



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).

Contractuele gebondenheid en causa

1. INLEIDING

1.1 Gang van het betoog

De in het vorige hoofdstuk behandelde opvattingen inzake contractuele gebondenheid bleken niet te kunnen voldoen.¹ Wanneer wij thans op zoek gaan naar een betere onderbouwing van de grondslag met bijbehorend criterium voor de overeenkomst, is het nuttig ons eerst af te vragen of het mogelijk is de tot nu toe geschetste visies op een gemeenschappelijke noemer terug te brengen. Indien immers duidelijk is *waarom* het tot nu toe niet mogelijk bleek de rechtens relevante wil of verklaring af te scheiden van de niet relevante, kan die kennis worden gebruikt bij het opstellen van de nieuwe theorie.

Nadat in deze paragraaf dat gemeenschappelijk element is blootgelegd, kan vervolgens een alternatief uitgangspunt worden geformuleerd. Dit voert ons tot beschouwingen omtrent het 'wezen' van de overeenkomst.

1.2 Het gemeenschappelijke aan de behandelde opvattingen: de persoon van de contractant centraal

Wanneer de tot nu toe behandelde opvattingen nader worden beschouwd, blijken zij één ding gemeen te hebben. In alle geschetste opvattingen wordt de contractuele gebondenheid namelijk min of meer eenzijdig bepaald doordat het onderscheidende element wordt gekoppeld aan een handelen of gesteldheid van de contractant. Zo wordt in de wilsleer de vraag naar de gebondenheid gekoppeld aan de wil van de handelende persoon en in de vertrouwensleer aan het vertrouwen van de wederpartij. In de meer moderne opvattingen van Nieuwenhuis, Zwitser en Hijma is dat niet anders. Het zijn respectievelijk het samenspel van wil, verklaring en vertrouwen, de wil en de verklaring

1. Slechts in de visie van Atiyah, waarin naar een achter de gedane belofte gelegen rechtvaardigingsgrond wordt verwezen, werd onderscheiden tussen verschillende soorten van belofte, zodat *in principe* de mogelijkheid wordt geschapen de wel relevante van de niet relevante soort af te scheiden.

die op het eerste plan worden geplaatst. In de belofte-leren wordt uitgegaan van de belovende contractspartij.²

Tegen deze constatering van eenzijdigheid valt in te brengen, dat de overeenkomst toch een geconcretiseerde tweezijdige relatie tussen twee contractspartijen veronderstelt omdat de wil of het vertrouwen zal moeten worden *geuit* aan de wederpartij en het vertrouwen redelijkerwijze op de het vertrouwen verwekkende persoon moet zijn *terug te voeren*. Zo zal ook de eenzijdig door een contractspartij gedane belofte tot een ander zijn *gericht*, waarmee de relatie vervolgens tweezijdig is bepaald.³ Dit neemt echter niet weg dat de gebondenheid ook in dat geval blijft worden teruggevoerd op elementen die nauw verbonden zijn aan persoonlijke gesteldheid of handelen van een of beide contractspartijen. Het probleem kan dus niet worden opgelost door de in beginsel eenzijdige belofte of verklaring te herleiden tot een geestesgesteldheid of handeling van de wederpartij. Ook dan blijft immers verwezen naar de contractspartijen zelve.

De vraag is nu of deze nadruk op de contractant of de contractanten wel een juiste grondslag kan bieden ter bepaling van de contractuele gebondenheid en of hier niet de oorzaak ligt van het niet kunnen destilleren van de rechtens relevante wil of verklaring of het rechtens relevant vertrouwen omdat deze begrippen zich onttrekken aan enige nadere concretisering. Deze vraag moet bevestigend worden beantwoord. Zowel als criterium als als grondslag kan een verwijzing naar de gesteldheid of activiteit van de contractspartij niet voldoen.

Dat op het niveau van het criterium een element dat verwijst naar de persoon van de contractant of diens gedrag niet werkelijk kan helpen, wekt geen verbazing nu er al eerder op werd gewezen dat wil, verklaring en vertrouwen in hoge mate uitwisselbare grootheden zijn en het eigenlijk niet mogelijk is om tussen hen een verantwoorde keuze te maken. Wie in plaats van van de wil, van het vertrouwen of de verklaring uitgaat, knoopt nog steeds aan bij één van beide contractspartijen als centrale grootheid. Dit verhult dat daarachter andere elementen een bepalende rol spelen.

Bovendien geldt ten aanzien van de grondslag dat het contractenrecht blijft geschoeid op negentiende-eeuws gedachtengoed zolang begrippen als wil, verklaring en vertrouwen centraal staan in de discussie. Historisch gezien is goed te begrijpen dat de vrijheid van contractspartijen voldoende waarborg vormde voor de inhoud van de overeenkomst. Zolang wordt uitgegaan van vrije individuen, die in staat zijn voor zichzelf te zorgen, zal immers de door

2. Zie over de belofte en het zich daar niet aan houden als 'essentially one-sided notions' ook Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 572 en Anne de Moor, *Are Contracts promises?*, in: Eckelaar en Bell (ed.), *Oxford Essays in Jurisprudence*, 3rd. series, Oxford 1987, p. 109. Vgl. voorts Van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, p. 281.

3. De Moor, *t.a.p.*, somt een aantal — in haar ogen niet geslaagde — pogingen op om de belofte om te vormen tot een twee-partijen-verhouding.

hen gewenste overeenkomst automatisch een rechtvaardige inhoud hebben. Dit wordt anders zodra de ongelijkheid van partijen toeneemt. De ontwikkeling is nu deze geweest dat men gewenste gebondenheid aan gedane verklaringen is blijven terugvoeren op die partijen, hoewel dat in de veranderde maatschappelijke constellatie al lang niet meer kon worden aanvaard.⁴

Nu is uiteraard de vraag of een alternatieve leer, waarin de contractant een minder centrale rol vervult dan tot op heden het geval is, denkbaar is. Een dergelijke theorie zou dan niet kunnen zijn gestoeld op de verworpen grondslagen van wilsautonomie, taalhandeling of institutie, maar wel een criterium moeten bieden bij de bepaling wanneer precies gebondenheid bestaat. Een dergelijke leer is mogelijk, mits maar de vooroordelen omtrent de veronderstelde grenzen van ons contractsbegrip opzij worden gezet. In het navolgende zal, voortbouwend op wat omtrent de onderlinge verhouding van de bronnen van verbintenis is gezegd, worden getracht om een alternatieve theorie inzake de contractuele gebondenheid te ontwikkelen die, in plaats van op de partijen, op een ander element de nadruk legt. Daarmee is nog niet gezegd dat de partij-autonomie geen enkele rol meer speelt, maar dat wordt in elk geval niet a priori aangenomen.

1.3 Een alternatief uitgangspunt

Wanneer de oorzaak van de malaise ten aanzien van het vinden van de grondslag voor contractuele gebondenheid, ligt in de eenzijdige nadruk op de contractspartij(en), dan zal een nieuwe grondslag moeten worden gevonden die op een ander element de nadruk legt. De vraag hoe het contract nog meer kan worden gekarakteriseerd dan alleen naar de contractspartijen, wordt nu aan de orde gesteld.

Uitgangspunt is daarbij de nog niet geëxpliciteerde waarheid dat indien wordt aangenomen dat een 'wil' bestaat, daarmee een normatief oordeel wordt gegeven. Of iemand partij-autonomie heeft uitgeoefend, kan immers slechts worden bepaald aan de hand van de vraag wat in de maatschappij als partij-autonomie wordt begrepen. Het oordeel *dat* is gewild, bestaat slechts waar volgens de heersende opvattingen *moet* zijn gewild. Dit kan op zijn beurt echter weer alleen worden vastgesteld door te bezien wat de *inhoud* van de overeenkomst is. In het geval dat iemand stelt voor 10,- zijn huis ter waarde van 300.000,- te willen verkopen, is het bestaan van een rechtens relevante wil niet waarschijnlijk.

De vraag of de wil (en hetzelfde geldt, gelet op hun onderlinge uitwisselbaarheid, voor het vertrouwen en de verklaring) bestaat wordt dus — ook

4. Zie voor dit verschil tussen formele contractsvrijheid, waarbij de gelijkheid van partijen 'liberal-optimistisch präsumiert wird' en materiële contractsvrijheid als de 'Effektive Chance' om de autonomie ook te verwezenlijken Ernst A. Kramer, *Die 'Krise' des liberalen Vertragsdenkens; eine Standortbestimmung*, München etc. 1974, p. 20 v.

naar geldend recht — bepaald door de inhoud van de overeenkomst. De vraag is of dit geen opening biedt naar een vruchtbaarder opvatting inzake de contractuele gebondenheid. Is de inhoud van de wederzijdse verplichtingen niet het thans in de theorie ontbrekende element dat achter het oordeel dat sprake is van een rechtens relevante wil, verklaring of vertrouwen schuilgaat? Deze vraag wordt in het navolgende thematisch gemaakt.⁵

2. DE INHOUD DER VERPLICHTINGEN: DE UTILISTISCHE BENADERING

De vraag die zich thans als eerste opdringt, is of niet reeds een benadering bestaat die de inhoud der verplichtingen van partijen centraal stelt bij het bepalen der gebondenheid. Betrekkelijk recent valt een dergelijke stroming in de rechtswetenschap inderdaad te onderkennen. In deze utilistische benadering⁶ dient het contractenrecht een maatschappelijk doel en slechts wanneer de handeling binnen dat doel valt, is deze als overeenkomst afdwingbaar. Het door de aanhangers van deze 'economic analysis of law' gehanteerde doel is daarbij dat van de maximilisatie van welvaart. Slechts wanneer de overeenkomst — gelet op de inhoud — daaraan bijdraagt, zal zij kunnen worden afdwongen.⁷

Dat het contract een middel is om de individuele en de maatschappelijke welvaart te maximaliseren, kan aldus worden toegelicht. Uitgangspunt is dat

5. In theorie is denkbaar om in plaats van de inhoud de *rechtsgevolgen* bepalend te achten voor de aanwezigheid ener overeenkomst: waar vergoeding van positief belang, daar overeenkomst. T.a.v. de vertrouwensleer is het onderscheid vergoeding van positief belang (ingegeven door de rechtszekerheid) t.o. vergoeding van negatief belang (ingegeven door de billijkheid) door Ph.A.N. Houwing (De gebondenheid van rechtspersonen door onbevoegd verrichte vertegenwoordigingshandelingen, oorspr. 1943, in: *Geschriften van Houwing*, Deventer 1972, p. 77 v., alsmede Positief en negatief belang bij rechtsschijn, oorspr. 1944, in: *o.c.*, p. 109) verdedigd. Het onderscheid is internationaal. Canaris, *Die Vertrauenshaftung*, p. 5-6 spreekt van de 'Zweispurigkeit der Vertrauenshaftung': het 'Erfüllungsinteresse' (positief belang) t.o. de 'Vertrauensschaden' (negatief belang). In de V.S. onderscheidt men op dezelfde voet het 'expectation-interest' en het 'reliance-interest'. Desalniettemin is het onderscheid *op zichzelf* weinig zinvol, zolang niet duidelijk is wanneer het positief en wanneer het negatief belang bescherming verdient.
6. Hoewel deze reeds grondlegend is omschreven door Jeremy Bentham (1748-1832), is zij in de jaren '70 eerst uitgebreid toegepast op het contractenrecht. Zie vooral Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th. ed., Boston etc. [1992] en voor Nederland bijv. het overzicht bij Ejan Mackaay, Verschuivingen in de rechtseconomie, *NJB* 1991, p. 1505 v. Zie echter ook reeds C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, De herleving van de leer van den rechtvaardigen prijs en haar rechtswijsgeerige grondslag, *Themis* 98 (1937), p. 20: 'Rechtvaardig is die prijs, die "de grootst mogelijke stoffelijke welvaart" brengt aan de gemeenschap.
7. De utilistische benadering valt niet noodzakelijkerwijs samen met de economische. Denkbaar is immers om een ander doel dan welvaartsmaximilisatie bepalend te achten. Zo kan men aannemen dat het doel van het recht is het mogelijk maken van een rechtvaardige uitwisseling van goederen of zelfs van een recht doen aan de psychische wil van contractspartijen. Vgl. Collins, *Law of Contract*, p. 48 v.

indien een vrijwillige uitwisseling van goederen mogelijk is (d.w.z. indien een 'markt' bestaat), de goederen op de meest efficiënte wijze zullen worden verdeeld. Wie bijvoorbeeld een goed wenst te verkopen dat voor hem een waarde heeft van 10,-, maar een waarde van 20,- voor een ander, dan is het nuttig om het goed te verkopen voor een prijs die ligt tussen 10,- en 20,- omdat zowel de welvaart van partijen zelf daardoor vermeerderd, als die van de maatschappij. Een efficiënte goederenuitwisseling bestaat zo waar de ene persoon beter af is, zonder dat de ander slechter af is. Daarbij is wel de premisse dat partijen deze goederenovergang ook hebben gewild.⁸ De enige andere regels die nog kunnen bestaan in deze benadering zijn die, die ertoe dienen te voorkomen dat anderen worden misleid bij het contracteren, zoals die aangaande bedrog en misbruik van omstandigheden.⁹

Als algemeen bezwaar tegen de utilistische benadering valt in te brengen, dat niet zeker is wanneer de individuele welvaart van iemand wordt vergroot. Een ieder heeft immers een eigen waardering van wat voor hem of haar 'nuttig' is. Door de utilisten wordt dit probleem zo opgelost dat de welvaart wel het meeste zal zijn gediend bij individuen die zelf hun keuze bepalen. Men weet immers zelf wat het beste is.¹⁰ Daarmee biedt de utilistische benadering echter niets meer dan de wilsleer. Onduidelijk is waarom de wil soms wel en soms niet als bindend wordt beschouwd. Mijn lunchafspraak met een lid van de Leidse afdeling Burgerlijk recht kan voor zowel ons beiden als voor de maatschappij als geheel bijzonder nuttig zijn, nu wij daar de overdracht van een aantal voor mij waardeloze, maar voor mijn collega juist zeer waardevolle jaargangen van het tijdschrift *De Pacht* zullen bespreken. Gebonden aan de afspraak ben ik echter niet. Bovendien is men in het contractenrecht niet zelden gebonden waar dat in het geheel niet is 'gewild'. De keuze (lees: de wil) kan dan ook niet bepalend zijn.¹¹

Bovendien impliceert de economische benadering van het recht een principiële niet-juridische wijze van afwegen der betrokken belangen. Centraal staat niet welk economisch bereikt resultaat rechtvaardig is, maar beslissend

8. Zie Anthony T. Kronman en Richard A. Posner, *The Economics of Contract Law*, Boston etc. 1979, p. 5: 'Only a contract that involves an actual meeting of minds satisfies the economist's definition of a value-maximizing exchange'. Vgl. Posner, *Economic Analysis of Law, o.c.*, p. 89 v.

