



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).

De bronnen van verbintenis

1. INLEIDING: SCHETS VAN DE PROBLEMATIEK

1.1 *Gang van het betoog*

In het voorafgaande is het vertrouwensbeginsel gewogen en te licht bevonden om een gewenste gebondenheid in de door ons als problematisch aangeduide gevallen te rechtvaardigen. Weliswaar was de aantrekkingskracht van bij uitstek dat rechtsbeginsel uitstekend te verklaren, aan de door ons opgestelde criteria kon het niet voldoen. De in de eerste hoofdstukken uiteengezette visie op het burgerlijk recht scheidt de verplichting om binnen de daar aangegeven kaders naar alternatieven te zoeken.¹ Die speurtocht zal moeten worden aangevangen in wat — anders dan het vertrouwensbeginsel — als het traditionele milieu van het vraagstuk der gebondenheid kan worden beschouwd: dat van de bronnen van verbintenis.

Alvorens in te gaan op het bronnenstelsel, moet evenwel eerst nog het een en ander worden gezegd over de verbintenis zelf. De vraag wat een verbintenis is, gaat immers logisch genomen vooraf aan die wanneer zij bestaat. Dit betekent dat wederom zal moeten worden teruggегреpen op een aantal theoretische en historische noties van burgerlijk recht. De traditie waarvan in hoofdstuk II sprake was, blijkt wel bij uitstek op dit terrein: het denken in termen van bronnen van verbintenis is sinds de Romeinse tijd gebruikelijk. Dat scheidt aan de andere kant wel het probleem hoe nog een enigszins systematische weergave van de materie mogelijk is: niet alleen is over de voor het stelsel van het vermogensrecht belangrijke vraag wat eigen is aan de verbintenis, en waarin deze verschilt van de zogenaamde algemene rechtsplicht, zeer veel geschreven, ook aangaande de afzonderlijke bronnen van verbintenis zelf bestaat een beangstigend grote hoeveelheid literatuur.

De hier gekozen benadering bestaat daarin dat eerst wordt aangegeven wat het 'klassieke' model inzake de verbintenis is. Tot een weergave daarvan kunnen we ons ook al laten verleiden omdat dit model in hoofdlijnen is neer-

1. Zie voor een andere benaderingswijze van binnen het bestaande rechtstelsel nieuwe wegen zoeken Marian Paschke, *Außervertragliche Sozialbeziehungen — Eine Herausforderung der zivilrechtlichen Dogmatik*, *AcP* 187 (1987), vooral p. 70.

gelegd in het BW van 1992. Dit heeft het risico dat wordt gemeld wat genoegzaam bekend is bij de lezer, maar aan de andere kant kan de weergave als uitgangspunt dienen voor een kritische beschouwing. Vervolgens wordt de vraag gesteld waartoe het onderscheid tussen rechtsplicht en verbintenis eigenlijk dient; daartoe zullen enkele elementen van de verbintenis nader aan de orde worden gesteld. Daarna is de weg vrij voor de bronnen van verbintenis zelf.

1.2 De in het BW neergelegde klassieke opvatting inzake verbintenis en bron

De wetgever heeft op het voetspoor van oorspronkelijk ontwerper Meijers een scherp onderscheid gemaakt tussen enerzijds de verbintenis — die overigens niet nader wordt gedefinieerd² — en anderzijds de algemene rechtsplicht. Van een verbintenis is sprake waar met de rechtsplicht, die bestaat in een plicht om rechtens op een bepaalde wijze te handelen, een subjectief vermogensrecht correspondeert. Kunnen zo onder rechtsplichten velerlei soorten verplichtingen vallen, bijv. die om zorgvuldig of in overeenstemming met de wet te handelen,³ slechts die rechtsplichten van personen waartegenover een subjectief recht van de crediteur staat, zijn verbintenis.⁴

Hiermee is de bepaling van de verbintenis dus afhankelijk van wat onder subjectief recht moet worden verstaan. De wetgever wenst houvast te geven met de bepaling van art. 3:6, waarin vermogensrechten worden gedefinieerd als 'rechten die, hetzij afzonderlijk hetzij tezamen met een ander recht, overdraagbaar zijn, of er toe strekken de rechthebbende stoffelijk voordeel te verschaffen, ofwel verkregen zijn in ruil voor verstrekt of in het vooruitzicht gesteld stoffelijk voordeel'. Dat is een ruime omschrijving, die ruimte laat voor het aannemen van subjectieve rechten óók in andere gevallen dan de genoemde.⁵

Belangrijk is nog dat in de visie van de wetgever dit onderscheid tussen algemene verplichtingen en verbintenissen de basis vormt van een ander onderscheid, namelijk dat tussen onrechtmatige daad en overeenkomst.

2. Zie de PG Boek 6, p. 37 (TM), waar wordt gesteld dat de wetgever het opstellen van een definitie van het begrip verbintenis aan de wetenschap overlaat. Instemmend J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht*, dl. 2, p. 184 en Schoordijk, *Het algemeen gedeelte*, p. 11. Vgl. E.M. Meijers, *Dogmatische rechtswetenschap*, diss. Amsterdam 1903, p. 141 v., idem in *Algemene Begrippen*, p. vii-viii; principieel anders G.J. Scholten, *Grondslag en bronnen van verbintenissen* (Mon. NBW A-2), p. 5-6.
3. PG Boek 6, p. 38 (TM): 'wettelijke rechtsplichten en betamelijkheidsplichten', alsmede die op grond van aan personen toekomende absolute rechten. G.J. Scholten, Mon. NBW, o.c., p. 14 ziet rechtsplichten daar aanwezig waar een rechtsbron iemand een plicht oplegt 'zodat hij iets moet doen of laten'.
4. Deze opvatting is in die zin 'klassiek' dat zij ook wordt aangehangen door het merendeel der auteurs. Zie bijv. G.J. Scholten, Mon. NBW, o.c., p. 7 v.
5. Dat de omschrijving niet uitputtend bedoeld is, blijkt uit de PG Boek 3, p. 91 (MvA II). Vgl. p. 90 (TM).

Schending van een rechtsplicht levert een onrechtmatig handelen op in de zin van art. 6:162 BW, terwijl het 'niet-nakomen' van verbintenissen (die in het gematigd open stelsel van art. 6:1 slechts beperkt kunnen ontstaan) wordt geregeld in de artt. 6:74 e.v. en dus in oude terminologie is te betitelen als 'wanprestatie'.⁶

Aldus is een uiterst flexibel stelsel geschapen. Eigenlijk is de enige regel die de wetgever opstelt dat bij aanwezigheid van (niet nader gedefinieerde) subjectieve rechten een (niet nader gedefinieerde) verbintenis bestaat, waarvan de niet-nakoming wanprestatie oplevert, terwijl andere gevallen van schending van verplichtingen een onrechtmatige daad opleveren. De invulling van de verschillende denkcategorieën wordt aldus geheel aan wetenschap en praktijk overgelaten.⁷ Dat is enerzijds juist, namelijk in die zin dat juist op dit terrein de ontwikkelingen snel gaan en de wettelijke regeling geen sta in de weg mag zijn voor het aannemen van gewenste gebondenheden.

Dat anderzijds *iedere* inhoudelijke bepaling van het begrip verbintenis ontbreekt, lijkt evenwel ook niet geheel zuiver. In het 'neutrale' stelsel van de wetgever wordt de inhoud van de verbintenis bewust niet aangegeven, maar de vraag is of hij niet met de ene hand een vrijheid geeft, die hij met de andere hand weer neemt. De vraag namelijk *wanneer* sprake is van een (bron van) verbintenis, wordt door de wetgever wel degelijk met een zekere stelligheid beantwoord. Dat zou geen bezwaar zijn wanneer de vraag *wat* een verbintenis is, kan worden beantwoord los van die *wanneer* een verbintenis bestaat.⁸ Is dit echter onmogelijk — zoals in het navolgende wordt beweerd — dan is de wettelijke regeling niet zo vrij als op het eerste gezicht lijkt en, belangrijker, is het wel degelijk mogelijk om 'de verbintenis' ook inhoudelijk te bepalen. Daartoe zal thans een poging worden gedaan.

2. NADERE BEPALING VAN DE VERBINTENIS

2.1 Inleiding. De eigen plaats van de verbintenis

De eerste vraag die aan de orde moet komen, is wat voor nut er bij is betrokken om de verbintenis een aparte plaats te geven in het systeem van het vermogensrecht. Die vraag kan uiteraard ook andersom worden gesteld voor de rechtsplicht, maar daar de laatste vooral een negatieve categorie is, die in de

6. Zie de *PG* Boek 6, p. 38-39 (TM) en p. 43 (MvA II).

7. Ook aan de praktijk, nu deze toch in de haar voorgelegde concrete gevallen zal dienen te bepalen of een subjectief recht c.q. verbintenis aanwezig is.

8. Vgl. nog Van Dunné, *Verbintenissenrecht*, dl. 2, p. 184.

heersende leer slechts dient om de tegenstelling met de vanouds bestaande categorie der verbintenis aan te geven,⁹ ligt dat minder voor de hand.

In diezelfde heersende opvatting is de vraag naar het nut van een aparte categorie verbintenis onomstreden.¹⁰ In het BW is zij de basis voor de toepasselijkheid van de bepalingen omtrent niet-nakoming, ongeacht de vraag waaruit de verbintenis is ontstaan. In een wettelijk stelsel bestaat immers behoefte aan een term waarmee de tussen personen bestaande verhouding kan worden aangeduid en waaraan — ongeacht de wijze van ontstaan — uniforme rechtsgevolgen kunnen worden verbonden (nl. de mogelijkheid van nakoming en bij schending daarvan het kunnen vorderen van schadevergoeding). Met de constatering dat aan de verbintenis aldus om een 'economische' reden een aparte plaats toekomt, is echter nog niets gezegd over de vraag wat zodanig eigen is aan de verbintenis dat deze ook materieel — buiten het systeem van de wet om — apart moet worden gezien. Deze vraag kan slechts worden beantwoord door de wet te laten voor wat zij is en ons af te vragen wat een verbintenis 'eigenlijk' is en waarin deze verschilt van de rechtsplicht.

2.2 De mate van verdichting als bepalende factor

Een gebruikelijke omschrijving van de verbintenis¹¹ is die van een vermogensrechtelijke rechtsbetrekking tussen twee of meer bepaalde of bepaalbare personen, op grond waarvan de een jegens de ander tot een prestatie gerechtigd is, tot welke prestatie de ander jegens de een verplicht is.¹² Deze ruime omschrijving krijgt reliëf ten opzichte van de rechtsplicht wanneer de drie

9. Vgl. H. Drion, Aansprakelijkheid voor andermans fouten, oratie Leiden 1958, in: *Geschriften van H. Drion*, Deventer 1982, p. 84.
10. Vgl. *Asser-Hartkamp I*, no. 11.
11. Verwarring ligt op de loer, waar het begrip 'verbintenis' op twee manieren wordt gebruikt. In de eerste plaats als rechtsbetrekking (Justinianus *Inst.* III, 13, pr.: 'obligatio est iuris vinculum...'), in de tweede plaats als verplichting (de passieve zijde van de rechtsverhouding). De eerste betekenis komen we tegen bijv. in art. 6:30, de tweede onder meer in art. 6:1 BW. In de tweede betekenis valt de verbintenis samen met de rechtsplicht. Men vgl. Peter Birks, Obligations: One Tier or Two? in: *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London 1983, p. 18.
12. Vgl. de omschrijvingen bij *Asser-Hartkamp I*, no. 6; Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 1 v.; Larenz, *Allgemeiner Teil*, p. 194; Pitlo, *Algemeen Deel van het Verbintenissenrecht*, 8e dr., bew. door F.H.J. Bolweg, Arnhem 1979, p. 2 en Eggen, *De bronnen van verbintenis*, p. 236. Overigens hanteert ook de wetgever zelf, ondanks de afkeer van een definitie, een omschrijving, *PG Boek 6*, p. 38 (TM): 'Bij een verbintenis staat tegenover de rechtsplicht van de één een vorderingsrecht van de ander, dat (...) in het algemeen overdraagbaar en executabel is'. Een definitie geïnspireerd door de 'toerekeningsleer' bij Van Dunné, *Verbintenissenrecht*, dl. 2, p. 185.

elementen, een betrekking, een aantal personen en een prestatie, nader worden uitgespit.¹³

Als het ongetwijfeld belangrijkste element in de omschrijving moet worden aangemerkt dat een 'betrekking' bestaat. Deze factor kan worden beschouwd als het angelpunt van het hele onderscheid tussen rechtsplicht en verbintenis.¹⁴ Het probleem namelijk van een treffende definitie van de verbintenis is dat enige verhouding tussen personen *altijd* bestaat en dat de vraag slechts is wanneer de verhouding zodanig verdicht is dat van een verbintenis kan worden gesproken.¹⁵ Het is deze vraag die men tracht te beantwoorden aan de hand van de elementen van een aantal personen en een subjectief recht; zij worden nu achtereenvolgens voor het voetlicht gebracht.

2.3 *Individualisering der betrokken personen; rechtsplicht en verbintenis*

Als onderscheiden element van de verbintenis kwam naar voren dat deze bestaat in een verhouding tussen twee of meer *bepaalde of bepaalbare* personen. Het is dit criterium dat direct verwijst naar de voor de verbintenis essentieel geachte verdichting van de verhouding. Niet zomaar iedere relatie tussen personen levert een verbintenis op, maar slechts die, die in voldoende mate naar de individuen is geconcretiseerd.

In de gebruikelijke terminologie spreekt men juist in dit verband van rechtsplichten en verbintenissen. Zolang nog slechts sprake is van een algemene verplichting, die iedereen heeft jegens één of meer bepaalde gerechtigden, is er een rechtsplicht;¹⁶ zodra deze door het recht opgelegde plichten om iets te doen of na te laten¹⁷ (zoals handelen in overeenstemming met de

13. Die verhouding is behalve *vermogensrechtelijk* ook *rechtsverhouding*. Op de afgrenzing met bijv. familierecht of natuurlijke verbintenis wordt hier niet ingegaan. Zie *Asser-Hartkamp* I, no. 6 v.
14. Vgl. Ph.A.N. Houwing, *Subjectief Recht, Rechtssubject, Rechtspersoon*, diss. Leiden 1939, Zwolle 1939, p. 39: het verschil tussen zakelijk en persoonlijk recht ligt enkel in het aantal der gebonden personen; vgl. J.M.M. Maeijer, *Matiging bij schadevergoeding*, diss. Nijmegen 1962, Breda 1962, p. 37 v. Ook Van Dunné's betoog in *Verbintenissenrecht*, dl. 2, p. 187 lijkt deze sfeer te ademen. Zie voor Duitsland nog Paschke, *Außervertragliche Sozialbeziehungen, o.c.*, p. 62.
15. Vgl. Drion, *o.c.*, p. 82-83: een verbintenis als 'een concrete geïndividualiseerde rechtsverhouding'. Instemmend H.J. de Kluiver, *Onderhandeling en wetgeving*, *WPNR* 5816 (1987), p. 80 v. Vgl. H.C.F. Schoordijk, *De toepasselijkheid van buitencontractuele diligentie-normen in contractuele verhoudingen*, *WPNR* 4810-4812 (1964), p. 190: 'een persoonlijk geconcretiseerde rechtsbetrekking'; Schut, *o.c.*, p. 100 en B. Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, diss. Amsterdam VU 1988, Zwolle 1988, p. 72: 'een concrete, op de personen betrokken vorm'. Naast deze individualisering (naar personen) kan worden gesproken van een concretisering (naar de prestatie). Zie ook Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*, p. 113, alwaar oudere literatuur.
16. Zoals in het geval van absolute en zakelijke rechten. Zie Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 83.
17. Vgl. Scholten, *Mon. NBW, o.c.*, p. 14.

verkeersregels of niet handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheid) voldoende zijn toegesneden op de er bij betrokken personen (een bepaalde schuldenaar tegenover één of meer bepaalde gerechtigden), kan van een verbintenis worden gesproken.¹⁸

