingen in ieder geval enigerlei contract zou resulteren'; HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 m.nt. PvS (Vogelaar/Skil): op totstandkoming van de overeenkomst.

68. Aldus expliciet de Hoge Raad in VSH/Shell. Reeds J.H. Nieuwenhuis, Toerekening van vertrouwen, WPNR 5885 (1988), p. 494 noemde het geval waarin wordt vertrouwd op totstandkoming 'betrekkelijk excentriek'.

4.4 Het object bij de toezegging

Soortgelijke overwegingen als ten aanzien van de precontractuele fase gelden voor de gebondenheid aan eenzijdig gedane toezeggingen. In de heersende leer is weinig duidelijk welke de grondslag voor de aansprakelijkheid hier is, maar zeker is wel dat het onzorgvuldig kan zijn om een gedane toezegging, waarmee vertrouwen is opgewekt, niet na te komen. Vaak gaat het hier om de situatie waarin door een onbevoegd overheidsorgaan de indruk is gewekt dat de overheid op een bepaalde wijze zal handelen (bijv. een vergunning zal afgeven)⁶⁹ of om het geval dat de toezegging weliswaar bevoegd is gedaan, maar waarin vervolgens wordt besloten tot een beleidswijziging.⁷⁰

Ook hier valt echter moeilijk in te zien hoe aan de hand van de bepaling van het object tot een goed criterium voor de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen kan worden gekomen. In bovenstaande gevallen kan men als object beschouwen zowel dat de toezegging gestand zal worden gedaan, dat de toezegging bevoegd is gedaan, dat deze overeenstemt met het beleid, dat deze de wens van het overheidslichaam weergeeft etc. Alle mogelijke omstandigheden komen in aanmerking. Dit blijkt ook uit de rechtspraak, waarin op een betrekkelijk willekeurige wijze wordt geformuleerd.⁷¹

4.5 Het object van het vertrouwen: samenvatting

Het vertrouwen kan op zeer veel verschillende omstandigheden zijn gericht. Er lijkt weinig lijn te ontdekken in de rechtspraak, die een vertrouwen op alle mogelijke objecten al dan niet gerechtvaardigd acht. Dat het object niet als relevant criterium kan dienen, wekt wellicht ook weinig verbazing. Indien immers *alle* vertrouwen op een belofte of *alle* vertrouwen op nakoming ener toezegging gerechtvaardigd zou zijn en dus tot rechtsgevolgen zou leiden, zou immers ook die belofte of die toezegging *zelf* reeds binden. Men heeft dan in het geheel geen verwijzing naar het vertrouwen meer van node. Andersom zou indien *geen enkel* vertrouwen op belofte of toezegging tot gebondenheid aanleiding gaf, men eveneens in een cirkelredenering verstrikt raken door dan nog het vertrouwen als eis te stellen.⁷²

69. Zie bijv. HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 287 m.nt. PvS (Felix/Aruba).

70. Zie bijv. HR 2 juni 1989, *NJ* 1989, 716 m.nt. MS (Plein 1944/Nijmegen).

71. Zie bijv. HR 13 mei 1992, *NJ* 1992, 577 (Bruins/Het Bildt), waarin sprake is van 'toezegging of gewekte verwachting' en het qua formulering opvallend gelijkende Rb. Den Bosch 15 oktober 1982, *NJ* 1983, 334 (Ruilverkaveling). Dat ook buiten het geval van toezegging vertrouwen kan worden gewekt, werd expliciet overwogen in HR 16 juni 1989, *NJ* 1990, 214 m.nt. MS (Helmond/Ottenheim).

72. Zie hiertoe ook J.H. Baker, *From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation?*, *CLP* 32 (1979) p. 23.

5. HET VERTROUWEN ONTLEED: DE INTENSITEIT VAN HET VERTROUWEN

5.1 Inleiding

Het vertrouwen gericht op een bepaalde omstandigheid kan meer of minder intensief zijn: deze intensiteit van het vertrouwen bepaalt hoe op de schending van het vertrouwen wordt gereageerd.⁷³ Blijkt de werkelijkheid niet overeen te komen met datgene waarop is vertrouwd, dan reageert de teleurgestelde partij overeenkomstig de intensiteit van zijn vertrouwen. Het zijn dus twee elementen die hier kunnen worden onderscheiden. Enerzijds is er de mate waarin wordt vertrouwd, anderzijds is er de reactie van de vertrouwende persoon op het niet in vervulling gaan van de bij hem bestaande verwachtingen.

Men realiseert zich dat het hier gaat om een *subjectief* vertrouwen: de intensiteit ziet op de innerlijke geestestoestand van de vertrouwende persoon en biedt daarmee een psychologisch criterium, dat in beginsel nog niets zegt over de vraag of het vertrouwen objectief gezien ook gerechtvaardigd is. Hoogstens speelt de mate waarin de fidens zelf meent te mogen vertrouwen een rol bij de hoegrootheid der teleurstelling, maar daarmee is de gerechtvaardigheid van het vertrouwen nog niet bepaald.

Toch is het nuttig om na te gaan wanneer sprake is van een intensief vertrouwen en aldus om verschillende graden van vertrouwen te onderscheiden. De mate van intensiteit en navenante teleurstelling van de *redelijke* persoon schept immers wel een *vermoeden* omtrent de gerechtvaardigheid van het vertrouwen.

5.2 Criteria voor de intensiteit van het vertrouwen

Tussen vertrouwen en waarschijnlijkheid bestaat een nauw verband. Het vertrouwen dat men heeft op een persoon, feit of omstandigheid zal immers zijn gebaseerd op datgene wat men, gelet op kennis en eerdere ervaringen, te dien aanzien waarschijnlijk acht. Hoe waarschijnlijker men iets acht, hoe groter het vertrouwen in de daadwerkelijke realisering ervan. De waarschijnlijkheid bepaalt dan ook in hoge mate de intensiteit van het vertrouwen. Is zeer waarschijnlijk dat een vermoeden bewaarheid wordt, dan kan worden gesproken van een 'vast' vertrouwen.⁷⁴ Een voorbeeld daarvan is het jarenlang op dezelfde wijze (bijv. tegen een vastgestelde prijs leveren van bepaalde zaken) handelen met één bepaalde contractspartner: het vertrouwen zal ernstig

73. Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 11 en 15, die spreekt van de 'Störempfindlichkeit oder Intensität des Vertrauens'. Het begrip vindt ook in de Duitse literatuur niet veel toepassing.