9. Posner, *o.c.*, p. 109 v.

10. Vgl. de bij Gordley, *Philosophical Origins*, p. 235, aangehaalde uitspraak van Bentham: 'For no man can be so good a judge as the man himself, what it is gives him pleasure or displeasure'.

11. Zie voor dit bezwaar ook Ghestin, *Formation du contrat*, no. 206. Uiteraard is het mogelijk om in plaats van de vraag wat partijen hebben *gewild*, te vragen wat zij *gewild zouden moeten* hebben. Zij hadden dan de meest efficiënte goederenuitwisseling moeten willen. Deze oplossing wordt door Posner, *t.a.p.*, echter alleen aanvaard voor het geval waarin een leemte in het contract is gelaten.

is welk juridisch resultaat economisch is.¹² Ook hier geldt evenwel dat ook niet efficiënte overeenkomsten moeten kunnen worden afgedwongen. Met deze verwerping van de utilistisch-economische zienswijze, doemt de vraag op of de inhoud van de overeenkomst nog op een andere, meer juridische, wijze als bepalend kan worden gezien.

3. DE CAUSA ALS TOETSSTEEN VAN VERBINDBAARHEID

3.1 Inleiding

Uitgangspunt voor onze alternatieve benadering is de steeds weer geconstateerde omstandigheid dat zolang wordt uitgegaan van wil, verklaring of vertrouwen als grondslag van of criterium voor de gebondenheid, niet duidelijk is welke wil of verklaring en welk vertrouwen in staat is om de gebondenheid te rechtvaardigen. Dit betekent concreet dat het wezen van de overeenkomst moet worden gezocht in een *achter* die elementen liggende rechtvaardiging. Deze bestond altijd al, alleen was zij verborgen. Het is hier de plaats om haar wederom een plaats op het schouwtoneel der contractuele gebondenheid te geven. Daartoe wordt eerst kort ingegaan op een recente opvatting waarin de hier te verwoorden stelling van een historisch fundament wordt voorzien. Vervolgens wordt de vraag gesteld of niet in het Nederlandse recht een leerstuk bestaat dat van oudsher de test der rechtvaardiging van de gebondenheid¹³ heeft uitgevoerd. Dat leerstuk wordt dan in verband gebracht met de traditionele wilsleer. Vervolgens zal een algemene grondslag voor de contractuele gebondenheid worden geformuleerd.

3.2 De opvatting van Gordley

De Amerikaanse rechtshistoricus en civilist James Gordley heeft in een recent boek¹⁴ de stelling verdedigd dat het huidige contractenrecht, in een groot

12. Vgl. A.M. Hol, *Gewogen recht*, diss. Leiden 1993, Deventer 1993, p. 5: 'of (...) een belang bescherming verdient, hangt af van de vraag of deze bescherming bijdraagt aan het uiteindelijke maatschappelijke doel van vergroting van welvaart. Het maatschappelijk zwaarst wegende belang verdient de voorrang'. Zie voor verdere kritiek nog Ronald M. Dworkin, *Is Wealth A Value?*, *The Journal of Legal Studies* 9 (1980), p. 191 v., die er op wijst dat de premisse van de L&E-beweging is dat een samenleving met de meeste welvaart de beste is; de vraag is echter wat onder welvaart moet worden verstaan, nu dit begrip ook niet-economisch kan worden opgevat.

13. Vgl. Collins, *Law of Contract*, p. 40 v.: de 'test of enforceability'.

14. *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford 1991. De hoofdlijn van het betoog is ook al te vinden in dez., *Natural Law Origins of the Common Law of Contract*, in: John Barton (ed.), *Towards a General Law of Contract*, Berlin [1990], p. 367 v. Vgl. de principiële kritiek bij Dennis M. Patterson, *Wisconsin LR* 1991, p. 1432 v., alsmede die bij Geoffrey Samuel, *Legal Studies* 12 (1992) p. 267 v. De

deel van de wereld in essentie gebaseerd op dezelfde begrippen, wordt beheerst door filosofische principes die sterk verouderd zijn. Gordley zet uiteen dat in de zestiende en het begin van de zeventiende eeuw door leidende figuren uit de zg. Spaanse of late scholastiek onder de teksten van het *Corpus Iuris Civilis* een filosofische rechtvaardiging werd geschoven die was gebaseerd op het werk van Aristoteles en Thomas van Aquino.¹⁵ Deze rechtvaardiging is vervolgens via latere juristen als Hugo de Groot, Pufendorf en Barbeyrac door de negentiende-eeuwers overgenomen en geherformuleerd en ligt als zodanig nog steeds ten grondslag aan het contractenrecht in zowel de Anglo-Amerikaanse rechtswereld als op het continent.¹⁶

Gordley's centrale stelling is nu dat het huidige contractenrecht zich in een crisis bevindt omdat men zich in de negentiende eeuw niet langer bewust was van de Aristotelisch-Thomistische herkomst van de grondslag der overeenkomst en een aantal elementen van die oorspronkelijke filosofie heeft verwijderd uit het concept van de overeenkomst om vervolgens de overblijvende elementen zo te vervormen dat zij het werk bleven doen van de verworpen factoren.¹⁷ Een nieuw contractenrecht, bijvoorbeeld gebaseerd op auteurs als Kant of Bentham, ontstond niet.¹⁸

Wat was nu die zestiende-eeuwse filosofie? Die bestond uit een mengeling van verschillende elementen, zoals de morele regel dat contractspartijen zich deugdzaam moesten gedragen en metafysische gedachten over het wezen van de overeenkomst. Iedere soort overeenkomst had — los van de wil — een eigen natuur waaruit bepaalde verbintenissen voortvloeiden. De totstandkoming van de overeenkomst werd beheerst door de deugd van de vrijgevigheid, waardoor een ander werd verrijkt of door de deugd van de verdelende rechtvaardigheid waardoor zaken van gelijke waarde konden worden uitgewisseld. Bij dat alles speelde ook de gedane belofte en de consensus van partijen een belangrijke rol. Er was met andere woorden een groot aantal

bezwaren van N.E. Simmonds, *Cambridge LJ* 51 (1992) zijn meer rechtshistorisch van aard.

15. Zie hiertoe Gordley, *o.c.*, p. 69 v. Over de Spaanse scholastiek vgl. men Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, p. 284 v.
16. Vgl. ook A.W.B. Simpson, *Innovation in Nineteenth Century Contract Law*, *LQR* 91 (1975) p. 247 v., waar een aantal van de door Gordley ontvouwde gedachten in essentie al is te vinden. Zie over de invloed van Hugo de Groot op de wilsleer ook summier R. Feenstra en Margreet Ahsmann, *Contract; aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer 1980, p. 18 v.
17. Gordley, *o.c.*, p. 7-8.
18. Gordley, *o.c.*, p. 8: 'Indeed, in the absence of consensus among philosophers, jurists became wary. They tried to do their job without commitment to any philosophy'.

'topische' elementen waarmee in casu kon worden bepaald of contractuele gebondenheid bestond.¹⁹

Belangrijk is nu dat van al deze elementen, die een rechtvaardige uitkomst garandeerden, in de negentiende eeuw er nog slechts één overbleef: de wil. Partijen waren gebonden aan wat zij wilden en niet aan wat bijvoorbeeld uit de natuur van de overeenkomst voortvloeide en dat moest wel leiden tot problemen:²⁰

'The positive law did not simply enforce whatever the parties willed and only what they willed — nor could it. The positive law distinguished gift from exchange and one type of exchange from another. It held the parties to obligations that depended on the type of contract they had made even if they had not willed these obligations expressly. It sometimes released the victims of unequal bargains from obligations they had willed expressly. (...) In fact, they were the very aspects that the late scholastics had explained with the Aristotelian notions of essence and virtue that the nineteenth-century jurists had discarded. The crisis has continued because the critics found themselves unable to rebuild the edifice they had razed.'

De inhoudelijke rechtvaardiging van de overeenkomst is dus sinds de negentiende eeuw schuilgegaan achter de wil van partijen. Precies op de punten waar de zestiende-eeuwse elementen zijn verdwenen, is de wilsleer problematisch.²¹

Waarom deze uitgebreide weergave van Gordley's opvatting? Niet om de hier zeer summier gehouden weergave van de wijze waarop vóór de negentiende eeuw tegen de overeenkomst werd aangekeken. Er is geen enkele reden om aan te nemen dat de zestiende-eeuwse elementen in een wezenlijk veranderde maatschappij nog steeds van belang zouden zijn.²² Gordley's betoog is om een andere reden van belang. Het laat zien dat de wil (en daaraan verbonden verklaring en vertrouwen) ook historisch een tamelijk contingent gegeven is voor de geldigheid van de overeenkomst. Bovendien blijkt (wederom) dat achter datgene wat wij 'wil' noemen, zich elementen

19. Gordley suggereert dat de bereikte synthese een min of meer logisch en consistent geheel was. Dit wordt betwijfeld door Hugh Collins, *LQR* 108 (1992) p. 339 die de 'normal hotch-potch of philosophical ideas' meent te herkennen. Gordley's gedachten terzake zijn overigens deels al terug te vinden bij J.P.Th.M. van Balgooy, *Betekenis van de oorzaak van de overeenkomst*, diss. Leiden 1949, *passim*.

20. Gordley, *o.c.*, p. 8-9.

21. Gordley, *o.c.*, p. 162 en 230: 'The will theorists (...) never managed to make their doctrines work without the older Aristotelian concepts they had thrown away. Irresolvable controversies broke out at every point at which one of these older concepts had been excised'. En hetzelfde geldt voor de modificaties van de wilstheorie: 'every application of the concept resulted in paradox'.

22. Zoals Gordley, *o.c.*, p. 232 v. meent. Hoewel hij enerzijds zegt slechts een 'diagnosis' te stellen, geeft hij toch ook een 'cure' (p. 232): 'we need the very concepts that the nineteenth-century jurists threw out. If we consider our diagnosis carefully, we can see that this is the direction in which a cure must lie'. Idem in *Natural Law Origins*, *o.c.*, p. 461. Hier ligt de zwakke steen in Gordley's betoog. Dat historisch bepaalde elementen een rol hebben gespeeld, wil nog niet zeggen dat zij ook nu nog van belang zijn.

moeten bevinden die de werkelijke rechtvaardiging voor de gebondenheid vormen.

3.3 *De rechtvaardiging van de gebondenheid: causa en consideration*

Het is dienstig in herinnering te roepen dat de overeenkomst is gedefinieerd als een gerechtvaardigde inbreuk op de status quo en dat het voorafgaande in het teken stond van het zoeken naar die rechtvaardiging. Trouw aan de eerder geschetste dogmatische opvatting, wordt thans nagegaan of de rechtvaardiging wellicht in enig, vanouds in ons recht bekend, leerstuk kan worden gevonden.

Opmerkelijk is dat het Nederlandse recht tot aan de invoering van het BW van 1992 aan de totstandkoming van de overeenkomst altijd de eis van een 'oorzaak' heeft gesteld. De precieze betekenis van deze voorwaarde was echter nooit erg duidelijk en dat heeft geleid tot een stroom aan literatuur waarin de meest uiteenlopende meningen omtrent de causa-eis zijn verdedigd. Weliswaar heeft de Hoge Raad een voor het positieve recht bepalende uitspraak gedaan, waarin de betekenis van de oorzaak-eis is beperkt, maar als geheel bevredigend is dat in de literatuur nooit ervaren. Naar het nieuw BW zou de causa zijn komen te vervallen, hoewel ook dat is betwist. Ook in andere landen van continentaal-Europa heeft de causa-eis tot hoofdbrekens geleid en voor zijn Anglo-Amerikaanse tweelingbroertje, de consideration, geldt hetzelfde in de landen waar deze wordt aanvaard.

