



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).

Hoofdstuk VI

De contractuele gebondenheid gerechtvaardigd?

1. GRONDSLAG VAN EN CRITERIUM VOOR DE OVEREENKOMST

1.1 Inleiding

Wij hebben ons ten doel gesteld een alternatief voor de vertrouwensleer bij de contractuele gebondenheid te zoeken. In het voorafgaande hoofdstuk is daartoe nader ingegaan op het stelsel van de bronnen van verbintenis en is de overeenkomst beschouwd als een bron waarbij een gerechtvaardigde inbreuk op de status quo plaatsvindt. Dit had als voordeel dat de overeenkomst — op een tot nu toe nog betrekkelijk abstracte wijze — in verbinding kon worden gebracht met de zaakwaarneming en de ongerechtvaardigde verrijking. Thans moet de vraag *wat* de rechtvaardigingsgrond voor de contractuele gebondenheid is, evenwel in volle omvang aan de orde komen.

De opbouw van dit hoofdstuk is als volgt. Nadat in het resterende deel van deze paragraaf een eerste aanloop is genomen door in te gaan op het verband tussen grondslag van en criterium voor gebondenheid, wordt een beschouwing gewijd aan de traditionele manier waarop deze vragen worden aangevat, namelijk als samenspel van de drie variabelen wil, verklaring en vertrouwen. Vervolgens kan een aantal meer moderne opvattingen voor het voetlicht worden gebracht. Daarbij is steeds de vraag of de voorgestelde rechtvaardiging voor de gebondenheid de werkelijke redengeving waarom tot een overeenkomst wordt besloten kan aangeven.

1.2 Grondslag van en criterium voor gebondenheid

Het getuigt van een niet geringe hoeveelheid overmoed om tegen het einde van de twintigste eeuw op zoek te gaan naar de grondslag der contractuele gebondenheid: zoveel auteurs hebben zich hiermee inmiddels bezig gehouden dat het welhaast onmogelijk lijkt om aan de veelheid van opvattingen nog een eigen mening toe te voegen.

Een enkele auteur heeft dit er toe gebracht te beweren dat de vraag naar de grondslag maar beter niet meer kan worden gesteld. Daar geen der tot nu toe voorgedragen rechtvaardigingsgronden voor gebondenheid op algemene

instemming heeft kunnen rekenen, kan maar beter worden aanvaard dat *de* grondslag niet valt te vinden en dat het dus zinloos is zich er nog mee bezig te houden.¹ Nog daargelaten dat een dergelijke nihilistische opvatting de dood in de pot zou betekenen voor de wetenschap, is er een ander, belangrijker bezwaar.

Feit is immers dat in de praktijk op grond van criteria zal moeten worden bepaald of een overeenkomst al dan niet aanwezig is. Dit criterium (*wanneer* is er gebondenheid?) zal slechts als zodanig kunnen worden aanvaard wanneer dat ook in staat is om de gebondenheid met zich te brengen (*waarom* is er gebondenheid?).² Met andere woorden: zonder terug te vallen op een grondslag, is het niet mogelijk om te bepalen welk criterium voor gebondenheid bestaat. De wil kan bijvoorbeeld alleen criterium zijn wanneer men meent dat deze ook in staat is om gebondenheid met zich te brengen. Dit geldt niet alleen voor de wetenschap, maar ook voor de rechter, die immers eerst zal besluiten tot gebondenheid wanneer hij meent dat deze in casu gerechtvaardigd is. Hij kan dan wel menen slechts een criterium toe te passen, maar op de achtergrond speelt de rechtvaardiging van dat criterium altijd een rol.³

Dit betekent dat het scheiden van grondslag en criterium praktisch onmogelijk is: zij beïnvloeden elkaar wederzijds. Hoogstens wanneer sprake is van volledige willekeur bij de bepaling der gebondenheid in concreto, zal het mogelijk worden grondslag en criterium te scheiden, maar dan kan evengoed worden gezegd dat grondslag en criterium niet bestaan of dat deze moeten worden gezocht in zeer algemene noties. Het zoeken van de grondslag in 'de eisen van onze maatschappelijke samenleving'⁴ is echter nog niet nodig zolang er nog hoop is een enigszins consistente rechtvaardiging voor gebondenheid te kunnen vinden. Lukt dat niet, dan is het nog vroeg genoeg om de vraag als onbeantwoordbaar terzijde te stellen.

De verbondenheid van de rechtvaardiging van en de maatstaf voor contractuele gebondenheid, betekent overigens niet dat de vraag naar de grond-

1. Aldus Dennis M. Patterson, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*; an open Letter to Professor James Gordley, *Wisconsin LR* 1991, p. 1432 v.: 'We might be better off dropping the question'. Deze benadering is ook gangbaar onder de aanhangers van de zg. Critical Legal Studies-beweging, die menen dat, in plaats van het optrekken van een 'smokescreen', moet worden aanvaard dat een systematisch rechtssysteem niet zo'n grote rol speelt als men het doorgaans doet voorkomen. Zie bijv. Roberto M. Unger, *The Critical Legal Studies Movement*, Cambridge Mass. etc. 1986.
2. Zie Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 12 v. en *Asser-Hartkamp II*, no. 36, die overigens onderscheidt tussen de grondslag van de verbindende kracht der overeenkomst (waarom gebondenheid?) en de grondslag van de overeenkomst (wanneer gebondenheid?).
3. Zie ook Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 14, die de vraag naar het criterium betreft op de rechtvaardiging van de rechtsgevolgen.
4. Zoals *Asser-Hartkamp II*, no. 37 doet.

slag ook *vooraf* moet gaan aan die naar het criterium.⁵ Die benadering heeft immers als nadeel dat reeds onmiddellijk een aantal gevallen buiten het overeenkomstbegrip zal worden gehouden om aan dat begrip inherente redenen (bijvoorbeeld omdat de consensus of de belofte op het eerste plan wordt gezet), terwijl de werkelijke inhoud van het overeenkomstbegrip (en dus de maatstaf) zal moeten worden bepaald aan de hand van gevalssituaties waarin gebondenheid bestaat. Het aan hen gemeenschappelijke vormt dan tevens de grondslag.

Hoewel de speurtocht naar de grondslag dus niet hoeft te worden opgegeven, is nog niet gezegd dat deze niet moeilijk zou zijn. In het nu volgende zal worden aangevangen met de traditionele discussie zoals die aan de hand van de drie elementen wil, verklaring en vertrouwen wordt gevoerd.

2. WIL, VERKLARING EN VERTROUWEN

2.1 Inleiding

Een overzicht van de verschillende theorieën over contractuele gebondenheid zoals die in de afgelopen honderdvijftig jaar zijn verdedigd, is welhaast standaard geworden voor diegenen die een studie schrijven over een onderwerp van contractenrecht.⁶ Het merendeel der auteurs neemt daarbij als uitgangspunt de negentiende-eeuwse wilsleer om deze vervolgens af te zetten tegen verklaringsleer en vertrouwensleer. Daarbij is het gebruikelijk om steeds aan te geven dat de evidente onrechtvaardigheden die toepassing één dezer leren met zich brengt, de keuze voor een principieel andere theorie noodzakelijk maakt.

De weergave die hier wordt gegeven, verschilt van die gebruikelijke voorstelling van zaken in zoverre dat niet zozeer de nadruk wordt gelegd op de verschillen tussen de diverse leren, als wel op de *overeenkomsten*. Aldus wordt de continuïteit in de theorievorming omtrent contractuele gebondenheid benadrukt. De verschillende opvattingen zullen daarbij blijken niet in die mate van elkaar te verschillen als men het wel doet voorkomen en bovendien zal enige twijfel worden gezaaid omtrent de onrechtvaardige uitkomst die aan elk der leren inherent zou zijn.

Eerst dient nog te worden gewezen op een methodologisch probleem. Spreken van *de* wilsleer of van *de* vertrouwensleer is eigenlijk niet moge-

5. Zoals Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 14 meent.

6. Zie bijv., Storme, *De invloed van de goede trouw*, no. 54 v.; Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 5 v.; Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 12 v.; Abas, *Beperkende werking*, p. 69 v.; Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 305 v. Vgl. ook Asser-Hartkamp II, no. 97 v.

lijk.⁷ Steeds betreft het opvattingen zoals verwoord door een bepaalde auteur. Enerzijds is uitgaan van bijvoorbeeld een stereotiepe wilsleer verleidelijk, omdat deze dan tot in zijn uiterste consequenties kan worden weergegeven, anderzijds loopt men het risico dat een leer wordt verwoord die nimmer in die vorm is verdedigd. Desalniettemin zal in het navolgende ook generaal gesproken worden van wilsleer etc. Waar het echter verantwoord lijkt om de opvatting van een aanhanger van één van deze leren uitgebreider weer te geven omdat in zijn variant tegemoet wordt gekomen aan tegen de stereotiepe leer ingebrachte bezwaren, of zelfs omdat die bezwaren in zijn leer in het geheel niet rijzen, dan zal dit niet worden nagelaten.

Ter beoordeling van de verschillende theorieën, wordt teruggevallen op de eisen die wij eerder stelden.⁸ Zolang niet duidelijk is wat van een opvatting mag worden verwacht, kan zij immers moeilijk op haar merites worden geschat. In de eerste plaats moet de theorie consistent, dus niet innerlijk tegenstrijdig, zijn. In de tweede plaats dient hij zeggingskracht te bezitten, hetgeen daarop neerkomt dat de theorie enerzijds voldoende zegt over *deze* situatie en anderzijds niet te veel zegt over *andere* situaties. In deze eisen van kwaliteit en kwantiteit zien wij de wens terug van een *uniek en gemeenschappelijk* criterium.

2.2 De negentiende-eeuwse wilsleer

2.2.1 Algemeen: een consequente opvatting

Bekend is dat in de negentiende eeuw onder invloed van het Kantiaans denken de zogenaamde wilsleer ontstond. In deze leer wordt als criterium ter beantwoording van de vraag wanneer contractuele gebondenheid bestaat, de wil van de contractspartijen gehanteerd. Wanneer die wil is gericht op een bepaald rechtsgevolg, dan treedt dat gevolg ook in en buiten de wil om kunnen geen rechtsgevolgen ontstaan.⁹ Behalve als criterium wordt de wil evenwel ook gebruikt als rechtvaardiging voor de gebondenheid. De rechtsgevolgen treden in, niet alleen *als* men dat gewild heeft, maar ook *omdat* men gewild heeft.¹⁰ Veel meer wordt er door de aanhangers van deze leer niet gesteld ter onderbouwing van de gebondenheid. Dat de wil de alles overheersende factor is, spreekt voor hen zo vanzelf dat daaraan verder weinig woorden behoeven te worden gewijd.

7. Ten aanzien van de vertrouwensleer wordt dit ook erkend door Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 15 en door Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 19.

8. Zie *supra*, hoofdstuk IV, § 3.1.

9. Vgl. bijv. als één van vele auteurs L.M. Rollin Couquerque, *Tweeërlei dogma*, diss. Utrecht 1893, Den Haag 1893, p. 58.

10. Vgl. de formulering bij Storme, *De invloed van de goede trouw*, no. 54.

Traditioneel is de weergave van de wilsleer zoals in het bovenstaande geschetst. Er wordt in die traditionele benadering op gewezen dat in het geval van discrepantie tussen wil en verklaring een overeenkomst niet tot stand komt.¹¹ Het eventuele door de verklaring opgewekte vertrouwen speelt geen enkele rol. Ook in de wilsleer wordt erkend dat de wil op zichzelf niet voldoende is om rechtsgevolgen in het leven te roepen en dat steeds ook een verklaring van de wil nodig is, maar aan die verklaring komt geen zelfstandige betekenis toe.

Het is van belang om bij deze relatie tussen wil en verklaring in de wilsleer wat langer stil te blijven staan, want hier ligt een misverstand op de loer waardoor de wilsleer niet zelden verkeerd is begrepen. We kunnen ons namelijk afvragen hoe de wil precies het primaat kan hebben tegenover de verklaring.