74. In navolging van Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 15, die het voorbeeld geeft van het te goeder trouw verkrijgen van een zaak, die vervolgens aan de bestolene moet worden afgegeven.

worden geschonden in geval van plotselinge wijziging der leveringsvoorwaarden.

Dit voorbeeld maakt ook iets anders duidelijk: het is evident dat de teleurstelling van de koper groter zal zijn naarmate hij vanwege het niet in vervulling gaan van zijn verwachtingen meer nadeel ondervindt.⁷⁵ In het algemeen geldt dan ook dat de intensiteit van het vertrouwen groter is wanneer de vertrouwende op grond daarvan reeds stappen heeft ondernomen. De kans daarop is ook groter wanneer de vertrouwende zelf meent gerechtvaardigd te mogen vertrouwen en op die wijze beïnvloedt het persoonlijke idee ook de mate waarin uiteindelijk vertrouwen zal worden gehonoreerd.⁷⁶

Een derde factor die naast waarschijnlijkheid en nadeel meespeelt bij de bepaling van de intensiteit van het vertrouwen, betreft de mate waarin de verhouding tussen personen zich heeft verdicht.⁷⁷ In de zogeheten vertrouwensverhoudingen zal in verhoogde mate een wissel worden getrokken op het gedrag te goeder trouw van de partijen. Deze factor verschilt wel in zoverre van de reeds genoemde, dat hier sprake is van een wederzijds vertrouwen en de intensiteit daarmee wordt bepaald door het gedrag van partijen ten opzichte van elkaar. Het net van de zogenaamde mededelings- en onderzoeksplichten zoals dat in de afgelopen jaren door rechtspraak en wetenschap is gesponnen, kan worden gezien als een uitwerking van die verdichte vertrouwensverhouding. De mate van intensiteit wordt in belangrijke mate door hen bepaald. Wie immers voldoet aan zijn onderzoeksplicht of een wederpartij tegenover zich vindt die de voor hem vereiste mededelingen doet, zal zijn vertrouwen in elk geval zelf vaster gefundeerd vinden in de gedragingen van de wederpartij.

Behalve uit een contact dat zich incidenteel heeft verdicht, zal de intensiteit van het vertrouwen niet zelden voortkomen uit de kwaliteit van een bepaalde persoon. Het gaat dan vooral om verhoudingen waarin het beroep van een der partijen de oorzaak is voor een verhoogde vertrouwensrelatie. Te

75. Zie ook Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 15-16, die dit veralgemeniseert in de formulering dat de vertrouwende op vervulling van zijn verwachtingen dan 'erhoht angewiesen' is. Dit lijkt echter een nogal vage formulering.

76. Waarbij uiteraard de premisse is dat indien in vertrouwen handelingen zijn verricht of nagelaten waardoor bij niet-honorering van dat vertrouwen enig nadeel zou ontstaan, eerder gebondenheid bestaat. Voor de vraag in hoeverre dit als juist kan worden aanvaard, vgl. men hoofdstuk VIII, § 4.3.

77. In geval van algemene, niet specifiek tot een bepaalde persoon gerichte mededelingen of gedragingen, zal het vertrouwen dan ook minder snel gerechtvaardigd zijn dan indien in een concreet geval aan specifieke personen mededelingen zijn gedaan. Vgl. de noot van M. Scheltema bij HR 27 januari 1978, NJ 1978, 617 (Van Hooff/Markelo).

denken valt aan relaties als die tussen arts en patiënt,⁷⁸ of tussen notaris en cliënt.⁷⁹

In de vertrouwensleer is dit subjectieve vertrouwen een minimumvoorwaarde voor gebondenheid.⁸⁰ Daarnaast is echter vereist dat het vertrouwen ook objectief gerechtvaardigd is. In het dagelijks leven wordt ieder moment vertrouwen beschaamd zonder dat dat tot rechtsgevolgen aanleiding mag geven. De gedachte dat men met het vertrouwensbeginsel het gehele recht kan herschrijven, getuigt daarvan. Men kan menen de beste gegadigde te zijn voor de gunning van een contract en de opdracht toch (terecht) naar de concurrent zien gaan. Schending van vertrouwen is dus op zichzelf niet bepalend, slechts de gerechtvaardigdheid telt in de heersende opvatting. Alle reden dus om aan die eis uitgebreid aandacht te besteden.

6. HET VERTROUWEN ONTLEED: DE GERECHTVAARDIGDHEID

6.1 Algemeen

De tot nu toe onderscheiden elementen bleken nuttige hulpmiddelen om het op zichzelf abstracte begrip vertrouwen nader te ontleden. Zeggen dat zij kunnen dienen om het juridisch relevante vertrouwen (dat tot rechtsgevolgen aanleiding geven kan) af te scheiden van het juridisch niet relevante, zou echter overdreven zijn. Die taak is in literatuur en rechtspraak traditioneel weggelegd voor het criterium van de 'gerechtvaardigdheid'. Hoewel de precieze formulering van auteur tot auteur en van uitspraak tot uitspraak⁸¹

78. HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 593 (O.J./G.J.R.): onzorgvuldigheid arts t.o. patiënt, mede in licht van vertrouwen patiënt in homeopathie; Rb. Maastricht 22 november 1979, *NJ* 1980, 655 (Dr. Y).

79. HR 27 maart 1992, *NJ* 1993, 188 m.nt. EAAL (Meijer/S.).

80. Zie als één voorbeeld uit vele de A-G Franx voor HR 27 maart 1987, *NJ* 1987, 727 m.nt. MS (Amsterdam/IKON): 'Als er geen vertrouwen is opgewekt, valt er geen vertrouwen te beschermen. (...) Het bestaan van vertrouwen is een minimumvoorwaarde voor het slagen van een beroep op het vertrouwensbeginsel'.