Hier wordt de stelling verdedigd dat deze onzekerheid omtrent de betekenis van causa en consideration voor een groot deel wordt veroorzaakt door het tegelijkertijd stellen van en de wilseis en de causa-eis. In wezen moet op de vraag, die nu op gebrekkige wijze wordt beantwoord aan de hand van de wilsleer (vertrouwensleer, wils-vertrouwensleer), in het kader van de causa-eis worden ingegaan. Om deze stelling nader te adstrueren, wordt nu eerst een kort overzicht gegeven van de discussie omtrent causa en consideration.²³

3.3.1 *De causa-eis in het Nederlandse recht*

Naar art. 1356 jo. 1371 van het BW 1838 werd aan de totstandkoming van een rechtsgeldige overeenkomst de expliciete eis gesteld van een geldige oorzaak. G.J. Scholten kan de eer voor zich opeisen een systeem te hebben opgebouwd waarbinnen de opvattingen over deze eis systematisch kunnen

23. Waarbij wordt afgezien van antiquarische beschouwingen, zoals die inzake de vraag of de causa-eis aan de overeenkomst of aan de verbintenis moet worden gesteld (vgl. echter *infra*, noot 52). Zie daarover bijv. G.J. Scholten, *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst*, diss. Amsterdam 1934, Zwolle 1934, p. 97.

worden ondergebracht. Hij onderscheidt drie verschillende leren.²⁴ In de eerste plaats is denkbaar om de oorzaak-eis op objectieve wijze op te vatten. In dat geval wordt er onder verstaan de objectieve rechtsgrond die aan de overeenkomst haar rechtskarakter geeft. In geval van de wederkerige overeenkomst is bijvoorbeeld de oorzaak van de verbintenis van de ene partij gelegen in de verbintenis van de andere partij, zodat de oorzaak in de tegenprestatie ligt. In geval van schenking is de oorzaak de bedoeling van vrijgevigheid.²⁵

Anders is dit in een tweede mogelijke opvatting, waarin de subjectieve beweegredenen van de contractspartijen bepalend zijn. De oorzaak is dan datgene wat partijen met de overeenkomst beogen te bewerken, dus het doel dat zij ermee nastreven. In de praktijk na 1922 ging het hier doorgaans om zg. 'voortbouwende' overeenkomsten, zodat bijvoorbeeld nietig was wegens afwezigheid ener oorzaak de overeenkomst die een eerdere beoogde te wijzigen, waarna later bleek dat die eerdere reeds was ontbonden. Deze interpretatie van de oorzaak-eis is in 1922 door de Hoge Raad als juist aanvaard.²⁶

Een derde door Scholten onderscheiden leer betreft die waarin de causa in het geheel geen rol meer speelt. De aanhangers van deze 'anti-causale richting' menen dat zij overbodig is.²⁷ Wanneer men een objectief oorzaak-begrip hanteert, is het doel van de overeenkomst het in het leven roepen van een rechtsbetrekking die aan de inhoud van de overeenkomst beantwoordt.²⁸ Die inhoud wordt echter al vastgesteld door de wilsovereenstemming en daarnaast bestaat dan niet nog eens behoefte aan een oorzaak-eis; zou een te grote benadeling van een der partijen bij de overeenkomst bestaan door een ongelijkwaardigheid in de wederzijdse prestaties, dan komt de overeenkomst in strijd met de goede zeden.

24. Scholten, *De oorzaak*, p. 3 v. Het systeem is door vrijwel iedere auteur overgenomen. Zie ook nog dez., *AA* 34 (1985), p. 744 v.

25. Deze leer werd door de Hoge Raad aangehangen tot 1922, bijv. in HR 24 april 1914, *NJ* 1914, 668 (Rotterdam/Van Rest); zie daarover bijv. C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, *De oorzaak der overeenkomst*, *WPNR* 3379 (1934) p. 423. Vgl. de *PG* Boek 6, p. 897 (TM).

26. HR 17 november 1922, *NJ* 1923, 155 (Zeilmaker/Mirandolle). Zie voor toepassingen de opsomming van rechtspraak in de *PG* Boek 6, p. 897 (TM).

27. Zie het overzicht bij Scholten, *De oorzaak*, p. 28 v. Als anti-causalisten gelden bijv. Opzoomer en Meijers; zie bijv. de noot van de laatste in *WPNR* 2793 (1923), p. 358 v., alsmede *PG* Boek 6, p. 896 v. Ook J.C. van Oven, *De oorzaak der overeenkomst*, *WPNR* 3385-3389 (1934), p. 532, mag tot de anti-causalisten worden gerekend; volgens hem is de eis deels onbruikbaar, deels overbodig omdat de goede trouw de functie kan overnemen. Zie ook Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 288 v., zij het op andere gronden dan zijn anti-causalistische collegae; hij wenst de door de causa-eis uitgevoerde toets te vervangen door de vraag of een verhouding een rechtsverhouding of feitelijke verhouding is, hetgeen wordt vastgesteld door uitleg aan de hand van de in het verkeer geldende rechtsnormen en de omstandigheden van het geval.

28. Aldus Meijers in de zojuist genoemde *WPNR*-noot, p. 358.

Wanneer men de subjectieve opvatting huldigt, geldt in wezen hetzelfde als in geval van de objectieve oorzaak-eis want 'iedere partij kan zich bij het sluiten van het contract heel veel gedacht hebben, maar is dit niet tot contractsinhoud geworden, dan heeft dit gedachte voor het recht niet de minste waarde'.²⁹ De strekking is de inhoud oftewel datgene waarin is toegestemd. De functie van de oorzaak kan worden overgenomen door andere leerstukken, zoals dwaling, misbruik van omstandigheden en onmogelijkheid van nakoming. Dit zou anders zijn indien men scheidt tussen het loutere 'eens zijn' van partijen enerzijds en de inhoud van de wilsovereenstemming anderzijds, maar dan is dat eerste slechts 'een geraamte zonder vleesch'.³⁰

Samenvattend moet worden gesteld dat de plaats van de oorzaak-eis weinig duidelijk was in het recht van vóór 1992, want men is blijven strijden over de vraag welke leer de juiste was.³¹ Vanuit een louter positiefrechtelijk standpunt is die duidelijkheid er inmiddels wel: het huidige BW heeft radicaal met de oorzaak als geldigheidseis gebroken. Het lijkt echter gevaarlijk om een concept dat — zoals de oorzaak — vele eeuwen een rol vervulde, af te schaffen en dat geldt des te meer wanneer men niet zeker is van de juiste betekenis ervan. Het wekt dan ook verbazing dat de verwarring waartoe de causaleer aanleiding gaf,³² juist een van de redenen was om haar te elimineren. Of de functie van de oorzaak door andere begrippen kan worden overgenomen,³³ kan immers eerst worden gezegd wanneer duidelijk is wat die functie was. Daar moet dus achter worden gekomen.

29. Meijers, *o.c.*, p. 361. Zie ook dez., Nieuwe bijdragen omtrent de leer der consideration en der causa, *THRHR* 1938, ook in: *VPO*, dl. III, p. 305. In dezelfde zin ook Scholten, *De oorzaak*, p. 86 en Van Oven, *o.c.*, p. 495: de causa is daarom 'overbodig, onlogisch, onbruikbaar'. Meijers sprak van de oorzaak als 'slok-op'; voor eenzelfde geluid aangaande de consideration (een 'enormous and shapeless grab-bag') zie men John P. Dawson, *Gifts and Promises*, New Haven etc. 1980, p. 197.

30. Aldus terecht Scholten, *De oorzaak*, p. 22.

31. Zie bijv. het overzicht bij Abas, *Beperkende werking*, p. 77 v. De rechtspraak bleef ook na 1922 tweeslachtig. Zie bijv. HR 8 maart 1955, *NJ* 1955, 347 m.nt. LEHR (Israëls/Hoek), waarin een 'objectieve' formulering en HR 23 mei 1986, *NJ* 1986, 762 m.nt. G (De Licr/Vijverberg), waarin een kennelijk belang bij het sluiten van de overeenkomst als oorzaak werd beschouwd. In het recente HR 8 april 1994, *NJ* 1994, 704 m.nt. PAS (Agfa Geveart/Schoolderman) is sprake van een 'objectieve rechtvaardigingsgrond' in een geval waarin een afwijkende beloning van een werknemer aan de orde is.

32. *PG Boek 6*, p. 896 (TM). Overigens zal ook Meijers zelf het belang van de wettelijke afschaffing niet hebben overschat. In genoemde *WPNR*-noot, p. 358 merkt hij op dat de oorzaak-eis een 'van die vragen in de rechtswetenschap (is), die men voortdurend als lastige klitten van zich tracht af te schudden, maar die desniettemin toch aan de rechtswetenschap vastgeklampt blijven'.

33. Vgl. de *PG Boek 6*, p. 896 (TM).

3.3.2 De causa-eis en de wilsleer

In vrijwel ieder betoog inzake de oorzaak-eis, komt men de opmerking tegen dat het niet wel mogelijk is om de oorzaak te begrijpen zonder eerst in te gaan op de geschiedenis ervan. De volgorde waarin de drie causa-leren in het voorafgaande zijn behandeld, is dan ook niet willekeurig gekozen. Deze correspondeert nl. met de historische ontwikkeling. Zonder deze hier in extenso te schetsen, moet het volgende worden opgemerkt.³⁴

Wat de studie van het Romeinse recht ons leert, is dat de algemene causa-leer is ontstaan in de Middeleeuwen uit de behoefte aan een rechtvaardiging van de gebondenheid waar deze niet al voortvloeide uit een andere grondslag. In het Romeinse recht kon men twee soorten van gebondenheid aan de overeenkomst onderscheiden. In de eerste plaats kon men contracteren door middel van de stipulatio; enige consensus van partijen was daarbij irrelevant.³⁵ Het uitspreken van de plechtige formule was noodzakelijke en voldoende voorwaarde voor het intreden der gebondenheid. Daarnaast werd een overeenkomst aangenomen indien de inhoud der verplichtingen dat met zich bracht, nl. wanneer de overeenkomst aansloot bij één van een limitatief aantal opgesomde typen, zoals koop of geldleen. Later kon men zich echter met een beroep op de exceptio doli verweren indien men zich door stipulatio verbonden had, maar dat bijvoorbeeld in dwaling was geschied of de tegenprestatie uitbleef. Dat verweer was daarmee in wezen een beroep op een gebrekkige 'causa promittendi'. Met andere woorden: de stipulatio voldeed niet meer ter verklaring van de gebondenheid en daarvoor in de plaats moest dus een andere oorzaak komen.

Door de Glossatoren is de causa-eis later ook gesteld aan de overeenkomsten die al bonden op grond van hun inhoud.³⁶ Aldus werd de causa-eis voortaan aan *iedere* overeenkomst gesteld. Het is gebruikelijk om aan te nemen dat dat ten onrechte was: men stelt dan dat daar de reden voor de binding immers niet verborgen is gebleven, maar ligt opgesloten in de inhoud van de overeenkomst. Wie een zaak van 100,- koopt, is gebonden omdat hij dat immers heeft gewild.³⁷ Met andere woorden: de causa is hier niet nodig

34. Aan voor ons betoog irrelevante nuances wordt voorbij gegaan. Zie vooral Van Oven, *o.c.*, p. 485 v., Meijers, *Les théories médiévales concernant la cause de la stipulation et la cause de la donation*, oorspr. 1936, in: *Études d'histoire du droit*, dl. IV-2, Leyde 1966, p. 107 v. en Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 549 v.

35. Vgl. Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 564.

36. Ook bij Hugo de Groot is sprake van verbindendheid van 'alle toezegginghen die uit eenighe redelicke oorzaecken geschieden' (*Inleidinge* III, 1, 52). Waarschijnlijk gold dit voor alle overeenkomsten; zie Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 558, maar anders Meijers, *Nieuwe bijdragen*, *o.c.*, p. 309.

37. Van Oven, *o.c.*, p. 495. Vgl. p. 519: 'de contractanten hebben hun kaarten open op tafel gelegd toen zij verklaarden te koopen en te verkopen en als de koper niet betalen wil, dan zal hij dienen te bewijzen, dat hij niet heeft gekocht, maar niet dat hij zonder reden of oorzaak gekocht heeft'.

omdat de oorzaak der gebondenheid hier al ligt in het gewilde. Zo geformuleerd, wordt echter duidelijk dat deze redenering alleen maar opgaat wanneer men inderdaad de wil als voldoende rechtvaardiging ziet en elke toestemming tot verbindendheid leidt.³⁸ Is dat niet het geval — zoals al eerder is gebleken — dan is het echter volstrekt logisch om de oorzaak-eis ook hier, *los van de wil van partijen*, te stellen.

Deze zuivere betekenis van de causa-eis, bestemd om de bindende van de niet bindende afspraak af te scheiden, is echter in de loop der tijd uit het zicht verdwenen en met name in de negentiende eeuw in hoge mate beïnvloed door de wilsleer. Men is de causa-eis gaan opvatten als een criterium dat bepaalt in hoeverre de gebondenheid is *gewild*. Men kon daarbij ook steun vinden in het gegeven dat oorspronkelijk de formele stipulatio garant stond voor een weloverwogen geven van toestemming; het Kanoniekrechtelijk beginsel 'ex nudo pacto oritur actio' moest op een andere manier dan door vormeisen worden ingeperkt en dat geschiedde door aan te nemen dat de causa slechts bestond indien de partijen dat serieus hadden gewenst.³⁹ Zo is de causa komen samen te vallen met de wilsleer: slechts de wil kan als causa gelden.