Dat de wil het primaat heeft, betekent voor de aanhangers van de wilsleer namelijk dat slechts sprake is van een wil wanneer die is verklaard. Duidelijker dan Opzoomer dat doet, kan het niet worden gezegd:¹²

'De geheime, verborgen wil kan geen kracht hebben: alleen de uitgesproken, geopenbaarde wil kan werken. Op het uiten, het verklaren van den wil, komt het aan. (...) Er is geen andere wil dan de uitgedrukte wil; van strijd tusschen wil en wilsverklarend woord kan geen sprake zijn. Immers wat van het woord verschilde, er tegen streed, zou dan niets anders zijn dan de geheime, de verborgen wil, die juist buiten alle aanmerking moet blijven'.

Voor de aanhangers van de wilsleer is het alleen de wil die telt, maar van een discrepantie tussen wil en verklaring kan geen sprake zijn, juist omdat de verklaarde wil centraal staat.¹³

Dit nu is niet onbelangrijk omdat dit betekent dat wil en verklaring in deze wilsleer volstrekt uitwisselbare grootheden zijn wat betreft de vraag naar het

11. Bijv. *Asser-Hartkamp II*, no. 99.

12. C.W. Opzoomer, *Het Burgerlijk Wetboek verklaard*, dl. 5, 2e dr., 's-Gravenhage 1891, p. 28. Vgl. dl. 6, 2e dr., 's-Gravenhage 1891, p. 11-12. Een en ander was eerder verwoord door Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, oorspr. 1862, met de bekende woorden: 'Die Erklärung ist die Erscheinung des Willens, der Wille in seiner Erscheinung'. Zie de latere aanpassing in bijv. Windscheid/Kipp, Bd. I, 9. Aufl., Frankfurt am Main 1906, p. 376.

13. Vgl. G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, dl. 2, Groningen 1872, p. 97: 'Het komt aan op den wil, maar deze kan, voor zoo ver hij niet te kennen wordt gegeven, geen rechtsgevolg hebben. (...) (De wilsverklaring) is slechts eene wezenlijke tekennengeving van den wil, wanneer en voor zoo ver zij met den werkelijken wil overeenstemt en daarvan de ware uitdrukking is'. Overigens is Diephuis, zoals blijkt uit het vervolg van zijn betoog, geen aanhanger van de wilsleer zoals hier weergegeven; hij kan eerder worden gekarakteriseerd als een vroege aanhanger van de wilsvertrouwensleer. Vgl. overigens ook N.K.F. Land, *Verklaring van het Burgerlijk Wetboek*, dl. 4, 2e dr. bew. door W.H. de Savornin Lohman, Haarlem 1907, p. 179 v. Minder duidelijk zijn J.E. Goudsmit, *Pandecten-systeem*, dl. 1, Leiden 1866, p. 112 v., 120 v. en dl. 2, Leiden 1880, p. 84 v. en H.J. Hamaker, *Beschouwingen over pandrecht*, oorspr. 1875, in: *VG*, dl. II, p. 264.

criterium voor contractuele gebondenheid. Weliswaar wordt de *grondslag* van de gebondenheid gebaseerd op de wil, maar praktisch gezien maakt het niet uit of men van wil of verklaring uitgaat: zij vallen volstrekt samen omdat alleen de verklaarde wil werkelijke wil is.¹⁴ Wanneer in de literatuur tegenover de wilsleer de verklaringsleer wordt gesteld, is dan ook niet sprake van een zo grote tegenstelling als men het doet voorkomen. Ook in de wilsleer is wel mogelijk dat de verklaring dubbelzinnig is, zodat wil en verklaring 'uiteenlopen', maar er bestaat dan geen enkele twijfel over de vraag wat de 'werkelijke' wil is geweest: dat is altijd de uitgesproken wil.¹⁵

Hoe moet nu de moderne appreciatie van de wilsleer worden gezien in het licht van deze weergave? Zowel op de wil als criterium als op de wil als rechtvaardiging voor gebondenheid is kritiek gekomen. Uiteindelijk heeft dit geleid tot het verlaten van de wilsleer. Niet alle tegenargumenten zullen hier aan de orde komen, maar slechts die, voor de lijn van het betoog relevant.¹⁶

Als belangrijkste kritiek op de wilsleer als criterium is naar voren gebracht dat wanneer de wil niet in overeenstemming is met de gedane verklaring er geen overeenkomst ontstaat, ook niet wanneer de wederpartij mocht aannemen dat die overeenstemming wel bestond.¹⁷ Deze kritiek zou inderdaad hout snijden in een stereotiepe wilsleer, maar in de meer reële wilsleer kan zij gemakkelijk worden gepareerd: daar bestaat immers nu juist consequent geen discrepantie tussen wil en verklaring. Het is één van de twee: of er is een wil en dan ook (per definitie) een daarmee corresponderende verklaring, of er is geen wil, maar dan ook geen verklaring. Een derde optie bestaat niet.

In de tweede plaats wordt wel aangevoerd dat in de wilsleer nodig is om de 'werkelijke' wil te achterhalen en dat dit onmogelijk is. Dat zou immers een psychologisch onderzoek vereisen.¹⁸ Ook hier geldt evenwel dat in de zuivere wilsleer in het geheel geen behoefte bestaat om na te gaan wat de 'werkelijke' (lees: psychologische) wil is geweest. Deze blijkt immers reeds uit de verklaring, die daarmee per definitie samenvalt.

14. Bizar genoeg kan men voor deze leer van, zoals Opzoomer, dl. 5, *o.c.*, p. 53 het noemt 'wilsverklaring = wilsopenbaring', ook een verdediger vinden in Eggens. Zie Een man een man, een woord een woord, oorspr. 1949, in: *VPO*, dl. 2, p. 205.

15. Opzoomer, *o.c.*, p. 28: Strijd bestaat niet 'tusschen den wil en hetgeen hem uitdrukt, maar op zijn hoogst tusschen verschillende wijzen van uitdrukking, waaruit zich verschillende opvattingen laten vormen van wat de ware wil geweest is'. Kan het duidelijker? Vgl. p. 29: '(...) tusschen wil en uitspraak kan geen kloof worden gemaakt, kan niets worden ingeschoven'.

16. Zie voor andere bezwaren bijv. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 17, alsmede de weergave van de negentiende-eeuwse discussie bij Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 305 v.

17. Vgl. *Asser-Hartkamp II*, no. 100.

18. Zie bijv. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 16 en Van Dunné, *Normatieve uitleg*, *i.a.p.*

Los van de vraag naar het criterium is als bezwaar tegen de wilsleer als rechtvaardiging voor contractuele gebondenheid naar voren gebracht dat zij niet kan verklaren waarom gebondenheid blijft bestaan, ook wanneer men niet meer wil.¹⁹ Is de wil bij het aangaan van de overeenkomst zo belangrijk dat men daarop de gebondenheid baseert, dan is hij dat ook in een later stadium waarin men niet langer gebonden wenst te zijn. Hijma spreekt hier beeldend van 'potestatieve gebondenheid': steeds is de gebondenheid onzeker, want afhankelijk van de betrokken contractspartijen, die steeds op hun eerder geuite wil kunnen terugkomen.²⁰ Ook dit argument zou voor een reële wilsleer-aanhanger echter weinig hout snijden. Hij zou stellen dat op het moment van afgeven van de verklaring wel degelijk gewild is en dat algemeen geldt dat men verklaringen beoordelen moet naar het tijdstip van ontstaan.²¹ Hijma voert hiertegen aan dat dan de wil dus niet meer allesbeslissend is, maar dat is in de reële wilsleer ook nooit zo absoluut aangenomen. Slechts in de latere variant van de wilsleer, die aanzienlijk afwijkt van de ideaalversie, zouden deze bezwaren opgeld kunnen doen.

Al met al biedt de wilstheorie een rechtvaardiging van gebondenheid alsmede een criterium voor het bepalen van die gebondenheid die *op zichzelf* consistent en werkbaar zijn. De genoemde bezwaren, die dus in hoofdzaak berusten op een verkeerd begrip van de wilsleer, waren wel reden om haar te verlaten: de ontwikkelingsgeschiedenis van de theorieën over contractuele gebondenheid liet zich niet altijd leiden door analytische argumenten.

2.2.2 Nadelen van de wilsleer

Biedt de wilsleer *in zichzelf* dus een volstrekt legitieme theorie inzake grondslag en criterium van de gebondenheid, *nadelen* kunnen wel worden genoemd. Daarbij bedenke men dat iedere leer zoals in deze materie verdedigd bezwaren met zich brengt en dat de enkele aanwezigheid daarvan op zichzelf nog geen reden is om de theorie te verlaten. Het gaat ons met name om twee bezwaren.

Een eerste adequaat argument tegen de wilsleer betreft de keuze die klakkeloos voor de wil wordt gemaakt. Het gaat hier om de rechtvaardiging van de gebondenheid. Men vraagt zich in het geheel niet af waarom nu juist de *wil* van de contractspartijen leidt tot gebondenheid, dus waarom het de wil

19. Zie bijv. Eggens, Een man een man, een woord een woord, *o.c.*, p. 205-206, met instemming B.M. Telders aanhalend.

20. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 16.

21. Zie Opzoomer, *o.c.*, p. 40: 'Is de wil voltooid, en als voltooid geopenbaard, dan is de rechtsbetrekking geboren, en eens geboren zet zij haar leven voort, al heeft de oorzaak, waaruit zij ontstond, zelve opgehouden te bestaan, ja al is zij in het tegendeel veranderd'. Vgl. p. 41: 'Ook de wil (...) is een *fait accompli*'. Overigens meent Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 309 nt. 16, dat de bestrijding van de nieuwe leer door Opzoomer 'uiterst onzuiver' is.

is waaraan het recht rechtsgevolgen toekent.²² Dit wordt treffend uitgedrukt door te spreken van het wilsdogma,²³ waarbij we dogma moeten opvatten als een waarheid waaraan niet meer behoefte te worden getwijfeld. Deze vooringenomenheid is overigens wel goed te verklaren vanuit het negentiende-eeuwse liberale denken, dat immers leidde tot de suprematie van de keuzevrijheid van het individu en daarmee tot die van de menselijke wil.²⁴

Er is nog een ander, meer praktisch en voor de lijn van het betoog belangrijk, argument tegen de wilsleer in de hier geschetste vorm aan te voeren en dat is, zoals al gezegd, dat wil en verklaring uitwisselbare grootheden zijn. Men zou, althans voor wat betreft het *criterium* van de gebondenheid, evengoed van de verklaring kunnen uitgaan. Wanneer men zich dit realiseert, dan is evident dat niet duidelijk is welke verklaring (lees: wilsverklaring) wel tot gebondenheid leidt en welke niet. De aanhangers van de wilsleer zullen dit probleem door middel van *uitleg* hebben opgelost — indien de verklaring niet tot rechtsgevolgen mag leiden, omdat dit onrechtvaardig is bijvoorbeeld omdat het woord iemand ontvallen is of de handeling argeloos is verricht, dan is de verklaring eenvoudigweg ook geen *wilsverklaring* en bestaat ook geen overeenkomst.²⁵ In de wilsleer komt, paradoxaal genoeg, dus alles aan op uitleg van de verklaring: slechts die verklaring die gewent is, zal een 'werkelijke wil' krijgen toegedeeld. Dat mag een in de praktijk werkbare methode zijn, enig inzicht in de vraag wanneer gebondenheid bestaat (dus: welke verklaring wel en welke niet van een 'rechtsdoorvoerende wil'²⁶ wordt voorzien), wordt er niet mee verkregen.

Hier moet nog worden gewezen op een interessante parallel tussen de reële wilsleer en de leer van de zogenaamde 'Geltungserklärung', die met name in Duitsland grote invloed heeft gehad. In deze, oorspronkelijk door Larenz verdedigde opvatting, wordt eveneens bestreden dat wil en verklaring van elkaar te scheiden zijn: de verklaring is 'Tat gewordener Wille', de wil

22. Opzoomer, *o.c.*, p. 26 v., geeft zich overigens wel rekenschap van een andere visie.

23. Bijv. Rollin Couquerque, *Tweeërlei dogma*, *o.c.* Vgl. ook Hamaker, *o.c.*, p. 264 die van een axioma spreekt. Vgl. Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 306.