Nu is dit criterium van de individualisering der betrokken personen problematisch. Een aantal auteurs¹⁹ heeft er op gewezen dat van de veelheid aan algemene rechtsplichten slechts een klein gedeelte uiteindelijk juridische relevantie heeft: namelijk die rechtsplichten die worden geconcretiseerd door de gebeurtenissen die zich in casu voordoen. Alsdan vindt echter ook gelijk een individualisering der betrokken personen plaats. Schending van de rechtsplicht levert dan een verbintenis op tussen de betrokkenen. Bij onrechtmatig handelen is dat op het moment van de daad; bij onrechtmatig nalaten als de feitelijke situatie zo komt te liggen dat op grond daarvan enigerlei gedrag mag worden gevorderd.²⁰ Om een bekend voorbeeld aan te halen: de rechtsplicht van de bovenbuur de hoofdkraan af te sluiten wanneer daarom wordt verzocht op het moment dat schade door wateroverlast bij de onderbuur dreigt te ontstaan, wordt eerst rechtens relevant op het moment dat ook daadwerkelijk de waterleiding springt en de onderbuur een dergelijk verzoek doet.²¹ Dan ontstaat een verbintenis, waarvan schending niet-nakoming (wanprestatie) oplevert. Aldus is iedere rechtsplicht in concreto tevens een verbintenis en is onrechtmatig handelen tevens wanprestatie.²²

Genoemde auteurs hebben het gelijk aan hun zijde waar zij stellen dat de individualisering der betrokkenen eerst plaatsvindt indien de rechtsplicht wordt geschonden. Bovendien bestaat de mogelijkheid nakoming te vorderen zowel in geval van een verbintenis als in geval van een dreigende onrechtma-

18. Vgl. C.A. Boukema, *Civielrechtelijke samenloop*, diss. Leiden 1966, Zwolle 1966, p. 113, Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, p. 72 en p. 100 en *Asser-Hartkamp II*, no. 8.
19. Vooral Eggens, *De bronnen van verbintenis*, p. 246 v. Idem Maeijer, *Matiging van schadevergoeding, o.c.*, p. 37; Schoordijk, *De toepasselijkheid, o.c.*, p. 190 alsmede *Het Algemeen Gedeelte*, p. 5; voorts Boukema, *Civielrechtelijke samenloop, o.c.*, p. 114 en Van Dunné, *Normatieve Uitleg*, p. 202 v. (vgl. *WPNR* 5371 (1976) p. 752) en *Verbintenissenrecht*, dl. 2, p. 193 v.
20. Eggens, *De bronnen van verbintenis*, p. 246-247.
21. HR 10 juni 1910, *W* 9038 (Zuthphense waterleiding). Zie Eggens, *Iets over den samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere oorzaak, oorspr.* 1923, in: *VPO*, dl. 1, p. 8 alsmede *De bronnen van verbintenis*, p. 246 v. Op p. 247 treffen we de veel geciteerde zin aan: 'Maar aan een onrechtmatig nalaten gaat, logisch en naar den tijd genomen, de concrete verplichting tot handelen vooraf, dus de verbintenis in den meest stricte zin, welker niet-nakoming eerst het onrechtmatigheidsmoment schept, dat dus evenzeer wanprestatie genoemd mag worden'.
22. Deze opvatting wordt expliciet verworpen door *Asser-Hartkamp I*, no. 10; Schut, *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis*, 3e dr., Zwolle 1987, p. 102; Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, p. 72; C.J.J.C. van Nispen, *Het rechterlijk verbod en bevel*, diss. Leiden 1978, Deventer 1978, p. 10, alsmede door de wetgever (*PG Boek 6*, p. 38 (TM)). Vgl. Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 83.

tige schending van een (dan geïndividualiseerde) rechtsplicht.²³ De vraag is evenwel of daarmee het onderscheid rechtsplicht-verbintenis ook moet worden verworpen of dat het toch zin heeft in abstracto van rechtsplichten te blijven spreken. Gezegd zij dat deze auteurs dat wel doen, waar zij immers anders niet kunnen spreken van een 'omslaan' van rechtsplicht in verbintenis.²⁴ Het is slechts de relevantie van het eerst *construeren* van een rechtsplicht, al voordat de verhouding zich heeft geconcretiseerd, die wordt bestreden.

Ter beslechting van deze steeds weer oplaaiende discussie, lijkt het vereist om de bronnen van verbintenis bij het betoog te betrekken. De vraag is of het mogelijk is te spreken van een 'omslag' van, altijd bestaande, rechtsplichten in verbintenissen zonder dat daarbij de bron een rol speelt. Onzes inziens is dit niet het geval: een concretisering van de bij de rechtsbetrekking betrokken personen vindt eerst plaats doordat de algemene rechtsplicht wordt geplaatst in het licht van een bron van verbintenissen, die het relevante 'verbintenisbepalende' element er uitlicht. Dat de rechtsplicht tot verbintenis wordt wanneer de omstandigheden op een bepaalde wijze komen te liggen is wel juist, maar welke omstandigheden dat zijn, is nu juist min of meer nauwkeurig aangegeven in de bron van verbintenis.

Rechtsplichten bestaan immers niet alleen daar waar een onrechtmatig handelen dreigt. Bij iedere verbintenis kan een rechtsplicht worden aangenomen die 'omslaat' in een verbintenis zodra aan de door de 'bron' gestelde eisen is voldaan. Ook in geval van een overeenkomst kan een pre-existente verplichting worden aangenomen, bijvoorbeeld om zich tijdens de onderhandelingen op een zekere wijze te gedragen of om een eventueel te sluiten overeenkomst na te komen. In geval van zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking is dat niet anders. Het eigene van de zorgvuldigheidsplicht als rechtsplicht zit hem slechts daarin dat deze in mindere mate door de bron wordt geconcretiseerd dan de andere rechtsplichten. Dat kan ook niet anders omdat die onzorgvuldigheid nu *juist* volstrekt afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.²⁵

23. Aldus thans art. 3:296 BW. Vgl. HR 4 januari 1952, *NJ* 1953, 158 m.nt. PhANH (Johan de Witt/Heuvelmans) waarover Drion, *o.c.*, p. 83.

24. Vgl. nog Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, p. 65, die dit een versluiserend taalgebruik vindt en Van Nispen, *o.c.*, p. 10.

25. In het negentiende-eeuwse ideaalbeeld van een gesloten stelsel van verbintenissen, die in afgebakende gevallen op grond van de wet worden aangenomen, bestaat in theorie aan het begrip rechtsplicht dus in het geheel geen behoefte; het zijn de bronnen van verbintenis die (via de wet) limitatief aangeven wanneer gebondenheid ontstaat. Pas indien het ongeschreven recht als verbintenis-scheppend wordt erkend, ontstaat wrijving. De hier verworpen leer werd door Eggens dan ook gebracht in het kader van de erkenning van de zorgvuldigheid als bron van verbintenissen. Zie nog iets over den samenhang van verbintenissen uit onrechtmatige daad met die uit andere oorzaak, oorspr. 1923, in: *VPO*, dl. I, p. 5.

Daaruit zou men wel kunnen afleiden dat 'dus' de rechtsplicht zelve bron van verbintenissen is geworden (nu een nadere concretisering *binnen de bron* niet plaats heeft), maar daarmee staan rechtsplicht en verbintenis nog niet op gelijke hoogte. Met evenveel recht kan worden gezegd dat de concretisering in dat geval wel degelijk plaats heeft op het niveau van de bron, nu deze de schending van de rechtsplicht constitueert, waar dat zonder de bron niet mogelijk is.

Hiermee wordt duidelijk dat het wel degelijk zin heeft om van rechtsplichten te spreken al vóór de concretisering tot verbintenis omdat alleen op die manier duidelijk wordt dat het de bron van verbintenis is die, binnen de veelheid aan algemene plichten, tot een verbintenis aanleiding geeft. Schematisch gaat de rechtsplicht aan de bron vooraf. Dat bij de onrechtmatige daad die bron minder gevuld is met een *inhoudelijk gespecificeerd* criterium dan bij de andere verbintenissen, doet daar niet aan af. Men kan dit ook zo stellen dat de rechtsplichten in de bronnen een wettelijke of *algemene* concretisering hebben gevonden, waardoor alleen nog maar aan die bron behoefte te worden getoetst. Bij de onrechtmatige daad is dat echter onmogelijk nu daar de concretisering wel plaats *moet* vinden in de concrete verhouding.²⁶ Wat de bron 'overeenkomst' tracht te doen op een algemeen niveau, kan zo bezien niet bij de bron der onrechtmatige daad. Thans komt een tweede kenmerk van de verbintenis aan de orde.²⁷

2.4 Het subjectieve recht

2.4.1 Inleiding

'Geen begrip heeft in de geschiedenis van het burgerlijke recht een zo centrale plaats ingenomen als het subjectieve recht,' schreef Meijers in 1948.²⁸ Over wezen en precieze inhoud van het subjectieve recht bestaat evenwel nog steeds — of wellicht juist daarom — weinig duidelijkheid.²⁹ De adem die vereist zou zijn om de veelheid aan opvattingen in deze weer te

26. In *Asser-Hartkamp* I, no. 10, wordt opgemerkt dat teleurstelt dat de scheidslijn tussen verbintenissen en algemene rechtsplichten niet scherp kan worden aangegeven. Dit is minder goed te begrijpen, nu de vraag waar die scheidslijn ligt, toch steeds pas in concreto kan worden vastgesteld.

27. Hier wordt geen aandacht besteed aan de geheel eigen leer van S.N. van Opstall, 'Wat is een verbintenis?', *WPNR* 5234-5236 (1973), p. 437 v. en 'Niet iedere rechtsplicht is een verbintenis', *WPNR* 5327 (1975), p. 821 v., waarover bijv. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte*, p. 6 v.

28. *Algemene Begrippen*, p. 70. Vgl. Scholten, *Algemeen Deel*, p. 14: 'Op het subjectieve recht is geheel het systeem van het privaatrecht gebouwd'. Zie voor de twijfelachtige historische juistheid van Meijers' stelling E.J.H. Schrage, *Actio en Subjectief Recht*, rede Amsterdam VU 1977, s.l., s.a.

29. Zie voor een overzicht van de oudere theorieën Houwing, *o.c.*, p. 64 v.; vgl. Larenz, *Allgemeiner Teil*, p. 210.

geven en te becommentariëren, ontbreekt ons hier. Troost kan worden geput uit de omstandigheid dat dat ook niet nodig is: wat ons interesseert is de vraag waarom het nuttig is van subjectieve rechten te spreken. De inhoud van het recht komt dan slechts zijdelings aan de orde, namelijk voor zover van belang voor de vraag naar die functie.

Er is reeds meermalen opgemerkt³⁰ dat ten aanzien van de inhoud van het subjectieve recht twee wezenlijk tegengestelde standpunten in kunnen worden genomen. Enerzijds kan men het recht zien als een door het objectieve recht aan een persoon verleende bevoegdheid, waarvan hij bij uitsluiting gebruik mag maken, anderzijds als een juridisch beschermd belang. In het eerste geval schept het recht een vrije ruimte waar de wil van een persoon onafhankelijk van alle andere mag heersen.³¹ Het subjectieve recht grenst de verschillende 'wilsmachten' van elkaar af. In het tweede geval gaat het om een door het objectieve recht erkend belang dat iemand heeft bij bijv. het genot van een zaak.³² Het is het recht dat dit feitelijk belang door middel van eventuele in te stellen rechtsmiddelen erkent, zodat de belanghebbende zijn belang zelf kan veilig stellen.³³ In de eerste leer wordt niet gevraagd naar het doel waartoe de wilsvrijheid dient omdat dat hoogstens een morele vraag is, terwijl in de tweede het subjectieve recht juist geheel wordt bepaald door het nut dat erbij is gediend om het aan iemand toe te kennen.³⁴

Ten aanzien van de merites van beide opvattingen zij hier slechts gezegd dat beide leren in zuivere vorm onhoudbaar zijn. De eerste maakt het subjectieve recht afhankelijk van de wil, waar onduidelijk is wanneer deze bestaat: ook 'willoze' mensen hebben subjectieve rechten.³⁵ De belangenleer maakt daarentegen niet duidelijk wanneer een belang precies een juridisch beschermd belang en dus een subjectief recht is: dit is immers niet altijd het geval. Om een voorbeeld van Jhering zelf aan te halen: de fabrikant heeft een

30. Bijv. door Houwing, *o.c.*, p. 7 en 36 v., door Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 79 en door Loges, *Die Begründung*, p. 30.

31. Deze theorie wordt doorgaans teruggevoerd op Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. I, Berlin 1840, p. 331: onderling verkeer van personen is slechts mogelijk 'durch Anerkennung einer unsichtbaren Gränze, innerhalb welcher das Daseyn, und die Wirksamkeit jedes Einzelnen einen sichern, freyen Raum gewinne. Die Regel, wodurch jene Gränze und durch sie dieser freye Raum bestimmt wird, ist das Recht'. De uitwerking geschiedde vooral door Windscheid. In Nederland bijv. idem J.E. Goudsmit, *Pandecten-systeem*, dl. 1, Leiden 1866, p. 34-35: 'Een recht in subjectieven zin is de aan een persoon door het recht toegekende wilsheerschappij'.

32. Rudolph Jhering, *Geist des Römischen Rechts*, 3. Th., 1. Abt., 3. Aufl., Leipzig 1877, p. 328: 'Rechte sind rechtlich geschützte Interessen'.

33. De zg. 'Selbstschutz des Interesses', Jhering, *o.c.*, p. 317 v. Vgl. Houwing, Subjectief recht, *o.c.*, p. 46: het is de bescherming die het belang tot subjectief recht maakt; alsmede A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden 1946, p. 87.

34. Vgl. W.H.A. Jonkers, *Het subjectieve recht in het licht der gerechtigheid*, diss. Nijmegen 1962, Zwolle [1962], p. 42.

35. Aldus reeds Jhering, *t.a.p.* Vgl., ook voor andere bezwaren, Houwing, *o.c.*, p. 67 en 85.

belang bij een goede uitvoering van de wet op de invoerrechten, maar een subjectief, door hem jegens de overheid af te dwingen, recht is dat niet.³⁶ Het belang is niet een recht omdat het beschermd wordt, maar het wordt beschermd omdat het een recht is.³⁷ Om onder meer aan deze beide bezwaren tegemoet te komen, zijn vele varianten verdedigd,³⁸ waarop hier niet kan worden ingegaan. Volstaan wordt met de stelling dat beide opvattingen vanuit hun eigen gezichtshoek bijdragen aan het begrip van het subjectieve recht, dat *zowel* een bevoegdheid verleent en aldus door de persoon wordt ervaren als een hem gelaten vrijheid, *als* een middel is om juridisch zijn belangen veilig te stellen.³⁹ Hier is de vraag op welke gemeenschappelijke noemer de verschillende theorieën zijn terug te brengen.

2.4.2 *Het wezen van het subjectieve recht*

Wat opvalt in de beide als uiterste standpunten gebrachte opvattingen omtrent 'het wezen' van het subjectieve recht, is dat zowel wanneer de bevoegdheid als wanneer het belang als uitgangspunt wordt genomen, een concretisering der bij de rechtsbetrekking betrokken personen plaatsvindt. Spreken van een subjectief recht als een bevoegdheid, is slechts mogelijk wanneer deze bestaat voor een bepaalde persoon ten opzichte van anderen. Uitgaan van een belangtheorie heeft slechts zin wanneer het rechtens relevante belang kan worden afgescheiden van alle andere mogelijke belangen.⁴⁰ Het subjectieve recht beoogt aldus een concretisering tot bepaalde personen tot stand te brengen.⁴¹ Uit de veelheid aan betrekkingen worden er enkele uitgelicht die

36. Jhering, *o.c.*, p. 339. Men spreekt dan wel van een 'reflex-werking van de objectieve rechtsregel'. Aangezien altijd de vraag is of een belang bescherming verdient, is ook aangenomen dat deze reflex altijd bestaat en een subjectief recht nooit. Aldus Duguit ('le droit subjectif est une chimère'), die slechts de schending van de objectieve rechtsregels aanvaardt als bron van gebondenheid. Het subjectieve recht werd afgeleid uit de normen. Zie daarover ook Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 72 v.
37. Aldus de kritiek van Jean Dabin, *Le droit subjectif*, Paris [1952], p. 68 v.
38. Zie voor een helder overzicht Jacques Ghestin en Gilles Goubeaux, *Traité de droit civil; Introduction générale*, 3. éd., Paris 1990, no. 177 v.
39. Vgl. Loges, *Die Begründung*, p. 30.
40. Jhering, *o.c.*, p. 339 meent dat een belang eerst 'schutzfähig' is wanneer het individueel en concreet aanwijsbaar is. In het gegeven voorbeeld van de wet op de invoerrechten is het belang te diffuus.
41. Zie hierover in filosofische zin de al genoemde dissertatie van Jonkers, p. 102 v.

een bijzonder karakter hebben.⁴² Het subjectieve recht scheidt zo gezien een juridische band tussen bepaalde personen.⁴³

Wordt als eigen aan de verbintenis nu geacht dat met de rechtsplicht van de debiteur een subjectief vermogensrecht van de crediteur correspondeert,⁴⁴ dan wordt daarmee uiting gegeven aan de gedachte dat slechts in geval van voldoende geconcretiseerde verhoudingen sprake kan zijn van een verbintenis. Er moet sprake zijn van een bijzondere juridische verhouding die is af te scheiden van alle andere. Uiteraard is het mogelijk om ook van subjectieve rechten op nalaten van enig ongeoorloofd gedrag te spreken, maar daarmee zou het begrip eenvoudigweg te zeer worden opgerekt. Het zou dan immers sowieso geen zin meer hebben om van 'rechten' te spreken: dat begrip zegt alleen maar iets wanneer anderen deze juist niet hebben. De schaarste maakt het subjectieve recht. Wel ligt daarmee de vraag ter tafel waarin die bijzondere verhouding zich precies uit. Wat maakt de ene rechtsband anders dan de andere?