De zojuist gegeven weergave van de verschillende causa-theorieën moet in dit historisch licht worden gezien. Oorspronkelijk bood de causa inderdaad een objectieve rechtvaardiging voor de gebondenheid, los van de partijwil.⁴⁰ De opkomst van de subjectieve causa-leer is niet anders dan een complement van de wilsleer, waarin de subjectieve bedoeling bepalend is. En de anti-causale richting is dan het logisch doorvoeren van de subjectieve opvatting: wanneer immers reeds aan de hand van de wilsovereenstemming de gebondenheid wordt bepaald, bestaat aan een subjectieve causa-leer in het geheel geen behoefte meer.⁴¹ Twee leerstukken zouden dan immers eenzelfde rol vervullen. Met het huidig BW is de ontwikkeling voltooid en is de

38. Dat de redenering der anti-causalisten om deze reden niet concludent is, meent ook P.W. van Doorne, *Problemen van consideration en causa*, in: *Rechtsgeleerde opstellen (...) aangeboden aan Prof. Mr. Paul Scholten*, Haarlem 1932, p. 113. In exact dezelfde zin P.S. Atiyah, *An Introduction to the Law of Contract*, 4th. ed., Oxford [1989], p. 127.

39. De causa als 'Seriositätsindiz'. Zie Konrad Zweigert, *Seriositätsindizien*, JZ 19 (1964) p. 350 v. Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 553 en dez., *Das römisch-kanonische ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, JZ 47 (1992) p. 17 legt wel zeer de nadruk op het verband tussen causa en wil.

40. Hetgeen niet wegneemt dat die partijwil nog wel één van de factoren was waarmee rekening kon worden gehouden; enige factor was hij echter niet. Rouhette, p. 451 (zie noot 43), stelt overigens terecht dat dit weinig consequent is: een systeem van en wilsovereenstemming en objectieve causa is innerlijk tegenstrijdig.

41. Vgl. Scholten, *De oorzaak*, p. 90, die ook wijst op het verband tussen de opkomst van de anti-causale richting en de 'vrije oppermachtige, individuele wil'. Zie ook P. van Bemmelen, *Rechtsgeleerde opstellen*, dl. II, Leiden 1891, p. 234: 'Dit argument (nl. dat de wil de rol van de causa overneemt, JMS) behoort tot het gebied van den humbug die sedert lang met den "wil" door filosofen en juristen gedreven is'.

wils-vertrouwensleer, die als enige de gebondenheid nog kan schragen, in de plaats gekomen van de causa-eis.

Dat aan het *causa-beginsel* nog altijd een rol wordt toegedacht en dat de kritiek op het schrappen van de oorzaak uit het BW niet is uitgebleven, valt dus goed te verklaren. Een recht kan het niet redden zonder een leerstuk dat op objectieve wijze de wel bindende overeenkomst afscheidt van de niet bindende. De als anti-causalist bekend staande Van Oven ziet bijvoorbeeld nog een rol voor de oorzaak, juist daar waar zich het probleem aandient of een bindende afspraak aanwezig is, nl. bij de eenzijdige belofte oftewel 'eenlings-binding'. Daar heeft de oorzaak-eis zin omdat uit de inhoud van de verplichting de reden van de binding niet volgt en men wel *moet* vragen naar de reden omdat anders de rechtvaardigheid in het gedrang komt.⁴² Beide argumenten gelden echter evenzeer voor de 'echte' overeenkomst, zolang de wilsleer niet wordt aangehangen.

Dit leert ons het volgende. Niet alleen is het verwarrend om de causa-eis en de wilsleer naast elkaar te laten bestaan, maar bovendien dient de objectieve causa-leer als juist te worden aanvaard, nl. als de toetssteen van verbindbaarheid.⁴³ Dat dit het geval is, volgt reeds uit de zojuist geschetste historische ontwikkeling, waarin de functie van de op zichzelf neutrale causa-eis volledig bleek te zijn overgenomen door de wilsleer. Maar bovendien wordt met een centrale plaats voor de causa in het contractenrecht de mogelijkheid geschapen dat in ieder voorliggend geval op een objectieve wijze (los van de wilsleer) de vraag naar de gebondenheid kan worden gesteld. Deze oude functie van de causa-eis moet wederom op het eerste plan worden geplaatst in een tijd van onzekerheid omtrent de grondslagen van het contractenrecht.

3.3.3 *De consideration en de wilsleer*

In het Anglo-Amerikaanse recht⁴⁴ kunnen aan de consideration soortgelijke beschouwingen worden gewijd als in het voorafgaande aan de causa ten deel zijn gevallen. Daarbij blijkt dat de consideration — ondanks verschillen — in

42. Ook wel 'promissio' genaamd. Zie Van Oven, *o.c.*, p. 519. Overigens meent Van Oven — nogal gekunsteld — dat desalniettemin de oorzaak dan overbodig is omdat, p. 532, de goede trouw het kan vervangen.

43. Zie voor die term Van Doorne, *o.c.*, p. 102 en vgl. p. 122. In dezelfde zin en verhelderend Van Bemmelen, RO, dl. II, *o.c.* p. 133. Wij zijn overigens geïnspireerd door de leer van G. Rouhette, *Contribution à l'étude critique de la notion de contrat*, thèse Paris 1965. Zie de weergave van zijn visie bij Ghestin, *Formation du contrat*, no. 838: de causa is 'raison justificative de la reconnaissance, par le droit, de l'obligation; par là même elle est *négarion*, et non *limite*, du consensualisme' (curs. JMS).

44. Hier wordt uitsluitend ingegaan op het Engelse recht. Voor het Amerikaanse gelden evenwel parallelle overwegingen terzake van de 'bargain theory of consideration'. Zie de weergave bij de op dit punt niet verouderde Grant Gilmore, *The Death of Contract*, Columbus Ohio 1974, p. 18 v.

essentie dezelfde rol vervult als de causa in het Nederlandse recht zou kunnen vervullen.⁴⁵

Gezegd kan worden dat naar Engels recht in beginsel dezelfde eisen aan de totstandkoming van een overeenkomst worden gesteld als in Nederland: een 'intention to create legal relations' is evenzeer vereist als bekwaamheid der partijen en bepaalbaarheid der verplichtingen. Daarnaast geldt echter dat alleen die op rechtsgevolgen gerichte wil juridisch effect heeft die gepaard gaat met 'consideration'. Aan de hand daarvan wordt bepaald welke (gewilde) afspraken wel kunnen worden afgedwongen en welke niet. Zo wordt algemeen aangenomen dat voldoende consideration heeft de belofte die wordt gedaan in ruil voor een verkregen of te verkrijgen voordeel ('benefit') en de belofte waarop de wederpartij vertrouwt en op grond waarvan hij in een nadeliger positie komt indien de belover zich er niet aan houdt ('detrimental reliance'). Bovendien heeft ook de 'gewone' wilsovereenstemming ('a promise against a promise') voldoende consideration, ook voordat is gepresteerd of op enigerlei wijze is vertrouwd (het zg. 'executory contract' of de 'prestatie-belofte'). In het algemeen is echter niet voldoende de belofte te zullen betalen voor een prestatie die reeds vóór de belofte volledig is nagekomen. Deze 'past consideration' is niet geldig omdat prestatie en tegenprestatie samen één transactie moeten vormen.⁴⁶

Naar Engels recht wordt ruiterlijk toegegeven dat de consideration-eis een 'paternalistic device' is: hoewel partijen het eens zijn, komt de consideration tussenbeide om te zeggen dat het beter is dat toch geen gebondenheid bestaat dan in geval van een voordeel als tegenprestatie of in geval van nadeel door geschonden vertrouwen.⁴⁷ De functie van de consideration ligt dus duidelijk daarin dat deze uitmaakt welke belofte wel moet worden nagekomen en welke niet. Anders dan het geval is met de causa-eis zoals deze naar oud BW werd begrepen, moet de consideration dus worden gezien als staande boven de meer specifieke wilseis, bepalende waarom en in hoeverre de wil rechtsgevolg heeft. De consideration scheidt de afspraak die ligt buiten het juridisch-economisch verkeer van die, die rechtens bindt en rechtsgevolgen heeft.⁴⁸

Het is in dit verband verhelderend om te zien hoe in Engeland tegen de verhouding van wilsleer en consideration wordt aangekeken. Eerstens kan worden opgemerkt dat ook in Engeland de consideration wel is gezien als een aanwijzing voor de seriositeit en dus voor de wil van de contractspartijen.

45. Over de gelijkenissen vooral B.S. Markesinis, *Cause and Consideration: a Study in Parallel*, *Cambridge LJ* 37 (1978) p. 53 v.

46. Zie bijv. Atiyah, *An Introduction*, o.c., p. 124 v. en Van Doorne, o.c., p. 100. Voorts C.Æ Uniken Venema, *Law en Equity in het Anglo-Amerikaanse privaatrecht*, Zwolle etc. 1990, p. 255 v.

47. Atiyah, o.c., p. 127.

48. Aldus bijv. Atiyah, o.c., p. 157, Markesinis, o.c., p. 55 en Van Doorne, o.c., p. 104-105.

Daarbij kan als argument gelden dat de eis van consideration kan worden omzeild door het opmaken van een 'deed'.⁴⁹ Een dergelijk schriftelijk stuk kan ook de 'gratuitous promise' bindend maken en geeft de garantie dat partijen zorgvuldig hun belangen hebben kunnen wegen. Formaliteiten of consideration dienen zo als bewijs voor de wil. Net zoals op het continent in de negentiende eeuw een anti-causale richting opkwam, werd in Engeland de consideration onder invloed van de wilsleer in dezelfde periode als 'a technical and anomolous doctrine' gezien.⁵⁰

Dit verband tussen wilsleer en consideration kan ook voor het huidige Engelse recht worden aangewezen. Atiyah wijst er terecht op dat de vraag die aan de hand van de consideration wordt beantwoord, evenzeer aan de hand van de 'intention to create legal obligations' kan worden afgedaan.⁵¹ Daarmee is echter wel een verwarring geïmpliceerd dat iedere wilsovereenstemming tot verbondenheid kan leiden en dat is niet het geval. Het is daarom beter beide begrippen te scheiden en — zo voegen wij daar aan toe — de causa/consideration als enige factor ter bepaling van de gebondenheid te zien. Het is verkeerd om de wil op het eerste plan te plaatsen en causa/consideration *als een correctie daarop* te beschouwen in die zin dat daarmee wordt bepaald welke wilsovereenstemming precies relevant is.⁵² Neen, het is andersom: het is steeds de causa die, los van de wilsovereenstemming, aangeeft of gebondenheid bestaat.

Wat levert deze rondgang in de zaal van 'het groote causa-concert'⁵³ nu op? Als resultaat mag gelden dat causa en consideration enerzijds en wilsleer anderzijds nauw met elkaar verbonden zijn en wel als elkaar uitsluitende elementen. Allebei worden zij gebruikt voor de bepaling van de rechtens relevante gebondenheid. Waar de wil echter nimmer een dragende grondslag kan zijn, dient de objectieve causa zijn plaats in te nemen. Deze biedt een rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid en vormt zo in de letterlijke zin van het woord de 'oorzaak' van de gebondenheid. Juist waar de vraag

49. Het zg. 'contract under seal'. Vgl. C. Æ. Uniken Venema, *Van Common Law en Civil Law*, Zwolle 1971, p. 125 v. Zie over het verband tussen formaliteiten en consideration ook Collins, *Law of Contract*, p. 62.

50. Atiyah, *o.c.*, p. 127. Vooral Pollock — die op vele terreinen van het Engelse burgerlijk recht continentale gedachten overplante — was een vertegenwoordiger van deze richting. Zie ook Van Doorne, *o.c.*, p. 105 v.

51. Atiyah, *o.c.*, p. 157-158 alsmede Van Doorne, *o.c.*, p. 106.

52. Zoals Scholten, *De oorzaak*, p. 97, lijkt te menen. Hij blijft de subjectieve wilsovereenstemming centraal plaatsen; pas in een tweede stadium blijkt of deze ook voldoet aan 'maatschappelijke, dus objectieve normen'. Voor hem is zo de vraag waarom en wanneer de *wilsovereenstemming* bindt, terwijl de eigenlijke kwestie is wanneer en waarom een *overeenkomst* bestaat. In die zin ligt het gelijk dus ook bij de aanhangers van de opvatting dat de oorzaak-eis aan de overeenkomst moet worden gesteld en niet aan de verbintenis.

53. H.J. Hamaker, Nog eens: de oorzaak eener overeenkomst, oorspr. 1903, in: *VG*, dl. IV, p. 100.

wordt gesteld welke afspraken bindend zijn en welke niet en wat dus als overeenkomst mag gelden en wat niet, dienen causa en consideration, opgevat in objectieve zin, wederom veld te winnen. Zij vormen het vehikel waarmee het contractenrecht verder moet worden gebracht.⁵⁴

4. EEN 'NIEUW' CONTRACTSBEGRIJP: DE WEDERKERIGE SAMENHANG

4.1 Inleiding

Wat echter is de inhoud van dat vehikel? Dat is een vraag die tot nu toe zorgvuldig is vermeden. Nog slechts duidelijk is geworden waar de rechtvaardiging van de gebondenheid moet worden gevonden en niet wat de inhoud van de (objectieve) causa is. Een dergelijke scherpe scheiding was ook nodig om duidelijk te maken dat de wil en de causa-leer in beginsel niets met elkaar te maken hebben. Hier moet op die nadere inhoud echter wel worden ingegaan.