24. Anders dan wel wordt aangenomen, zo zal nog blijken, is de wil echter geen uitvinding van de negentiende eeuw, maar was deze als element al eerder aanwezig. Overigens moet de invloed van de filosofische onderbouwing door juristen niet worden overschat. De wilsleer is eerder opgekomen omdat deze paste in het negentiende-eeuwse klimaat dan dat hier bewuste inspiratie vanuit de filosofie aan ten grondslag lag. Vgl. de summier onderbouwing van deze stelling bij Opzoomer, *o.c.*, p. 27 alsmede uitgebreider Gordley, *The Philosophical Origins*, p. 161 v.

25. Opzoomer, *o.c.*, p. 38. Het voorbeeld van een ontvallen woord etc. is van hem afkomstig.

26. Deze verhelderende terminologie is afkomstig van Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, bijv. p. 30-31.

zoals hij tot gelding wordt gebracht.²⁷ Anders dan in de wilsleer, betekent dit evenwel niet dat het vertrouwen geen rol speelt: omdat de wilsverklaring is bedoeld om door anderen als zodanig te worden begrepen ('Akt sozialer Kommunikation' is), kan ook gebondenheid intreden waar deze niet is gewenst, maar daarop wel gerechtvaardigd wordt vertrouwd door de wederpartij.

Dat dit geheel consequent is, kan niet worden gezegd. Dat namelijk in tweede instantie alsnog een vertrouwen op de wil een rol speelt, is strikt genomen in strijd met het laten gelden van de wil als 'Geltungserklärung'. De wil geldt dan immers omdat hij is verklaard; aan een discrepantie tussen wil en verklaring en dus aan enig 'vertrouwen' komt men niet toe.²⁸ Een wel consequent doorgevoerde leer van de 'Geltungserklärung' zou leiden tot de boven geschetste wilsleer.²⁹ Maar ook dan zouden de daártegen ingebrachte bezwaren blijven bestaan.

Dit geldt eveneens voor het Franse recht. Onder invloed van een vrij consequent doorgevoerd model van wilsovereenstemming als bepalend voor de overeenkomst, worden daar gewenste resultaten bereikt door uitleg van de gedane wilsverklaring, waarbij de respectievelijke belangen van verklaarder en wederpartij van geval tot geval worden gewogen.³⁰ De wilsleer vormt hier met andere woorden de grondslag voor een billijk resultaat, net zoals dat in de welbegrepen negentiende-eeuwse wilsleer het geval is. Hoe billijk de oplossingen echter ook zijn, enig werkelijk inzicht in de reden waarom gebondenheid wordt aangenomen, biedt ook het Franse recht niet.

Het argument dat tegen de op zichzelf consistente wilsleer in de hier geschetste versie is ingebracht, namelijk dat er juist *onvoldoende* plaats is voor gebondenheid op grond van de verklaring, heeft op de ontwikkeling van de theorieën over contractuele gebondenheid grote invloed gehad. Dat dit bezwaar in ieder geval tegen de wilsleer zoals door bijvoorbeeld Opzoomer

27. Zie Karl Larenz, *Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts; zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung*, oorspr. 1930, Nachdruck Frankfurt am Main etc. 1966, p. 34 v. en dez., *Allgemeiner Teil*, p. 333 v. (alwaar verdere literatuurverwijzing). Een recente Nederlandse aanhanger van deze opvatting is W.L. Valk, *Rechtsverwerking in driefvoud*, diss. Leiden 1993, Deventer 1993, p. 21 v.

28. Aldus terecht Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 34.

29. Werner Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, II: Das Rechtsgeschäft*, 4. Aufl., Berlin etc. [1992], p. 59, wijst er op dat de Geltungserklärung leidt tot de wilsleer of tot de verklaringsleer, al naar gelang de wil aanwezig is of ontbreekt. Zie voor een helder overzicht van de theorieën in Duitsland bijv. Dieter Henrich, *Die Unterschrift unter einer nichtgelesenen Urkunde; eine rechtsvergleichende Betrachtung*, *RebelsZ* 35 (1971) p. 55-71.

30. Ghestin, *Formation du contrat*, no. 385 v. In Frankrijk wordt dan ook vrijwel geen discussie gevoerd over de vraag 'wil, verklaring of vertrouwen'.

verdedigd weinig hout snijdt, is daarbij minder relevant.³¹ In de volgende subparagraaf wordt de ontwikkeling van de wilsleer naar de zogenaamde 'vertrouwensleer' nader geschetst.

2.3 Van wilsleer naar vertrouwensleer

De aanhangers van de vertrouwensleer, zoals die tegen het einde van de negentiende eeuw³² opkwam, richtten zich vooral tegen de door hen verworpen praktische consequentie die de wilsleer met zich zou brengen wanneer wil en verklaring niet met elkaar overeenstemmen. Men nam aan dat in de wilsleer dan geen overeenkomst zou ontstaan, ook al ging de wederpartij wel in goed vertrouwen op de verklaring af. Dit achtte men zo onrechtvaardig dat behoefte bestond de verklaring ook als bindend te beschouwen wanneer een werkelijke wil afwezig was. Een andere leer was noodzakelijk waarin, in plaats van op de persoon die wilde, het accent zou komen te liggen op de voorstelling die door de verklaring werd opgewekt en redelijkerwijze opgewekt kon worden.³³

Een der eerste verdedigers van deze opvatting, Fockema Andreae, neemt bovenstaand probleem als uitgangspunt.³⁴ Hij vraagt zich af waarom de wil zou binden wanneer toch de *verklaring* het feit is waardoor de voorstelling van het bestaan van een wil wordt gewekt.³⁵ De bindende kracht van de wilsverklaring zoekt hij daarom in de verklaring zelf, onafhankelijk van de wil van hem die ze aflegt. Maar die verklaring bindt niet uit zichzelf, maar omdat ze leidt tot het ontstaan van voorstellingen, tot verwachtingen.³⁶ De verbindende kracht van de overeenkomst wordt daarmee uiteindelijk gegrond op het verkeersbelang. Niet de mens en zijn wil maar de maatschappij is uitgangspunt.³⁷

31. Tegen de 'zuivere' wilsleer is evenwel een soortgelijk argument denkbaar. Men kan stellen dat in een latere periode de geschetste uitlegmethode niet meer bevredigend zou zijn gevonden en men zou zijn gaan scheiden in wil en verklaring om aan de contractspartij de mogelijkheid te bieden aan de gevolgen van een verklaring die hij in redelijkheid niet had willen doen, te ontkomen. Zie ook *infra*.

32. Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 305 plaatst dit moment terecht rond 1870. De eerste 'revolutionairen' waren H.J. Hamaker, *Beschouwingen over pandrecht*, 1875, *o.c.*, en in zijn voetspoor S.J. Fockema Andreae, *De wil en de wilsverklaring*, *Nieuwe Bijdragen voor Rechtsgeleerdheid en Wetgeving*, *Nieuwe reeks I* (1875) p. 267 v.

33. Aldus ook bijna letterlijk Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 308.

34. De wil en de wilsverklaring, *o.c.*, p. 267 v. Vgl. p. 274 met een retorische vraag die bij een zuivere wilsleer-aanhanger niet op zou komen: 'Zou ons leven en lichaam niet veiliger zijn, als we ons kunnen verlaten op iemands woorden, dan wanneer we van zijn wil afhankelijk zijn?'

35. Fockema Andreae, *o.c.*, p. 288.

36. Fockema Andreae, *o.c.*, p. 290.

37. Vgl. Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 307. Soortgelijke beschouwingen bij Hamaker, *Beschouwingen over pandrecht*, *t.a.p.*

In deze zogenaamde 'nieuwe leer' krijgt het vertrouwen dus een belangrijke rol toebedeeld. Het vormt grondslag van en criterium voor de contractuele aansprakelijkheid. Het is daarbij niet onbelangrijk om te benadrukken wat hier nu precies het object van het vertrouwen is. In de vertrouwensleer zoals deze in de tweede helft van de negentiende eeuw werd aangehangen, gaat het om vertrouwen op een zeker gedrag van de wederpartij. Deze dient op een bepaalde wijze te handelen.³⁸ Dat het niet gaat om een vertrouwen op de wil,³⁹ zoals dat in het huidige BW wordt geëist, is niet onlogisch. De wil werd door de verdedigers van de vertrouwensleer uit de juridische terminologie geschrapt en kon dus geen rol meer vervullen. Dat vervolgens het vertrouwen als factor naar voren komt, heeft alles te maken met het reeds geschetste onbestemde karakter van deze categorie.⁴⁰ Door die onbestemdheid kon men er alle kanten mee op en aldus ontkomen aan de aan de wilsleer toegedachte nadelen.

Moeten we de vertrouwensleer dan ook waarderen vanuit het oogpunt van continuïteit in de theorievorming over contractuele gebondenheid, dan ontmoeten we, *mutatis mutandis*, eenzelfde bezwaar als bij de wilsleer: onduidelijk blijft welk vertrouwen wel en welk vertrouwen niet dient te worden gehonoreerd en tot gebondenheid leidt. Komt in de wilsleer alles aan op uitleg van de verklaring, in de vertrouwensleer zoals door Fockema Andreae e.a. verdedigd, kan waar gewenst het vertrouwen naar voren worden geschoven. Een maatstaf die bepaalt *wanneer* dit het geval moet zijn, is er echter niet.

2.4 De wils-vertrouwensleer

Een derde stap⁴¹ in het denken is geweest dat men vanuit deze vertrouwensleer is gekomen tot een synthese van de eerdere wilsleer en de vertrouwensleer. Deze zogenaamde wils-vertrouwensleer is in deze eeuw de heersende geworden. De contractuele gebondenheid wordt hierin geacht te berusten op een dubbele grondslag. Er is gebondenheid in de eerste plaats wanneer er een op rechtsgevolg gerichte wil is geweest, maar ook wanneer de wederpartij op de aanwezigheid van die wil mocht vertrouwen.⁴² Aan zowel wil als ver-

38. Vgl. *Asser-Hartkamp* II, no. 101.

39. Vgl. over deze vraag Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 349-350. *Asser-Hartkamp* II, no. 105, stelt dat de vertrouwensleer wel is gebaseerd op een veronderstelde partijwil.

40. Zie *supra*, hoofdstuk IV.

41. Storme, *De invloed van de goede trouw*, no. 58-61 noemt dit de tweede fase en de vertrouwensleer de derde. Dit is in ieder geval historisch gezien minder juist. Ook Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 17 behandelt de wils-vertrouwensleer vóór de 'echte' vertrouwensleer der negentiende-eeuwen.

42. Hoewel ook binnen de wils-vertrouwensleer vele formuleringen bestaan, is dit een grote gemene deler. Vgl. E.J.J. van der Heijden, *De toerekenbare schijn en de bronnen der verbintenissen*, *RM* 1928, p. 1 v. en Meijers, *Goede trouw en stilzwijgende wilsver-*

trouwen komt betekenis toe. Daarbij is de wil primair: is deze aanwezig, dan komt de overeenkomst op die grondslag tot stand. Wanneer de wil ontbreekt, dan komt het vertrouwen er aan te pas en ontstaat gebondenheid zodra de wederpartij mag vertrouwen dat de gedane verklaring met de wil overeenstemt.⁴³ Achtergrond van deze leer is dat een onderscheid in twee soorten situaties wordt gemaakt. In de meeste gevallen bestaat overeenstemming tussen wil en verklaring, en is een wil van contractspartijen 'werkelijk' aanwezig. In een klein aantal gevallen ontbreekt de wil en krijgt het vertrouwen een rol toebedeeld.⁴⁴

Wat in het oog springt bij deze wils-vertrouwensleer is dat, anders dan in de wilsleer en de vertrouwensleer, een combinatie van factoren wordt gebruikt ter beoordeling van de contractuele gebondenheid.⁴⁵ Niet alleen de wil en niet alleen het vertrouwen, maar beide elementen zijn belangrijk. En deze elementen staan tot elkaar in een vaste relatie: het gaat hetzij om een wil hetzij om vertrouwen daarop. Is de wil primaire grondslag, dan kan vertrouwen immers alleen tot gebondenheid leiden wanneer dat bestaat omtrent de aanwezigheid van die wil. Bekend is Meijers' opmerking:⁴⁶

'Wanneer men een rechtsgevolg laat intreden, omdat een goed vertrouwen is opgewekt, dan moet toch wel het feit, waaromtrent het vertrouwen is opgewekt (...) in de eerste plaats dit rechtsgevolg in het leven kunnen roepen. Anders rust dit goed vertrouwen op geen redelijke basis'.