81. Het aantal varianten is groot: 'De gerechtvaardigde verwachting wekken' in HR 11 juni 1976, *NJ* 1977, 64 m.nt. WFP (Heerlen/Boels); 'mogen verwachten' in HR 24 juni 1977, *NJ* 1977, 49 m.nt. WHH/ARB (Diel/Bernhardi Stichting); verwachtingen 'waarop (de belanghebbende) zich in redelijkheid (...) mag beroepen' in HR 12 april 1978, *NJ* 1979, 533 m.nt. MS (Doorbraak); 'mogen vertrouwen' in HR 23 maart 1979, *NJ* 1979, 534 m.nt. MS (Oberman) en in HR 6 april 1979, *NJ* 1980, 34 m.nt. CJHB (Kleuterschool Babbel); 'in redelijkheid mogen vertrouwen' in Hof Amsterdam 10 mei 1979, *NJ* 1980, 369 (Knijn/Chevron) en in HR 11 maart 1988, *NJ* 1988, 580 m.nt. G (Bron/Bink); 'redelijkerwijze vertrouwen' in HR 13 juni 1980, *NJ* 1980, 589 m.nt. WMK (Stekelenburg/Benschop); 'de gerechtvaardigde indruk' in HR 5 november 1982, *NJ* 1984, 125 m.nt. CJHB (Ziekenfonds/Klijnsen); 'een rechtens te honoreren vertrouwen' in Hof Amsterdam 16 mei 1991, *NJ* 1992, 547 (Westra/Noord-Holland). Colijn,

verschilt, komt het er steeds weer op neer dat niet het vertrouwen op zichzelf bepalend is, maar dat slechts rechtsgevolgen kunnen worden opgelegd in geval het vertrouwen ook gerechtvaardigd is.⁸²

Voor ogen moet worden gehouden dat spreken van gerechtvaardigd vertrouwen slechts zinvol is indien het daadwerkelijk mogelijk is om criteria voor de gerechtvaardigdheid op te stellen. Anders is de toevoeging van die term immers slechts een verplaatsing van het probleem van welk *vertrouwen* tot rechtsgevolgen aanleiding kan geven naar welk *gerechtvaardigd* vertrouwen daartoe in staat is. Is het niet mogelijk om tot voldoende scherpe criteria te komen, dan kan met vertrouwen iedere gebondenheid worden verklaard en is het dus niet 'dragend'.

Dan past allereerst de opmerking dat ook de enkele gerechtvaardigdheid niet beslissend kan zijn voor de oplegging van rechtsgevolgen. Men mag redelijkerwijze verwachten dat wanneer men afsprekt op woensdagmiddag met een aantal vrienden een wandeling te zullen maken naar een buiten de gemeentegrenzen gelegen restaurant, die vrienden ook op het afgesproken tijdstip op komen dagen. Hen in rechte aanspreken wanneer zij niet komen kan evenwel niet. In die zin kan men — enigszins paradoxaal — ook gerechtvaardigd verwachten dat af en toe bestaande verwachtingen juist *niet* zullen worden ingelost.⁸³ Men zou strikt genomen dus moeten spreken van *juridische* gerechtvaardigdheid. Een dergelijk woordgebruik is echter weinig fraai en zal hier niet worden gehanteerd.⁸⁴

o.c., p. 18, wijst op het gebruik van 'een recht hebben te verwachten' in Hof Amsterdam 4 mei 1932, *NJ* 1933, 48. De formulering wordt sterk bepaald door de feitelijke instantie. Waar de Hoge Raad zelf formuleert, lijkt vanaf HR 16 mei 1986, *NJ* 1986, 723 m.nt. MS (Heesch/Van de Akker) een voorkeur te bestaan voor 'gerechtvaardigd vertrouwen'.

82. Aldus al de eerste vertegenwoordigers van de vertrouwensleer, bijv. Modderman, Wil of vertrouwen, *o.c.*, p. 42: 'Wie niet vana simplicitate deceptus est, heeft recht, moet recht hebben te vertrouwen'. Zie voorts Van der Heijden, De toerekenbare schijn, *o.c.*, p. 34 en Nieskens, *Het fait accompli*, p. 89 v., alsmede Loges, *Die Begründung*, p. 57; Picker, Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo, *o.c.*, p. 420; Eichler, Die Rechtslehre vom Vertrauen, *o.c.*, p. 18 ('Ein absoluter Vertrauensschutz ist dem Recht fremd') en Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 18 en 20.
83. Zie in dit verband Baker, From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation?, *o.c.*, p. 24, die stelt: 'Reasonableness may be a measure of conduct, but it is not a source of obligation'. Niet volstaat dus om gerechtvaardigdheid af te scheiden van enerzijds wantrouwen en van anderzijds lichtgelovigheid: *juridische* maatstaven zijn vereist.
84. Wordt gesproken van 'gerechtvaardigd' vertrouwen, dan zal dat niet zelden betekenen dat daarmee reeds de oplegging van het rechtsgevolg is gegeven. Het enkele feit van de gerechtvaardigdheid is dan voldoende. Andere keren zal naast de gerechtvaardigdheid nog aan andere eisen moeten zijn voldaan. Aldus kunnen drie niveau's worden onderscheiden: 1. het vertrouwen 2. het gerechtvaardigd vertrouwen en 3. het gerechtvaardigd vertrouwen dat rechtsgevolgen heeft. In Engeland en in de VS zou de gerechtvaardigdheid al in de term 'reliance' zitten, zo meent Nieskens, *Het fait accompli*, p. 92 nt. 352. Of dit juist is, mag worden betwijfeld, gelet op de pogingen die ook daar zijn gedaan om het rechtens relevante vertrouwen af te scheiden.

6.2 Criteria ter bepaling van de gerechtvaardigheid

Verskillende pogingen om criteria voor de gerechtvaardigheid van het vertrouwen uit te werken zijn gedaan. In het navolgende komen eerst twee in Duitsland verdedigde theorieën aan de orde: waar in Nederland meer uitgebreide theorieën op dit vlak vrijwel ontbreken, kan het Duitse recht als 'Fundgrube' dienen. Vervolgens wordt nader ingegaan op de in Nederland gebruikelijke benadering.