De lezer zal het begrip causa (net als consideration) doorgaans in verband brengen met de notie van een rechtvaardige uitwisseling van goederen. In de objectieve leer, zoals door de Hoge Raad tot 1922 aangehangen, was sprake van een oorzaak van de verbintenis van de ene partij, gelegen in de daartegenover staande verplichting van de andere partij.⁵⁵ Het was daarmee de tegenprestatie waarin de verbintenis uit wederkerige overeenkomst de rechtvaardiging vond. Daarmee is in wezen nog niets anders gezegd dan dat inderdaad een wederkerige overeenkomst aanwezig is, dus een waarin het ruilkarakter tot uitdrukking komt en een tegenprestatie verschuldigd is.⁵⁶ Dat ruilen kan ook bestaan in een huis tegen een pepermuntje, zolang maar sprake is van een verkrijgen omdat de ander geeft ('do ut des'). Of een werkelijke equivalentie tussen de prestaties bestaat, is nog niet gezegd. Hier

54. Zie ook Scholten, *De oorzaak*, p. 90. De causa heeft altijd gediend als het wachtwoord 'in the long campaign, led by the canonists, to expand the range of enforceable promises' (Dawson, *Gifts and Promises, o.c.*, p. 114). Vgl. ook Atiyah, *o.c.*, p. 157: 'talk of "abolition" (van consideration, JMS) is nonsensical. There will always be a need for rules determining what promises will be legally enforceable unless (which is unthinkable) all promises are to become enforceable'. Hij verbaast zich, p. 127, er ook over dat waar het paternalisme tegenwoordig aan invloed wint (en de consideration dat paternalisme van oudsher mogelijk maakt), de consideration-eis niet belangrijker wordt.

55. Bijv. HR 24 april 1914 (zie noot 25). Dit op het voetspoor van Coninck Liefsting, die stelde dat de oorzaak doorgaans bestaat in het ruilen van goederen of diensten. Zie Scholten, *De oorzaak*, p. 3 v. Dezelfde leer is in Frankrijk nog altijd de heersende. Zie bijv. Cour de Cassation, 1re Ch.civ. 25 mei 1988, *Bull. civ.*, I, no. 149 (cause), waarover Ghestin, *Formation du contrat*, no. 813.

56. Hoogstens dus een zg. functionele equivalentie: de prestaties zijn door partijen voor de uitwisseling bestemd. Zie *Asser-Hartkamp II*, no. 68 en H.P. Westermann, *Die Causa im Französischen und Deutschen Zivilrecht*, diss. Köln 1964, p. 96.

wordt nu eerst nagegaan of een dergelijke 'quid pro quo'-gedachte inderdaad eigen is aan de overeenkomst.

4.2 Wederkerigheid en causa

Een aantal auteurs heeft daadwerkelijk de op zichzelf objectieve causa-eis ingevuld aan de hand van de equivalentie tussen de wederzijdse prestaties. Zo ziet Scholten als de objectieve oorzaak de economisch-maatschappelijke grondslag van de verbintenis uit overeenkomst,⁵⁷ die in geval van wederkerige ('ruil'-) overeenkomsten wordt gevonden in *de evenredigheid der prestaties*.⁵⁸ Dat betekent dat indien tegen een veel te hoge of veel te lage prijs is verkocht, de oorzaak zal ontbreken. In een dergelijke opvatting is van oudsher de schenking problematisch. Hoe te aanvaarden dat ook in dat geval een overeenkomst bestaat? Scholten zoekt de oplossing daarin dat dan een andere causa aanwezig is, nl. die van de 'vrijgevige intentie'.⁵⁹ Dat een overeenkomst bestaat, wordt gerechtvaardigd door het door de schenker tentoongespreide altruïsme. Daarmee duikt echter wederom een subjectieve gezindheid op, die door Scholten eerder terecht was uitgesloten. Zijn oplossing voor dit logisch probleem ligt daarin dat hij de causa-eis voor de schenking niet langer stelt, maar de vraag of een altruïstisch motief bestaat op laat gaan in de wilsovereenstemming, die voor hem in een eerste stadium van de bepaling der gebondenheid een rol speelt.⁶⁰ De vraag of een vrijgevige intentie bestaat, bepaalt zo of inderdaad een schenking aanwezig is of dat een nietige overeenkomst sine causa voorligt.

Tegen deze opvatting is een zwaarwegend argument aan te voeren. Het stellen van de causa-eis wordt aldus alsnog beperkt tot slechts enkele overeenkomsten. De schenking blijft erbuiten. Het is echter juist de kunst om en de gewone wederkerige overeenkomst en de schenking allebei van eenzelfde causa te voorzien en dat los van de wilsovereenstemming. Gebeurt dat niet, dan blijft in elk concreet geval steeds de vraag of een intentie van vrijgevig-

57. Daarin bijgevalen door bijv. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 69 v., *Asser-Rutten II*, 6e dr., Zwolle 1982, p. 189 en Abas, *Beperkende werking*, p. 79.

58. Scholten, *De oorzaak*, p. 96 v. Vgl. ook Van Nispen tot Sevenaer, o.c., p. 427: de overeenkomst is bindend 'indien zij rechtsgelijkheid verwezenlijkt'. Voorts Arthur von Mehren, *IECL* vol. VII-9: Formation of Contracts [1992], no. 94. Hij onderscheidt daarbij (terecht) niet wezenlijk tussen '1-sided' en '2-sided ordering'.

59. Zoals gebruikelijk. Het merendeel der auteurs ziet tweeërlei causa. Zie nader Von Mehren, o.c., no. 92.

60. Zie bijv. *De oorzaak*, p. 109-110: 'De schenkingsverbintenis heeft geen causa, de geldigheid hangt alleen van de liberale intentie af'. In dezelfde zin Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 73: bij de 'animus donandi' verlaten we het terrein van het causa-beginsel en keren we terug bij het autonomie-beginsel. Ook M.H. Bregstein, *Ongegronde vermogensvermeerdering*, diss. Amsterdam 1927, p. 150-151, ziet de schenking als wezenlijk verschillend van de prestatie 'als schakel in de goederenruil, waarop ons economisch leven is opgebouwd'.

heid bestaat in geval van bevoordeling van één der partijen bij de overeenkomst en blijft dus worden verwezen naar de wil van partijen als grondslag.

Is het dan mogelijk om de ruilrechtvaardigheid ook voor de schenking als causa aan te nemen? Het antwoord moet onzes inziens ontkennend luiden indien men dit begrip opvat zoals dat gebruikelijk geschiedt, nl. in de zin van een approximatieve equivalentie⁶¹ tussen de prestaties. Moeilijk kan worden ontkend dat — nog los van de schenking — ook de wederkerige overeenkomst waarbij de verkoper een fractie van de werkelijke waarde krijgt, geldig kan zijn.⁶² Bij de schenking bestaat een kwantitatieve tegenprestatie zelfs in het geheel niet.⁶³

Op een andere manier kan echter wel degelijk sprake zijn van wederkerigheid. Dit hangt samen met het diffuse begrip waarvan hier eigenlijk sprake is. Wederkerigheid behoeft niet in kwantitatieve zin te worden opgevat. Nieskens heeft op het voetspoor van onder meer Köndgen⁶⁴ betoogd dat de wederkerigheid *als norm* voor het gehele overeenkomstenrecht heeft te gelden.⁶⁵

'De eenzijdige overeenkomst, die *juridisch* slechts voor één partij een prestatieplicht tot gevolg heeft, wordt (...) in het normale bestaan van mens tot mens, in zoverre als reciproque ervaren dat de presterende partij hiervoor, bij voorbeeld, dankbaarheid, of aanzien, of een toekomstige gunst, verwachten kan en zal' (curs. in orig.).

Slechts die prestatie is rechtsgeldig waar een evenwaardige tegenprestatie tegenover staat, maar die tegenprestatie kan liggen in een 'buitenjuridisch kader'.⁶⁶ Hier ligt de kern van Nieskens' betoog, want wanneer is die tegenprestatie dan 'juridisch' in die zin dat deze inderdaad als voldoende causa kan worden gezien? Hiertoe valt Nieskens terug op de partij-autonomie: de autonomie wordt in de regel aangewend om te komen tot uitwisseling van goederen en diensten. De reciprociteit is zo een aan de autonomie ondergeschikt fenomeen.⁶⁷ Maar wanneer wordt die autonomie dan uitgeoefend? Die vraag wordt niet beantwoord. Eerder gaat Nieskens' betoog mank aan een circulair element: wanneer is er wederkerigheid? Indien autonomie

61. Vgl. voor de term Asser-Rutten II, *o.c.*, p. 185.

62. Vgl. Asser-Hartkamp II, no. 63.

63. Ook in de Engelse consideration-eis mag — zoals bekend — geen eis van materiële rechtvaardigheid worden gelezen: de 'adequacy' wordt niet beoordeeld. Zie bijv. Guest (ed.), *Chitty on Contracts*, vol. I, no. 3-013 v.

64. *Selbstbindung ohne Vertrag*, vooral p. 233 v. (vgl. p. 244) met verwijzingen naar verdere — ook sociologische — literatuur.

65. Nieskens, *Het fait accompli*, p. 83.

66. *o.c.*, p. 84: een 'buitenjuridisch, wederkerig karakter'. Zie inzake de nadruk op de reciprociteit, met argumenten uit sociologie en rechtsgeschiedenis p. 79 v. en 99 v.

67. *o.c.*, p. 87. Ook in dez., Sociale afspraken en de causa-eis die wel/niet in het Nieuw BW is opgenomen, *KvNBW* 4 (1987), p. 69 blijft de wil op het eerste plan staan. Zie nader *supra*, hoofdstuk II, § 3.2.

is uitgeoefend. Wanneer is er autonomie? Indien wederkerigheid bestaat. De enkele opmerking dat een schenking of een onbaatzuchtige toezegging niet normaal is, helpt niet werkelijk verder wanneer niet duidelijk wordt wanneer deze dan *wel* als *reciproque* en dus als rechtsgeldig moet worden aanvaard.⁶⁸

Dat deze uitwerking van de idee dat een vermogensverschuiving slechts dan als gerechtvaardigd wordt beschouwd indien een element van wederkerigheid bestaat, niet kan bevredigen, neemt niet weg dat de gedachte die er aan ten grondslag ligt vruchtbaar kan zijn. Onzes inziens kan de causa voor de gebondenheid aan overeenkomst worden gevonden in een los van de partij-autonomie staand beginsel, dat echter wel degelijk verwijst naar de tussen partijen bestaande wederkerige verhouding.⁶⁹ Die causa zal zowel voor de situatie van gebondenheid aan de overeenkomst als voor die waarin een rechtens bindende toezegging is gedaan en waarin aansprakelijkheid in de precontractuele fase bestaat, een werkbaar criterium moeten geven.

4.3 *Causa als wederkerig verband tussen de prestaties*

4.3.1 *Het conditioneel en functioneel synallagma*

In herinnering zij geroepen dat de vraag naar de causa van de gebondenheid de ultieme vraag van ons contractenrecht is. Of een contractuele gebondenheid — een gerechtvaardigde inbreuk op de status quo — bestaat, moet aan de hand daarvan worden beoordeeld. De causa, ontgaan van negentiende-eeuwse ballast, is niet een factor die de wilsovereenstemming inperkt, maar een die voorop staat bij de beoordeling van iedere feitenconstellatie die tot een contractuele gebondenheid aanleiding zou kunnen geven. In die causa moet de inhoudelijke rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid liggen.

Als uitgangspunt moet worden genomen de gedachte waardoor de causaliteit bij uitstek wordt gekenmerkt: niemand verbindt zich 'zomaar' tot het verrichten van een prestatie ten opzichte van een ander. Daarvoor is steeds een nadere rechtvaardiging nodig.⁷⁰ Onzes inziens kan deze worden gevonden door een beginsel dat tegenwoordig de inhoud van de overeenkomst beheerst als bepalend voor de overeenkomst *op zichzelf* te zien. In het huidige recht bestaat een aantal regelingen voor de situatie waarin bij de wederkerige

68. Nieskens, *Het fait accompli*, p. 86-87. Vgl. de ietwat verscholen geplaatste opmerking op p. 84, nt. 317, dat de vraag naar de contractueel afdwingbare reciprociteit 'bepaald niet irrelevant' is.

69. Het tweezijdige karakter van de overeenkomst blijft beslissend. Zie voor deze 'causa synallagmatica' ook Van Balgooy, *Betekeningen van de oorzaak van de overeenkomst*, o.c., p. 2.

70. Vgl. I. Kisch, *Hoge bomen, veel wind*, in: *Non sine causa* (G.J. Scholten-bundel), Zwolle 1979, p. 171: er is — in het recht evengoed als daarbuiten — 'een beduchtheid voor het vestituur-loze, het onbeklede, het naakte, de *horror nudi* die met het *nudum pactum* geen vrede heeft' (curs. in orig.).

overeenkomst de samenhang tussen de prestaties is verbroken. Zo is een contractspartij bevoegd de nakoming van haar verplichtingen op te schorten indien de wederpartij haar daartegenover staande verplichtingen niet nakomt (de exceptio non adimpleti contractus van art. 6:262 BW) en is ontbinding van de overeenkomst mogelijk in geval van niet-nakoming door de wederpartij (art. 6:265 BW).⁷¹ Prestatie en tegenprestatie delen met andere woorden elkaars lot.⁷²

Men spreekt bij deze toepassingen, die een rol spelen in het kader van de reeds totstandgekomen overeenkomst, wel van het conditioneel en functioneel synallagma.⁷³ De eerste term slaat op de situatie waarin bij de reeds totstandgekomen overeenkomst met het wegvallen van de ene vordering, ook de andere teniet gaat, zoals wanneer bij het onmogelijk worden van nakoming buiten het risico van de debiteur ook de andere partij wordt bevrijd van zijn verplichtingen. Het functioneel synallagma ziet op de samenhang bij het vorderen van nakoming van de overeenkomst: indien de ene partij niet presteert, kan zijn wederpartij nakoming weigeren, zoals bij de exceptio non adimpleti contractus.