Hiermee is het object van vertrouwen dus niet hetzelfde als in de vertrouwensleer. Het vertrouwen kan niet berusten op iets anders dan de wil. Willen we weten welke rol het vertrouwen in deze opvatting precies speelt, dan dienen we dus eerst na te gaan wat met 'wil' wordt bedoeld. In de zuivere wilsleer was het begrip wil iets dat alleen in zijn openbaring kon worden gezien. Wil en verklaring vielen per definitie samen. In de wils-vertrouwensleer hanteert men een ander wilsbegrip. Men gaat er immers van uit dat de wil, los van de gedane verklaring, al dan niet aanwezig kan zijn. In hoeverre dit een psychologische wil is, kan hier in het midden blijven. Er is in ieder

klaring, oorspr. 1937, in: *VPO* III, p. 81 v. In *Asser-Hartkamp* II, no. 101, is de formulering aldus dat een rechtshandeling tot stand komt wanneer de wilsverklaring door de wederpartij van degene die haar aflegt in goed vertrouwen mag worden opgevat als overeenstemmend met de wil van de handelende persoon.

43. Aldus Meijers, *De grondslag der aansprakelijkheid bij contractuele verplichtingen*, oorspr. 1921, in: *VPO*, dl. III, p. 81 v. Vgl. zijn bekende uitspraak, p. 83, dat de kwestie niet is wil of vertrouwen, maar daarentegen wil en als aanvulling daarop opgewekt vertrouwen. Zie in Meijers' voetspoor de artt. 3:33 en 3:35 BW (*PG* Boek 3, p. 163 en 172). Zie ook Abas, *Beperkende werking*, p. 69 v. en *Asser-Hartkamp* II, no. 102 v.

44. Zie Meijers, *o.c.*, p. 82-83 en *Asser-Hartkamp* II, no. 104.

45. Extreem vertegenwoordiger van de scheiding van wil en verklaring is Flume, *Das Rechtsgeschäft, o.c., passim*. Zie over de houdbaarheid van die stelling naar Duits recht ook onze bespreking in *R&R* 23 (1994) p. 172 v.

46. *o.c.*, p. 83.

geval sprake van een abstractie: aan de wil komt een zelfstandige, autonome, betekenis toe *tegenover* het vertrouwen.

Deze behoefte aan een apart wilselement, naast het element vertrouwen, valt slechts historisch te verklaren. Hij vindt zijn oorzaak in het verkeerd begrijpen van de wilsleer. Slechts wanneer men aanneemt dat de wil een werkelijke grootheid is in het contract en men bij die traditie wenst aan te sluiten omdat dit van oudsher zo is,⁴⁷ kan men er toe komen ook vertrouwen op de wil als grondslag voor gebondenheid te aanvaarden. Eerder zagen we echter dat de wil nooit een zelfstandige betekenis had, maar slechts diende als factor die de gebondenheid aan de gedane verklaring kon begronden.

De behoefte aan een uiteenrafelen in twee elementen van deze onverbrekelijke twee-eenheid nu kan niet anders worden gezien dan als een uiting van de gedachte dat toch niet iedere verklaring bindt, net zoals niet ieder vertrouwen kan binden. Als middel om vast te stellen welke verklaring wel en welke verklaring niet binden mag, wordt de wil als 'werkelijke' factor toegevoegd. De wil krijgt daarmee een functie als correctiemiddel: door aan te nemen dat een verklaring niet gewild is, kan men ontkomen aan de consequenties van de niet welbegrepen wilsleer. Dit had men echter ook kunnen bereiken door uit te gaan van slechts één element om vervolgens door middel van uitleg een gewenst resultaat te bereiken. Wat vroeger alleen in het element wil of in het element vertrouwen was verwoord, wordt nu over twee elementen verdeeld.

2.5 *Evaluatie; de beperkte waarde van de geschetste discussie*

Uit de bovenstaande weergave blijkt dat het stellen van de vraag of de grondslag van en het criterium voor contractuele gebondenheid moeten worden gezocht in een bij contractspartijen aanwezige wil, in een gedane verklaring of in daarmee opgewekt vertrouwen, tot op zekere hoogte onzinnig is. Elk van deze verklaringen verwijst namelijk naar een element dat op zichzelf niets zegt over de vraag *wanneer* gebondenheid moet bestaan. Of een wil, een verklaring of een vertrouwen aanwezig is, is een vraag die aan de hand van die elementen zelf niet kan worden beantwoord.

Het heeft dan ook weinig zin om, wanneer men op zoek is naar criterium of grondslag, van uitgangspunt te wisselen en in plaats van 'de' wil, 'de' verklaring of 'het' vertrouwen als uitgangspunt te nemen. Hoogstens kan dit dienen om te ontkomen aan *gedachte* onrechtvaardige uitkomsten in een der leren, waar die in de praktijk in het geheel niet voorkomen, mits men elk der leren maar goed begrijpt. In deze zin zijn wil, verklaring en vertrouwen volstrekt uitwisselbare grootheden en heeft het geen nut zich af te vragen

47. Zie bijv. Asser-Hartkamp II, no. 107.

welke van deze, eventueel in een of andere combinatie, de grondslag of het criterium vormt.⁴⁸

Nu kan men de houding innemen dat wanneer deze elementen nooit de reden kunnen vormen voor het opleggen van gebondenheid, zij blijkbaar door de rechter worden gebruikt als instrument ter legitimering van een beslissing op grond van de billijkheid in concreto, waarover verder niets te zeggen valt nu hierover van geval tot geval wordt beslist. Daarmee zou echter iedere verdere rechtvaardiging voor gebondenheid worden afgesneden. Vruchtbaarder is daarom de benadering waarin als veronderstelling wordt genomen dat wel degelijk een achterliggend beginsel de gebondenheid kan verklaren. Dit moet dan zo worden beschouwd dat achter het beroep op wil, verklaring of vertrouwen, waarop door de rechter *ter legitimering* een beroep wordt gedaan, een *werkelijke* reden voor de gebondenheid schuilgaat.⁴⁹ Dus niet omdat de wilsleer (vertrouwensleer, verklaringsleer of wils-vertrouwensleer) wordt toegepast, bestaat gebondenheid, maar omdat gebondenheid geïndiceerd is, wordt de wilsleer (of andere leer) ter rechtvaardiging gebruikt.⁵⁰ In het navolgende komt een aantal recente opvattingen inzake contractuele gebondenheid aan de orde, waarbij zal worden bekeken in hoeverre zij in staat zijn om die werkelijke grondslag bloot te leggen.

3. PLAATSING VAN ENKELE MODERNE NEDERLANDSE OPVATTINGEN

3.1 Inleiding

Het is niet de bedoeling om hier een volledig overzicht te geven van de veelheid aan recente opvattingen die alleen al in Nederland inzake de contractuele gebondenheid is verdedigd. Desalniettemin moet hier een aantal meningen voor het voetlicht worden gebracht. Zij hebben gemeen dat zij stuk voor stuk

48. De al door meerdere auteurs aangehaalde uitspraak van de Minister van Justitie, *PG Boek 3*, p. 169: 'Wil, verklaring en vertrouwen. Het is ermee als met het biljartspeel. Men heeft drie ballen en een keu. Daarmee kan men op alle mogelijke manieren stoten, maar het blijft een spel met drie ballen en een keu' krijgt in dit verband een geheel eigen betekenis.

49. Men verwarre dit onderscheid niet met het verschil tussen grondslag van en criterium voor gebondenheid. Idealiter valt het toegepaste criterium binnen de grondslag. Hier gaat het er om dat in het geheel niet duidelijk is wat het toegepaste criterium is.

50. Vgl. Hans Brox, *Die Einschränkung der Irrtumsanfechtung*, Karlsruhe 1960, p. 49, die in wat ander verband tot een radicale conclusie komt: 'Es handelt sich (...) nur um uninteressante Formulierungsfragen. Auf diesen dürfen keine Wertungsfolgerungen hergeleitet werden. Nicht weil auf einen Fall die Willentheorie anzuwenden ist, muß auf den Willen abgestellt werden, so daß im Ergebnis der Irrrende geschützt wird, sondern gerade umgekehrt: weil eine Interessenabwägung in dem einen Falle zu dem Ergebnis kommt, daß der Irrrende zu schützen ist, wird auf den Willen abgestellt, und weil in dem anderen Falle der Erklärungsempfänger schutzwürdig ist, soll das Erklärte maßgebend sein — damit ist der Theorienstreit tot, und man sollte ihn endlich begraben!'

trachten te ontkomen aan de bezwaren die tegen de bovenstaande 'klassieke' leren zijn ingebracht. In de volgende paragraaf wordt dan de 'belofte' apart voor het voetlicht gebracht, mede aan de hand van wat een aantal buitenlandse auteurs dienaangaande heeft gesteld.

3.2 *Nieuwenhuis en de overeenkomst als taalhandeling en als bepaald door drie beginselen*

Waar in het bovenstaande is gesproken van de uitwisselbaarheid van wil, verklaring en vertrouwen, werd daarmee bedoeld dat het uiteindelijk weinig uitmaakt welke van deze elementen men als uitgangspunt neemt voor de vraag naar de contractuele gebondenheid: elk der elementen kan in theorie dienen als rechtvaardiging voor gebondenheid, maar een werkelijke afgrenzing van de wil, de verklaring of het vertrouwen waaraan wel en waaraan niet rechtsgevolgen worden toegekend, is er niet mee gegeven.

Door ons werd aan dit gegeven de conclusie verbonden dat met elk der afzonderlijke elementen de gebondenheid kan worden geconstrueerd. Denkbaar is echter een diametraal tegengestelde conclusie door juist de combinatie van de verschillende elementen zalig te verklaren. Een dergelijke opvatting is verdedigd door Nieuwenhuis.⁵¹

Na de wil en het vertrouwen als 'Archimedische' verklaringen voor contractuele gebondenheid te hebben verworpen, omdat zij slechts één punt als fundament kiezen,⁵² bepleit Nieuwenhuis dat een combinatie van factoren de grondslag voor gebondenheid moet vormen. Die grondslag zoekt hij in drie beginselen: het autonomiebeginsel, met als inhoud dat partijen bevoegd zijn om desverkiezend onderlinge rechtsbetrekkingen aan te knopen, het vertrouwensbeginsel, beduidend dat in dat kader opgewekt vertrouwen moet worden beschermd, en het causabeginsel, dat betekent dat de door de overeenkomst in het leven geroepen verbintenissen over en weer in een 'middel/doel-relatie' staan en van elkaar afhankelijk zijn.⁵³

Zoals reeds eerder werd gemeld zal men, sprekend over de rechtvaardiging voor gebondenheid, tevens een criterium ter beantwoording van de vraag wanneer gebondenheid bestaat, moeten geven. Ook Nieuwenhuis ontkomt hieraan niet. Het te hanteren criterium vloeit bij hem voort uit rechtsregels, die de invloed ondergaan van enerzijds de genoemde beginselen, anderzijds van het in casu voorliggende geval. De regels zijn aldus 'open' naar twee zijden.⁵⁴ De wijze waarop nu bij Nieuwenhuis aan de hand van deze regels kan worden bepaald of contractuele gebondenheid bestaat, is door zich

51. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. Leiden 1979, Deventer 1979.