De reden waarom wordt gesproken van subjectieve rechten, is dat een eigen term moet bestaan voor die gevallen waarin men met dat recht bepaalde bevoegdheden jegens anderen kan uitoefenen. Subjectieve rechten worden geacht deel te zijn van het vermogen van de rechthebbende, zodat zij voor overdracht vatbaar zijn, kunnen worden geëxecuteerd, in een huwelijksgemeenschap vallen etc.⁴⁵ De belangrijkste onder deze is wel dat de rechthebbende nakoming kan vorderen: de persoon aan de actieve zijde van de verbintenis heeft een aanspraak jegens anderen,⁴⁶ anders dan in geval van algeme-

42. Vgl. Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 84-85, die slechts dan een subjectief recht aan wil nemen 'wanneer de norm, die het belang beschermt, niet een is, die iedere groepsgenoot gelijkelijk dient, maar die een speciale bescherming aan de rechthebbende verleent'. Tussen burens bestaan dan bijv. wel verbintenissen. Zie ook p. 83: 'Bij (...) verplichtingen die jegens een ieder bestaan, dient men niet een aan ieder toekomend subjectief recht aan te nemen'. Ook J.H. Nieuwenhuis, Hoe bestaat een recht?, in: *Confrontatie en compromis*, Deventer 1992, p. 67 en J.L.M. Gribnau, De wederkerige rechtsbetrekking als nieuw paradigma?, *R&R* 22 (1993), p. 89 leggen de nadruk op de rechtsverhouding.

43. Vgl. ook Ghestin/Goubeaux, *Introduction générale*, no. 187, die het wezen van het subjectieve recht zien in een 'inégalité légitime', in het feit dat men exclusieve *rectens* verworven bevoegdheden heeft. In no. 167 wordt echter verwezen naar de aansprekende opvatting dat niet de macht van het individu, maar de rechtsbetrekking is wat telt.

44. Zie Scholten, *Mon. NBW, o.c.*, p. 9; *PG Boek 3*, p. 91 (MvA II); Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 84 v.; W. Snijders, Samenloop van wetsbepalingen in het nieuwe B.W., in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle 1973, p. 466; Van Nispen, *Rechterlijk verbod, o.c.*, p. 14; J.B.M. Vranken, De invloed en de betekenis van de factor tijd in het privaatrecht, *RMTh* 1986, p. 418: het subjectieve recht is 'de hefboom met behulp waarvan een rechtsplicht tot verbintenis wordt'. Schoordijk meent evenwel dat koppeling van verbintenis aan subjectief recht ons inzicht niet verheldert. Zie De toepasselijkheid, *o.c.*, p. 189. In dezelfde zin Boukema, *Civielrechtelijke samenloop, o.c.*, p. 111 v.

45. Aldus Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 83.

46. Aldus de *PG Boek 6*, p. 38 (TM). Zie vooral R.J. Polak, De nieuwe 'Hofmann' en het systeem der verbintenissen, *WPNR* 4665-4671 (1961), p. 83 v., alsmede Wessels,

ne rechtsplichten die juist niet jegens iedereen kunnen worden geldend gemaakt.

Nu hangt dit onderscheid tussen subjectieve rechten, op grond waarvan nakoming kan worden gevorderd,⁴⁷ en niet-subjectieve rechten, waar dat uitgesloten is, nauw samen met de rechtsgevolgen die men wenst op te leggen. Er is al op gewezen dat ook nakoming kan worden gevorderd van een rechtsplicht in die zin dat bij een dreigende schending daarvan een verbod kan worden gevorderd. Het moment waarop van een verbintenis wordt gesproken, wordt zo verlegd van dat waarop de inbreuk heeft plaatsgevonden, naar dat waarop die inbreuk nog slechts dreigt. Aldus worden de belangen van de persoon op wiens rechtsplicht inbreuk dreigt te worden gemaakt, ook beschermd en dat roept de vraag op of ook dan niet van een subjectief recht (op nalaten van die inbreuk) kan worden gesproken.⁴⁸

Deze vraag, die daarop neerkomt of met alle rechtsplichten niet subjectieve rechten corresponderen, is in wezen dezelfde als die zojuist is gesteld naar aanleiding van het onderscheid rechtsplicht-verbintenis. En ook het antwoord is gelijk: het oordeel of een subjectief recht bestaat, wordt bepaald door de mate van concretisering der betrokken personen, die op haar beurt weer wordt ingegeven door de vraag of een bron van verbintenissen aanwezig is. Aldus verwijst ook dit probleem verder naar de bronnen van verbintenis. Overal waar *op grond van hen* de rechtsverhouding voldoende verdicht is om rechtsgevolgen op te leggen, is sprake van een subjectief recht.

2.4.3 Het subjectief recht als voortvloeiend uit de bron

Met het bovenstaande is het bestaan ener subjectief recht in het verbintenisrecht geheel afhankelijk gemaakt van de vraag of een bron van verbintenissen aanwezig is. Is die er (en daarmee een voldoende geconcretiseerde rechtsverhouding), dan volgt het oordeel dat een subjectief recht bestaat als het ware automatisch.

Dit betekent dat aan het subjectief recht zelf geen enkele heuristische waarde toekomt. Aan de hand daarvan kan de gebondenheid niet worden

Natuurlijke verbintenissen, p. 64.

47. Dat wij ons hier beperken tot het verbintenissenrecht is evident. Spreken van 'nakoming' waar het gaat om eigendom is weinig verhelderend. *Principieel* bestaat echter geen verschil: bij het goederenrechtelijk recht is de nakomingsactie jegens een ieder in te stellen, waar dat bij het persoonlijk recht slechts jegens een of meer bepaalde personen mogelijk is. Vgl. algemeen W.J. Zwalve, *Hoofdstukken uit de Geschiedenis van het Europese Privaatrecht; I: Inleiding en zakenrecht*, Groningen [1993], p. 53 v.
48. In Duitsland wordt een soortgelijke discussie gevoerd. Zie over de vraag of een 'Hypertrophie der subjektiven Rechte' gewenst is bijv. Ludwig Raiser, *Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht*, *JZ* 1961, p. 465 v., die met zijn onderscheid tussen primaire en secundaire subjectieve rechten school maakte.

bepaald. Deze benadering is ook die van het BW, dat immers afziet van een definiëring van de verbintenis en aldus de bronnen terecht ten troon heft.⁴⁹ Zou dit anders zijn, dan zou een dubbele toets worden uitgevoerd ter vaststelling van de gebondenheid: niet alleen zou de vereiste concretisering dan plaatshebben door na te gaan of een bron van verbintenissen aanwezig is, maar bovendien zou het subjectieve recht als criterium gaan dienen. Dat is weinig efficiënt.⁵⁰ Zijn functie ligt daar dat hij aangeeft dat een zodanig geconcretiseerde band bestaat dat nakoming kan worden gevorderd.

De in paragraaf 1.2 gestelde vraag of het mogelijk is de vraag *wat* een verbintenis is te beantwoorden los van die *wanneer* een verbintenis bestaat, kan thans worden beantwoord. De geconcretiseerde rechtsverhouding bestaat slechts daar waar een bron van verbintenissen aanwezig is. In zoverre lijdt de wetgever aan koudwatervrees: verbintenis en subjectief recht kunnen worden omschreven als voortvloeiend uit zodanig geconcretiseerde verhoudingen tussen partijen dat afdwingbaarheid mogelijk is. Anderzijds is een *verdere* inhoudelijke bepaling niet gewenst: niet mag worden uitgesloten dat bijvoorbeeld ooit nakoming mogelijk zal zijn van alle tijdens de openbare beraadslagingen in de Tweede Kamer vanwege de regering jegens burgers gedane toezeggingen, hoe absurd en algemeen die ook zijn.⁵¹ Of dat zo is, bepale men echter aan de hand van de bronnen van verbintenis.

Na deze omzwervingen op het terrein van de algemene rechtsleer, is thans de vraag welke die bronnen van verbintenissen dan zijn die de 'vinculum iuris' scheppen.

3. DE METHODE VAN DE BRONNEN VAN VERBINTENIS

3.1 *Gang van het betoog*

In het voorafgaande werd duidelijk dat het niet mogelijk is om de verbintenis en het subjectieve recht te begrijpen zonder dat daarbij de bron van verbintenis wordt betrokken. Het is deze die de mate van concretisering tussen de bij

49. Vgl. ook J.B. Vegter, Opmerkingen over juridische gebondenheid in verband met de begrippen nakoming, schadevergoeding en verhaalsaansprakelijkheid, *WPNR* 5996-5997 (1991), p. 154. Onzes inziens is de benadering van Eggens de omgekeerde: niet de vraag welke bron tot verbintenissen leidt staat voorop, maar veeleer de vraag wanneer een verbintenis aanwezig is. Dit leidt dan automatisch tot een meer materiële bepaling van de verbintenis omdat in dat begrip de wezenskenmerken van de verbintenisrechtelijke gebondenheid opgesloten moeten liggen.

50. Natuurlijk wordt het aannemen van een verbintenis ingegeven door de resultaten die men daarmee wenst te bereiken, maar dat neemt niet weg dat dit moet geschieden via de weg van de bronnen. Vgl. Snijders, *o.c.*, p. 66 en Vegter, *o.c.*, p. 155.

51. Wolfsbergen, *o.c.*, p. 59: ten behoeve van een soepele rechtstoepassing is het onwenselijk het begrip subjectief recht 'eens voor al' vast te leggen.

de rechtsverhouding betrokken personen bepaalt en aldus het oordeel dat sprake is van verbintenis en subjectief recht onvermijdelijk laat volgen. Thans zal eerst de vraag worden gesteld wat de achtergrond is van het denken in termen van bronnen van verbintenis. Vervolgens zal, na een korte historische excursie, nader worden ingegaan op de redelijkheid en billijkheid als bron van verbintenissen en op het stelsel van het BW. Dit voert naar een alternatieve opvatting.

3.2 De achtergrond

De vraag waaruit verbintenissen ontstaan, moet eerst zijn opgekomen toen men het verbintenissenrecht op een systematische wijze wenste weer te geven. Vóór die tijd zal gebondenheid zijn aangenomen zonder enige bewustheid van inpassing in welk stelsel van autonoom verbintenissenrecht dan ook. Daar dit moet hebben geleid tot rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid, maar vóór al omdat om didactische gronden een noodzaak bestond de materie te systematiseren, zal men vervolgens de verbintenissen die in de praktijk werden aangenomen hebben onderverdeeld in verschillende categorieën. Vanuit dit historisch gegeven kan de problematiek rondom de ontstaansbronnen van verbintenissen nog altijd worden verklaard. De vraag wanneer een verbintenis aanwezig is, wordt bepaald door enerzijds de rechtvaardigheid die erbij is gediend gebondenheid aan te nemen, anderzijds door de wens consistente indelingen van ontstaansbronnen te scheppen.

Maar er is meer. Met een indeling in bronnen van verbintenis werd niet alleen enig houvast geboden aan de rechtstoepasser, bovendien werd daarmee, zoals ook in hoofdstuk I al werd aangestipt, de schijn van objectiviteit en rationele beargumentering van gebondenheid geschapen.⁵² Het aannemen van rechtsgevolg betekent steeds een inbreuk op het vermogen van de ander en daarvoor is een rationele beargumentering nodig.⁵³ Het denken in termen van bronnen bewerkstelligt een dergelijke rationalisering door in welomschreven gevallen een verbintenis te laten ontstaan. Toch is daarmee geen voor eeuwig sluitend systeem ontstaan, nu dan nog steeds spanning kan optreden tussen de maatschappelijk gewenste oplossing en het bronnenstelsel. Dat scheidt de vraag welke deze bronnen eigenlijk zijn en hoe ze kunnen worden gehanteerd bij het bepalen van gebondenheid. Het navolgende heeft niet zozeer ten doel een historisch volledig overzicht te geven, als wel om te schetsen hoe hier twee opvattingen mogelijk zijn en op welke wijze de ontwikkeling van de ene naar de andere methode mogelijkerwijs is verlopen.

52. De aanwezigheid van een bron rechtvaardigt de gebondenheid. Zie hierover vooral Theo Mayer-Maly, *Divisio obligationum*, *The Irish Jurist* 2 (1967) p. 383.

53. Zie daarover vooral Josef Esser, *Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung*, Frankfurt am Main [1970], *passim* en p. 114 v. en bijv. ook Loges, *Die Begründung*, p. 26-27.

3.2.1 De *summa divisio obligationum* van Gaius als uitgangspunt; twee benaderingen: gesloten en open systemen van verbintenissen

De eerste ons bekende indeling in bronnen van verbintenis is die van Gaius. In zijn Instituten komt de beroemde uitspraak voor dat de verbintenissen kunnen worden verdeeld in twee soorten: die uit contract en die uit delict.⁵⁴ Deze 'summa divisio' is de basis geweest voor alle verdere onderverdelingen die er in de loop der tijd zijn geweest. Nu is het belangrijk om zich te realiseren wat het precies betekent dat sprake is van een *summa divisio*. Enerzijds kan men daaronder verstaan een indeling die weliswaar belangrijk is, maar die niet dwingend aangeeft dat de verbintenis onder één dezer bronnen moet worden ondergebracht, zodat ook ruimte is voor andere verbintenissen.⁵⁵ Anderzijds kan men dat juist wel aannemen en aldus in Gaius' indeling een limitatieve, complete, opsomming zien.

Wat historisch gezien juist is,⁵⁶ is minder belangrijk dan wat dit ons leert omtrent het karakter der bronnen in verhouding tot de feitenconstellatie op grond waarvan zij worden aangenomen. Blijkbaar zijn hier twee benaderingen mogelijk. Wat men hen op als slechts maatgevend, dan zullen zij vrij strikt kunnen worden verbonden aan een bepaalde situatie die zich in de rechtspraktijk voordoet nu zij dan niet ook nieuwe casus in zich op dienen te nemen. Buiten de welomschreven bronnen om kunnen verbintenissen ook op andere 'grondslag' ontstaan, waarbij met name de redelijkheid en billijkheid in aanmerking zal komen. Een dergelijk stelsel is 'gesloten' naar de situatie en 'open' wat betreft het aantal aan te nemen bronnen van verbintenis.

Vat men het stelsel daarentegen op als gesloten, dan dienen onder de bestaande bronnen allerlei situaties te worden gebracht die daar in strikte zin niet thuishoren, wanneer men althans niet tot de uiterste consequentie wil

54. *Gai. Inst.* III, 88: 'Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species didicitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto'. Van Dunné, *Verbintenissenrecht*, dl. 2, p. 201 legt hier een o.i. minder juist verband met art. 1269 BW (oud).

55. Over de vraag of men deze dan ook als voortvloeiend uit een (in dit geval: derde) bron moet opvatten, zie *infra*, § 3.5.