4.3.2 Van conditioneel en functioneel naar genetisch synallagma

Deze gedachte, die verwijst naar de wederzijdse afhankelijkheid der prestaties van contractspartijen, is zodanig belangrijk dat deze onzes inziens de gehele overeenkomst beheerst. Een partij verplicht zich ten opzichte van de andere partij *omdat* die ander zich verplicht ten opzichte van de eerste. Nieuwenhuis heeft dan ook gelijk waar hij het causa-beginsel omschrijft als het over en weer in een middel/doel-relatie tot elkaar staan van de verbintenissen uit overeenkomst, waardoor de verbintenissen 'op elkaar betrokken en onderling van elkaar afhankelijk' raken.⁷⁴ In het economisch verkeer geeft men *opdat* de ander zal geven, getrouwt men zich een offer *omdat* daar iets tegenover

71. Vóór 1992 kon hier als fraai voorbeeld worden genoemd dat de ondergang van de verplichting van de ene partij in geval van blijvende niet-toerekenbare niet-nakoming ('overmacht') automatisch de ondergang der tegenverplichting met zich bracht (zie HR 17 juni 1949, NJ 1949, 544 m.nt. PhANH (AKU/Stalen Steiger). Thans is hier ontbinding vereist (art. 6:265). Vgl. de PG Boek 6, p. 1004 v.

72. Dit is uiteraard niet alleen naar Nederlands recht het geval. Zie voor de herkomst uit het gemene recht Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 811.

73. Zie vooral Joachim Gernhuber, *Das Schuldverhältnis* [= Handbuch des Schuldrechts Bd. 8], Tübingen 1989, p. 315 v. en Wolfgang van den Daele, *Probleme des gegenseitigen Vertrages*, Hamburg 1968, vooral p. 23 v. en het overzicht bij Emmerich, *MünchKomm*, Vor § 320, Rn. 8 v. Zie voor Nederland bijv. M.G. Levenbach, *Iets over de spanning van de kontraktsband bij verandering in de omstandigheden*, diss. Amsterdam 1923, p. 245, die een 'ekonomies synallagma' propageert.

74. *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 73.

staat.⁷⁵ Maar ligt hier niet ook de kern van de overeenkomst? Wordt niet niet slechts de inhoud, maar ook de *totstandkoming* van de overeenkomst beheerst door de gedachte van verband tussen de prestaties? Deze vragen dienen bevestigend te worden beantwoord. Het do *ut* des, het geven *opdat* de wederpartij ook geeft, verwijst naar een wederkerigheid, gelegen in het *verband* dat tussen de verrichte of de nog te verrichten prestaties bestaat. Als dat verband voldoende is, zal een contractuele gebondenheid kunnen worden aangenomen. Dit verband is voldoende en de noodzakelijke voorwaarde voor de gebondenheid: *zonder* wederkerige samenhang geen overeenkomst en alleen in geval van wederkerige samenhang *wel* een overeenkomst. Niet de overeenkomst leidt tot samenhang der prestaties, maar de samenhang leidt tot de overeenkomst.

Van oudsher spreekt men bij de toepassing van de wederkerigheid op de fase der totstandkoming van het genetisch synallagma: de prestaties ontstaan of samen of helemaal niet.⁷⁶ Ten onrechte is deze functie van het synallagma naar de achtergrond verdwenen met de opkomst van de wilsleer.⁷⁷ Waar deze laatste niet voldoet, moet echter wederom op de gedachte van wederkerigheid der prestaties worden teruggevallen. Men heeft met name in Duitsland wel gewezen op het nauwe verband tussen causa en synallagma,⁷⁸ zonder daar echter de consequentie uit te trekken dat de wilsleer erdoor kan worden vervangen.

Hiermee lijkt de oude objectieve oorzaak-leer, waarin bij de wederkerige overeenkomst de rechtvaardiging voor de gebondenheid van de een ligt in de gebondenheid van de ander, wederom ten tonele te worden gevoerd. Dat zou weinig revolutionair zijn. De kern van het betoog komt echter bloot te liggen wanneer men zich realiseert dat de vraag naar de samenhang in de prestaties bij *iedere* feitenconstellatie voorligt. Niet zoals in de traditionele objectieve

75. Vgl. Kisch, *o.c.*, p. 171, die ook de nadruk legt op het 'ut', het 'opdat'. Dit is de kern van de wederkerige overeenkomst. Zie bijv. J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, 2e dr., 2e stuk — 1e gedeelte, Haarlem 1934, p. 203: 'Tusschen de beide verplichtingen, waarmede een wederkeerige overeenkomst de partijen belast, bestaat een onverbrekkelijk verband; zij zijn van elkander afhankelijk gesteld. (...) De tegenover elkander staande verplichtingen compenseeren elkaar'.

76. Vgl. Gernhuber, *o.c.*, p. 315: 'stets nur das eine und das andere und niemals das eine auch ohne das andere'. Het genetisch synallagma is ook het oudste van de drie onderscheiden vormen.

77. Zie daarvoor bijv. Günter Hager, *Der Gedanke der Solidarität in der Lehre vom Synallagma*, in: *Zum Deutschen und Internationalen Schuldrecht* (Von Caemmerer-colloquium), Tübingen 1983, p. 27: het genetisch synallagma 'verbirgt sich (...) hinter den Normen zur Vertragsschlußmechanik und zur Nichtigkeit'. Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 237 noemt het synallagma een der laatste 'Reservate des Reziprozitätsprinzips'. Vgl. *Asser-Hartkamp II*, no. 61.

78. Zie bijv., maar weinig principieel, Roland Dubischar, *Prinzipien-Platonismus; Anmerkungen zur Synallagmadiskussion*, in: *Funktionswandel der Privatrechtsinstitutionen* (Raiser-bundel), Tübingen 1974, p. 112. Een overzicht van meningen biedt Ulrich Klinke, *Causa und genetisches Synallagma*, Berlin [1983].

causa-leer bestaat een gestandaardiseerde causa voor iedere soort overeenkomst, neen in elk concreet geval moet — in beginsel los van de uitoefening der privaatautonomie — worden gevraagd of de door de ene partij te verrichten of reeds verrichte prestatie in samenhang staat met een door een ander verrichte of nog te verrichten prestatie. Hoe moet dat worden vastgesteld? I. Henri Hijmans geeft een eerste aanzet.⁷⁹

'De mensch is een causaliteitsdier: hij zoekt steeds en overal naar oorzakelijk verband, bij verkoudheden even goed als bij aardbevingen, maar wat hij daarbij feitelijk tracht te vinden, is hem zelf slechts duister bewust'.

Meer nog dan de mens, zoekt de jurist verbanden. De vraag of de handeling van de ene partij rechtens verband houdt met de handeling van de andere partij, is niets anders dan een vraag van causaliteit. Of partijen een gemeenschappelijk doel nastreven en elk van hen haar lot in handen van de ander heeft gelegd, moet worden beoordeeld aan de hand van het causaal verband tussen hun prestaties. De term 'samenhang' wordt zo gespecificeerd tot causaal verband en dat betekent dat in de sfeer van de ene contractspartij steeds een reden voor de gebondenheid aanwezig moet zijn die verband houdt met de sfeer van de andere contractspartij.⁸⁰ De ene prestatie moet *veroorzaakt* worden door een andere prestatie. Dit is een *condicio sine qua non*-verband: zou de ene partij ook presteren indien de ander niet zou presteren? Indien deze vraag ontkennend moet worden beantwoord, bestaat voldoende reden om contractuele gebondenheid aan te nemen.

Deze vraag van causaal verband wordt bij de totstandkoming der overeenkomst doorgaans niet gesteld. Dit in tegenstelling tot bij de onrechtmatige daad, waar een voldoende causaliteit tussen handelen en schade moet bestaan, wil een aansprakelijkheid intreden. Deze incongruentie is goed te begrijpen omdat de wilsleer traditioneel de functie van de causaliteit overneemt: indien wilsovereenstemming bestaat, bestaat die immers ten aanzien van de overeengekomen prestaties en zijn de partijen dus reeds door de overeenstemming aan elkaar gekoppeld. Zodra de wilsovereenstemming echter niet langer als beslissend wordt gezien, moet een andere, de prestaties op elkaar betreffende factor worden aanvaard.

Het criterium van de samenhang in prestaties als invulling van de causaeis, heeft als voordeel dat een enerzijds een flexibel criterium wordt gehanteerd dat alle ruimte laat voor een aannemen van contractuele gebondenheid waar dat gewenst is, en dat anderzijds de grondslag van de gebondenheid wordt gezocht in een van oudsher bestaand gegeven, namelijk dat partijen

79. Boekbeschuwing van J.W. Huysinga, *Schuld und Schuldursache*, RM 21 (1902), p. 100.

80. Zie voor deze 'sferen' van contractspartijen, door hen op elkaar betrokken in een 'planned relationship', Arthur von Mehren, *IECL*, vol. VII-1: A General View of Contract [1982], no. 1.

zich niet 'zomaar' binden, maar dat daarvoor een objectieve rechtvaardiging moet worden gevonden. Zo vervult de causa de rol die hij in de loop der geschiedenis altijd heeft vervuld: hij geeft een reden waarom personen als contractspartijen op elkaar moeten worden betrokken.⁸¹

Het verband tussen wederkerigheid en causaliteit kan nu ook nader worden aangegeven. Dat het causaal verband bepalend is, betekent namelijk niet dat de wederkerigheid uit beeld verdwijnt. Beide begrippen staan tot elkaar in een verhouding van meester en knecht: de causaliteit is een middel om tot het oordeel te komen dat wederkerigheid bestaat. Waar het *doel* is om een wederkerig verband vast te stellen, geschiedt dit *praktisch* door te bezien of de prestatie van de ene partij in verband staat met de prestatie van de ander. De term 'wederkerige samenhang' geeft dit goed weer.

Hoe moet nu het criterium van de 'samenhang in rechte' tussen de prestaties van partijen nader worden ingevuld? Op voorhand lijkt het criterium problematisch waar een ruilelement tussen de wederzijdse prestaties ontbreekt, zoals bij de eenzijdige overeenkomst. Dat dit toch niet het geval is, blijkt in het nu volgende. In paragraaf 4.4 wordt eerst algemeen ingegaan op de nadere invulling van het samenhang-criterium; in paragraaf 4.5 wordt de wederkerigheid bij de eenzijdige overeenkomst onder de loupe genomen.

4.4 Nadere invulling van het samenhang-criterium; samenhang en standaard situatie

Hoe moet de samenhang in prestaties nu precies worden opgevat? Dat enig causaal verband bestaat tussen de wederzijds te verrichten of reeds verrichte prestaties, betekent immers op zichzelf niets anders dan dat de ene partij verplicht is te presteren omdat zijn wederpartij heeft gepresteerd of zal presteren. In geval van de koopovereenkomst is de verkoper verplicht te leveren nu de koper de prijs heeft betaald of zal betalen. De cruciale vraag is echter juist *wanneer* dit het geval is: in dit voorbeeld is al vastgesteld dat er een causaal verband bestaat tussen de te verrichten prestaties. Dat dit het geval was, zal zijn ingegeven door de omstandigheden van het geval, waarbij wellicht de koper een voor de zaak alleszins redelijke prijs heeft betaald. Of eenzelfde oordeel was gegeven indien de prijs evident te laag was, is minder zeker.