6.2.1 Von Craushaar en de 'Selbstschutz'

Een serieuze poging criteria op te stellen is ondernomen door Von Craushaar in zijn Keulse dissertatie.⁸⁵ Gedeeltelijk aansluitend bij het werk van Eichler,⁸⁶ zoekt hij het antwoord op de vraag of terecht een beroep op vertrouwen wordt gedaan in het criterium van de zogenaamde 'Selbstschutz'. Hieronder wordt verstaan de mate waarin men zelf maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat men onder invloed van een onjuiste voorstelling is geraakt. Vertrouwen is dan slechts gerechtvaardigd wanneer de vertrouwende *niet* het verwijt kan worden gemaakt dat hij die 'Selbstschutz' niet in acht heeft genomen.⁸⁷ In dat geval bestaat namelijk een voldoende 'Vertrauensgrundlage': de vertrouwende kan zeggen dat ieder ander in eenzelfde situatie ook vertrouwd zou hebben. Bepalend daartoe is welke 'zelfbeschermende' maatregelen in het concrete geval mogelijk, gebruikelijk en van de vertrouwende te vergen zijn, waarbij in het algemeen geldt dat naarmate de waarschijnlijkheid dat iets daadwerkelijk zo is, groter is, er minder maatregelen behoeven te worden genomen.

Met enkel deze regel — hoewel wel de belangrijkste categorie — komt Von Craushaar echter niet uit. Naast een gerechtvaardigd vertrouwen op grond van 'Selbstschutz' onderscheidt hij nog drie andere vormen. In de eerste plaats kan het zo zijn dat het vertrouwen op een 'normale Vertrauensgrundlage' is gebouwd: in dit geval wordt vertrouwd op (naleving van) een regel. Deze extra categorie is vereist omdat soms ook bij het nalaten van de vereiste maatregelen bescherming van vertrouwen plaatsvindt. Met name in het wegenverkeersrecht wordt ervan uitgegaan dat mede-verkeersdeelnemers zich overeenkomstig de regels gedragen. Wie nu niet bemerkt dat de tegenligger door rood licht is gereden, terwijl hij dat wel had kunnen bemerken en dus ter bescherming van lijf en goed maatregelen had kunnen nemen (door

85. *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 22 v.

86. Die Rechtslehre vom Vertrauen, o.c., p. 112. Ook hij spreekt van 'Selbstschutz', maar werkt die gedachte niet uit.

87. t.a.p.: 'Nur dann, wenn die Umstände so beschaffen sind, daß man auf sie vertrauen kann, ohne sich dem Vorwurf mangelnder Wahrnehmung zumutbaren Selbstschutzes auszusetzen, (...) ist das Vertrauen in vollem Umfang berechtigt'.

bijv. te remmen), vertrouwt wel degelijk gerechtvaardigd op een normconform gedrag.

De twee andere categorieën zijn de 'Vertrauenszwang' en de 'Vertrauensgestattung'. Van de eerste is sprake wanneer er geen andere keuze is dan te vertrouwen. Het kan dan heel concreet gaan om een situatie waarin men door een honds-dolle hond wordt nagezeten en een straat moet oversteken: men kan dan niet anders dan er op vertrouwen door het verkeer te worden ontweken.⁸⁸ 'Vertrauensgestattung' rechtvaardigt eveneens een vertrouwen en bestaat daaruit dat iemand (uitdrukkelijk of stilzwijgend) vertrouwen toelaat of daartoe uitnodigt. De vertrouwende neemt dan terecht aan dat iemand anders voor honorering van zijn vertrouwen zorg zal dragen. Zo kan men in de wilsverklaring een uitnodiging zien van de verklarende op de verklaring te vertrouwen.

Belangrijk is dat, indien eenmaal vastgesteld is dat het vertrouwen gerechtvaardigd is, dit in de opvatting van Von Craushaar ook nog in concreto bescherming moet vinden. Behalve de 'Schutzwürdigkeit', die in eerste instantie wordt vastgesteld, is er de 'Schutzbedürftigkeit' en daaraan voldoet 'nur solches Vertrauen, das nach gegebener Sachlage gegen seine Verletzung empfindlich ist'.⁸⁹ Met andere woorden: alleen dat vertrouwen verdient bescherming indien dat in het concrete geval in overeenstemming is met het rechtsgevoel.

Von Craushaars oplossing mag knap genoemd worden. Zijn verdienste ligt daarin dat hij als één der eersten in Duitsland een serieuze poging heeft gedaan criteria te geven voor verschillende groepen van gevallen waarin 'blind' vertrouwen moet worden afgescheiden van wel te beschermen vertrouwen. Toch is tegelijkertijd de vraag of zijn gecompliceerde oplossing met niet alleen voor elke groep verschillende criteria ter vaststelling van de mate waarin vertrouwen beschermd mag worden, maar met ook nog eens een tweede fase waarin wordt vastgesteld of dat ook in casu moet, niet een uiting is van de wens criteria op te stellen waar dat in verband met de grote diversiteit aan gevallen eigenlijk onmogelijk is.⁹⁰

6.2.2 De toerekening van Canaris en Colijn

In zijn uitgebreide en sterk op het Duitse positieve recht betrokken studie over de 'Vertrauenshaftung', biedt de Münchense hoogleraar Canaris een

88. Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 25 v., wijst er nog op dat de hedendaagse consument, gedwongen te voorzien in zijn levensbehoeften, ook weinig anders kan dan vertrouwen op een correct gedrag van de professionele wederpartij.

89. Von Craushaar, *Der Einfluß des Vertrauens*, p. 29. Eisen waaraan de vertrouwende persoon moet voldoen ook bij Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 503 v.

90. Zie voor detailkritiek op de eerste fase van afweging ook Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 99 v., Loges, *Die Begründung*, p. 61 v. en voorts *infra*, § 6.2.3.1.

eigen oplossing voor de bepaling welk vertrouwen relevant is en welk niet. Deze wordt hier te berde gebracht omdat zij laat zien hoe een uitgaan van de wettelijke toepassingen van het vertrouwensbeginsel een dwaalleer is.