52. Nieuwenhuis, *o.c.*, p. 14. Vgl. p. 22: het betreft 'monistische' toerekeningsleren.

53. Nieuwenhuis, *o.c.*, p. 3.

54. Nieuwenhuis, *o.c.*, p. 39 en 41 v.

af te vragen of de toepasselijke regels in acht zijn genomen. Deze zg. *constitutieve regels* maken de activiteit van het contracteren eerst mogelijk: net zoals schaakregels ons in staat stellen te schaken, zo maken 'contractsregels' het mogelijk te contracteren. Regels beschrijven dus niet alleen het contracteren ('Wie wil, is gebonden'), maar zijn voor het *kunnen* verrichten van de contractshandeling onontbeerlijk ('Ik wil, dus ik ben gebonden'). Dus niet door het uiten van een wil of door het opwekken van vertrouwen, maar door het verrichten van de (performatieve) taalhandeling van het contracteren, raken partijen gebonden.⁵⁵

Hoe te denken over deze opvatting? Als positief kan worden gewaardeerd dat met het nieuwe aspect dat Nieuwenhuis aan de discussie toevoegt, nl. dat de contractsregels contracteren mogelijk maken, de rechtvaardiging van en het criterium voor gebondenheid samenvallen: men is gebonden *indien en omdat* van een regel is gebruik gemaakt. Evenzeer is echter kritiek mogelijk. Wat dat aangaat, komen de stellingen van Nieuwenhuis voor splitsing in aanmerking: de overeenkomst als taalhandeling komt eerst aan de orde, het samenspel der beginselen daarna.

Als het belangrijkste bezwaar⁵⁶ tegen het zien van de overeenkomst als taalhandeling, valt in te brengen dat op zichzelf nooit duidelijk is *wanneer* partijen van een contractsregel gebruik gemaakt hebben; of de wijze waarop een partij zich heeft uitgedrukt ook als gebruikmaking van een het contracteren mogelijk makende regel moet worden opgevat, blijft immers ter discussie. In wezen erkent Nieuwenhuis dit ook waar hij de vraag of gebondenheid bestaat (lees: of een constitutieve rechtsregel is gebruikt) laat afhangen van de invloed die het geval en de drie beginselen op de regel hebben. Het is steeds de context die bepaalt of een taalhandeling aanwezig is.⁵⁷ Maar dat betekent dan tevens dat het niet de taalhandeling is die de gebondenheid met zich brengt, maar de afweging in concreto. Uiteraard kan men de redenering 'red-den' door het gebruik van de regel door partijen achteraf te construeren, maar van een taalhandeling is dan geen sprake meer. Met andere woorden: wanneer men de regel (en dus de gebondenheid) bepaald wil zien door het voorliggende geval en door een samenspel van beginselen, dan betekent dat een ná het contracteren door de rechter inbrengen van omstandigheden, die

55. Nieuwenhuis, *o.c.*, p. 23 v. Hij sluit hiermee aan bij het gedachtengoed van J.L. Austin, die daarin is gevolgd door vele anderen, dat de overeenkomst een 'speech act', ook wel: een 'institutional act', is. Zie de literatuuropsomming bij Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, p. 99. Zie bijv. kritisch Anne de Moor, *Are Contracts Promises?*, in: Eekelaar & Bell (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 3rd. series, Oxford 1987, p. 109 v.

56. Op andere bezwaren wordt hier niet ingegaan. Zie bijv. Zwitser, *Rond art. 1376 BW*, p. 17 v. en vooral het overzicht van de Amerikaanse discussie terzake bij Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, p. 99 v. en 109 v.

57. Vgl. Nieuwenhuis, *o.c.*, p. 25-26 en p. 28: 'Tal van contextuele factoren bepalen het succes van de taalhandeling in kwestie'.

voor partijen in geen geval het contracteren 'mogelijk maakten'. De overeenkomst als mogelijk gemaakt door regels is zo incompatibel met het achteraf vaststellen welke regels dat zijn.⁵⁸ Nog weer anders gezegd: wie contracteren ziet als een 'spel', waarvan de inachtneming der regels tot de binnen dat spel voorziene gevolgen leidt, beantwoordt niet de vraag — om deze verleidelijke terminologie nog even vast te houden — of door partijen wel aan het spel is deelgenomen.⁵⁹

Dit bezwaar doet zich praktisch het meest gevoelen waar onduidelijk is of gebondenheid in casu bestaat, zoals in geval van afgebroken onderhandelingen of toezeggingen. Een consequent doorgevoerd taalhandelingsbegrip zal daar, zoals in alle 'nieuwe' situaties, niet tot gebondenheid kunnen leiden. Dit bezwaar hangt samen met de omstandigheid dat zich eerst een praktijk zal moeten hebben gevestigd waarin het gebruik maken van bepaalde regels of woorden tot gebondenheid kan leiden, voordat daarbij aansluiting kan worden gezocht door partijen.⁶⁰

Een tweede bezwaar vormt de nadruk die blijft liggen op de wens van de contractant om aansluiting te zoeken bij het spel van contracteren. Hij zal immers bewust aansluiting moeten zoeken bij de praktijk en doet hij dat niet, dan vervalt de rechtvaardiging voor de gebondenheid. De contractant die stelt bewust te hebben afgezien van het gebruik maken van de conventie, kan zich zo vrij pleiten van gebondenheid aan de taalhandeling. Wil men dat resultaat niet aanvaarden, dan kan de taalhandeling ook niet als rechtvaardiging dienen.⁶¹ Aldus is er een nauw verband tussen de bestaande conventie en de wilsleer.

Met dit oordeel omtrent het contracteren als taalhandeling is nog niet gezegd dat het zoeken van de rechtvaardiging voor contractuele gebondenheid in het samenspel van drie beginselen op zichzelf geen vruchtbare gedachte zou kunnen zijn. Het belangrijkste probleem van een fundering in dergelijke algemene beginselen vormt echter de wijze waarop zij in concreto worden verwezenlijkt. Door Nieuwenhuis is voor een aantal 'brandhaarden' aangegeven hoe het samenspel der beginselen plaats heeft, maar ieder nieuw geval zal

58. Nieuwenhuis, *o.c.*, p. 38-39, erkent onder verwijzing naar Paul Scholten dat het recht (in tegenstelling tot de spelsituatie) een open systeem vormt. Hoe hij echter het contract als taalhandeling weet te verenigen met deze openheid, is ons niet duidelijk geworden.

59. Zie voor een soortgelijk bezwaar De Moor, *o.c.*, p. 107-108. De term 'partijen' is overigens niet geheel zuiver, nu juist de vraag is of de betrokken *personen* contractanten zijn of niet. Desalniettemin wordt — ook in het vervolg — steeds van 'partijen' gesproken.

60. Zie ook de bij Atiyah, *Promises, Morals and Law*, p. 107, aangehaalde uitspraak van John Rawls die aangaande de constitutieve regels opmerkt: 'Saying the words, "I promise" will only be promising given the existence of the practice'.

61. Vgl. Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, p. 112 en p. 116: 'Conventions in themselves are merely arbitrary, and one cannot be bound to observe them without some promise or agreement to do so'.

een nieuwe afweging der beginselen ten opzichte van elkaar vereisen.⁶² Daar komt nog bij dat de verwijzing naar beginselen om aan hen inherente bezwaren überhaupt niet vruchtbaar is.⁶³

3.3 Zwitser en de wilsleer als dialectisch paradigma

Een aan de opvatting van Nieuwenhuis verwante opvatting, is die van Zwitser.⁶⁴ Waar door Nieuwenhuis zowel de wil in de vorm van het autonomiebeginsel als vertrouwens- en causabeginsel een afzonderlijke rol spelen bij de bepaling der gebondenheid, maar de verhouding tussen deze grootheden op voorhand weinig duidelijk is,⁶⁵ moeten bij Zwitser wil en vertrouwen 'dialectisch' op elkaar worden betrokken. Dat houdt het volgende in.⁶⁶

'De individuele wil is de enige creator van betekenis, maar deze wil zit gevangen in een web van objectieve factoren ten gevolge waarvan die wil zich patroonmatig zal gedragen'.

Het is voor Zwitser de wil die in eerste instantie bepaalt of een overeenkomst aanwezig is, maar die wil is niet een historisch-psychologische wil, maar een wil gericht op het aansluiting zoeken bij een patroon of *maatschappelijke institutie*, zoals de koopovereenkomst, waaraan een geheel van gebruiken, standaardvoorwaarden en aanvullende wetsbepalingen is verbonden. Leidt de wilsuiting zo tot gebondenheid aan een institutie, anderzijds kan alleen maar *dankzij* het bestaan van die institutie de wil tot gebondenheid leiden, want als wil worden erkend.⁶⁷ Dat betekent dat de woorden waarmee de wil is geuit, moeten worden uitgelegd naar het *patroon* waarbij partijen aansluiting hebben

62. Aldus ook Nieuwenhuis zelve, *o.c.*, p. 64: wel kan worden gezegd 'dat het slagen of falen van de contractssluiting wordt beheerst door zowel wil als vertrouwen, maar niet in welke mate. Gelijke kritiek bij Zwitser, *Rond art. 1376 BW*, p. 25 en meer recent bij F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten*, diss. Leiden 1993, Deventer 1993, p. 21.

63. Zie daartoe *supra*, hoofdstuk II, § 4.

64. R. Zwitser, *Rond art. 1376 BW; overeenkomsten gelden vanwege en dus tussen partijen*, diss. Leiden 1984, Leiden 1984. Een samenvatting van zijn mening ook in dez., *Veranderde omstandigheden?*, in: *Na oorlog en vrede* (Grotius-bundel), Arnhem 1984, p. 119 v.

65. Zwitser, *o.c.*, p. 26, spreekt hier van een 'ongecoördineerd naast elkaar staan'.

66. Zwitser, *o.c.*, p. 26. Dat voor Zwitser wil en subjectiviteit enerzijds en vertrouwen en objectieve leer anderzijds grotendeels samenvallen, blijkt bijv. in de Grotius-bundel, *o.c.*, p. 131.

67. Zwitsers opvatting kent een Anglo-Amerikaanse pendant in de — door hem niet genoemde — leer van het 'Promising as a Practice', aangezwengeld in de Oxfordse oratie uit 1953 van rechtsfilosoof H.L.A. Hart (*Definition & Theory in Jurisprudence*, Oxford 1953, vooral p. 9). Hart stelt dat voordat van beloven of contracteren kan worden gesproken, een algemeen aanvaarde 'procedure' moet bestaan waarbinnen die activiteiten kunnen worden geplaatst. Zonder een dergelijk patroon zou contracteren logisch onmogelijk zijn, net zoals salueren onmogelijk is zonder conventie die de manier van groeten in het leger specificeert. Zie ook Atiyah, *Promises, Morals, and Law*, p. 106 v.

willen zoeken. Het voordeel van het zoeken van de grondslag der gebondenheid in deze dialectische wil, is dat niet de wil van partijen wordt opzij gezet door objectieve factoren zoals bijvoorbeeld regels die exoneratieclausules onder bepaalde omstandigheden verbieden, maar dat die wil juist wordt aangevuld met al datgene wat bij de institutie hoort.⁶⁸ Zo willen partijen vrijwel altijd meer dan zij kunnen bedenken. De vraag *wat* is gewild wordt niet beantwoord door te bezien wat partijen voor ogen stond, maar door, veel uitgebreider, te bekijken wat de rechtsgevolgen zijn die normaliter aan een dergelijke wil worden verbonden.

Ligt de grondslag voor de gebondenheid daarmee doorgaans in de partij-autonomie, soms zal niet zijn gewild, maar een situatie bestaan waarin door de wederpartij wordt vertrouwd op de aanwezigheid van een wil (het geval dus dat doorgaans wordt opgelost aan de hand van de vertrouwenscorrectie op de wilsleer⁶⁹). In dat geval moet volgens Zwitser een andere grondslag voor de gebondenheid worden gezocht. Zwitser zoekt deze in de onrechtmatige daad: waar geen wil is, ontstaat de overeenkomst op grond van het objectieve recht indien men door het wekken van vertrouwen een ander schade toebrengt.⁷⁰ De schadevergoeding zal dan doorgaans bestaan in het intreden van de rechtsgevolgen der overeenkomst.⁷¹ In de ogen van Zwitser is met het, bij gebreke van partijautonomie, zoeken van de grondslag der gebondenheid in de onrechtmatige daad, een strikte scheiding van de subjectieve wil⁷² en het objectieve recht bereikt. Elk leidt tot dezelfde rechtsgevolgen (nl. bestaan ener overeenkomst), maar op verschillende grondslag.