56. Een argument voor het niet uitputtend zijn van de opsomming, is dat Gaius kort na deze regel ingaat op een geval van ongerechtvaardigde verrijking, dat niet onder contract of delict kan worden gebracht. Tegen een numerus clausus pleit wellicht ook de algemene afkeer van de Romeinse jurist van abstracte systematisering. Vgl. Max Kaser, *Divisio Obligationum*, in: *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, London 1983, p. 73 v. Anders Arnaldo Biscardi, Some critical remarks on the Roman Law of Obligations, *The Irish Jurist* XII (1977) p. 371 v., die in 'summa' leest dat het moet gaan om een verdeling 'the biggest of all' en er dus niet slechts een didactische waarde aan hecht. In eerstbedoelde zin blijkbaar ook J.J. Hallebeek en E.J.H. Schrage, *Ongerechtvaardigde Verrijking*, Amsterdam 1989, p. 1.

overgaan dat in een dergelijk geval in het geheel geen gebondenheid bestaat.⁵⁷ In dat geval zijn juist de feitenconstellaties 'open'.

Het lijkt er nu op alsof in de loop der tijd het stelsel steeds als open is gezien en aldus de eerste weg is gevolgd bij de aanpassing van het recht. Reeds Gaius zelf heeft in een latere versie van zijn leerboek een derde bron aangenomen, bestaande in 'een of andere bijzondere rechtsregel uit verschillende andere oorzaken'.⁵⁸ Vanwege de onbepaaldheid daarvan is later weer een andere onderscheiding in zwang gekomen, namelijk die tussen contract en quasi-contract en delict en quasi-delict,⁵⁹ waarbij onder quasi-contract onder meer zaakwaarneming en onverschuldigde betaling vielen.⁶⁰ Deze verbintenissen werden 'quasi contractu' genoemd omdat zij rechtens aanleiding gaven tot een vordering die weliswaar geen contract was, maar daar wel op leek, althans meer dan op onrechtmatige daad. Het zou mogelijk zijn om vele verdere indelingen van auteurs en codificaties weer te geven,⁶¹ maar ons doel is slechts om aan te geven dat deze varianten in het bronnenstelsel slechts één doel dienen, namelijk tegemoet komen aan de gewijzigde inzichten omtrent de gevallen waarin aansprakelijkheid moet bestaan door uit te gaan van andere bronnen dan voorheen.

Omdat op deze wijze het recht zich ontwikkelt door een aanpassing van het bronnenstelsel, waar de oudere indeling in bronnen niet langer voldoet, is het mogelijk om de bronnen te verbinden met een bepaald feitencomplex dat op hen exclusief van toepassing is. De dynamiek in de rechtsvorming zit hem in het nieuw aannemen van bronnen, waar de oudere niet veranderen. Deze benadering heeft als voordeel dat het mogelijk is min of meer vaste criteria te ontwikkelen voor gebondenheid in de gevallen waarin een bepaalde bron van verbintenissen bestaat omdat altijd een 'ventiel' in de vorm van een algemene norm aanwezig is. In de volgende paragraaf wordt dit ventiel aan

57. Wat dan betekent dat bij Gaius 'contractus' gelijk staat aan iedere handeling waaruit rechtsgevolgen ontstaan, uitgezonderd delict. Zie in die zin Biscardi, *t.a.p.* Men kan spreken van 'nieuwe wijn in oude zakken', terwijl in het eerste geval sprake is van 'oude wijn in oude en nieuwe wijn in nieuwe zakken'.
58. In de zg. *Res cottidianae*, D 44, 7, 1 pr.: 'proprio quodam iure ex variis causarum figuris'. De vertaling is van Spruit/Feenstra, *Textus Iuris Romani*, bijv. de 3e dr., Deventer 1987. Vgl. de afwijkende vertaling bij Eggens, *De bronnen van verbintenissen*, p. 241. Betwijfeld wordt overigens of de toevoeging werkelijk Gaiaans van oorsprong is. Zie bijv. Van Oven, *Leerboek*, p. 193.
59. Zie de Instituten van Justinianus, III, 13, 2. Deze indeling was zeer invloedrijk en is bijv. neergelegd in art. 1370 Code Civil 1804, hoewel het onderscheid tussen délits en quasi-délits daar geen werkelijke waarde meer heeft. Vgl. algemeen over Gaius' en Justinianus' indelingen Peter Birks, *Obligations: One Tier or Two?*, in: *Studies Thomas, o.c.*, p. 18.
60. Zie het overzicht bij Van Oven, *Leerboek*, p. 365 v. De erkenning van alle obligationes quasi ex contractu anders dan zaakwaarneming (de zg. *condictiones ob causam dati*) berust op de idee dat wat gegeven was moest worden geretourneerd omdat het verblijven daarvan bij de ontvanger onrechtvaardig zou zijn jegens de gelever.
61. Zie daartoe ook Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 18 v.

een nader onderzoek onderworpen, waarbij kan worden nagegaan in hoeverre bij het aannemen van de extra bron ook wordt uitgegaan van min of meer vaste criteria voor de aanwezigheid van de andere, meer 'gevestigde' bronnen.

3.3 De eerste weg: de redelijkheid en billijkheid als bron

3.3.1 Inleiding

Voorgesteld is om 'de redelijkheid en billijkheid' als bron van verbintenissen te aanvaarden. Niet alleen in het geval dat een erkende bron aanwezig is, mag een verbintenis worden aangenomen, maar ook steeds wanneer de rechtvaardigheid daartoe noopt omdat het stelsel geen sta-in-de-weg mag zijn voor een gewenste gebondenheid. Zoals Gaius het oorspronkelijke stelsel aanpaste door de categorie 'variae causarum figurae' toe te voegen, zo kunnen wij de categorie redelijkheid en billijkheid als bron creëren. Een dergelijke algemene categorie is het ventiel waardoor de problematische gebondenheden buiten het oorspronkelijke stelsel blijven.

De behoefte aan een aparte categorie redelijkheid en billijkheid kan nu alleen bestaan wanneer men aanneemt dat de bestaande bronnen specifiek gebonden zijn aan een bepaald feitencomplex. Zou men aannemen dat de overigens bestaande bronnen voldoende ruimte bieden om daar ook *andere* verbintenissen dan die daar gebruikelijk onder worden gebracht, onder te brengen, dan doet de vraag of de redelijkheid en billijkheid een aparte bron kan zijn, zich immers helemaal niet voor. Die speelt dan slechts een rol bij de vraag *of* gebondenheid (op andere grondslag) moet bestaan. Dit kan ook zodanig worden beargumenteerd dat de redelijkheid en billijkheid de grondslag vormt voor de bronnen van verbintenis, zodat deze juist daarom niet als zelfstandige bron hoeft te worden aanvaard. Eigen aan een bron is dat deze min of meer gepreciseerd aangeeft wanneer een verbintenis bestaat.

3.3.2 De redelijkheid en billijkheid zonder meer als bron

Schoordijk neemt een ereplaats in onder de auteurs die de redelijkheid en billijkheid als bron wensen te aanvaarden.⁶² In geval van bijvoorbeeld afgebroken onderhandelingen of juridisch vereist dienstbetoon,⁶³ is er een

62. Zijn hele werk is eigenlijk één groot pleidooi voor de erkenning van billijkheidsacties. Zie bijv. *Het algemeen gedeelte*, p. 11 v. De vraag kan worden gesteld in hoeverre Schoordijk na het arrest Plas/Valburg van mening is veranderd en inmiddels het *vertrouwen* als bron in de plaats stelt van de redelijkheid en billijkheid. Zie *infra*, § 3.3.3.

63. Of 'hulpverleningsplichten'. Het is niet eenvoudig een Nederlandse term te vinden die precies aangeeft waarom het gaat indien men moet handelen als 'barmhartige Samaritaan'.

noodzaak om buiten de bestaande bronnen van verbintenissen te treden, nu deze slechts 'mondjesmaat' billijkheidsverbintenissen mogelijk maken.⁶⁴ Enig systeem van de wet staat daaraan niet in de weg, nu voor Schoordijk iedere onrechtmatige daad schending van een 'pre-existentiële' verbintenis is, zodat sinds 1919 ook verbintenissen ongelimiteerd kunnen worden aangenomen.⁶⁵ De rechtszekerheid komt bovendien niet in gevaar omdat de rechter nooit naar willekeur oordeelt, maar let op 'de tekenen, die in het recht verscholen liggen'.⁶⁶ Het zoeken van die tekenen is niet, zoals Quint/Te Poel en het daarop gebaseerde art. 6:1 voorschrijft, hetzelfde als naar analogie oordelen, want een 'analogiejacht' bevredigt — aldus nog steeds Schoordijk — niet altijd.⁶⁷ Behalve Schoordijk hebben ook andere auteurs de redelijkheid en billijkheid als bron voorgesteld. Onder hen moeten worden genoemd (impliciet) Eggens,⁶⁸ (beschrijvend) Pitlo⁶⁹ en (expliciet) Van Dunné.⁷⁰

Zoals gezegd impliceert de aanvaarding van de redelijkheid en billijkheid als bron van verbintenissen dat aan de overige bronnen een min of meer vaste betekenis wordt gehecht. Schoordijk wijst er op dat de rechter in de praktijk, bij afwezigheid van een voldoende open stelsel van bronnen van verbintenis, de bestaande begrippen zo zal kneden dat de toepassing ervan tot aanvaardbare resultaten leidt: zo vindt de rechter altijd wel een steunpunt om een verbintenis te aanvaarden.⁷¹ In plaats van een open stelsel van verbintenissen, is er noodzakelijkerwijze (omdat de billijkheid het eist) een open stelsel van begrippen.

Schoordijk legt hiermee de vinger op de zere plek: de vraag naar de bronnen van verbintenis is een probleem van formulering en inpassing. De billijkheidsverbintenis kan zowel expliciet naar buiten treden (waar deze als zodanig wordt erkend), als langs een 'sluipweg' via een andere bron van verbintenissen. De cruciale vraag — waar Schoordijk niet aan toekomt — is evenwel of dit wel een sluipteg is: wanneer die begrippen (lees: bronnen)

64. H.C.F. Schoordijk, *De verbintenis uit de wet*, rede Suriname 1968, Deventer 1968, p. 6 en *Het algemeen gedeelte, t.a.p.*

65. Zie bijv. De toepasselijkheid, *o.c.*, p. 190 en *Het algemeen gedeelte*, p. 12.

66. De verbintenis uit de wet, *o.c.*, p. 22.

67. *Het algemeen gedeelte*, p. 17. Schoordijk levert dan ook kritiek op de Quint/Te Poel-formule. Zie voorts De verbintenis uit de wet, *o.c.*, p. 6.

68. *De bronnen van verbintenis*, p. 236 v.

69. De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad, rede Brussel 1972, in: *Gespreide keuze*, Groningen 1974, p. 93 v.

70. *Verbintenissenrecht*, dl. 2, p. 201 v. Vgl. G.E. Langemeijer, *De Gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht*, 5e dr., Zwolle 1985, p. 108 v. (thans in de bewerking van E.J.H. Schrage, 6e dr., Zwolle 1994, p. 114 v.).

71. *Het algemeen gedeelte*, p. 21.

immers 'open' zijn, dan is de vraag waarom die billijkheidsverbintenissen niet *daaronder* kunnen worden gebracht.

3.3.3 *Het vertrouwen als bron van verbintenissen*

Nauw verwant aan de stroming die de redelijkheid en billijkheid als bron wenst te aanvaarden, is die, die het 'vertrouwen' als zodanig aanmerkt. Opvallend genoeg is het ook hier Schoordijk geweest die, voortbouwend op ontwikkelingen in het Duitse en Anglo-Amerikaanse recht en geïnspireerd door het arrest Plas/Valburg het voortouw heeft genomen. Volgens Schoordijk is een 'vierde bron' naast contract, quasi-contract (zaakwaarneming en onverschuldigde betaling) en onrechtmatige daad gelegen in 'het bij de wederpartij gewekte vertrouwen'.⁷² Hoewel Schoordijk dat nergens expliciet zegt, mag worden aangenomen dat hij met dit vertrouwen een nadere inperking van de redelijkheid en billijkheid beoogt te geven voor de situatie waarin onderhandelingen op een incorrecte wijze zijn gevoerd.⁷³ Daarnaast blijft de redelijkheid en billijkheid als zelfstandige bron in stand.

Dat met het vertrouwen als bron een bepaalde opvatting op de overige bronnen van verbintenis correspondeert, is evident. Aannemelijk is om slechts dan een aparte bron van verbintenis te zoeken in het vertrouwen wanneer een der overige bronnen in de weg zou staan aan het aannemen van gebondenheid in geval van vertrouwen. Schoordijk lijkt dit te beweren waar hij stelt dat de overeenkomst vaak geen ruimte biedt omdat er situaties zijn waarin men zich niet heeft *willen* binden, maar daarentegen wel vertrouwen heeft gewekt dat vervolgens wordt beschaamd.⁷⁴ Onduidelijk is echter ook hier waarom op die grond een aparte bron moet worden aangenomen, nu Schoordijk zelf de 'openheid' van de rechtsbegrippen aanvaardt. In die zin is zijn betoog innerlijk tegenstrijdig.⁷⁵

72. *Onderhandelen te goeder trouw*, vooral p. 68 en 89. Zie verder hetgeen reeds werd opgemerkt over Eggens en over Van Erp, hoofdstuk III, § 3.

73. Schoordijk hanteert een onzuiver taalgebruik, waar hij, *t.a.p.*, ook de gebondenheid aan de overeenkomst in dit vertrouwen zoekt en dat in verbinding brengt met de bronnen. Dit berust op een verwarring van bron (overeenkomst) en inhoud of criterium (bij Schoordijk: vertrouwen).

74. Illustratief is het door Schoordijk, *o.c.*, p. 89-90 genoemde geval van de exploitant van de takelwagen die in strijd met de afspraak niet komt opdagen. Deze 'is niet aansprakelijk te denken omdat hij zich heeft *willen* binden, maar omdat hij met zijn toezegging een "schijnbeweging" maakt en mij urenlang langs de weg laat staan wachten, terwijl ik anders andere maatregelen genomen zou hebben' (*curs. in orig.*).

75. Het vinden van onderling verband tussen de bronnen is zo onmogelijk. Schoordijk, *Zaakwaarneming; een onderbelichte bron van verbintenis*, rede Aruba 1988, Deventer 1988, p. 7 stelt t.a.v. afgebroken onderhandelingen: 'er is nog geen contract tot stand gekomen. Aan het denken in termen van een overeenkomst kunnen wij dan ook niet toekomen'. Dit is voor ons onaanvaardbaar, vgl. *infra*.

Resultaat van deze exercitie is dat het aannemen van een extra bron van verbintenissen slechts dan verantwoord is wanneer van de overige bronnen is vastgesteld wat aan hen eigen is. Pas wanneer zou blijken dat zij niet in staat zijn om een gewenste gebondenheid te verklaren, komt een eventueel 'openkrieken' van het stelsel aan de orde. Eerst moet nog worden gewezen op de regeling in ons huidig BW.

3.4 *Het BW van 1992*

Bij de totstandkoming van art. 6:1 BW is een uitgebreide discussie gevoerd over de vraag in welke mate verbintenissen moeten worden erkend. Bekend is dat deze kwestie het Driemanschap, ingesteld na de dood van Meijers, ernstig verdeeld heeft gehouden. Tegenover de mening van Eggens, die op het voetspoor van Gaius verbintenissen wilde aannemen 'uit overeenkomst (rechtshandeling), onrechtmatige daad, en andere (bijzondere rechts-) feiten naar gelang van omstandigheden',⁷⁶ stonden de andere Driemannen die erkenning slechts mogelijk achtten indien dit uit de wet zou voortvloeien.⁷⁷ Tegen het aannemen van verbintenissen op grond van het ongeschreven recht zou pleiten dat daarmee grote rechtsonzekerheid en rechtsongelijkheid zou ontstaan.⁷⁸ Bovendien zou sinds de invoering van de Code Civil en het daarop gebaseerde BW 1838 voldoende zijn gebleken waar de gebreken zaten, zodat die konden worden geheeld (met name door de aanvaarding van een algemene verrijdingsactie). De formulering die uiteindelijk in het Ontwerp van het Driemanschap werd neergelegd, getuigde van deze vrees: behalve overeenkomst en onrechtmatige daad, zouden die verbintenissen moeten worden aanvaard die uit de wet voortvloeien.⁷⁹ Weliswaar werd die formulering later gewijzigd, maar een inhoudelijke verandering was daarmee niet beoogd.⁸⁰

Het is tegen de achtergrond van genoemde vrees dat de bepaling van art. 6:1 BW moet worden gelezen. Dat een verbintenis uit de wet moet voortvloeien, betekent dat deze niet alleen mag worden aangenomen in geval een wetsartikel dat rechtstreeks mogelijk maakt, maar ook in gevallen waarin de

76. *De bronnen van verbintenis*, p. 241.