De grondslag van het beginsel ziet Canaris in het samenspel van 'Selbstverantwortung' en 'Selbstbestimmung'.⁹¹ Daaronder worden dan veel, vooral wettelijke, toepassingen behandeld, waaronder bijvoorbeeld de verloving, de produktenaansprakelijkheid, de opgewekte schijn en de totstandkoming van de overeenkomst. Nadat hij aldus inductief de gevallen heeft beschreven, komt hij aan het eind van zijn boek tot een beschrijving van het algemene systeem der 'Haftung'.⁹² Naast de aanwezigheid van een omstandigheid die in staat is vertrouwen op te wekken (het zg. 'Vertrauensstatbestand') en toerekenbaarheid van het ontstane vertrouwen aan de wederpartij, moet het vertrouwen in voldoende mate 'schutzwürdig' zijn aan de zijde van de vertrouwende. Met deze drie criteria wordt het legitieme vertrouwen dan afgescheiden van het niet-legitieme.

Köndgen wijst er op dat met de beide genoemde achterliggende principes ter bepaling van de 'Vertrauenshaftung' door Canaris wel een zeer breed terrein wordt bestreken. Dat heeft het voordeel dat een grote systematische eenheid kan worden bereikt, maar dat gaat ten koste van de specificiteit en de mogelijkheid uniforme criteria ter bepaling van de legitimiteit van het vertrouwen op te stellen voor al die verschillende situaties.⁹³ Anderzijds maakt Canaris de vraag wanneer vertrouwd mag worden onvoldoende breed waar hij die alleen aan de hand van de wettelijke regelingen wil beantwoorden.⁹⁴

Bij de vraag hoe dit in concreto toepassing vindt, biedt Canaris echter weinig houvast. Gesteld kan worden dat bij Canaris uiteindelijk de toerekening als het ultieme criterium geldt.⁹⁵ Weliswaar worden ter uitwerking daarvan ook weer nadere criteria opgesteld, maar die verwijzen weer — net zoals de op zichzelf lege term toerekening dat doet — naar het geldende recht. Loges⁹⁶ merkt dan ook terecht op dat Canaris zijn niet nadere concretisering van het vertrouwensbeginsel rechtvaardigt met een keuze voor nauw aansluiten bij het positieve recht. Dat de prealabele vraag naar het hoe en

91. Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 440.

92. Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 490 v.

93. Zoals Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 102, zegt: wat heeft de toezegging van de werkgever een gratificatie te zullen verstrekken gemeen met de rechtsschijn in het waardepapierenrecht? Dit is 'Erarbeitung hochgeneralisierter Grundprinzipien'. Overigens erkent Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 4, dit gebrek zelf.

94. Zie Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 102-103. Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 4 stelt zelf: voor de concretisering van het vertrouwensbeginsel komt het aan 'auf die Wertungen des positiven Rechts und nicht auf irgendwelche apriorischen Überlegungen'.

95. Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 467 v.

96. Loges, *Die Begründung*, p. 61.

waarom van het vertrouwen dan niet meer kan worden gesteld is niet erg voor wie in het beginsel gelooft, maar wel twijfelachtig is of 'het positieve recht' in deze een maatstaf kan bieden nu de inpassing van het vertrouwen daarin juist als problematisch wordt ervaren.

In dit laatste opzicht komt de opvatting van Canaris overeen met die van A.J. Colijn. In zijn monografie over het wegenverkeersrecht stelt deze dat een vertrouwen slechts dan gerechtvaardigd is wanneer het berust op 'de door het recht erkende gronden'.⁹⁷ Deze omvatten dan — behalve wettelijke gronden — ook gronden van ongeschreven recht, waaronder 'in de rechtspraak wortelende regels en regels van gebruik en fatsoen alsmede ervaringsregels'. Daartegen kan eenzelfde bezwaar worden ingebracht: dit criterium is zo algemeen dat enige houvast praktisch ontbreekt. Zolang niet duidelijk is welke die 'door het recht erkende gronden' precies zijn, blijft het vertrouwensbeginsel in het duister gehuld.⁹⁸ Dit voert ons naar de opvatting die het devies van de vage maatstaf ook meer expliciet in het vaandel voert.

6.2.3 De gerechtvaardigheid van het vertrouwen bepaald door de redelijke persoon, door de omstandigheden van het geval of door 'toedoen'

Aparte bespreking verdient de bepaling van de gerechtvaardigheid van het vertrouwen aan de hand van open criteria. Hier zijn twee benaderingen te onderscheiden. Men kan bepalend achten waarop een redelijke persoon in een soortgelijk geval zou vertrouwen en men kan de omstandigheden van het geval laten spreken. Deze beide, in de praktijk belangrijkste, 'benaderingen' van het vertrouwensprobleem komen thans aan de orde. Bovendien moet, in verband met deze beide visies, nog worden ingegaan op de zg. 'toedoen-eis'.

6.2.3.1 De redelijke persoon als maatstaf

Onderdeel van de 'Selbstschutz'-theorie van Von Craushaar was dat een voldoende 'Vertrauensgrundlage' aanwezig is indien de vertrouwende kan zeggen dat ieder ander in eenzelfde situatie óók zou hebben vertrouwd. Deze maatstaf van de 'redelijke persoon' kan ook als zelfstandig criterium op het tableau worden gebracht.

Zo werd reeds in 1880 door Modderman gesteld dat slechts dat vertrouwen bescherming verdient dat op rechtmatige, objectieve 'voor ieder dwingende gronden' berust. Daarvan is sprake indien de omstandigheden van dien

97. De vertrouwensregel in het wegenverkeersrecht, *o.c.*, p. 18. Zie voor kritiek op Colijn ook G.J. Scholten, *Opgewekt vertrouwen in het privaatrecht*, *RMTh* 1984, p. 138.