Bij de waardering van deze opvatting moet in de eerste plaats Hijma worden bijgevallen dat Zwitser een oneigenlijk onderscheid maakt tussen partijwil en objectief recht nu ook de partijwil slechts krachtens het objectieve recht rechtsgevolg heeft.⁷³ Ziet men aan dit systematisch bezwaar voorbij, dan is de vraag of de 'dialectische wil' op zichzelf wel als criterium kan dienen. Dit is onzes inziens niet het geval.

Welbeschouwd biedt Zwitser slechts een verklaring voor de gebondenheid van partijen aan de het contract *aanvullende* verplichtingen. Dat partijen door

68. Zwitser, *o.c.*, p. 26 v. (vooral p. 26-28) en p. 238.

69. Vgl. Zwitser, Grotiusbundel, *o.c.*, p. 131.

70. Hoewel Zwitser het nergens op deze manier zegt, moet dit als samenvatting van zijn redenering, waartoe hij zich terecht op Meijers' theorie der gevaarzetting beroept, worden gezien. Zie *o.c.*, p. 30 en 34-38.

71. Zwitser, *o.c.*, p. 35.

72. Niet goed te begrijpen valt waarom Zwitser, *o.c.*, p. 31, voor de eerste grondslag de 'wil-vertrouwensleer' als 'dogmatisch instrument' juist acht. Het is immers slechts de wil die gebondenheid laat ontstaan. Voor zover Zwitser met 'vertrouwen' doelt op het feit dat men zich door de enkele wilsuiting veilig weet omdat men vertrouwt op de toepasselijheid van een beproefd patroon (p. 28), is dat een verwarrend taalgebruik, nu de term 'vertrouwen' in de wils-vertrouwensleer doorgaans ziet op iets anders.

73. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 24 v. Vgl. wat wij te dien aanzien schreven *supra*, hoofdstuk V, § 4.1.

het uiten van hun wil aan willen sluiten bij een vastliggend patroon van rechten en verplichtingen, is in veel gevallen juist. Stellen dat slechts dankzij dit vastliggende patroon de wil ook 'dialectisch' als wil zal worden beschouwd, is echter onjuist om de eenvoudige reden dat juist steeds de vraag is of partijen wel hebben willen aansluiten bij een patroon en nog daaraan voorafgaand: of zij überhaupt *gebondenheid* gewild hebben. Die vraag wordt door Zwitser niet beantwoord, zodat zijn opvatting slechts een rechtvaardiging biedt voor de toepasselijkheid van al die gevolgen die krachtens de aard van de overeenkomst intreden.⁷⁴ Maar of die overeenkomst er is, is niet duidelijk.

Dit manco van Zwitsers leer vloeit direct voort uit het feit dat hij uitgaat van een subjectieve wilsleer. Begrijpelijk is dat deze leer wel een rechtvaardiging kan bieden voor bijkomende verplichtingen, omdat in Zwitsers leer dan reeds is vastgesteld dat een wil aanwezig is die tot gebondenheid leidt. Die subjectieve leer is echter niet in staat om een criterium te bieden in het eerste stadium: dat van het constateren der gebondenheid. Dat is anders indien men de wil objectieveert en daar normatieve elementen in onder brengt die de gebondenheid 'eigenlijk' bepalen, maar dat wil Zwitser juist niet.⁷⁵ Wat hij dus wel aanvaardt voor de bijkomende verplichtingen, nl. dat deze niet behoeven te zijn voorzien door partijen en ook op grond van het objectieve recht kunnen ontstaan,⁷⁶ aanvaardt hij niet voor de wilshandeling zelve.

Men zou, uitgaande van de onjuistheid van het onderscheid tussen subjectieve en objectieve gebondenheid, de leer van Zwitser betrekkelijk eenvoudig kunnen 'redden' door de vraag te stellen waarom het object der gewilde gebondenheid wel wordt opgerekt tot het patroon van rechten en verplichtingen, maar niet tot de situatie waarin een gebondenheid op grond van 'vertrouwen' eveneens moet bestaan omdat het patroon, de institutie waarbij men wenst aan te sluiten, ook *dat* met zich brengt. Het patroon is dan niet dat der bijkomende verplichtingen, maar dat van de overeenkomst in het algemeen. Daaraan wordt deelgenomen omdat vaak geen andere keuze bestaat dan te contracteren. Het geforceerd aandoende en op een onjuiste veronderstelling gebouwde zoeken van de grondslag der overeenkomst in de onrechtmatige daad, is dan niet nodig.⁷⁷

Met deze kleine aanpassing wordt de verwantschap met de leer van Nieuwenhuis duidelijk: waar bij Nieuwenhuis de vraag is of het handelen van

74. Vgl. Zwitser, *o.c.*, p. 28.

75. Hij stelt, *o.c.*, p. 28, expliciet geen geobjectiveerd of juridisch wilsbegrip op het oog te hebben: 'het is niet de bedoeling het individu een bedoeling toe te rekenen welke hij in feite niet gehad heeft'.

76. Hetgeen door Zwitser zal worden ontkend. Wij kunnen echter geen onderscheid zien tussen een op grond van een institutie opgelegde verplichting en een op grond van het objectieve recht opgelegde plicht. Wat is een institutie anders dan het objectieve recht?

77. Zie voor bezwaren tegen de onrechtmatige daad als grondslag verder Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 25 v.

partijen wel als deelname aan het 'contracteurspel' moet worden beschouwd, is bij Zwitser de cruciale vraag of met de wilsuiting wel wordt aangesloten bij een of ander voor gebruik gereed liggend patroon (bij Zwitser zelf: het patroon dat de aard der overeenkomst met zich brengt; in de aangepaste versie: het patroon van contracteren zelve). Nieuwenhuis noch Zwitser geeft op die vraag een antwoord. Thans komt aan de orde of de opvatting van Hijma meer soelaas biedt.

3.4 *Hijma's nadruk op de verklaring*

Na een overzicht gegeven te hebben van de verschillende grondslagen die ter rechtvaardiging van contractuele gebondenheid naar voren zijn gebracht, en de verwerping daarvan, overweegt Hijma⁷⁸ dat in Nederlandse literatuur het accent vooral is geplaatst op de wil en op het vertrouwen. De verklaring is onderbelicht gebleven, terwijl deze toch in zowel wils- als vertrouwensleer een niet onbelangrijke rol speelt. Dit brengt Hijma ertoe om de verklaring *zelf* als redengevend voor de gebondenheid te zien. Theoretisch wordt dit aldus onderbouwd dat de mens de vrijheid heeft om te kiezen voor het verrichten van een bepaalde handeling, voor het stellen van een daad. Vervolgens 'vertaalt' het burgerlijk recht die keuze in dienovereenkomstige rechtsbetrekkingen door haar 'van rechtsbijval te voorzien'. Een daad die 'naar haar aard tot rechtsdoorvoering geëigend' is, wordt zo door het recht erkend.⁷⁹

De verklaring kan nu als een dergelijke tot rechtsdoorvoering geëigende handeling worden beschouwd. De verklaring als uitoefening van vrijheid door het individu⁸⁰ vormt dan de grondslag der gebondenheid. Niet de wil, die in een verklaring wordt geopenbaard, of het vertrouwen op een wil of een verklaring, maar de verklaring zelve rechtvaardigt *op eigen kracht* het intreden van de gebondenheid.

Het criterium dat wordt gehanteerd om vast te stellen of gebondenheid bestaat, correspondeert met deze grondslag: de vraag is of de verklaring naar haar aard tot rechtsdoorvoering geëigend is. Dat met de vraag of op de handeling het stempel van het recht mag worden gedrukt, echter inhoudelijk nog niets is gezegd over het criterium, realiseert Hijma zich terdege. Bestudering van zijn betoog leert dat slechts 'verklaringen van een "belovend" karakter' kunnen worden doorgevoerd. Is de belofte eenmaal geconstateerd, dan wordt die uitgelegd om vast te stellen waartoe zij verbindt. Daarbij komt

78. Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, Deventer 1988, p. 29 v.

79. Hijma, *o.c.*, p. 30-31. Vgl. p. 44: een rechtshandeling is die handeling 'die naar haar aard tot rechtsdoorvoering, tot een vertaling in rechtsgevolgen, is geëigend'.

80. Vgl. Hijma, *o.c.*, p. 35. De 'verklaring' wordt opgevat als het complex van verklaringen en gedragingen, door middel waarvan de handelende zijn keuze tot stand brengt.

betekenis toe aan de verklaring zelf, maar ook aan de verhouding tussen de partijen, aan de partijen zelf en aan wat zij ten opzichte van elkaar mogen en zullen verwachten.⁸¹

Aldus raakt men op grond van iedere 'belovende' verklaring gebonden, ook in het geval waarin voor de wederpartij kenbaar was dat deze niet gewild werd omdat bijvoorbeeld een goed van 10,- voor 1,- is aangeboden. Die verklaring, 'hoe ongelukkig ook, is en blijft een vrije keuze, die als zodanig de rechtsdoorvoering vermag te schragen'.⁸² Maar betekent dit nu ook dat partijen altijd gebonden blijven, dus moeten nakomen? Neen, in al die gevallen waarin een niet door een volwaardig wilsbesluit geschraagde verklaring bestaat, zoals de bovenstaande, staat het recht niet op 'doorvoering'. De persoon die zich verkeerd heeft uitgedrukt, heeft dan een ontsnapingsmogelijkheid: hij kan 'ont-binden', mits dat niet in strijd komt met de belangen van de wederpartij. En of dat het geval is, wordt bepaald aan de hand van de wils-vertrouwensleer. Wil en vertrouwen spelen zo niet een rol bij de *totstandkoming* van de overeenkomst, maar bij de vraag of de op zich geldige overeenkomst kan worden *vernietigd*.⁸³

Hoe moet de leer van Hijma worden gewaardeerd? De hier te geven kritiek concentreert zich op twee hoofdpunten. In de eerste plaats zoekt Hijma de grondslag der gebondenheid in de verklaring als een een door de mens gedane vrije keuze. Nog daargelaten in hoeverre daarmee niet wordt uitgegaan van inmiddels verouderd liberaal gedachtengoed, is niet duidelijk hoe deze grondslag der 'vrije wilsuiting' zich verhoudt tot de gebondenheid, ook in het geval waarin nu juist geen keuze is gedaan voor de verklaring omdat deze, in de traditionele terminologie, 'niet gewild' is.⁸⁴

In de tweede plaats moet ten aanzien van het criterium voor gebondenheid worden opgemerkt dat wie zijn betoog zozeer bouwt op de verklaring als Hijma dat doet, aan moet kunnen geven welke verklaring wel en welke verklaring niet tot gebondenheid aanleiding geeft, in zijn terminologie 'tot rechtsdoorvoering geëigend is'. Deze vraag wenst Hijma op geen enkele wijze afhankelijk te maken van wil of vertrouwen, hetgeen ook logisch is omdat zijn theorie met die onafhankelijkheid van de verklaring staat of valt: zodra deze weer wordt ingevuld aan de hand van wil of vertrouwen, bestaat geen zuivere verklaringsleer meer. Maar de vraag is dan toch welke verklaring *wel* en welke *niet* tot gebondenheid leidt. Voor Hijma lijkt deze vraag

81. Hijma, *o.c.*, p. 32. Hijma lijkt een direct verband te zien tussen zijn 'handelingscriterium' en de belofte: relevant is de handeling die 'naar haar aard' tot gebondenheid kan leiden en 'derhalve' is de belofte relevant. Ik begrijp dit verband niet goed, nu eerstgenoemd criterium ook kan worden ingevuld met andere maatstaven (wil, vertrouwen) dan alleen de belofte. Aldus heeft Hijma's leer niets voor op de toerekeningsleer, die door hem, p. 33-34, wel expliciet wordt verworpen.

82. Hijma, *o.c.*, p. 35.

83. Hijma, *o.c.*, p. 36-37. Dit 'recht op berouw' speelt in het 'ont-bindingskader' een rol.

84. Zie voor ditzelfde bezwaar ook C.J.H. Brunner, Bbespr., *WPNR* 5941 (1989), p. 778.

zich op te lossen in die naar het 'belovend karakter' van de mededeling.⁸⁵ Dat de belofte als grondslag echter ook een eigen problematiek met zich brengt, lijkt door Hijma niet te worden erkend.