77. Antropo-juridisch kan dit dusdanig worden geconcretiseerd dat van het in 1954 ingestelde Driemanschap behalve Eggens deel uitmaakten J. Drion en F.J. de Jong. In december 1957 werd Eggens vervangen door G. de Grooth, waarmee het triumviraat een geheel Leidse inslag kreeg. Dat Eggens afwijkend dacht, leeft vooral bij anekdote, maar kan worden gestaafd met aangehaald citaat.

78. *PG Boek 6*, p. 39 (TM). Men zij er op bedacht dat wat hier als 'Toelichting Meijers' wordt aangemerkt, de toelichting van het Driemanschap is.

79. De bepaling luidde: 'Naast overeenkomst en onrechtmatige daad zijn ook andere feiten bron van verbintenissen, indien zulks uit de wet voortvloeit'.

80. Gewijzigd in 1976 bij het GO (vgl. de *PG Boek 6*, p. 42 (MvA II)) in de huidige tekst van art. 6:1: 'Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit'.

aan te nemen verbintenis past in het stelsel van de wet en aansluit bij de wel in de wet geregelde gevallen.⁸¹ De billijkheid kan nooit op zichzelf verbintenissen scheppen. Bekend is dat aldus aansluiting wordt gezocht bij het bekende arrest Quint-Te Poel, waarin de Hoge Raad een gelijke formulering hanteerde.⁸² Dit 'gematigd open' stelsel zou enerzijds voldoende rechtszekerheid bieden, anderzijds niet in de weg staan aan het bereiken van een 'juiste en billijke' beslissing:⁸³ aan andere dan aldus erkende verbintenissen bestaat geen behoefte.

Groot voordeel van deze benadering is dat zij verplicht tot het blootleggen van onderling verband tussen de verschillende bronnen van verbintenis. Wat 'het stelsel van de wet' is, laat zich immers slechts prijsgeven door een vergelijking waarbij de relevante verschillen en overeenkomsten aan het licht worden gebracht. Anderzijds geldt ook hier dat de prealabele vraag of überhaupt de bestaande bronnen zelf niet van een gewijzigde inhoud kunnen worden voorzien, niet is beantwoord. Een consequent doorvoeren van de Quint/Te Poel-benadering leidt er slechts toe dat *naast* de bestaande bronnen een nieuwe mengelmoes ontstaat van door het bestaande stelsel geïnspireerde gevallen, zonder dat zij van dat stelsel zelf deel uit gaan maken.

3.5 Een tweede weg

De in het bovenstaande omschreven dynamisering van de bronnen door wijziging naar de redelijkheid en billijkheid is slechts één mogelijke manier om maatschappelijk gewenst resultaat en recht met elkaar te verzoenen. Nog op een andere wijze kan de dynamiek in de rechtsvorming ten aanzien van de bronnen van verbintenis worden verwezenlijkt. We zagen eerder dat de norm en het feitencomplex aan elkaar verbonden zijn en dat zij elk een wijziging van functie kunnen ondergaan. Tot nu toe was sprake van een wijziging van het aantal minder of meer gespecificeerde bronnen, waar de daarmee verbonden feitenconstellaties gelijk bleven. Ook een tegengestelde benadering is echter denkbaar: in dat geval vindt geen wijziging plaats van het aantal te erkennen bronnen, maar van het feitencomplex dat daarmee steeds verbonden is.

Deze benadering lijkt op het eerste gezicht het nadeel te hebben dat onder de bron situaties worden gebracht die daar 'strikt genomen' niet thuishoren. De waarheid wordt geweld aan gedaan omdat wat een contract wordt genoemd 'eigenlijk' geen contract is. Dit bezwaar zou hout snijden wanneer het inderdaad zo is dat aan een bepaalde bron — zoals overeenkomst of onrechtmatige daad — een bepaald feitencomplex als het ware onlosmakelijk

81. PG Boek 6, p. 42 (MvA II). Vgl. PG Boek 6 (Inv.), p. 1439 (MvA II).

82. HR 30 januari 1959, NJ 1959, 548 m.nt. DJV.

83. Aldus expliciet de PG Boek 6, p. 39-40 (TM). Vgl. p. 41 (RvS).

verbonden is. Kan echter worden aangetoond dat dit niet het geval is, of dat een ander feitencomplex van toepassing is dan men normaliter aanneemt, dan is de weg vrij voor deze alternatieve benadering.

Daarbij zij opgemerkt dat de rechtsbegrippen wel ten doel hebben om het denken te vergemakkelijken: het is dus weinig zinvol om willekeurig welk feitencomplex aan een bron te koppelen. Aldus gaat het voordeel verbonden aan het bijeenbrengen van soortgelijke gevallen verloren: men is dan verplicht om a-typische gevallen te brengen onder een categorie die heel andere situaties beoogt te omvatten.⁸⁴ Het midden zal dus moeten worden gehouden tussen enerzijds een te strikt interpreteren van bestaande bronnen en anderzijds een vrij aannemen daarvan.

Deze 'tweede weg' staat of valt met het kunnen aangeven van wat de 'eigenlijke' kern van de verschillende bronnen van verbintenis is. Wat is specifiek eigen aan overeenkomst, onrechtmatige daad, zaakwaarneming etc.? Deze 'hard core', dus de eigen, niet tot de andere bronnen herleidbare aard,⁸⁵ zal vergelijkend moeten worden blootgelegd. Dat kan echter alleen indien een maatstaf wordt gehanteerd waar de verschillende bronnen langs kunnen worden gelegd. Is die maatstaf gevonden, dan is daarmee tevens de weg geopend naar een in verband met elkaar denken van de verschillende bronnen.

4. DE AAN DE BRONNEN AAN TE LEGGEN MAATSTAF

4.1 *Het onderscheid tussen vrijwillig aangegane en opgelegde verbintenissen*

Een eerste tweedeling in bronnen van verbintenis die hier de revue moet passeren, is die tussen vrijwillig aangegane en opgelegde verbintenissen. In deze benadering, die zeer veel invloed heeft gehad, wordt het onderscheidend criterium gezocht in de mate waarin de gebondenheid is *gekozen*. De autonoom gewenste overgang van goederen van de ene private sfeer naar de andere, moet aan andere regels zijn onderworpen dan de niet-gewilde gebondenheid.⁸⁶ Op twee problemen moet echter worden gewezen.

84. Of zoals Peter Birks, *An introduction to the law of restitution*, Oxford 1985, p. 22, dat treffend illustreert met een voorbeeld uit de vogelwereld: 'If cuckoos had to be quasi-thrushes or constructive blackbirds we should know less about them'.

85. R.J. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, diss. Amsterdam 1949, Zwolle 1949, p. 3 spreekt van 'het wezen' van een begrip, dat volgens hem is gelegen tussen grondslag en toepassing en waarmee het 'juridisch midden' wordt ontdekt.

86. In deze zin o.a. Arthur von Mehren, *IECL*, vol. VII-1: A General View of Contract [1982], no. 1, die spreekt van verhoudingen die 'planned' en 'unplanned' zijn, Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 11 en Charles Fried, *Contract as promise; A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge Mass. etc. 1981, p. 1-2.

In de eerste plaats is er een probleem van formulering. Gaius zag als onderscheidend kenmerk tussen contract en delict slechts de vrijwilligheid van de transactie.⁸⁷ Pas later is men komen te spreken van vrijwillige en *opgelegde* verbintenissen. Vat men 'opgelegd' nu op als tegengesteld aan vrijwillig, dan is daarmee nog geen inhoudelijke wijziging bewerkstelligd, maar dit wordt anders zodra men aanneemt dat alle verbintenissen opgelegd zijn in die zin dat het het recht of de rechtsorde is die rechtsgevolg verbindt aan hetzij vrijwillig aangegane verbintenissen, hetzij aan *overigens* opgelegde verbintenissen.

De discussie die onder het oude recht is gevoerd naar aanleiding van art. 1269 BW (oud) moet in dit verband aan de orde worden gesteld. Het artikel verhief de overeenkomst en de wet tot bron van verbintenis. Zoals bekend, was de kritiek op deze bepaling dat hier twee ongelijke grootheden tegenover elkaar worden gesteld: ook de overeenkomst is slechts bron omdat de wet dat bepaalt.⁸⁸ Daarmee werd in de heersende leer aangenomen dat alle verbintenissen worden opgelegd. Daartegenover stelde E.J.J. van der Heijden⁸⁹ dat de onderscheiding in art. 1269 juist goed aangeeft dat een principieel verschil bestaat tussen gekozen verbintenissen (gegrond in de individuele 'rechtswil') en opgelegde verbintenissen (gegrond in de sociale 'rechtswil'). Op twee manieren kan een verbintenis dan tot de rechtsorde behoren: zij kan daarin erkend zijn (bij contract) en zij kan er haar ontstaan aan danken (bij de wet). Tertium non datur: verbintenissen worden of gekozen of opgelegd, met als scheidslijn de wil.⁹⁰

Hier valt op te merken dat de vraag of het ontstaan van verbintenissen is gegrond in de individuele of sociale 'wilsorde', onzes inziens slechts kan worden beantwoord door een filosofische stellingname, die geen invloed heeft op de erkenning van verbintenissen in concreto. De contractuele en de delictuele gebondenheid kunnen beide zowel worden gegrond in de individuele als in de sociale rechtswil.⁹¹ Daarnaast⁹² staat de vraag of de wil —

87. In Gaius' leer corresponderen contract en delict met resp. de situatie waarin personen vrijwillig verbintenissen op zich nemen en die waarin dat niet zo is. Dit gaat terug op Aristoteles, die onderscheidde tussen vrijwillige en onvrijwillige transacties. Zie hiertoe A.M. Honoré, *Gaius*, Oxford 1962, p. 97 v. Bedacht zij dat dit mogelijk een uitputtende opsomming was; verdedigbaar is dat ook zaakwaarneming en onverschuldigde betaling bij Gaius onder één der bronnen (nl. onder contract) vielen.

88. Literatuur bij *Asser-Rutten* I, 6e dr., Zwolle 1981, p. 53 v. en oudere bij Van der Heijden, *o.c.*, p. 20 v.

89. De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenis, *RM* 1928, p. 1 v. Zie Asser-Rutten I, *o.c.*, p. 54 voor aanhangers van dezelfde mening.

90. Van der Heijden, *o.c.*, vooral p. 23-27. Zie p. 26: 'De logische scheiding tusschen contractuele en wettelijke verbintenissen loopt daar, waar de wil der partijen ophoudt rechtsgevolg in het leven te roepen en een andere wil die taak overneemt'.

91. De fundamentele kritiek van Eggens, *De bronnen van verbintenis*, bijv. p. 255, op Van der Heijden, komt hierop o.i. in wezen neer: de 'waarlijk vrije mens (...) kiest wat hem rechtens wordt opgelegd, en legt dit daarmee *zich zelve* op' (curs. in orig.).

ongeacht het onderscheid individueel-sociaal — in staat is om op een afdoende wijze tweërlei verbintenis te onderscheiden.

In de tweede plaats is er een andere, veel belangrijker kwestie. Een onderscheid in verbintenissen naar zelf aangegane en opgelegde verbintenissen, bepaalt de verbintenissen namelijk slechts naar de eerste categorie: duidelijk is dat wie gebondenheid wenst, een verbintenis op zich neemt. De beantwoording van de vraag wanneer (en waarom) de verbintenis wordt *opgelegd*, is echter met een dergelijke indeling niet gegeven. Dat betekent dat de plaats van erkende bronnen van verbintenis als zaakwaarneming, onverschuldigde betaling en ongerechtvaardigde verrijking binnen deze indeling in het ongewisse blijft nu het enige kenmerk dat zij gemeen hebben, is dat zij *niet* tot vrijwillig opgelegde verbintenissen leiden.

Een verwijzing naar de 'wet' als bron helpt ook niet verder. De uitspraak dat verbintenissen voortvloeien uit overeenkomst of uit de wet (art. 1269 BW (oud)) of uit de wet alleen (art. 6:1 BW), biedt slechts een legitimering voor het aannemen van verbintenissen met voorbijgaan aan de onderscheiding vrijwillig/opgelegd. Dat is een verplaatsing van het probleem omdat aan de hand van de vraag wanneer een verbintenis uit de 'wet' bestaat, beoogd wordt exact hetzelfde probleem op te lossen als met de dichotomie vrijwillig/opgelegd. Zelfs kan worden gesteld dat door de verbintenis uit de wet in te voeren het eigenlijke probleem (waarom is er in dit geval gebondenheid?) wordt verdonkeremaand ten behoeve van slechts een botte wettelijke legitimering.⁹³

Dit betekent dat het onderscheid vrijwillig/opgelegd reeds niet kan worden aanvaard omdat geen inhoudelijke maatstaf wordt geboden waar de bronnen kunnen worden langs gelegd. Indien men de maatstaf geheel zou zoeken in de vrijwilligheid, zou men echter evenmin een juist criterium hebben omdat dit noch voldoende, noch noodzakelijke voorwaarde voor gebondenheid is. Niet alle vrijwillig aangegane overeenkomsten zijn immers afdwingbaar. En bovendien kunnen ook overeenkomsten worden aanvaard waar in het geheel geen vrijwilligheid bestaat. Het betreft hier juist de situaties waarin door-

92. Van der Heijden onderscheidt niet goed tussen beide vragen waar hij, *o.c.*, p. 15, in het betoog over opgelegde/vrijwillige verbintenissen verwijst naar De Groots onderscheid tussen toezegging en onevenheid. Ook Nieskens' betoog in *Het fait accompli* wordt ons niet geheel duidelijk waar zij enerzijds het onderscheidend criterium van de wil achterhaald acht (p. 13), maar anderzijds (p. 30 en *passim*) aan de 'partij-autonomie' grote waarde wil hechten. Dit is slechts verklaarbaar door aan de 'wil' een beperkte betekenis te hechten, waarvoor wij echter — ook bij Van der Heijden — geen reden zien.

93. In deze zin Theo Mayer-Maly, *Divisio Obligationum*, *The Irish Jurist* II (1967) p. 383: 'The doctrine of *obligationes ex lege* in reality covers up the question which is to be solved when dealing with the *divisio obligationum*'. Hij wijst er ook op dat de Code Civil (art. 1371) als eerste de wettelijke verbintenis invoerde, waar de Romeinen deze niet kenden.

gaans met een beroep op het vertrouwensbeginsel een gebondenheid wordt aangenomen.

4.2 Een andere maatstaf: de status quo als bepalend

Is een maatstaf denkbaar die zowel de 'opgelegde' als de vrijwillig aangegane verbintenissen terugbrengt op één noemer? Zeker is dat door het recht soms een bestaande toestand zo wordt gewaardeerd dat een wijziging daarvan ongeoorloofd is. Anderzijds zijn er gevallen waarin verandering van de bestaande toestand wel degelijk acceptabel is. Onzes inziens kan het stelsel van bronnen van verbintenis rondom dit concept van *al dan niet geoorloofde inbreuk op de status quo* worden opgebouwd.

Daarmee wordt de vraag wanneer een bron van verbintenissen bestaat, afhankelijk van die wanneer de rechtsorde een inbreuk op de vermogensrechtelijke status quo aanvaardt en wanneer niet. Iedere wijziging van de status quo moet een legitimering hebben en indien die er niet is, dient de wijziging te worden teruggedraaid. Die legitimering kan worden omschreven als een maatschappelijk als zodanig erkende bestaansgrond voor de vermogensverschuiwing.⁹⁴

Dit betekent concreet dat als de twee ultieme maatschappelijke situaties kunnen worden aangemerkt die, waarin de status quo rechtens gelijk dient te blijven (zodat bij inbreuk daarop herstel in de oude toestand vereist is) en die, waarin voor een wijziging van de status quo *wel* een causa bestaat. Ook logisch genomen zijn dit de twee *grondvormen* van het juridisch denken: er is immers altijd òf een gelijk blijven òf een verandering. Dit kan ook zo worden uitgedrukt dat in het recht enerzijds het adagium 'alterum non laedere' en anderzijds het 'suum cuique tribuere' heeft te gelden. Het eerste verwijst naar een conservatief beginsel, dat niemand in enig belang mag worden geraakt, het tweede naar een revolutionair beginsel, omdat slechts ieder het zijne kan worden gegeven door een overgang van goederen van de ene persoon op de andere.⁹⁵

94. Wij zijn hierbij geïnspireerd door Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid*, p. 11 v., die de gedachte dat een 'erkend tegenwicht' (een 'causa') aanwezig moet zijn voor iedere vermogensverschuiwing een aan het vermogensrecht inherent postulaat noemt en die dit met een groot aantal, verouderde, voorbeelden buiten het terrein van de bronnen van verbintenis illustreert. Zie voorts Eduard Picker, *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo — Zur Problematik der Haftungen 'zwischen' Vertrag und Delikt*, *AcP* 183 (1983) p. 398 die ook de 'materiale Rechtsgrund' voor de vermogensverschuiwing centraal stelt.