98. Ook Van Dunné kan in deze 'toerekeningsleer' worden geplaatst. Zo merkt hij in zijn noot bij het Goudse handdruk-arrest (HR 14 januari 1983), *AA* 32 (1983) p. 509 op: men kan 'alle problemen het hoofd bieden door de norm van het gerechtvaardigde vertrouwen goed te hanteren'.

aard zijn 'dat ieder bonus paterfamilias onder gelijke omstandigheden moest vertrouwen'.⁹⁹ Wie regelmatig aandachtig een huis voorbij loopt en zegt dat het hem goed bevalt, wekt bij de eigenaar hoogstens de verwachting dat hij het wil kopen, maar een gerechtvaardigd vertrouwen bestaat niet; een goed huisvader kan dat in dit geval eenvoudigweg niet hebben.¹⁰⁰

Ook de wetgever refereert bij de totstandkoming der rechtshandeling in art. 3:35 BW aan deze notie.¹⁰¹ Het heet dat de vertrouwende partij de verklaring of gedraging van de wederpartij moet hebben opgevat 'overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen'. De gerechtvaardigheid wordt aldus afgemeten aan de redelijke persoon,¹⁰² waarbij met alle mogelijke omstandigheden rekening mag worden gehouden. Of men er op mag vertrouwen dat de door de boekhandel per fax medegedeelde prijs van 20,- voor een exemplaar van J.E. Goudsmits Pandekten-systeem de juiste is (en niet 200,- bedraagt), is daarvan afhankelijk of een redelijk persoon onder dezelfde omstandigheden de juistheid van de prijs had mogen aannemen.

Is het criterium van de redelijke persoon in staat om te bepalen welk vertrouwen gerechtvaardigd is? Het mag worden betwijfeld:¹⁰³

'Despite many judicial expeditions to find him, the reasonable man has not been reduced into captivity. In truth, as any man on the Clapham omnibus could tell us, the reasonable man does not exist at all'.

Als bezwaar tegen het criterium van de redelijke persoon kan worden ingebracht dat deze zg. objectieve maatstaf moeilijk kan worden afgescheiden van de maatstaf waaraan de specifieke persoon in concreto moet worden getoetst. Hij kan slechts worden 'gevangen' door te kijken naar wat in casu de omstan-

99. Modderman, Wil of vertrouwen, *o.c.*, p. 48, zich te weer stellend tegen Pols, die (*Hand. NJV* 1877, II, p. 99) de 'nieuwe leer' had beschuldigd uit te gaan van een te vaag vertrouwen. Pols zei: 'Ik vraag of men niet met het volste recht kan zeggen dat men met zulk eene theorie *in's Blaue hinein* komt? (curs. in orig.)'.

100. Ook Thiel, De goede trouw van derden, *o.c.*, p. 82 hanteert als objectief criterium de indruk die 'ieder ander redelijk mensch met normale kennis in dezelfde omstandigheden zou hebben verkregen'.

101. Vgl. de PG Boek 6, p. 175 (MvA II). In het Ontwerp-Meijers van art. 3:35 BW kwam de term 'een redelijk oordelend mens' ook expliciet voor.

102. Het is niet eenvoudig een vertaling te vinden voor de Engelse term 'reasonable man', die precies aangeeft waarom het gaat. In het OM van het huidige art. 3:11 BW werd gesproken van een 'normaal persoon'; terecht wordt op dat begrip kritiek geuit in het VV II (PG Boek 3, p. 105; vgl. de MvA II, p. 106), omdat die toets 'onvoldoende genuanceerd' is: er kan geen rekening worden gehouden met bijzondere deskundigheid of met juist geringer inzicht (onervarenheid etc.).

103. Baker, From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation?, *o.c.*, p. 33.

digheden waren.¹⁰⁴ In het geval van Goudsmits meesterwerk is de vraag wat een redelijke koper is er geheel van afhankelijk wat *deze* koper mocht verwachten. In die zin is het vaststellen van *de* redelijke persoon onmogelijk en komt alles aan op de omstandigheden van het geval.

Daarnaast geldt nog dat, indien men er toch in is geslaagd de redelijke persoon te isoleren, dat nog niet betekent dat zijn vertrouwen ook maatgevend is voor het al dan niet intreden van rechtsgevolg. Zo mag men wel degelijk 'gerechtvaardigd' vertrouwen op de mededeling, gedaan door een autohandelaar met een slechte reputatie, hoewel een redelijke persoon dat hoogstwaarschijnlijk niet gedaan zou hebben. Anderzijds mag men juist niet vertrouwen op de juistheid van de registers, indien men beter weet, hoewel de redelijke persoon wellicht niet beter op de hoogte was geweest.¹⁰⁵ Met de verwerping van de 'redelijke persoon' als maatstaf wordt men terug verwezen naar de feiten van het geval.

6.2.3.2 De omstandigheden van het geval

Een aantal auteurs heeft onomwonden gesteld dat slechts de omstandigheden van het geval¹⁰⁶ of 'de goede trouw'¹⁰⁷ bepalend kunnen zijn voor de vraag welk vertrouwen bescherming verdient. Wie de in rechtspraak en literatuur voor de toepasselijkheid van art 3:35 BW relevante factoren naloopt, ziet dat bijvoorbeeld worden genoemd de aard van de rechtshandeling, de deskundigheid van partijen, de voor- en nadelen die de bij de handeling betrokken partijen kunnen lijden en de mogelijkheid van onderzoek naar de wil van de wederpartij.¹⁰⁸

Wat die laatste factor aangaat, moet worden gewezen op art. 3:11 BW. Hierin is aangegeven dat de goede trouw van een persoon onder meer ont-

104. Reeds L.M. Rollin Couquerque, *Tweeërlei dogma*, diss. Utrecht 1893, Den Haag 1893, p. 83 leverde deze kritiek op Moddermans 'bonus paterfamilias': 'Wat een "Durchschnittsmensch" is, hangt evenzeer van het verkeer af'.