Dit voorbeeld maakt duidelijk dat het bij de beoordeling van de samenhang aankomt op het interpreteren van in beginsel de handeling of verklaring van één aspirant-contractspartij, met als doel te trachten deze in verband te brengen met het gedrag of de handeling van een ander en wel op zodanige

81. Vgl. wat E. Allan Farnsworth, *Contracts*, 2nd. ed., Boston etc. [1990], p. 43 opmerkt over de consideration: 'Consideration is the *glue* that binds the parties to a contract together' (curs. JMS). Overigens: reeds in de term 'contract' zelf zit de 'samentrekking' van partijen verscholen.

wijze dat enigerlei wederkerigheid tot stand wordt gebracht.⁸² Aldus wordt de overeenkomst ontleed in in beginsel los van elkaar staande handelingen, die echter tezamen het etiket van overeenkomst opgeplakt krijgen zodra voldoende rechtvaardiging voor de gebondenheid in de vorm van samenhang en dus wederkerigheid aanwezig is.⁸³

Dat bij het toetsen van de wederkerigheid der overeenkomst de samenhang tussen de wederzijds verrichte of te verrichten prestaties aan de hand van het causaal verband wordt bepaald, betekent niet anders dan dat wordt teruggegrepen op een thema dat in hoofdstuk II systematisch is uiteengezet. Causaliteit is namelijk nauw verbonden met standaardsituaties. Welke gebeurtenissen als in verband met elkaar staand moeten worden beschouwd, wordt immers ingegeven door wat gebruikelijk is.⁸⁴ In een gebruikelijke standaardsituatie zoals de consumentenkoop bij de bakker tegen een 'normale' prijs, zal het vaststellen van de samenhang geen enkel probleem opleveren en is snel sprake van een causaal verband tussen beide prestaties. Indien echter twee ondernemers afspreken dat één van hen over een maand tegen een zeer lage prijs een vergassingsinstallatie zal leveren voor de olieraffinaderij van de ander, is het causaal verband tussen die beide prestaties op zijn minst twijfelachtig en zal het causaal verband uit extra omstandigheden moeten blijken, wil sprake zijn van een hen bindende overeenkomst. In dat geval wijkt de standaardsituatie voor de concrete omstandigheden van het geval.⁸⁵

Hiermee is dus gezegd dat de overeenkomst, als essentieel wederkerig begrip, een zekere mate van gelijkwaardige verdeling van rechten en plichten vereist. Essentieel is echter dat die gelijkwaardigheid niet steeds in de gebruikelijke tegenprestatie behoeft te worden gevonden, maar bij wijze van uitzondering ook kan liggen in andere factoren (waarvoor dan extra argumen-

82. Op de parallel tussen causaliteit (in de zin van equivalentie) en wederkerigheid wordt ook gewezen door Scholten, *De oorzaak*, p. 185. Zie ook nog Van Bemmelen, RO, dl. II, o.c., p. 117: 'Wij hebben niet te doen met "overeenstemmende *willen* of gezindheden" maar met overeenstemmende *dadens* van deelneming aan collective rechtshandelingen'.

83. De term 'etiket' vindt men terug in het beroemde opstel van J.C. Naber, Begrip of etiket?, *RM* 8 (1889), p. 22 v. Vgl. voor het verband ook Eggens, Bekrachtiging van natuurlijke verbintenissen, oorspr. 1948, in: *VPO*, dl. II, p. 192: men dient 'te begrijpen dat het *geheel* der praestaties als *eenheid* gedacht ene andere en grotere betekenis kan krijgen dan aan elke praestatie afzonderlijk toekomt'.

84. Van der Kolk schrijft de bij Scholten, *De oorzaak*, p. 27, geciteerde woorden: 'Op grond van ervaring vormen zich algemeen gangbare opvattingen van hetgeen als ruilaequivalent van een bepaalde prestatie is te beschouwen'.

85. Historisch is de verhouding standaard-niet standaard, opgehangen aan de causa-eis, verantwoord omdat nu juist die causa is opgekomen naar aanleiding van 'nieuwe' contractssituaties, waarin de vraag naar de reden der gebondenheid werd gesteld, anders dan in geval van de 'oude' contractstypen omdat daar de rechtvaardiging al lag in de aansluiting bij dat type. Vgl. *supra*, § 3.3.2. De historisch-dogmatische juistheid van de hier verwoorde theorie, mede in verband met wat werd gezegd in hoofdstuk II, blijkt hier bij uitstek.

tatiemateriaal moet worden aangedragen). Daarmee wordt recht gedaan aan het 'dogmatisch' karakter van het burgerlijk recht. Enerzijds zal men zich in ieder concreet geval moeten afvragen in hoeverre inderdaad voldoende causaal verband tussen de prestaties aanwezig is, anderzijds is het mogelijk om voor een aantal standaardsituaties regels op te stellen die *bij wijze van vermoeden* aangeven dat dat causaal verband aanwezig is. Alvorens — trouw aan die dogmatische leer — een aantal criteria voor dat verband uit te werken, moet eerst worden ingegaan op de zg. 'eenzijdige overeenkomst'.

4.5 Wederkerigheid bij de eenzijdige overeenkomst

Als bezwaar tegen het genetisch synallagma als criterium en grondslag voor iedere contractuele gebondenheid, lijkt te kunnen worden ingebracht dat het synallagma traditioneel slechts in verband wordt gebracht met de wederkerige overeenkomst. In de vroegere objectieve leer lag bij die overeenkomst in de verbintenis van de ene partij de reden voor de gebondenheid van de andere partij. Bij de eenzijdige en de zg. onvolmaakt wederkerige overeenkomst⁸⁶ zou nu echter juist geen ruilelement bestaan en wordt dus niet gepresteerd omdat ook door de wederpartij een prestatie wordt verricht. Toch is dit slechts een schijnargument. De vraag of de prestaties van partijen in voldoende samenhang met elkaar staan, biedt ook voor deze overeenkomsten een goed criterium.⁸⁷

Het prototype van de eenzijdige overeenkomst, de formele schenking,⁸⁸ schept inderdaad slechts een prestatieplicht voor één partij. Desalniettemin is de vraag of de schenking als overeenkomst niet slechts dan wordt erkend, op exact gelijke wijze als de wederkerige overeenkomst, indien een samenhang bestaat in 'prestaties' tussen schenker en begiftigde. De wederkerigheid zal in dit geval echter niet in een reeds verrichte prestatie die moet worden geverseerd liggen, doch in andere factoren die de uiting van vrijgevigheid rechtvaardigen. De wederkerigheid ligt al daarin dat niemand behoeft te dulden dat hem een prestatie wordt opgedrongen. In die zin verdient het om niet verkrijgen van een prestatie evenzeer een rechtvaardiging als het in ruil

86. Op de figuur van de onvolmaakt of toevallig wederkerige overeenkomst, zo genoemd omdat deze oorspronkelijk eenzijdig is maar na de contractssluiting alsnog leidt tot verbintenissen voor de wederpartij, wordt hier niet verder ingegaan. Mutatis mutandis geldt hetzelfde als voor de eenzijdige overeenkomst. Zie over dit type nader *Asser-Hartkamp* II, no. 65.

87. In het Franse recht beheerst de *causa* eveneens de eenzijdige en de om niet gesloten overeenkomst. Vgl. ook Bakels, *o.c.*, p. 155.

88. Verdere voorbeelden zijn borgtocht, lastgeving zonder loon en bruikleen en verbruikleen. Zie nader *Asser-Hartkamp* II, no. 64.

voor een materiële tegenprestatie ontvangen van een geldsom.⁸⁹ De onmiskenbare parallel met de zaakwaarneming die zich hier opdringt, komt in hoofdstuk VII aan de orde.

Bovendien geldt dat men het begrip 'tegenprestatie' niet te eng moet opvatten. Daaronder kan al datgene worden verstaan dat aan de zijde van de wederpartij van de contractant bepalend is voor het presteren door *deze* contractant. In geval van schenking kan de 'prestatie' van de begiftigde dus bestaan in al die omstandigheden (persoonlijke hoedanigheid, eerder verrichte diensten, voorwaarden waaraan hij moet voldoen etc.) die de schenker doen besluiten te zullen schenken.⁹⁰ Of wederkerigheid bestaat, is in die zin een normatief oordeel, dat geheel afhangt van de waardering der verhouding tussen partijen.⁹¹

Dat eenzijdige en wederkerige overeenkomst zo wel degelijk op één en dezelfde noemer kunnen worden teruggebracht, is zeer vruchtbaar. Het maakt het mogelijk om verbanden te leggen tussen de schenking, de eenzijdige toezegging en de overeenkomst tegen een evident te lage of te hoge prijs. De rechtvaardiging voor een dergelijke afwijking van de 'normale' wederkerigheid, zal in de wederzijdse verhouding van partijen moeten worden gevonden, zodanig dat alsnog een samenhang tussen de over en weer verrichte of nog te verrichten prestaties bestaat. Dat een andere tegenprestatie dan bij de 'gewone' traditioneel wederkerige overeenkomst bestaat, vergt immers steeds een extra rechtvaardiging. De wederkerigheid blijft ook dan echter aanwezig, zij het dat deze in andere, als voldoende beschouwde omstandigheden ligt.

De taak die rest, bestaat in het uitwerken van een aantal criteria voor de bepaling van de samenhang in prestaties. Met name de vraag wanneer een andersoortige dan gebruikelijke prestatie de contractuele gebondenheid rechtvaardigt, verdient nadere aandacht. Maar ook de vraag wat precies een 'gebruikelijke' tegenprestatie is, waarin de gebondenheid dus normaliter haar grondslag vindt, moet aan de orde komen. Deze vragen worden op een alge-

89. Vgl. *Asser-Kleijn*, no. 208: een rechtshandeling die een schenking lijkt, kan toch een rechtshandeling onder bezwarende titel zijn, nl. indien er wel een juridische contraprestatie is, die niet blijkt uit de handeling zelf. Dit is o.i. *altijd* het geval.

90. Aldus terecht Van Balgooy, *Betekeningen van de oorzaak van de overeenkomst, o.c.*, p. 8: de schenking heeft een 'causa quasi-synallagmatica', die voor de begiftigde bestaat 'in de bepalingen en beperkingen van de liberalitas, van de animus donandi van de gever, waarin ook hij heeft toegestemd en dus voor hem als een oorzaak gelden'.

91. Klaus F. Röhl, *Über außervertragliche Voraussetzungen des Vertrages*, in: *Recht und Gesellschaft* (Festschrift Schelsky), Berlin [1978], p. 472 spreekt hier van het 'Wertproblem': wat is de maatstaf waarmee de tegenover elkaar staande prestaties worden afgewogen? Hij wijst er, p. 451, treffend op dat *het* probleem van de reciprociteit is dat de tegenprestaties niet altijd direct tegenover elkaar worden uitgewisseld, zodat dan het vertrouwen op een *ooit* presteren van belang wordt; in die zin is het vertrouwen slechts een tijdelijke, de wederkerigheid vervangende, factor.

mener niveau hier behandeld; in het volgende hoofdstuk volgt de praktische uitwerking.

4.6 *Verhouding tussen causa en voordeel; ongerechtvaardigde verrijking*

Als uitgangspunt wordt genomen dat personen doorgaans contracteren omdat dit voordelig voor hen is. De overeenkomst dient ertoe een uitwisseling van goederen te bewerkstelligen en men is over het algemeen slechts bereid tot een dergelijke uitwisseling omdat men meent dat, om welke reden dan ook, die uitwisseling gunstig is.⁹² Dit betekent dat de causa voor de gebondenheid doorgaans zal kunnen worden aangenomen omdat de verrichte of beloofde prestatie in het voordeel van de handelende persoon wordt geacht te zijn. Dat is 'normaal'. Daar echter een samenhang met het gedrag van de andere partij moet worden vastgesteld, is de enkele 'voordeelsverwachting' van één contractspartij niet voldoende. Contractuele gebondenheid zal slechts dan kunnen worden aangenomen indien de handelende persoon ten opzichte van zijn wederpartij niet bovenmatig zal worden verrijkt door het 'construeren' van de overeenkomst.

We stuiten hier op een eerder theoretisch aan de orde gesteld verband⁹³ tussen overeenkomst en ongerechtvaardigde verrijking. Dit komt nu praktisch daar op neer dat slechts dan een tot gebondenheid aanleiding gevende samenhang bestaat waar het voordeel dat de ene persoon verkrijgt, niet in een wanverhouding staat met het nadeel van de andere partij. In termen van de wilsleer zou dit zo zijn weergegeven dat de wederpartij het rechtsgevolg dan niet gewild zou hebben,⁹⁴ maar dat is een verdoezeling van de werkelijke vraag. Het is zoals Atiyah ons voorhoudt ten aanzien van de voor één partij ongunstige overeenkomst:⁹⁵

'A transaction in which one person is bound and the other is not is suspect; given the way in which behaviour and customary ideas react upon each other, it would not be inaccurate to suggest that such arrangements are unusual because they are felt to be unfair, and are felt to be unfair because they are unusual'.

92. Zie Nieskens, *Het fait accompli*, p. 83 v. en Theo Mayer-Maly, *Divisio Obligationum, The Irish Jurist* 2 (1967) p. 384, die wijst op de *Codex Maximilaneus Bavaricus Civilis* (4, 13, 1) uit 1756 waarin als premisse wordt aanvaard dat iedereen wil wat hem als voordelig voorkomt. Boehmer brengt de causa geheel terug op de vraag of gevolg is, dat een voordeel voor de schuldeiser ontstaat. Zie daartoe Westermann, *Die Causa im Französischen und Deutschen Zivilrecht, o.c.*, p. 76 v. Zie ook nog Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 241.

93. Zie *supra*, hoofdstuk V, § 5.4.

94. In de MvA II, PG Boek 3, p. 177 en PG Boek 3 (Inv.), p. 1132-1133 wordt de factor of de verklaring meer in het voordeel van de wederpartij of meer in het nadeel van de verklaarder is, expliciet genoemd ter bepaling van de vraag of de gedane verklaring wel met de bedoeling overeenstemt.

95. Contract and Fair Exchange, oorspr. 1985, in: *Essays on Contract*, p. 327.

De band tussen normaliteit en rechtvaardigheid vindt een juridische neerslag in de verrijkingsgedachte. De mate van ongerechtvaardigde verrijking speelt zo een rol bij de bepaling van de normale samenhang in prestaties.⁹⁶

Duidelijk is echter dat daarmee niet kan worden volstaan. Ook in abnormale situaties als de eenzijdige toezegging, de schenking of de voor één partij apert ongunstige overeenkomst, kan gebondenheid intreden. Het is echter mogelijk om ook hier in termen van verrijking te spreken. Of de door een persoon toegezegde betaling van 3000,- in ruil voor een pepermuntje als bindend moet worden beschouwd, kan in die zin afhangen van de vraag of de wederpartij daarmee gerechtvaardigd wordt verrijkt, dat voldoende argumentatiemateriaal aan de zijde van de toezegger moet worden gevonden waarin deze *op het eerste gezicht* onterechte verrijking een rechtvaardiging kan vinden.⁹⁷ De factoren die hierbij een rol spelen, komen in het volgende hoofdstuk aan de orde.