95. Aldus, met nadruk op goederenrechtelijke verhoudingen, I. Kisch, *Beschouwingen over de onderscheiding tusschen zakelijke en persoonlijke rechten*, diss. Amsterdam 1932, Alphen aan den Rijn 1932, no. 282 v., die als centrale vraag stelt (no. 284): 'wat wordt aan gerechtigheid gewonnen, wat wordt aan rust geofferd?'

De bronnen van verbintenis, er toe dienend om uit alle voortdurende verstoringen van de feitelijke toestand die gebeurtenissen uit te lichten die tot rechtsgevolg leiden,⁹⁶ kunnen nu worden geplaatst in het licht van deze beide ultieme situaties. Daarbij dient te worden benadrukt dat de vraag naar de al dan niet geoorloofde inbreuk op de status quo nog slechts een abstracte maatstaf is, waarmee de verschillende bronnen van verbintenis op één en dezelfde noemer kunnen worden gebracht, zonder dat daarmee op zichzelf enig criterium voor de gebondenheid is gegeven.

5. DE BRONNEN VAN VERBINTENIS VERBONDEN

5.1 De bron onrechtmatige daad: ongeoorloofde inbreuk op de status quo

5.1.1 Inleiding

Historisch gezien is het juist om een bespreking van de diverse bronnen aan te vangen met de onrechtmatige daad. De verbintenis daaruit zal, als nauw verbonden met het strafrecht, de eerste vorm van rechtsbetrekking zijn geweest.⁹⁷ In een volgend stadium van de ontwikkelingsgang is in de plaats van de straf de schadevergoeding getreden. De onrechtmatigheid is daarmee de grondslag van het verbintenisrecht; dat een benadeelde schadeloos moet worden gesteld door de laedens,⁹⁸ geldt immers voor alle als persoon erkende maatschappelijke subjecten en in die zin gaat het hier om een 'elementair rechtvaardigheidspostulaat',⁹⁹ dat reeds was neergelegd in de Ulpiniaanse formule van 'neminem laedere'.¹⁰⁰

Dit voert Wolfsbergen tot het oordeel dat het zoeken van een grondslag daarvoor dan ook nauwelijks nodig is.¹⁰¹ Bezinning op de grondslag is echter wel nuttig voor zover daarmee duidelijk wordt *wanneer* nu precies

96. Als bezwaar tegen werken met het begrip 'status quo' valt in te brengen dat dit al een normatief begrip is: de vraag wanneer sprake is van een wijziging daarvan wordt immers ingegeven door de normen van het geldend recht en kan niet 'feitelijk' worden vastgesteld. Eenzelfde kritiek is te horen geweest op het concept van 'neminem laedere'. Zie voor de critici in Duitsland bijv. Eduard Picker, *Vertragliche und deliktische Schadenshaftung*, *JZ* 42 (1987), p. 1048 alsmede Loges, *Die Begründung*, p. 112. Zolang echter aan de hand van de bronnen wordt bepaald welke wijziging wel en welke niet als juridisch relevant wordt beschouwd, is dit geen bezwaar.

97. Van der Heijden, *o.c.*, p. 3. Vgl. echter anders Van Oven, *Leerboek*, no. 103. Wanneer men de onrechtmatigheid (het 'niet mogen') centraal stelt, blijft men nog denken in strafrechtstermen. Vgl. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid*, p. 5.

98. Vgl. *Asser-Hartkamp* III, no. 7.

99. Aldus Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, *o.c.*, p. 1.

100. Zie voor de historische ontwikkeling van deze idee, van Ulpianus via Hugo de Groot naar Kant, bijv. Picker, *o.c.*, p. 1048.

101. *t.a.p.*

geleden schade via het leerstuk der onrechtmatige daad voor vergoeding in aanmerking komt. Het is ook hier de bron van verbintenis die als sluis moet dienen ter bepaling van de gebondenheid in het concrete geval: in beginsel draagt ieder zijn eigen schade, maar de cruciale vraag is *wanneer dat niet het geval mag zijn*.¹⁰²

Het trekken van de scheidslijn tussen wel en niet rechtens te vergoeden schade, kan op de meest uiteenlopende wijzen geschieden. Niet alleen kunnen de onrechtmatigheid van de handeling en de schuld van de laedens als criterium worden genomen, ook het schadebegrip zelf komt als zinnige maatstaf in aanmerking.¹⁰³ Het spreekt voor zich dat de grondslag der delictuele aansprakelijkheid nauw verbonden zal zijn met dit criterium. Wie meent dat de schade moet worden vergoed omdat het nu eenmaal voor risico komt van een persoon dat een bepaalde gebeurtenis plaats had, hanteert daarmee een aan de hoedanigheid van een persoon gebonden maatstaf, die allicht tot een aansprakelijkheid leidt in andere gevallen dan wie een schuldtheorie hanteert.¹⁰⁴ Thans wordt eerst de grondslag der delictuele aansprakelijkheid blootgelegd; daaruit volgt het aan te leggen criterium.

5.1.2 Grondslag van de delictuele aansprakelijkheid

Onzes inziens moet als grondslag van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad de ongeoorloofde inbreuk op de status quo worden aangemerkt. Bij afwezigheid van een causa voor de vermogensverschuiving, ontstaat een aanspraak op rechtsherstel teneinde de ontstane verstoring van het maatschappelijk evenwicht te herstellen.¹⁰⁵ Men kan hier ook spreken van een 'ongoor-

102. Vgl. W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Leiden 1952, Leiden [1952], p. 6: de vraag is: wanneer is het billijk dat niet de gelaedeerde, maar de laedens de schade draagt? G.H.A. Schut, *Rechterlijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. Amsterdam VU 1963, Zwolle 1963, p. 37 noemt de gedachte dat in beginsel aanspraak bestaat op schadevergoeding bij aantasting van een rechtens beschermd belang, in strijd met dit beginsel. Dit zal echter afhangen van de definitie van 'belang'.

103. Men heeft gesproken van 'communicerende vaten' en van 'kleuren waterverf'. Men kan enkel aan de hand van één der begrippen zorgvuldigheid, causaal verband, schuld, risico en rechtvaardigingsgrond de aansprakelijkheid bepalen, mits men deze maar 'normatief' invult. Zie voor de verhouding onrechtmatigheid-schuld bijv. D.J. Veegens in zijn noot onder HR 9 december 1960, *NJ* 1963, 1 (Jaguar I), alsmede algemeen over de uitwisselbaarheid G.E. van Maanen, *Onrechtmatige daad*, diss. Groningen 1986, Deventer 1986, p. 222 v. Vgl. kritisch *Asser-Hartkamp* II, no. 52.

104. Zie overzichten van theorieën bij Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad, o.c.*, p. 3 v.; Schut, *Rechterlijke verantwoordelijkheid, o.c.*, p. 27 v. en W.J. Slagter, *De rechtsgrond van de schadevergoeding, o.c.*, p. 9 v.

105. Volgens A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding*, dl. 1 (Mon. NBW B-34), p. 2 (met verwijzingen naar de PG) is ook de centrale doelstelling van afd. 6.1.9 BW de compensatie of 'het goed maken van de schade' Vgl. dez., *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. Utrecht 1965, p. 114: 'het vergoeden van schade is (...) het zoveel mogelijk goed maken van de schade door het verrichten van een aan die schade gelijkwaar-

loofde onevenheid'.¹⁰⁶ De rechtmatigheid of onrechtmatigheid van de handeling hangt geheel af van de mate waarin het maatschappelijk evenwicht is verstoord (bij de vordering tot schadevergoeding) of zal worden verstoord (bij het verbod of bevel).¹⁰⁷ Deze ruim geformuleerde grondslag maakt duidelijk dat het van het geheel van de maatschappelijke inzichten op een bepaalde plaats en in een bepaalde periode af zal hangen of een dergelijke verstoring bestaat.

Dit betekent dat indien een inbreuk op eens anders belang plaatsvindt, de aansprakelijkheid en dus de eis van herstel in de vorige toestand daarmee in beginsel is gegeven. Het onrechtmatige daadsrecht beoogt zo gezien *een gescheiden houden van de belangen* van individuele personen. Bemoeienis met eens anders rechtssfeer moet uitzondering blijven en kan slechts, zoals we zullen zien, worden aanvaard in geval van overeenkomst of — de daarmee nauw verbonden — zaakwaarneming.

5.1.3 Criterium voor de aansprakelijkheid

Wat levert deze grondslag nu op aan vruchtbaar gedachtengoed voor de vraag naar het criterium der aansprakelijkheid? Met de *inbreuk* op de status quo als centrale vraag, komt het *schadebegrip* op het eerste plan te staan. Wat door de gelaedeerde aan schade wordt geleden, levert immers voor hem de inbreuk op; het is zijn belang dat wordt geschonden. Waar in de heersende leer de onrechtmatige handeling van de laedens voorop staat, verplaatst het perspectief zich hier naar de *aanspraak* van de gelaedeerde. Daarmee wordt aansluiting gezocht bij de opvatting van R.J. Polak.

Deze acht namelijk bepalend voor de onrechtmatigheid van de rechtsinbreuk of deze naar maatschappelijke opvattingen moet worden geduld, waar-

dige prestatie ten behoeve van de benadeelde'. Er is m.i. materieel weinig verschil met de zg. 'rechtshandhavingfunctie' van het schadevergoedingsrecht (Mon. NBW, *o.c.*, p. 5-6), hoewel Bloembergen deze ziet als een 'bijproduct' van de schadevergoeding. G.R.J. de Groot ziet de 'herstelfunctie' als primair; zie zijn Grenzen aan de mogelijkheden van een abstracte schadeberekening?, *VR* 28 (1980) p. 52. Vgl. de 'Wiedergutmachungspflicht' bij Picker, Positive Forderungsverletzung, *o.c.*, p. 397 en de 'prevention or compensation of harms' bij Winfield and Jolowicz on Tort, 13th. ed. by W.V.H. Rogers, London 1989, p. 6-7.

106. Zoals Eggens, *De bronnen van verbintenis*, p. 251 in aansluiting bij het spraakgebruik van Hugo de Groot doet: de aequitas verlangt herstel van ongeoorloofde 'onevenheid'. De Groot onderscheidde tussen 'toezegging ende onevenheid' als bronnen van verbintenis (*Inleidinge*, III, 1, 9).

107. Vgl. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid*, p. 8-9: 'de vraag wáár de aanspraak ligt (...) is telkens een van *maatschappelijk evenwicht*' (curs. in orig.). Aanspraak bestaat waar 'een laesie rechtens niet behoeft te worden geduld'. Ook Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, p. 201, spreekt van doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht. De door hem onderscheiden preventie, vergoeding en spreiding van de schade zijn m.i. evenwel terug te brengen op de algehele wens de bestaande toestand of vroeger bestaand hebbende toestand te herstellen.

bij aan de zijde van de gelaedeerde de aard van de schade en van het betrokken rechtsbelang bepalend zijn, aan de kant van de laedens bijv. zijn volwaardigheid, alsmede voorzienbaarheids- en overmachtenvragen.¹⁰⁸ De gebondenheid (door aanspraak) wordt bij Polak echter steeds weer afhankelijk gemaakt van twee elementen, nl. van de vergoedbare schade en van de onrechtmatige veroorzaking.

Onzes inziens zijn deze beide laatste factoren zelfs meer op elkaar betrokken dan Polak suggereert. Daar het schadebegrip normatief moet worden opgevat als vergoedbare schade, gelegen in 'vermindering in een door aanspraak gedekt belang' van de gelaedeerde,¹⁰⁹ gaat de onrechtmatigheid daarin op. Of een genotsaanspraak wordt aangetast, kan immers alleen worden vastgesteld aan de hand van de vraag wat onrechtmatig is.¹¹⁰

De opvatting van Polak is in de literatuur zeer bekritiseerd, met name op juist deze grond dat zo een vermenging plaats heeft van onrechtmatigheid en schade.¹¹¹ Nog daargelaten in hoeverre Polak deze vermenging zelf aanvaardt,¹¹² wij achten haar zowel onvermijdelijk als nuttig. In de eerste plaats is zij onvermijdelijk nu het schadebegrip niet anders dan normatief kan zijn.¹¹³ In de tweede plaats is zij ook nuttig omdat de taak van het onrechtmatige daadsrecht, bestaande in het keren van een ongeoorloofde inbreuk op de bestaande vermogensrechtelijke verhoudingen, het beste wordt gediend

108. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid*, p. 10-11.

109. Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid*, p. 18-21. Een aanspraak, een rechtens beschermd belang, is 'een rechtsverwachting op eerbiediging van, en bijgevolg c.q. teruggave van genot'. Schade is genots-vermindering, vermindering van het genot waarop men recht heeft.

110. Vgl. ook Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid*, p. 18 en 71, waar hij dit met zoveel woorden erkent.

111. Kritiek bij o.a. Bloembergen, Mon. NBW, *o.c.*, p. 11-12 die onderscheidt tussen twee stellingen in Polaks betoog: 1. schade is normatief en 2. er is pas schade indien een door aanspraak gedekt belang is aangetast. Bloembergen erkent de eerste stelling, de tweede, p. 26-27, niet omdat de aanspraak dan in de schade is opgenomen. Dat betekent dat de aanspraak zowel bij de schade als bij de onrechtmatigheid een rol speelt en de onrechtmatigheid in het schadebegrip zit. Deze systematiek kan volgens Bloembergen 'uitsluitend tot duisterheid leiden'. Zie ook Mon. NBW, *o.c.*, p. 54. Voorts kritiek bij Slagter, *o.c.*, p. 2 en Schut, *o.c.*, p. 156.

112. *o.c.*, p. 18, waar hij, onder erkenning van hun dialectische verhouding, stelt dat de elementen aanspraak en onrechtmatigheid meer statisch zijn naarmate zij meer wettelijke fundering (als resp. subjectief recht en rechtsplicht) hebben gevonden.

113. In dezelfde zin Bloembergen, *Schadevergoeding*, p. 11. De normativiteit wordt nog eens benadrukt in Mon. NBW, *o.c.*, p. 53. Voor hem is schade vermogensvermindering, waarbij het begrip schade wordt ingevuld aan de hand van waarde-oordelen, ingegeven door de strekking van het aansprakelijkheidsrecht. Vgl. André Tunc, *IECL*, vol. XI-1: *Torts; Introduction* [1983], no. 8, die wijst op de ambiguïteit van de term 'redress by law' en J.M. van Dunné, noot bij HR 14 april 1989, *AA* 39 (1990), p. 475 (Benckiser/Staat). Tegen een normatief schadebegrip bijv. Slagter, *o.c.*, p. 2: schade is vermindering van de behoeftebevrediging, waarbij de vraag of op die bevrediging recht bestond irrelevant is. Zie voor de meningen in Duitsland Ulrich Magnus, *Schaden und Ersatz*, Tübingen [1987], p. 11 v.

met een zo flexibel mogelijk schade-begrip.¹¹⁴ Dat de onrechtmatigheid opgaat in een preponderant schadebegrip, is dan niet verwarrend maar juist verhelderend. Het brengt tot uitdrukking dat voor de onrechtmatigheid primair het oordeel dat een ongeoorloofde inbreuk op de status quo bestaat beslissend is.

5.2 De bron overeenkomst: geoorloofde inbreuk op de status quo

Het is gebruikelijk om het contract te beschouwen als een instituut dat voortbouwt op de door het onrechtmatige daadsrecht geordende samenleving. Naast de aanspraken die men van rechtswege heeft, zijn er 'extra-aanspraken' op wat men kan noemen een 'voordeelsverwachting': men kan recht doen gelden op meer dan gebruikelijk is.¹¹⁵ De algemene zorgplicht jegens een ieder is met andere woorden verschillend van de specifiek in acht te nemen gedragsnorm tussen partijen die in een concrete verhouding tot elkaar staan.¹¹⁶ Waar het bij de onrechtmatige daad gaat om een benadeling die men *niet* hoeft te dulden, gaat het hier om een aantasting van de status quo waarvoor *wel* een rechtvaardiging bestaat.