105. Vgl. art. 3:25 BW.

106. In deze zin bijv. *Asser-Hartkamp* II, no. 110; G.J. Scholten in zijn noot bij HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Misverstand): de objectieve maatstaf is 'volstrekt afhankelijk van alle omstandigheden van het geval' (curs. in orig.); vgl. *PG* Boek 6, p. 72 v. (OM en MvA II), alsmede G.H.A. Schut, Bbespr, *WPNR* 5204 (1973), p. 66. En de Zwitser Arthur Meyer-Hayoz, *Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluß*, diss. Aarau 1948 [= *Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft*; Neue Folge 151], p. 112, alsmede Michael Bohrer, *Die Haftung des Dispositionsgaranten*, Ebelbach 1980, p. 309.

107. Van Dunné, *Normatieve uitleg, passim*. Aldus in wezen ook Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 526. Dat ook Eichler, *Die Rechtslehre vom Vertrauen*, p. 36, de goede trouw als criterium neemt, zoals Loges, *Die Begründung*, p. 58, lijkt te menen, kan ik niet zien.

108. Vgl. *Asser-Hartkamp* II, no. 110.

breekt¹⁰⁹ indien hij de relevante omstandigheden had *behoren* te kennen. Daarmee krijgt de onderzoeksplicht een grote betekenis toebedeeld bij de vraag welk vertrouwen precies relevant is. Indien men niet het onderzoek verricht dat van deze persoon mag worden verwacht, is het beroep op vertrouwen daarmee uitgesloten. Ook hier geldt echter dat inzake de vraag *of* de onderzoeksplicht bestaat, een concreet criterium ontbreekt.

Met deze nadruk op de omstandigheden¹¹⁰ mag het mogelijk zijn tot een juist resultaat te komen, de hier verrichte exercitie had nu juist ten doel om uit de veelheid aan in het concrete geval voorliggende omstandigheden die te selecteren die in staat zijn gerechtvaardigd van niet-gerechtvaardigd vertrouwen af te grenzen. Wil men de vertrouwensleer tot een systematisch geheel uitbouwen, dan moeten dergelijke algemene criteria worden opgesteld. In de praktijk blijkt echter slechts één meer algemene eis aan het gerechtvaardigde vertrouwen te worden gesteld. Deze 'toedoen'-eis komt thans aan de orde.

6.2.3.3 De toedoen-eis

De omstandigheden van het geval mogen bepalend zijn voor de al dan niet gerechtvaardigheid van het vertrouwen, als eis wordt steeds gesteld dat het vertrouwen moet zijn veroorzaakt door enig 'toedoen' van de wederpartij. Met name in geval van onbevoegde vertegenwoordiging kan een gebondenheid van de achterman slechts intreden indien deze zelf door een verklaring of gedraging de indruk heeft gewekt dat de vertegenwoordiger wel bevoegd was.¹¹¹ Maar ook bij de totstandkoming van de overeenkomst is het 'Veranlassungsprinzip' bepalend omdat alleen indien het vertrouwen haar oorsprong vindt in enige verklaring of gedraging van de nolens dit gerechtvaardigd is. Een willekeurige derde, die buiten de betrokken verhouding staat, kan niet worden aangesproken.¹¹²

Is deze eis van enig toedoen van de wederpartij van de nolens in staat om het enig relevante vertrouwen te isoleren? De toedoen-eis leidt een ietwat schemerig bestaan. Enerzijds is ongetwijfeld juist dat men een ander slechts kan aanspreken indien hij op enigerlei wijze heeft *veroorzaakt* dat een

109. Ten opzichte van de oorspronkelijk tekst een omkering. Zie de PG Boek 3 (Inv.), p. 1027 v.

110. Zie uit de rechtspraak bijv. nog HR 28 oktober 1994, RvdW 1994, 223 (Citronas/Rotterdam), waarin betrekkelijk principieel wordt overwogen dat bij de beantwoording van de vraag of in casu vertrouwen bestaat 'met alle omstandigheden van het geval' moet worden rekening gehouden.

111. Zie art. 3:61 lid 2 BW en grondlegend HR 6 mei 1926, NJ 1926, 721 (Vas Dias/Salters). Zie over de 'toedoen-eis' verder H.R. Hoetink, Rechtsschijn en goede trouw, oorspr. 1940, in: *Rechtsgeleerde opstellen*, Alphen aan den Rijn, 1982, p. 193 v.

112. Zie reeds Modderman, Wil of vertrouwen, o.c., p. 44, die spreekt van een 'gewettigd op objectieve gronden steunend vertrouwen, door den schuldenaar zelve gewekt'.

onterechte indruk is ontstaan.¹¹³ Anderzijds moet echter de vraag worden gesteld wat dit toedoen anders is dan een gewone causaliteit tussen de ontstane indruk en de handeling van de nolens. Meer dan dat er *een* verband is, zegt de toedoen-eis niet. De vraag of dit verband ook moet leiden tot gebondenheid wordt er niet mee beantwoord.

Dit blijkt ook nu in de praktijk geen nadere eisen aan het toedoen worden gesteld. Zo is verwijtbaarheid van degene ten koste van wie de bescherming van het vertrouwen geschiedt, niet vereist.¹¹⁴ Het zijn wederom alle mogelijke omstandigheden die bij de invulling van de toedoen-eis een rol spelen en daarmee worden we eigenlijk verwezen naar de gedachte dat iemand een handeling moet worden *toegerekend*. Dat is zeker waar, maar veel verder brengt het ons niet.¹¹⁵

6.3 De gerechtvaardigheid van het vertrouwen als non-maatstaf

Geen der in deze paragraaf behandelde opvattingen bleek in staat om het 'blinde' vertrouwen af te grenzen van het gerechtvaardigde vertrouwen dat wel tot rechtsgevolgen aanleiding geeft. Alle criteria die zijn voorgesteld, bleken uiteindelijk, al dan niet expliciet, te moeten verwijzen naar de omstandigheden van het geval.