Dat Hijma zozeer de nadruk kan leggen op de verklaring, hangt samen met het door hem geïntroduceerde onderscheid tussen gebondenheid aan de overeenkomst op zichzelf en aan het moeten nakomen van die overeenkomst. Dit correspondeert met het verschil tussen gebonden raken en gebonden blijven. Onduidelijk is echter wat het nut is van een dergelijk onderscheid. Met die gebondenheid in eerste instantie is immers nog niets gezegd. Overige theorieën inzake contractuele gebondenheid betrekken bij hun theorie nu juist wel mede de gevolgen die de gebondenheid met zich brengt, met name de mogelijkheid van het kunnen vorderen van nakoming. Het zijn daarmee mede de rechtsgevolgen der gebondenheid die het oordeel *dat* gebondenheid bestaat, met zich brengen. Bij Hijma is dat niet het geval. Toegegeven zij dat die gevolgen wel in een tweede stadium aan de orde komen, maar daarmee is een dualisme geschapen waarvan het voordeel niet op voorhand duidelijk is. Het oordeel dat men gebonden is *geraakt*, heeft slechts waarde wanneer men ook gebonden *blijft*.

Al met al kan niet worden halt gehouden bij een leer waarin de partijen door vrije keuze zelf bepalen of de verklaring als belovend moet worden aangemerkt. Dat komt op grondslag-niveau in strijd met de gedachte dat de overeenkomst ook kan bestaan waar de gebondenheid nu juist niet gewild is, en op criterium-niveau biedt deze leer weinig zolang niet duidelijk is welke 'belovende' verklaring precies bindt. In de volgende paragraaf zal het 'contract als belofte' worden besproken aan de hand van de opvattingen van Van Dunné en van enkele buitenlandse auteurs.

4. DE BELOFTE ALS GRONDSLAG EN CRITERIUM

4.1 Inleiding

Eén complex van opvattingen inzake de contractuele gebondenheid heeft zich, op het eerste gezicht los van de verschillende meningen inzake wil, verklaring en vertrouwen, in voornamelijk de Anglo-Amerikaanse rechtswereld baan gebroken. Het zoekt de grondslag der gebondenheid in de door een contractspartij gedane belofte. De belangrijkste Nederlandse representant van deze stroming is Van Dunné, die zich ter ondersteuning van zijn opvatting juist weer beroept op voornamelijk vaderlandse en Duitse auteurs. In het

85. Hijma, *o.c.*, p. 32. Ook op p. 27, 36 en 46 komt de belofte zijdelings aan de orde. Dat zijn leer dan ook 'niet ver' afstaat van een belofteleer, wordt door hem, *o.c.*, p. 33-34, voor het criterium der gebondenheid toegegeven.

navolgende zal eerst de leer van Van Dunné worden besproken. Een volledig schetsen van de bijzonder uitgebreide Anglo-Amerikaanse discussie is in dit bestek niet mogelijk; volstaan wordt met een weergave en bekritisering van twee belangwekkende meningen, nl. van die van Fried en Atiyah.

4.2 De belofte-leer van Van Dunné

De in hoofdstuk I geschetste 'toerekeningsleer' van Van Dunné krijgt een bijzondere toepassing op het terrein van het contractenrecht. Met een beroep op het Oud-Germaanse recht en op verschillende auteurs (met name op die van de 'nieuwe' vertrouwensleer, alsmede op Paul Scholten⁸⁶), bepleit hij dat de wilsovereenstemming als verouderd begrip plaats moet maken voor de gedachte 'belofte maakt schuld'.⁸⁷ Hoewel Van Dunné dit beginsel nergens systematisch uiteenzet, kan uit zijn beroep op de auteurs die het zouden aanhangen, worden gedestilleerd dat de voorstelling van de verklaring zoals die bij de wederpartij werd gewekt of moest worden, de verklaarder bindt. Daaraan valt dan nog toe te voegen dat men door een dergelijke *toezegging* jegens een ander (in de vorm van aanbod of aanvaarding) gebonden wordt omdat men anders het bij die ander gewekte vertrouwen schendt. Aldus is niet zozeer van belang of een overeenkomst bestaat, maar eerder of een eenzijdig bindend aanbod in de woorden of de handelingen kan worden gelezen.⁸⁸

Moet deze opvatting worden gewaardeerd, dan valt in de eerste plaats op te merken dat onduidelijk is welke nu de grondslag is van de contractuele gebondenheid. De rechtvaardiging van het beginsel dat de belofte moet binden, blijft achterwege. Men moet wellicht veronderstellen dat Van Dunné die daarin zoekt dat het toch een algemeen beginsel is dat het gegeven woord bindt en dat een andersluidende opvatting de menselijke samenleving onmogelijk maakt, maar dat zijn zulke algemene verklaringen dat zij moeilijk als redengevend kunnen gelden.⁸⁹

In de tweede plaats blijft onzeker wanneer uitgesproken woorden als belofte moeten worden opgevat. Hoe te bepalen welke verklaring een belovend karakter bezit? Van Dunné zal deze vraag wellicht willen beantwoorden door terug te vallen op de normen van het geldend recht, maar daarmee is

86. Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 101 v., 175 en 180-181.

87. Van Dunné, *o.c.*, p. 180-181; vgl. p. 322-323. Zie ook dez., *Verbintenissenrecht*, dl. 1, p. 23-27 en de recensie van Nieuwenhuis' proefschrift, *WPNR* 5524 (1980), p. 101, waar hij zijn opvatting de 'belofte-leer' noemt. Zie voor kritiek op Van Dunné's beroep op Scholten ook Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 27.

88. Compilatie van de opmerkingen, gemaakt in *Normatieve uitleg*, p. 101-102, 175, 180-181 en 322-323.

89. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid*, p. 34, meent dat bij Van Dunné reeds de norm dat belofte schuld maakt de rechtvaardiging vormt voor de gebondenheid, zodat èn grondslag èn criterium zijn terug te voeren op 'het geldend recht'.

nog niets gezegd. Wel kan worden opgemerkt dat van oudsher een relatie bestaat tussen de wilsleer en de belofte. Dat blijkt al uit het woord 'beloven' zelf, waarmee duidelijk een bewuste handeling is geïmpliceerd. Bij Van Dunné lijkt de belofte echter juist niet op de wil te zijn geënt, maar veeleer gelijk te staan aan de normatief te interpreteren verklaring. Aldus blijft evenwel de vraag wat zijn leer voor heeft op een klassieke verklarings- of vertrouwensleer, met alle daaraan verbonden nadelen. In het navolgende zal een auteur aan de orde komen die de belofte juist niet naar de verklaring toeschrijft, maar naar de wilsautonomie.

4.3 De belofte bij Fried

In de Anglo-Amerikaanse rechtsliteratuur heeft de gedachte dat de overeenkomst kan worden teruggevoerd op een gedane belofte grote invloed gehad. Niet gehinderd door de dogmatische wils- en vertrouwensleren, zoals die zich binnen de continentale codificaties hebben ontwikkeld, kon men vrijelijk theoretiseren omtrent de rechtvaardiging voor de gebondenheid, zonder zich zorgen te behoeven maken om een inpassing in eerder bestaande opvattingen.⁹⁰ Dat maakt een vergelijking met de zojuist vermelde meningen moeilijk. Twee auteurs die juist wel hebben getracht om hun ideeën af te zetten tegen eerder verdedigde opvattingen, moeten hier echter worden genoemd. Hun meningen zijn ook daarom interessant omdat zij weliswaar allebei aan de belofte een centrale plaats geven, maar de grondslag en toepassing daarvan op totaal verschillende wijzen uitwerken.

In de eerste plaats kan worden gewezen op het werk van de Amerikaanse civilist Charles Fried.⁹¹ Zijn opvatting inzake de contractuele gebondenheid past in de beweging van het neo-liberalisme, die de Verenigde Staten in de jaren '80 heeft gekenmerkt. Voor Fried zijn contract en partij-autonomie onlosmakelijk met elkaar verbonden. Net zoals bij Hijma wordt de morele rechtvaardiging voor de gebondenheid gezocht in de idee dat het de partij zelf is die de gebondenheid wenst: de partijen zijn gebonden aan hun overeenkomst omdat zij dat zo hebben gekozen. Ten opzichte van de klassieke wilsleer wordt echter die wijziging aangebracht dat het niet zomaar de verklaarde wil is die de gebondenheid rechtvaardigt, maar de gedane belofte.⁹²

90. Een overzicht van meningen vindt men bij Arthur von Mehren, *IECL*, vol. VII-9: The Formation of Contracts [1992], no. 4 v.

91. *Contract as Promise; A Theory of Contractual Obligation*, Cambridge Mass. etc. 1981.

92. Fried, *o.c.*, p. 6. Het verband tussen autonomie en belofte komt al in de eerste zin van Fried's boek naar voren: 'the promise principle (...) is that principle by which persons may impose on themselves obligations where none existed before'. Zie ook de negentiende-eeuws aandoende uitspraak op p. 57: 'the parties are bound to their contract because they have chosen to be'.

Dat de belofte in het concrete geval bindt, is echter alleen mogelijk omdat deze ook algemeen in staat is de gebondenheid te rechtvaardigen. Waarom dat het geval is, wordt door Fried beantwoord op gelijke wijze als door Nieuwenhuis: beloven betekent dat gebruik wordt gemaakt van een conventie. Wie belooft iets te zullen doen, maakt gebruik van het liberale beginsel dat vrije individuen zichzelf verplichtingen kunnen opleggen door hun wil te uiten. Het contracteren wordt zo mogelijk gemaakt door de 'institution of promising' en slechts omdat die institutie bestaat, kunnen bij anderen verwachtingen omtrent het zullen verrichten van een prestatie worden gewekt. Het is dan in strijd met het Kantiaanse beginsel dat bewust opgewekt vertrouwen niet mag worden beschaamd om eerst van die praktijk gebruik te maken door een belofte te doen en die belofte vervolgens te breken.⁹³

Voor Fried is — anders dan bij Nieuwenhuis — slechts één factor relevant om te bepalen of in concreto gebondenheid bestaat: dat is de vraag of gebruik is gemaakt van de conventie van het beloven. Wordt bij Nieuwenhuis het contracteren (bepaald door drie beginselen) mogelijk gemaakt door regels, bij Fried speelt enkel en alleen het beloven een rol. Waar is beloofd, bestaat contractuele gebondenheid.⁹⁴ In andere gevallen bestaat hoogstens een gebondenheid op grond van onrechtmatige daad of verrijktingsrechtelijke leerstukken (samen te vatten onder de naam 'restitution'). Het is de menselijke autonomie die hier de grens trekt.⁹⁵

Overigens ziet Fried wel in dat de enkele wil te beloven niet alleen bepalend kan zijn: overeenstemming tussen de partijen ten aanzien van de te verrichten prestatie is vereist. Fried lost dit probleem zo op dat de wederpartij de belofte ook *als belofte* moet hebben opgevat.⁹⁶ Maar alleen omdat bewust aansluiting is gezocht bij de conventie van het beloven, bestaat voldoende morele rechtvaardiging voor het vertrouwen van de wederpartij op de nakoming van die belofte.⁹⁷ Het vertrouwen is daarmee slechts een bijproduct van de 'eigenlijke' reden voor de gebondenheid.

93. Fried, *o.c.*, p. 16-17: 'An individual is morally bound to keep his promises because he has intentionally invoked a convention whose function it is to give (...) moral grounds for another to expect the promised performance'.

94. Vgl. Fried, *o.c.*, p. 17: 'since a contract is first of all a promise, the contract must be kept because a promise must be kept'.

95. Fried, *o.c.*, p. 113: of iemand heeft beloofd, is een 'yes or no question': 'if he has, he is judged by the regime of promise. If he has not, some other regime controls'. Zie voor een ander, summier, Nederlandstalig overzicht van de opvatting van Fried Van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, p. 278 v.