De grondslag van de overeenkomst kan daarmee heel eenvoudig worden gezocht in de gerechtvaardigde aantasting van de status quo. *Wanneer* deze bestaat, is één der meest bediscussieerde vragen van de moderne civilistiek,¹¹⁷ maar zeker is dat die discussie dient om een de inbreuk rechtvaardigende causa bloot te leggen. De cruciale vraag is steeds of de inbreuk op de status quo zodanig gerechtvaardigd dat geen herstel in de oude toestand is vereist.

Zojuist werd voor de onrechtmatige daad gesteld dat deze rechtsfiguur een gescheiden houden van de private rechtssferen bewerkstelligt. Enige bemoeienis met of inbreuk op andermans belang is daar ongeoorloofd. Hier gaat het daarentegen om een geval waarin juist *wel* een inbreuk op andermans belang mogelijk is. Daarmee is een logisch dwingende onderscheiding tussen

114. Van Dam, *Zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid*, legt de nadruk op de zorgvuldigheidsnorm, Slagter op de onrechtmatigheid. Vgl. de kritiek op de laatste bij Schut, *o.c.*, p. 37.

115. Aldus Polak, De nieuwe 'Hofmann' en het systeem der verbintenissen, *o.c.*, p. 88 en 143. Vgl. Von Mehren, A General View of Contract, *o.c.*, no. 2.

116. Zie bijv. Tunc, Introduction, *o.c.*, no. 9: bij contract is er een 'existing relationship', terwijl 'most of the time the tortfeasor and the aggrieved party are strangers to each other'. Zo ook Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 11 en 904.

117. Men heeft als zodanig bijvoorbeeld de wilsovereenstemming, de belofte, de verklaring, het opgewekte vertrouwen en een combinatie van deze elementen gepropageerd. Zie nader hoofdstuk VI. Dat bij de overeenkomst aan het zoeken van een grondslag, anders dan in het delictenrecht, geen behoefte bestaat nu deze 'eenvoudig en eenvormig is te vinden in de noodzaak van het vertrouwen in het gegeven woord', zoals Polak, *Aanspraak en aansprakelijkheid*, p. 1-2, meent, kan niet worden aanvaard.

overeenkomst en onrechtmatige daad geschapen. Ofwel er is een rechtvaardiging voor de inbreuk en dus een overeenkomst, ofwel er is geen rechtvaardiging en dan de plicht om de inbreuk teniet te doen.¹¹⁸

Nu kan worden tegengeworpen dat toch ook gevallen denkbaar zijn waarin wel degelijk een geoorloofde inbreuk op de status quo bestaat, zonder dat dit leidt tot rechtsgevolgen. De wandeling in het park leidt evenmin als het optillen van dit boek tot gebondenheid, maar beide activiteiten kunnen wel degelijk als een geoorloofde inbreuk op de status quo worden gekwalificeerd. Deze tegenwerping treft echter geen doel. In de eerste plaats zij herhaald dat wij op zoek zijn naar een maatstaf waar de verschillende bronnen van verbintenis langs kunnen worden gelegd, zonder dat daaraan *op zichzelf* veel praktische waarde wordt gehecht.

Maar in de tweede plaats kunnen de geoorloofde en de ongeoorloofde inbreuk op de status quo wel degelijk als elkaar uitsluitende categorieën worden begrepen, zolang maar wordt uitgegaan van een normatief inbreukbegrip. Dat het schade-begrip door de zorgvuldigheidsnorm wordt ingevuld, zodat dit ten volle normatief is, betekent immers dat alle *overige* gevallen van (normatieve) inbreuk op de status quo situaties betreffen waarin wel een rechtvaardigingsgrond voor de inbreuk bestaat. De tussencategorie, die zou kunnen bestaan bij een feitelijk schadebegrip, valt weg omdat dan eenvoudigweg niet van (te vergoeden) schade kan worden gesproken. De vraag naar de inbreuk op de status quo komt pas op indien één van beide partijen in haar belang is getroffen en dan is het van tweeën één: óf de inbreuk moet als ongeoorloofd worden teruggedraaid, óf is dankzij de aanwezigheid ener rechtvaardigingsgrond wel degelijk geoorloofd.

Het is dit schema van een elkaar uitsluitende overeenkomst en onrechtmatige daad dat goede diensten kan bewijzen bij het vinden van de grondslag voor contractuele gebondenheid. Het stelt ons namelijk in staat om de overige bronnen (met name zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking) te plaatsen in het kader van de overeenkomst en de onrechtmatige daad. Dat het vinden van een grondslag voor de contractuele gebondenheid zo problematisch is geweest, kan dan daarop worden teruggevoerd dat de overeenkomst niet voldoende in verband is gebracht met die andere bronnen. Aldus wordt de gewenste tweede weg in de praktijk gebracht.

118. In dit theoretisch model, waarbinnen de bronnen van verbintenis op elkaar worden betrokken, kan ook de niet-nakoming worden ingepast. Wanprestatie levert op haar beurt immers een ongeoorloofde inbreuk op de door de erkenning van de overeenkomst totstandgekomen status quo op. Dat wanprestatie kan worden gekwalificeerd als een species van onrechtmatige daad is natuurlijk weinig revolutionair; vgl. bijv. *Asser-Hartkamp* III, no. 8.

5.3 Zaakwaarneming als geoorloofde inbreuk op de status quo

5.3.1 Inleiding

Een bron van verbintenissen die eveneens in het kader van de status quo moet worden gezien, betreft de lastige figuur van de zaakwaarneming. Art. 6:198 BW maakt schadevergoeding mogelijk voor degene die op redelijke grond eens anders belang behartigt, zonder daartoe op grond van wet of rechtshandeling bevoegd te zijn. Met de laatste zinsnede is aangegeven dat het in beginsel zal moeten gaan om een 'vrijwillig' handelen, dus om een gedrag waartoe men niet verplicht is. Slechts in geval van de zeldzame aanwezigheid van rechtsplichten tot handelen (zoals die van art. 450 Wetboek van Strafrecht) spreekt men niet van vrijwilligheid.

De essentiële vraag is nu in hoeverre deze zaakwaarneming verschilt van de onrechtmatige daad en de overeenkomst. In de loop der geschiedenis is er steeds een tendens geweest om de zaakwaarneming te laten opgaan in de contractuele aansprakelijkheid. De negotiorum gestio kwam bijv. reeds voor bij Justinianus en was daar net als de ongerechtvaardigde verrijking een obligatio quasi ex contractu.¹¹⁹ De consensus heeft men wel gevonden in de bedoeling van partijen: aan de zijde van de belanghebbende lag die in de veronderstelde wil dat de gestor voor hem zou handelen¹²⁰ en aan de kant van de gestor stelt art. 6:198 nog altijd de eis dat hij 'willens en wetens' handelt.¹²¹ Dit wordt doorgaans wel verregaand gerelativeerd: de wil kan uit vele omstandigheden worden afgeleid.¹²²

De vraag is in hoeverre dat subjectieve element ook aan de zijde van de belanghebbende nog altijd van belang is. In het Nederlandse recht wordt een rol toegekend aan het behartigen van eens anders belang *op redelijke grond*. Anders klinkende geluiden ten spijt,¹²³ moet worden aangenomen dat een dergelijke redelijke grond alleen zal bestaan wanneer het de 'werkelijke' of vermoedelijke wil van de belanghebbende is geweest dat in zijn belang zou

119. Inst. III, 27. Vgl. Van Oven, *Leerboek*, p. 365 v.

120. Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 434. Zie voorts over de verhouding met de overeenkomst Samuel J. Stoljar, *IECL*, vol. X-17: Negotiorum Gestio [1984], no. 6 v.

121. Deze wilseis wordt door vrijwel iedereen aangenomen. Vgl. ook HR 10 april 1953, *NJ* 1953, 630 (Inverbo/Jacobi) en HR 26 juni 1959, *NJ* 1959, 586 m.nt. LEHR (De Koning/Vorst).

122. Dit brengt Van Dunné, *Verbindenissenrecht*, dl. 2, p. 589, ertoe de wil niet als criterium te aanvaarden.

123. In de *PG* Boek 6, p. 791 (TM) wordt de vraag wat een redelijke grond is, overgelaten aan de rechter; de wil is 'een factor' waarmee rekening gehouden moet worden. De dan volgende voorbeelden overtuigen echter niet in die zin dat daar geen wil kan worden aangenomen. Met Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 434, kan worden meegegaan waar hij de eis dat de zaakwaarneming overeenkomstig de beide bedoelingen van partijen moet zijn, een misverstand noemt.

worden gehandeld.¹²⁴ Weliswaar kunnen op die regel 'uitzonderingen' worden aanvaard,¹²⁵ maar die bevestigen de regel slechts nu dit gevallen betreft van een onvolwaardige wil, zoals bij geestelijke gestoordheid, jeugdigheid of wilsgebrek. Dan mag met die wil geen rekening worden gehouden en kan men ook zeggen dat geen 'werkelijke' wil aanwezig is.¹²⁶ Men zou dit zelfs kunnen aannemen wanneer tegen de zin van de belanghebbende zaakwaarneming plaatsvindt, wanneer dat zou leiden tot een evidente verslechtering van zijn positie.¹²⁷ Dat geval ligt immers dicht in de buurt van het niet in staat zijn volwaardig zijn wil te bepalen. Met andere woorden: het oordeel dat de zaakwaarneming is gewild, zal worden ingegeven door de omstandigheid dat de zaakwaarneming op redelijke grond is geschied.

Hiermee is onzes inziens een belangrijk criterium voor de erkenning van de zaakwaarneming of een redelijk belanghebbende zelf zou hebben gehandeld ware hij daartoe in staat geweest. Dit lijkt naar huidig recht problematisch omdat algemeen wordt aangenomen dat ook wanneer de belanghebbende zelf tot handelen in staat is, een redelijke grond voor zaakwaarneming aanwezig is.¹²⁸ Toch zal dit een uitzondering zijn. Waar zaakwaarneming wel op redelijke grond geschiedt terwijl de belanghebbende zelf tot handelen in staat is, zal toch steeds bij de zaakwaarnemer de *indruck* hebben bestaan dat de belanghebbende *niet* tot handelen in staat was.¹²⁹ Waar de *vermoedelijke* wil van de belanghebbende bepalend is, kan dit geval daarmee niet als een uitzondering worden beschouwd. Dat slechts relevant is het op redelijke grond *aanvangen* van de zaakwaarneming, volgt hieruit automatisch: de aantasting van de status quo wordt beoordeeld naar wat de zaakwaarnemer mocht denken omtrent wat nuttig was voor de belanghebbende. Of de zaakwaarneming succesvol is, doet dan niet terzake.¹³⁰

124. Zie genuanceerd G. Verburg, *De vrijwillige zaakwaarneming*, diss. VU 1949, Amsterdam 1949, p. 82 v. en *Asser-Hartkamp* III, no. 301.

125. Zie de *PG* Boek 6, p. 791 (TM).

126. Er wordt dus een volwaardige wil bedoeld. Zie ook de *PG* Boek 6, p. 791 (TM). *Asser-Hartkamp* III, no. 301, suggereert hier een valse tegenstelling.

127. Deze vraag is onder het oude recht voorwerp geweest van uitgebreide discussie. Zie voor een overzicht D.H. van Zyl, *Die saakwaarnemingsaksie as verrykingsaksie in die Suid-Afrikaanse reg*, diss. Leiden 1970, Leiden [1970], p. 116 v. Volgens de *PG* Boek 6, p. 791 (TM) is de onwil slechts een omstandigheid die meespeelt bij de bepaling van het redelijk belang. Zie voorts (kritisch) H. Cohen Jehoram, *De zaakwaarneming in het ontwerp nieuw B.W.*, *WPNR* 5014-5015 (1968) p. 457 en vóór een vergaande inmenging in andermans zaken H.W.M. van Helten, *Zaakwaarneming tegen den wil van den belanghebbende*, *RM* 27 (1908) p. 569 v.

128. Aldus expliciet HR 10 december 1948, *NJ* 1949, 122 m.nt. PhANH (Marcel Petit) en *PG* Boek 6, p. 789 en 791 (TM). Zie ook *Asser-Hartkamp* III, no. 299.

129. In deze zin ook Verburg, *o.c.*, p. 77 v.

130. Dat bij zaakwaarneming vergoeding van kosten plaatsvindt ongeacht of de belanghebbende is gebaat, zoals *Asser-Hartkamp* III, no. 311 meent, is onjuist. Bij behoorlijke zaakwaarneming is de belanghebbende altijd gebaat, ook wanneer het doel van de be-

5.3.2 Zaakwaarneming als reden voor contractuele gebondenheid

Nu de redelijke grond centraal is gesteld, kan de zaakwaarneming worden geplaatst binnen het schema onrechtmatige daad-overeenkomst. Ook hier gaat het om een al dan niet gerechtvaardigde inbreuk op de status quo.

Enerzijds moet worden voorkomen dat sprake is van een te lichtvaardig opdringen van een prestatie, een ongeoorloofd mengen in andermans zaken.¹³¹ Niet ieder belang behoeft immers te worden behartigd. Wie nooit zijn auto wast, behoeft niet te aanvaarden dat de buurman dat voor hem doet: hoewel hij er wel belang bij heeft, is dat niet een redelijk belang omdat wij dit beschouwen als een inbreuk op de autonomie.¹³² Het op niet redelijke grond anders belangen waarnemen levert dan ook onrechtmatig handelen op, dat ongedaan gemaakt moet worden. Zaakwaarneming en onrechtmatige daad vormen in die zin elkaars tegendeel.¹³³

Anderzijds kan juist wel een 'redelijke grond' voor de inbreuk bestaan, zodat die inbreuk als geldige zaakwaarneming wordt aanvaard. Maar essentieel is nu dat die redelijke grond niets anders is dan een rechtvaardigingsgrond voor de wijziging van de status quo, zoals die ook bij de overeenkomst aan de orde kwam. Dat roept de vraag op of het mogelijk is daar iets van te leren voor wat de grondslag van de overeenkomst aangaat.

Inderdaad is dat het geval. Zoals nog zal blijken, is altijd problematisch geweest de inpassing van de eenzijdig bevoordelende overeenkomst (zoals de schenking) in het systeem van het overeenkomstenrecht. Hier moet nu alvast worden gezegd dat het in verband met elkaar denken van zaakwaarneming en (bijvoorbeeld) schenking vruchtbaar kan werken. Aan beide figuren is namelijk een zeker ethisch element eigen.¹³⁴ Het achterliggende beginsel van de zaakwaarneming betreft het dienstbetoon.¹³⁵ Toekennen van schade-

langenbehartiging niet is bereikt. De kans op succes telt ook mee. Aldus terecht Van Dunné, *Verbintenissenrecht*, dl. 2, p. 604.