Gesteld tegenover dit gegeven, kan men twee kanten op. Enerzijds kan men trachten alsnog criteria voor de gerechtvaardigheid uit te werken. Anderzijds kan men een oorzaak zoeken waarom alle tot nu toe gedane pogingen gerechtvaardigd van ongerechtvaardigd vertrouwen af te scheiden, als mislukt kunnen worden beschouwd. Is het misschien zo dat alle pogingen daartoe ook tot mislukken zijn gedoemd?¹¹⁶

Inderdaad is aan het vertrouwen een eigenschap eigen die nadere afgrenzing onmogelijk maakt. In paragraaf 2.3 is uiteengezet hoe het beginsel in staat is het bestaande stelsel te *herschrijven*. Dit was alleen mogelijk dankzij de algemeenheid van het vertrouwen, die samenhang met de (interne) werking

113. Vgl. *Asser-Van der Grinten I* (De vertegenwoordiging), 7e dr., Zwolle 1990, no. 39.

114. Zie t.a.v. art. 3:61 lid 2 BW de *PG* Boek 3, p. 175-176 (MvA II) en *PG* Boek 3 (Inv.), p. 1181 (MvA II). Vgl. Kritisch Jan Aarts, De rechtshandeling: wil of vertrouwen?, *AA* 30 (1981), p. 404-405.

115. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 98, noemt terugvallen op goede trouw of 'zuverlässigkeit' zelfs een tautologie. Zie ook Loges, *Die Begründung*, p. 61 en Meijers, De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen, oorspr. 1921, in: *VPO*, dl. III, p. 84: dat 'begrippen met vage omlijning als het opgewekt vertrouwen, eischen der redelijkheid enz. ons slechts weinig kunnen baten'.

116. Dit wordt — in wisselende bewoordingen — beweerd door onder meer Nieskens, *Het fait accompli*, p. 89 v. en de daar genoemde R.E. Barnett ('A reliance theory does not specify which types of reliance merit protection and which do not'), Baker, From Sanctity of Contract to Reasonable Expectation?, o.c., p. 33 en Larenz, *Methodenlehre*, p. 57. Zij geven echter niet aan *waarom* dit het geval is. Dat vertrouwen wel concretiseerbaar is, meent Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 106.

van de redelijkheid en billijkheid. Overal waar met bestaande regels niet wordt uitgekomen, is het vertrouwensbeginsel zo algemeen dat dit zich als gedragsnorm op de voorgrond kan dringen. Daar dit alleen geschiedt bij gebreke van meer concrete regels, is het vertrouwen dan echter slechts een vangnet. Men kan dit zo weergeven dat voor die gevallen *de keuze* voor een regel niet kan worden gemaakt, zodat het vertrouwen als de beslissing legitimerend blijft staan, waar in het geval van wel bestaande regels de betekenis van de goede trouw slechts is dat de keuzevrijheid van de rechter bestaat.¹¹⁷

Hiermee is aangegeven dat de concretisering van de gevallen waarin een beroep wordt gedaan op vertrouwen, zal dienen te geschieden naar andere maatstaven dan die, die uit het vertrouwen zelf kunnen worden afgeleid. Het vertrouwen als zodanig kan, waar nadere criteria ter uitwerking ervan steeds weer moeten verwijzen naar de omstandigheden van het geval, nooit tot een dragende *dogmatische* categorie worden omgevormd.

7. HET VERTROUWENSBEGINSEL ALS JANUSHOOFD

Als het centrale thema van dit hoofdstuk werd gepresenteerd de vraag waarom nu juist het vertrouwen in het burgerlijk recht een zo belangrijke rol is gaan spelen. Dit vraagstuk lijkt misschien in het voorafgaande op de achtergrond te zijn geraakt nu vooral is ingegaan op de al dan niet 'dragendheid' van vertrouwen als rechtscategorie. Dit is echter slechts schijn. Dat het vertrouwensbeginsel niet in staat is om gerechtvaardigd van niet gerechtvaardigd vertrouwen af te scheiden, is namelijk juist de reden waarom het vertrouwen zo belangrijk kon worden.

Ondanks die openheid wordt het beginsel namelijk wel als ethisch hoogstaand en *dus* als in voldoende mate legitimerend beschouwd, waar de redelijkheid en billijkheid een slechte naam heeft. De rechtstoepasser kan het beginsel zo goed hanteren ter beargumentering van een beslissing waar nadere maatstaven ontbreken.¹¹⁸ 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 gelet op de eisen van het dogmatisch stelsel zo algemene maatstaf dat iedere gebondenheid er mee kan worden verklaard.¹¹⁹

117. Omdat dan de 'sprong' naar de wel aanwezige standaardsituatie kan worden gemaakt. Vgl. *supra*, hoofdstuk III, § 2.2.2.

118. Vgl. zijdelings Klaus J. Hopt, *Nichtvertragliche Haftung*, AcP 183 (1983) p. 640 en eveneens kritisch Georg Wolfgang Mincke, *Privaatrecht en pluralisme*, oratie Maastricht 1992, Deventer 1992, p. 9 v.

119. Vertrouwen is een 'Entscheidungsmaxime' voor de rechter van geval tot geval. Vgl. Hans Huber, *Vertrauensschutz; ein Vergleich zwischen Recht und Rechtsprechung in der Bundesrepublik und in der Schweiz*, in: *Verwaltungsrecht zwischen Freiheit, Teilhabe und Bindung; Festgabe aus Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverwaltungs-*

Het vertrouwensbeginsel dient aan ons thans nog slechts één gezicht te tonen. Het is dat van het vage beginsel dat al te lang los is blijven staan van het minder problematische deel van het verbintenissenrecht en daarmee in verband moet worden gebracht.¹²⁰ Dat dat per definitie ook *mogelijk* is volgt uit de in hoofdstuk II verwoorde dogmatische opvatting. Dit betekent concreet dat binnen het bestaande recht op zoek wordt gegaan naar alternatieve criteria voor gebondenheid. We zijn, met de verwerping van vertrouwen als dragende categorie, terug bij af.

gerichts, München 1978, p. 319 en Condonari, *Recht und Risiken*, o.c., p. 223-224: 'Das credere ist das Bewegende aller Ansprüche des Verkehrslebens'.

120. Op de noodzaak daarvan wordt, in ander verband, ook gewezen door Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 411, door Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 101 en door Atiyah, *Pragmatism and Theory*, p. 174.