96. Vgl. Fried, *o.c.*, p. 14: 'all we need is a conventional device which we both invoke, which you know I am invoking when I invoke it, which I know that you know I am invoking, and so on.' Zie ook p. 40 v. voor de eis dat de belofte moet worden aanvaard.

97. Fried, *o.c.*, p. 19: 'there is reliance because a promise is binding, and not the other way around'.

Fried combineert aldus de taalfilosofische rechtvaardiging voor de gebondenheid van Nieuwenhuis met de nadruk op de autonomie van Hijma. De belofte bestaat echter niet omdat is verklaard (zoals bij Hijma en bij Van Dunné), maar omdat is gewild. Aldus bestaat weinig verschil tussen de (als belofte opgevatte) belofte en de wilsleer in klassieke zin: de wilsovereenstemming is bepalend.⁹⁸ Toegegeven moet worden dat Fried daarmee meer consequent is dan Nieuwenhuis: er werd al op gewezen dat de visie van de overeenkomst als taalhandeling een centrale plaats van de wilsautonomie impliceert en dat wordt door Fried eerder erkend dan door laatstgenoemde auteur. Maar problematisch blijft hoe dan de gevallen waarin juist niet is gewild, moeten worden verklaard. Hoogstens is daar sprake van een onrechtmatige daad of van ongerechtvaardigde verrijking, maar dat is een nogal gewrongen redenering.⁹⁹

Bovendien blijft het probleem bestaan welke van alle mogelijke verklaringen als belovend moeten worden aangemerkt. Fried zoekt de oplossing daarin dat de wederpartij de belofte als belofte moet hebben opgevat, maar dat vertrouwen zal alleen gerechtvaardigd zijn waar het dankzij de wilsautonomie van de belover is gegenereerd. Zo wordt dus weer teruggevallen op de wil als grondslag en speelt de partij-autonomie een allesbepalende rol. De vraag is of dat recht doet aan de gewijzigde opvattingen omtrent de rol van het individu.¹⁰⁰ In de nu volgende opvatting is beoogd aan deze bezwaren te ontkomen.

4.4 Atiyah's benadering van de belofte

Tegenover de mening van Fried kan de opvatting van Patrick Atiyah, voormalig hoogleraar in Oxford, worden gesteld.¹⁰¹ Zijn uitgangspunt is dat de manier waarop tegen de overeenkomst en daarmee samenhangend het hele verbintenissenrecht (inclusief de afscheiding tussen contract en onrechtmatige daad) wordt aangekeken, nog altijd het negentiende-eeuwse gedachtengoed weerspiegelt. Dat de overeenkomst bindt omdat men een belofte heeft willen

98. Vgl. Hugh Collins, *The Law of Contract*, 2nd. ed., London etc. 1993, p. 46 v., die Fried's opvatting binnen de stroming van het 'legal moralism' brengt, hoewel deze o.i. ook goed in de daar genoemde 'libertarian justification' past.

99. In dit opzicht komt de opvatting van Fried overeen met die van Zwitser, die aan de onrechtmatige daad eveneens een grote rol toedent bij afwezigheid van een partij-autonome wil. Zie *supra*, § 3.3.

100. Dit is ook de kritiek van P.S. Atiyah, Bbespr., *Harvard LR* 95 (1981-1982), p. 509 v. alsmede die van Van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, p. 281-282.

101. Atiyah heeft de kern van zijn opvatting in een groot aantal artikelen verwoord. Zie vooral *Contract, Promises, and the Law of Obligations*, oorspr. in *LQR* 94 (1978) p. 193 v., gewijzigd opgenomen in: *Essays on Contract*, p. 10 v. en *The Liberal Theory of Contract*, oorspr. in *Harvard LR* 95 (1981-1982), p. 509 v., in gewijzigde vorm in: *Essays on Contract*, p. 121 v. Zie voorts zijn boek *Promises, Morals, and Law*, vooral p. 138 v.

doen,¹⁰² is volgens Atiyah echter thans niet langer juist. Men is niet gebonden omdat men dat *wil*, maar om wat men heeft *gedaan*. Wie in de bus stapt of een schriftelijk contract ondertekent, is niet gebonden omdat hij dat heeft gewild, maar omdat hij een handeling heeft verricht die in onze maatschappij zo wordt opgevat dat wie zo handelt, gebonden is. Atiyah's leer lijkt zo nogal op de normatieve uitleg van Van Dunné. Atiyah vult de normatieve maatstaf echter onmiddellijk in.¹⁰³

'What I suggest (...) is that wherever benefits are obtained, wherever acts of reasonable reliance take place, obligations may arise, both morally and in law'.

Verbintenissen ontstaan waar de ene persoon de ander iets geeft ('benefit-based liabilities') of waar in gerechtvaardigd vertrouwen op woorden of daden van de ander iets wordt gedaan of nagelaten, waardoor de positie van de een ongunstiger is geworden dan indien niet vertrouwd zou zijn ('reliance-based liabilities'). Die elementen hebben niet alleen waarde bij de bepaling van de contractuele gebondenheid, maar ook op de daarvan ten onrechte gescheiden terreinen van 'restitution' en 'tort'. Uiteindelijk bestaat voor Atiyah slechts één verbintenissenrecht, beheerst door dezelfde principes.¹⁰⁴

Dit betekent overigens niet dat bij de bepaling van de contractuele gebondenheid de wil of de belofte in het geheel geen rol meer speelt. In de eerste plaats is het gedrag van een persoon dat tot gebondenheid aanleiding geeft, normaliter tevens gewild. Belangrijker is echter dat indien verbintenissen ontstaan op grond van een voordeel dat een partij geniet, of nadeel wordt geleden omdat het vertrouwen op grond waarvan is gehandeld wordt geschonden, de belofte in de tweede plaats een belangrijk *bewijsmiddel* is. Dat is beloofd, is een belangrijke aanwijzing¹⁰⁵ dat gebondenheid bestaat, maar nooit een voldoende aanwijzing. Het biedt bijv. aanknopingspunten om te bepalen wat voor soort overeenkomst is gesloten, tussen wie en tegen welke voorwaarden. Of partijen ook gebonden zullen zijn de overeenkomst na te komen, hangt af van de beide genoemde elementen. Aldus ligt steeds achter

102. Dat ook voor Atiyah belofte en wil nauw met elkaar verbonden zijn, blijkt bijv. waar hij wilsovereenstemming, uitwisseling van beloften en gewilde gebondenheid als synoniemen ziet. Zie vooral *Contracts, Promises, and the Law of Obligations*, o.c., p. 17-19.

103. o.c., p. 22.

104. Hoewel dat niet wegneemt dat de verschillende terreinen eigen, specifieke kenmerken behouden. Zie Atiyah, o.c., p. 42 en *The Liberal Theory of Contract*, o.c., p. 139, alsmede *Promises, Morals, and Law*, p. 177.

105. Of zelfs een vermoeden van overeenkomst. Atiyah, *Contracts, Promises, and the Law of Obligations*, o.c., p. 27 spreekt zelf van 'strong prima-facie evidence'.

de formele grond van de belofte een materiële rechtvaardiging.¹⁰⁶ Waar de belofte lijkt te binden, is het in werkelijkheid iets anders.

Kan Atiyah met deze theorie van 'benefit' en 'reliance' vrijwel alle contractenrechtelijke gebondenheden verklaren, één categorie levert problemen op. Wat immers wanneer partijen contracteren en één van hen vervolgens niet-nakomt, zonder dat door de ander reeds is gepresteerd of iets is gedaan waardoor hij nadeel lijdt bij het alsnog niet-doorgaan van de overeenkomst? Ook bij een dergelijke 'wholly executory transaction' wordt doorgaans gebondenheid aangenomen, hoewel noch 'benefit' noch 'detrimental reliance' bestaat. Deze louter wederzijdse belofte is voor Atiyah echter een 'legal peculiarity',¹⁰⁷ die eigenlijk niet thuishoort in de contractstheorie en die in de praktijk ook niet zal worden afgedwongen.

Atiyah beoogt aldus te ontkomen aan de bezwaren die zijn ingebracht tegen een belofte-leer die eenzijdig de nadruk legt op de wilsautonomie. Voor Atiyah bindt niet iedere belofte, maar schept het beloven slechts een vermoeden van gebondenheid, dat zal moeten worden bevestigd door andere meer materiële factoren. Staat dus bij Fried de vraag centraal of een belofte (en dus automatisch gebondenheid) bestaat, bij Atiyah moet een (expliciet) gedane belofte nog aan een nader onderzoek worden onderworpen.

Wat hiervan te denken? Voorop moet staan dat deze benadering terecht scheidt tussen de belofte (of de wil of verklaring) enerzijds en de rechtvaardiging voor de gebondenheid anderzijds. Zoals al eerder duidelijk werd, biedt de wil of de verklaring *zelf* geen mogelijkheid om te scheiden tussen de wel relevante en de niet relevante wil of verklaring. Het ligt dan voor de hand om terug te vallen op andere factoren. Dat Atiyah die zoekt in het verrijktingsrecht en het onrechtmatige daadsrecht, is op voorhand evenmin onjuist; daarmee wordt recht gedaan aan het door ons gepropageerde leggen van verband tussen de diverse bronnen van verbintenis.

Wat evenwel als negatief kan worden gewaardeerd, is dat Atiyah niet duidelijk maakt hoe met de elementen van 'benefit' en 'reliance' in concreto moet worden omgegaan. Het lijken voor hem 'topoi' die in ieder geval opnieuw in verhouding tot elkaar dienen te worden afgewogen. De vraag is echter of daarover niet meer valt te zeggen dan alleen dat. Bovendien blijft enigszins in het ongewisse wat precies onder genoemde termen moet worden verstaan; ook zij zullen immers normatief moeten worden gedeut. Niet ieder voordeel dat iemand ontgaat en niet ieder geschonden vertrouwen mogen nu eenmaal tot rechtsgevolg aanleiding geven. Ten aanzien van dat vertrouwen

106. Atiyah rept in dit verband van 'formal and substantive reasoning'. Vgl. *The Liberal Theory of Contract*, o.c., p. 127 en *infra*, hoofdstuk VIII. Zie voor een ander Nederlandstalig overzicht van Atiyah's opvattingen Van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, p. 279 v.

107. Atiyah, *Contracts, Promises, and the Law of Obligations*, o.c., p. 39.

geldt bovendien dat dit nu juist eerder door ons als te algemeen was verworpen.

5. EVALUATIE VAN DE HIER GESCHETSTE OPVATTINGEN

Aan het einde van paragraaf 2 werd gewezen op de beperkte waarde van de discussie zoals die van oudsher omtrent de grondslag van de contractuele gebondenheid wordt gevoerd. In de traditionele wils- en vertrouwensleren bleek steeds problematisch te zijn of wel enige wil of enig vertrouwen bestond. Een onderscheidend criterium bleek niet te bestaan. In het voorafgaande is daarom een aantal opvattingen de revue gepaseerd waarin een eventuele materiële reden voor de gebondenheid had kunnen worden gevonden. Zowel de in Nederland verdedigde theorieën die de overeenkomst zagen als ingebed in een institutie, als die die de verklaring of belofte centraal stelden, bleken niet te voldoen. In alle leren bleek het moeilijk om te bepalen wanneer nu precies van een bindende verklaring sprake is.

Dat de belofte-leren niet kunnen voldoen, wekt ook geen verbazing nu zij welbeschouwd afgeleiden zijn van de eerder geschetste meer klassieke opvattingen. Van Dunné voert de belofte terug op de verklaring en Fried op de wilsautonomie. Bij Atiyah is dat anders: de zekere verdienste van zijn benadering is dat hij expliciet achter de op het eerste gezicht dragende belofte andere elementen zoekt die de gebondenheid in werkelijkheid rechtvaardigen. Of de door hem aangedragen elementen de juiste zijn, valt echter te betwijfelen.

Dit roept onvermijdelijk de vraag op of het wellicht niet zo is dat de benadering van contractuele gebondenheid zoals die sinds de negentiende eeuw in zwang is, heeft afgedaan en plaats moet maken voor een andere. Dit vraagstuk komt in het thans volgende aan de orde.