131. Vgl. voor het BW de PG Boek 6, p. 789-790 (TM): de onrechtmatige daad biedt bescherming tegen 'ongemotiveerde en schadelijke inmenging in eens anders zaken, ook al zou deze inmenging uit de beste bedoelingen voortspruiten'.
132. Zie verder het uitgebreide rechtspraakoverzicht in *Verbintenissenrecht* I (Heisterkamp), aant. op art. 198.
133. Vgl. de PG Boek 6, p. 791 (TM), Nieskens, *Het fait accompli*, p. 39 en vooral Verburg, *o.c.*, p. 165 v. Denkbaar is om aan te nemen dat in geval van behartiging van een wel redelijk belang, een rechtvaardigingsgrond aanwezig is die de onrechtmatigheid opheft. Vgl. de PG Boek 6, p. 617 (TM). O.i. is dit een omweg en komen we aan de onrechtmatigheid dan in het geheel niet toe.
134. Bovendien wordt als grondslag wel 'de billijkheid' aangewezen. Bijv. in *Asser-Hartkamp* III, no. 291. Dit kan echter niet bevredigen.
135. Vgl. de gronden, opgesomd bij Verburg, *o.c.*, p. 162 v.: maatschappelijk belang, solidariteit, sociaal altruïsme, verplichting tot hulpbetoon, gevoelens van humaniteit. Verburg zelf zoekt de bijzondere grondslag in een 'noodrecht'. Zie voorts John P.

vergoeding voor onverplicht verrichte diensten vindt een (normatieve) rechtvaardiging in de gedachte dat de gestor heeft gehandeld vanuit de behoefte voor een ander belangen waar te nemen.¹³⁶ Dat dit bij schenking niet anders is, komt in hoofdstuk VIII nader aan de orde; hier ging het er slechts om te laten zien dat zaakwaarneming en overeenkomst op dezelfde grondslag van geoorloofde inbreuk op de status quo kunnen worden teruggevoerd.¹³⁷ De zaakwaarneming is daarmee een omstandigheid die een rol speelt bij het oordeel *dat* sprake is van een overeenkomst, niet een daar naast staande bron.¹³⁸

5.4 Ongerechtvaardigde verrijking als bron van verbintenissen?

In een beschouwing die de handhaving of wijziging der status quo als uitgangspunt neemt voor de vraag wanneer verbintenissen ontstaan, is de rol van de ongerechtvaardigde verrijking problematisch. De bronnen van verbintenis die tot nu zijn behandeld, konden worden gezien als een al dan niet gerechtvaardigde inbreuk op de status quo. Daar die inbreuk steeds bestaat in een vermogensverschuiving, kan evengoed worden gezegd dat in die gevallen een al dan niet gerechtvaardigde verrijking en daarmee corresponderende verarming plaatsvindt.¹³⁹

De verrijkingsgedachte ligt daarmee ten grondslag aan alle bronnen van verbintenis. Schoordijk heeft gelijk waar hij stelt dat al het vermogensrechtelijk denken 'een denken in termen van ge- en ongerechtvaardigde verrijking'

Dawson, *Unjust Enrichment* [= Rosenthal Lectures 1950], Boston 1950, p. 137, die stelt dat één gedachte de negotiorum gestio in de loop der geschiedenis heeft beheerst: dat schadevergoeding moet bestaan 'for action undertaken on another's behalf through the motive of altruism'. Ook in de gevallen van zuiver dienstbetoon op redelijke grond kan van een overeenkomst worden gesproken, zolang de geleden schade maar voor vergoeding in aanmerking moet komen.

136. Indien individualisme hoogtij viert, is dan ook geen plaats voor zaakwaarneming, want 'the conferring of unsolicited benefits is an interference with the free choice of the person benefited' en vormt een onrechtmatige daad. Zie Dawson, *o.c.*, p. 138 alsmede Nieskens, *Het fait accompli*, p. 39.
137. Wij staan hiermee lijnrecht tegenover Verburg, *o.c.*, p. 30 v. en 77 en Nieskens, *Het fait accompli*, p. 39 v., die in de erkenning van de zaakwaarneming juist een afwending van de schade en daarmee een *in stand blijven* van de status quo zien.
138. Hiermee wordt afstand genomen van Schoordijk, *Zaakwaarneming, o.c.*, p. 12 en 19, die de zaakwaarnemingsactie een subsidiaire noemt: in geval van contract of onrechtmatige daad komen we er niet aan toe.
139. Zie ook Nieskens, *Het fait accompli*, p. 36. Het verband met de vermogensverschuiving wordt zeer duidelijk in de definitie van 'verrykingsaanspreekbaarheid' bij Wouter de Vos, *Verrykingsaanspreekbaarheid in die Suid-Afrikaanse Reg.* 3e dr., Kaapstad etc. 1987, p. 2: 'n aanspreekbaarheid of verbintenis wat ontstaan deurd dat een persoon se vermoë ten koste van 'n ander se vermoë vergroot is, sonder dat daar 'n grond is wat die reg beskou as afdoende vir die verskuiwing van waarde (...) en wat die verrykte verplig om sodanige verryking aan die verarmde af te gee'.

is.¹⁴⁰ Dit lokt echter wel onmiddellijk de vraag uit wat men hier praktisch mee moet. Men kan twee kanten op.

In de eerste plaats is denkbaar dat de ongerechtvaardigde verrijking daarmee als actie slechts dan aan de oppervlakte komt indien met een andere bron van verbintenissen geen gewenste oplossing kan worden bereikt. In dat geval is het gerechtvaardigd om de algemene actie toe te passen en vormt de ongerechtvaardigde verrijking een extra bron van verbintenissen. Men kan dan hoogstens nog twisten over de vraag of die extra actie altijd toepasbaar¹⁴¹ is, ook waar een contractuele of delictuele actie mogelijk is, of dat zij een subsidiair karakter heeft.¹⁴²

In de tweede plaats is echter ook mogelijk om aan de suprematie van het verrijkingsbeginsel die betekenis te hechten dat deze steeds meespeelt bij het kiezen van een *andere* bron van verbintenis. Of al dan niet een overeenkomst bestaat, is bijvoorbeeld daarvan afhankelijk of bij het *niet* aannemen van die overeenkomst een ongerechtvaardigde verrijking op zou treden. Het beginsel komt dan aan de oppervlakte via de overige bronnen van verbintenis.

Deze benadering was tot voor kort de heersende in het Engelse recht. De verplichting tot terugbetaling van hetgeen onterecht was verkregen, werd gebaseerd op de 'fictie' van het 'implied' of 'quasi-contract'.¹⁴³ Men was namelijk bevreesd voor de onzekerheid die een algemene 'unjust enrichment'-actie met zich zou brengen en gebruikte dus andere leerstukken.¹⁴⁴ Indien iemand bij vergissing was betaald of zelfs indien zaken waren gestolen, berustte de verplichting tot teruggave van het ontvangene of gestolene op een 'implied contract'.

140. Bijv. in *Het algemeen gedeelte*, p. 452.

141. Zoals naar art. 6:612 BW het geval is. Zie de *PG Boek 6*, p. 790 v. en *Asser-Hartkamp III*, no. 361 v. Ook De Vos, *o.c.*, p. 372, bepleit dit. Daarbij zij bedacht dat naar Zuid-Afrikaans recht nog een groot aantal specifieke 'klassieke' verrijkingsacties bestaat. De ongemotiveerde verwerping van deze oplossing door A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, diss. Leiden 1971, Assen [1971], p. 2, lijkt dan ook op een verkeerde lezing van De Vos te berusten.

142. Vooral Schoordijk betoogt dat het contract prevaleert boven de verrijkingsactie. Zie bijv. *Nogmaals: ongegronde vermogensvermeandering*, rede Amsterdam 1986, p. 6-7.

143. Of 'constructive trust.' Vgl. Birks, *An introduction to the law of restitution, o.c.*, p. 29 v. en Gareth Jones (ed.), Goff & Jones, *The Law of Restitution*, 4th. ed., London 1993, p. 5 v. Uit de oudere literatuur bijv. C.Æ Uniken Venema, *Van Common Law en Civil Law*, Zwolle 1971, p. 215 v. en zie ook Hallebeek en Schrage, *Ongerechtvaardigde verrijking, o.c.*, p. 104. De Engelse discussie gaat terug op Lord Mansfields uitspraak in de beroemde zaak *Moses v. Macferlan* uit 1760 dat een verplichting tot restitutie 'quasi ex contractu' moet worden aangenomen op grond van de 'natuurlijke billijkheid'.

144. Birks, *o.c.*, p. 22, doet het verhaal van de 'Dean's dog': de regels van een *college* verbieden het houden van honden, maar de decaan is in het bezit van een labrador. Wat te doen? Het bestuur van het college besluit dat de hond eigenlijk een kat is en gaat over tot de orde van de dag. Aldus is een 'constructive cat' ontstaan.

Dit is zeer bekritiseerd omdat aldus een truc zou worden toegepast alleen om vergoeding mogelijk te maken, zonder dat van een 'echte' overeenkomst sprake was. Inmiddels heeft het House of Lords de 'implied contract-theory' dan ook verworpen en expliciet de algemene verrijkingssactie aanvaard.¹⁴⁵ Toch is de vraag of de vroegere benadering niet ook voordelen had. Men is immers in staat om de al dan niet gerechtvaardigde verrijking te laten meespelen bij het oordeel of contractuele gebondenheid bestaat. Zoals wij in hoofdstuk VIII nog zullen zien, kan deze techniek naar huidig Nederlands recht goede diensten bewijzen.

Het is hier de plaats om, los van die praktische toepassing, ook principieel de juistheid van de zojuist als tweede genoemde mogelijkheid te beredeneren. Net zoals dat bij het vertrouwensbeginsel het geval is, wijst het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking dient te worden voorkomen onzes inziens nog slechts in een bepaalde richting, zonder dat het beginsel op zichzelf als legitimerend mag worden beschouwd. Anders dan het vertrouwensbeginsel kan de vraag naar de verrijking echter wel degelijk ook als een zinvolle maatstaf fungeren bij het vaststellen of enigerlei gebondenheid van partijen *op andere grond* is aangewezen.

Dit vloeit voort uit de suprematie van het status quo-begrip zoals dat eerder werd uiteengezet. Indien de overeenkomst immers wordt gezien als een gerechtvaardigde inbreuk op de status quo, is daarmee alles afhankelijk van de vraag wanneer een vermogensverschuiving *gerechtvaardigd* is. Deze vraag komt traditioneel aan de orde in het kader van het leerstuk der ongerechtvaardigde verrijking, waar art. 6:212 BW schadevergoeding mogelijk maakt indien voor een verrijking geen redelijke grond bestaat. Dit artikel is echter slechts een betrekkelijk toevallige toepassing van een gedachte die aan iedere als zodanig erkende overeenkomst ten grondslag ligt.

Deze gedachte kan aldus worden geformuleerd dat slechts dan reden bestaat om een overeenkomst (en dus de plicht om in ruil voor het door de ene partij verkregen voordeel een tegenprestatie te verrichten) aan te nemen indien *anders* de begunstigde partij ten onrechte zou worden verrijkt.¹⁴⁶ Wanneer partij A een horloge verkrijgt van B zonder dat voor deze inbreuk op de status quo een voldoende rechtvaardigingsgrond aanwezig is (hetzij gelegen in de betaling van 300,-, zijnde een redelijk bedrag voor dit horloge, hetzij in andere de inbreuk rechtvaardigende omstandigheden), zou A ongerechtvaardigd worden verrijkt.

145. In de nu al beroemde zaak Lipkin Gorman v. Karpnale Ltd., [1991] 2 AC, 548 en [1992] 4 AllER, 512. Zie nader bijv. Andrew Burrows, *The Law of Restitution*, London etc. 1993, p. 3.

146. Zie voor de toepassing van deze regel als verweer tegen een ingestelde vordering *Asser-Hartkamp* III, no. 367. Aldaar wordt gesteld dat aan dit verweer nauwelijks behoefte bestaat omdat toewijzing van een *gegronde* vordering in beginsel geen onterechte verrijking teweeg brengt. *Of* de vordering gegrond is, kan echter worden gezien als afhankelijk van de al dan niet terechte verrijking.

Ook de onrechtmatige daad kan in theorie als een toepassing van de verrijkingsgedachte worden beschouwd waar deze bron van verbintenissen voorkomt dat de laedens de door hem toegebrachte schade niet behoeft te vergoeden. Dit lijkt op het eerste gezicht een gekunstelde constructie omdat weliswaar de gelaedeerde bij onrechtmatig handelen wordt aangetast in zijn vermogen ('verarmd'), maar slechts van een 'verrijking' van de laedens kan worden gesproken indien *eerst* is geoordeeld dat hij onzorgvuldig heeft gehandeld. Pas dan is immers sprake van een rechtens te vergoeden schade. Toegegeven moet worden dat bij de onrechtmatige daad dit door de zorgvuldigheidsnorm ingevulde schadebegrip bepalend is, maar dit doet niet af aan de principiële juistheid van het oordeel dat bij het achterwege blijven van vergoeding door de laedens ten onrechte verrijking zou intreden.

Het spreekt daarbij voor zich dat het begrip 'verrijking' ruim moet worden opgevat. Het omvat alle vermeerdering van vermogen, hetzij in de vorm van geld, hetzij in enige andere vorm.¹⁴⁷ Bovendien blijkt uit de zojuist geschetste betekenis van het verrijkingbeginsel bij de onrechtmatige daad dat de aan art. 6:212 BW inherente eisen van een verrijking van de een en een daardoor veroorzaakte verarming van de ander¹⁴⁸ op zichzelf niet veel betekenis hebben: zij brengen tot uitdrukking dat de verarming van de een moet zijn veroorzaakt door de verrijking van de ander.¹⁴⁹ De begrippen zelf moeten daarbij echter normatief worden opgevat: ook de pleger van een onrechtmatige daad kan als ongerechtvaardigd verrijkt worden aangemerkt zolang hij de door hem toegebrachte schade niet vergoedt.

In de bovenstaande zin is het beginsel dat ongerechtvaardigde verrijking moet worden voorkomen reeds verwezenlijkt in het systeem van de bronnen van verbintenis en is iedere actie, op grond daarvan in te stellen, een verrijkingssactie. Het beginsel wordt dus normaliter juist niet verwezenlijkt door een kunnen instellen van de algemene actie, maar langs de weg van de overige bronnen van verbintenis.¹⁵⁰ Het is daarbij niet uitgesloten dat de rechter in noodgevallen toch op de algemene actie van art. 6:212 BW

147. Ook in *Asser-Hartkamp* III, no. 353-354 wordt een ruime betekenis gehecht aan het begrip 'vermogen'. Zie ook Birks, *An introduction to the law of restitution, o.c.*, p. 109 v., die er op wijst dat moeilijk is om te bepalen of een verrijking anders dan in geld heeft plaatsgehad nu in dat geval de verrijking doorgaans geen 'marktwaarde' heeft: wat een verrijking is voor de een (een teddy-beer voor de verzamelaar), is dat niet voor de ander (die de beer als aantasting van zijn postmodern interieur onmiddellijk weggooit).

148. Vgl. *Asser-Hartkamp* III, no. 353-354.

149. Vgl. Birks, *An introduction to the law of restitution, o.c.*, p. 132: de enkele term ongerechtvaardigde verrijking identificeert de (verarmde) eiser niet.

150. Vgl. (overigens in andere zin) Dawson, *Unjust Enrichment, o.c.*, p. 7.

terugvalt, maar *nodig* is dat niet.¹⁵¹ Of de verrijking 'ongerechtvaardigd' is, wordt daarmee geheel bepaald door de vraag of sprake is van een grond voor de inbreuk op de status quo.

6. DE WEG VERVOLGD

In dit hoofdstuk is ten aanzien van de bronnen van verbintenis een alternatieve zienswijze verdedigd. Alle bronnen bleken te kunnen worden teruggebracht tot in beginsel twee verschillende soorten gevalssituaties, namelijk die waarbij wel en die waarbij geen geoorloofde inbreuk op de bestaande toestand bestaat. De beide daarmee corresponderende bronnen waren overeenkomst en onrechtmatige daad. De overige bronnen konden in dit schema worden ondergebracht.

Wat betreft de systematiek van het burgerlijk recht zijn we hiermee terug bij af. Niet alleen is dat historisch zo (nl. terug bij de indeling van Gaius¹⁵²), ook inhoudelijk moet thans het abstracte begrip overeenkomst, zoals bepaald naar de terechte inbreuk op de status quo, opnieuw worden ingevuld. In het volgende hoofdstuk geschiedt dat door de vraag naar de grondslag van de contractuele gebondenheid aan te vatten. De door ons gewenste tweede weg is thans geëffend; nu moet hij nog worden belopen.

151. Art. 6:212 kan als 'ventiel' dienen, maar niet zonder de 'dogmatische verplichting' de aan de hand van dat artikel besliste gevallen in verbinding te brengen met de overige bronnen van verbintenis. Hetzelfde geldt voor de vordering o.g.v. onverschuldigde betaling van art. 6:203 BW, die eveneens kan worden gezien als dienend om ongerechtvaardigde verrijking te voorkomen. Vgl. *PG Boek 6*, p. 803 (TM) en G. Hamaker, *De vordering uit onverschuldigde betaling naar Nederlands recht*, diss. Amsterdam 1971, Deventer [1971], p. 163. De door de wetgever, *PG Boek 6*, p. 803 (TM), gedane mededeling dat voor de toepasselijkheid van art. 6:203 niet van belang is of door de betaling een *vermogensverschuiving* heeft plaatsgevonden, is dan ook niet zeer verhelderend. Die verschuiving is er in beginsel *altijd* waar de status quo zich wijzigt; de vraag is slechts of daartoe voldoende reden bestaat.

152. Althans in de opvatting van Biscardi. Zie voetnoot 56.