De gedachte dat we in een contractuele verhouding aan een actie uit ongerechtvaardigde verrijking niet toe komen, is dan ook weinig verhelderend.⁹⁸ Inderdaad zal de vraag naar de verrijking *indien eenmaal is vastgesteld dat een overeenkomst bestaat* geen prominente rol meer vervullen, maar bij het oordeel *dat* partijen gebonden zijn, speelt de verrijking wel degelijk een rol. Dit blijkt ook uit de rechtspraak, waarin de totstandkoming van overeenkomst en toezegging niet zelden afhankelijk wordt gemaakt van de aanwezigheid van een 'redelijke grond' voor de bevoordeling.⁹⁹

4.7 Verhouding tussen causa en autonomie

Zojuist werd er al op gewezen dat de vraag of een samenhang in prestaties bestaat, ook kan worden beantwoord aan de hand van de wilsleer: in geval

96. Causa en verrijking staan met elkaar in nauw verband. De causa en de ongegronde verrijking zijn 'als het ware broertje en zusje'. Aldus Scholten, *De oorzaak*, p. 94. Zie ook Van Bemmelen, RO, dl. II, o.c., p. 133, die reeds wijst op het verband tussen overeenkomst en verrijking.

97. Het is opmerkelijk dat dit verband tussen wederkerigheid en verrijking bij specifieke vragen wel wordt gelegd; zie bijv. *Asser-Hartkamp* II, no. 240 voor de schuldvernieuwing. Atiyah, *Contracts, Promises, and the Law of Obligations*, o.c., p. 40 wijst er op dat in Engeland het verband tussen restitution en contract altijd is gelegd: bepalend was of iemand een voordeel had ontvangen dat moest worden geverseerd, los van de vraag of daartoe een belofte was gedaan.

98. Vgl. verder *supra*, hoofdstuk V, § 5.4, alsmede de discussie tussen Atiyah en Birks, geschetst in Atiyah, *A Reply to my Critics*, in: *Essays*, p. 47 v.

99. Zie in die zin vooral HR 22 februari 1974, NJ 1975, 381 m.nt. ARB (Roosendaal/Kinderbescherming). De casus wordt weergegeven in hoofdstuk IX. Zie voorts HR 29 mei 1981, NJ 1982, 191 m.nt. CJHB (ABN/Allectric), waarin sprake is van het 'zonder enige rechtvaardiging een voordeel in de schoot geworpen' krijgen (nl. door overmaking van 40.000,- i.p.v. 4.000,-) en HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 m.nt. PAS (Agfa Gevaert/Schoolleiderman), waarin de 'objectieve rechtvaardigingsgrond' ten tonele wordt gevoerd.

van een te grote wanverhouding tussen de onderlinge prestaties van partijen, zal de gebondenheid wel niet zijn 'gewild'. Dit roept de vraag op naar de verhouding tussen de autonomie en de wederkerigheid. Er is al aandacht besteed aan de opvatting van Nieskens, die de wederkerigheid als principieel ondergeschikt aan de autonomie beschouwt nu de autonomie als regel blijkt te worden aangewend om te komen tot uitwisseling van goederen en diensten.¹⁰⁰ Dit bleek echter de kern van de zaak niet weer te geven omdat autonomie en wederkerigheid dan volledig uitwisselbare grootheden zijn en in plaats van voor de autonomie dan evengoed voor de wederkerigheid had kunnen worden gekozen.

Onzes inziens is de essentiële vraag of het wel mogelijk is om autonomie los te zien van de wederkerigheid. Het antwoord luidt ontkennend: of autonomie is uitgeoefend, kan namelijk slechts worden vastgesteld door een objectieve bepaling van wat iemand *moet* hebben gewild, nu dit voordelig voor hem is geweest of op andere wijze tot een wederkerige gebondenheid aanleiding geeft omdat een goede reden bestaat voor het wensen van gebondenheid. Zo bezien is autonomie slechts een flauw aftreksel van wederkerigheid: of gebondenheid is gewenst, kan pas worden vastgesteld door te bezien of daartoe een goede, wederkerigheid opleverende, reden bestaat. Men kan dan met H.J. Hamaker stellen:¹⁰¹

'oorzaak kan slechts zijn dat gevolg, dat zij per se teweegbrengt, dat tot haar wezen behoort en haar maakt tot de handeling, die zij nu eenmaal is; dat objectief aan de handeling eigen is, en dat (partijen) gewild *moeten* hebben' (curs. in orig.).

Maar dat zou slechts een formuleren in wilstermen zijn van wat in wezen een zoeken naar de wederkerigheid is. Het is dan onzes inziens helderder om te stellen dat de autonomie geen beslissende rol speelt bij de bepaling van de contractuele gebondenheid, onder erkenning van het feit dat in veel situaties eveneens gezegd kan worden dat de gebondenheid door partijen is 'gewenst'.

Een prangende vraag is nu wat rechtens is indien expliciet, bijvoorbeeld bij geschrift, wordt verklaard dat de gebondenheid door de contractspartij is gewild. Bestaat daarmee nog geen overeenkomst? Het antwoord luidt bevestigend. Wie zich bij notariële akte verbindt tot het doen van een schenking, zal toch slechts dan gebonden zijn indien een objectieve rechtvaardiging voor de gebondenheid kan worden gevonden in op de begiftigde terug te voeren voldoende samenhang opleverende omstandigheden. Dit neemt niet weg dat de expliciet gedane wilsuiting een *aanwijzing* kan zijn voor de mate waarin die samenhang bestaat om de eenvoudige reden dat niemand 'zomaar' stelt te

100. Nieskens, *Het fait accompli*, p. 86: partijen 'openen' het rechtstelsel door de uitoefening van autonomie.

101. De oorzaak eener overeenkomst, oorspr. 1899, in: *VG*, dl. IV, p. 46.

willen. De wilsuiting levert dan echter een vermoeden van samenhang op, geen dwingend bewijs.

Dit betekent concreet dat een conflict tussen uitgeoefende privaatautonomie en opgewekt vertrouwen niet op kan treden. Indien A stelt dat hij voor 100,- heeft willen aanbieden aan B, maar buiten zijn schuld is in het schriftelijk aanbod 10,- te lezen, dan is niet de relevante vraag of B er 'gerechtvaardigd' op mocht vertrouwen dat het aanbod voor 10,- is gedaan, maar of voor de levering tegen een prijs van 10,- voldoende een causa opleverende wederkerige samenhang bestaat. Dat is niet het geval indien de aangeboden goederen normaliter tegen een prijs van 100,- worden aangeboden, tenzij voor de in casu te betalen lagere prijs een specifieke rechtvaardigingsgrond valt aan te wijzen in de verhouding tussen partijen.

Daarmee is de rol van de autonomie in het recht ook in zoverre gereduceerd dat deze kan worden geacht de vereiste wederkerigheid op te leveren waar door partijen vrijwillig wordt gepresteerd. Indien in bovenstaand geval A de aangeboden goederen voor 10,- levert aan B, is daarmee het oordeel van een voldoende wederkerige samenhang in beginsel gegeven. Zodra de gebondenheid wordt betwist, zal de wederkerigheid echter als maatstaf naar voren treden en bestaat slechts gebondenheid indien de prestaties van partijen ook meer objectief in wederkerige samenhang met elkaar staan.

De beide volgende hoofdstukken bieden de mogelijkheid om de verhouding tussen autonomie en wederkerigheid voor het vraagstuk van de totstandkoming van de overeenkomst nader uiteen te zetten. Het is hier de plaats om reeds op een aantal consequenties van de hier verwoorde leer in te gaan.¹⁰²

4.8 Enige consequenties van de samenhang-leer

De hier verwoorde opvatting heeft consequenties voor enkele onderscheidingen die van oudsher tussen overeenkomsten worden gemaakt. Zo komt het onderscheid tussen wederkerige en eenzijdige overeenkomsten te vervallen. Traditioneel wordt dit onderscheid gemaakt al naar gelang het gaat om een overeenkomst met een ruilkarakter: bij de wederkerige overeenkomst moet een sine qua non-verband bestaan tussen de door partijen op zich genomen hoofdverplichtingen (de een presteert omdat de ander presteert), terwijl uit de eenzijdige slechts voor één partij verplichtingen voortvloeien.¹⁰³ Het ruilka-

102. Verdere gevolgtrekkingen voor het traditionele begrippenstelsel komen aan de orde nadat is uiteengezet hoe een en ander praktisch uitwerkt. Zie daartoe § 6 van het volgende hoofdstuk. In § 4.3.3 wordt daar ook ingegaan op de vraag in hoeverre de aangehangen leer overeenkomt met de zg. 'iustum pretium'-gedachte.

103. Zie art. 6:261 lid 1 BW en PG Boek 6, p. 989; Asser-Hartkamp II, no. 62: tussen partijen moeten onderling afhankelijke verplichtingen bestaan. Zie voorts Bakels, o.c., p. 154 voor nadere definities en L.S.C. Heyning-Plate, *Eigenrichting tot zekerheid*, diss. Rotterdam 1969, Zwolle 1969, p. 73.

rakter bestaat echter bij iedere overeenkomst; verschil is er slechts wat betreft de vraag *waarin* de prestatie van de ene partij zijn grondslag vindt.¹⁰⁴

Bovendien kan de vraag worden gesteld in hoeverre het onderscheid tussen de overeenkomst om niet en de overeenkomst anders dan om niet (of: onder bezwarende titel) nog wel stand kan houden. Traditioneel wordt aangenomen dat hier anders dan bij het *juridische* onderscheid tussen wederkerig en eenzijdig, een *economisch* criterium voorligt: een overeenkomst is om niet indien de ene partij een prestatie moet leveren zonder dat verband bestaat met een van de wederpartij verkregen of verwachte tegenprestatie, mits een dezer prestaties bestaat in iets anders dan het teruggeven van het op grond van de overeenkomst ontvangene.¹⁰⁵ Deze ingewikkelde definitie krijgt reliëf wanneer men zich realiseert dat dit verband algemeen altijd wordt aangenomen in geval van de wederkerige overeenkomst, zodat iedere wederkerige overeenkomst tevens een overeenkomst onder bezwarende titel is. De overeenkomst zonder een 'rechts verband' was in onze opvatting nu echter juist onmogelijk: iedere overeenkomst vereist een verband tussen de prestaties en is in die zin 'wederkerig'. De kwalificatie van een hybride figuur als de verbruiklening tegen rente als eenzijdig en onder bezwarende titel,¹⁰⁶ kan verdwijnen. Er lijkt in de hier verdedigde opvatting immers geen enkel belang betrokken bij een dergelijke typering, nu iedere overeenkomst als wederkerig kan worden aangemerkt. Ook het probleem hoe een overeenkomst waarbij een duidelijke overbedeling van één der partijen plaatsvindt, moet worden gekwalificeerd,¹⁰⁷ is daarmee van tafel: deze behoeft niet deels als overeenkomst om niet en deels als overeenkomst onder bezwarende titel te worden beschouwd, maar is volledig wederkerig.¹⁰⁸

Dat met het verdwijnen van deze oude onderscheidingen aan verschillen in rechtsgevolg tussen met name wederkerige en eenzijdige overeenkomst geen recht meer wordt gedaan, kan bepaald niet worden gezegd. Ontbinding en opschorting door middel van de exceptio non adimpleti contractus zijn ook

104. Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 186 v. verwerpt het onderscheid eveneens.

105. HR 11 maart 1964, *NJ* 1965, 380 m.nt. JHB (Pierson/Ontvanger) conform de opvatting van H. Schuttevaer, 'Om niet'-'onder bezwarende titel'; 'eenzijdig'-'wederkerig'; oude en nieuwe opvattingen, *RMTh* 1960, p. 294 v. Zie nader Asser-Hartkamp II, no. 66.

106. Zoals vrij algemeen geschiedt. Zie echter Asser-Hartkamp II, no. 64. Indien Titel 2 van Boek 7 BW wordt ingevoerd, zal deze overeenkomst tot gewone wederkerige overeenkomst worden verklaard. Bakels, *o.c.*, p. 158, noemt als ander (ook toekomstig) voorbeeld de schenking onder voorwaarde.

107. Zie Asser-Hartkamp II, no. 68.

108. Aldus terecht Asser-Hartkamp II, no. 68. Anders Kleijn in zijn noot onder HR 24 mei 1985, *NJ* 1986, 699 (Nolan/Van Aalst I). Zie inzake de mogelijke opvattingen K. Wiersma in zijn noot onder HR 6 december 1968, *NJ* 1969, 310 (Jongbloed/Jongbloed).

toegestaan buiten de wederkerige overeenkomst, mits de rechtsbetrekking maar wederkerig van aard is, dus een samenhang bestaat.¹⁰⁹

4.9 Wederkerige samenhang; synopsis

In dit hoofdstuk is het wezen van de overeenkomst gezocht in de wederkerige samenhang tussen de door partijen wederzijds te verrichten of reeds verrichte prestaties. Aldus werd enerzijds de grondslag van de contractuele gebondenheid direct gezocht in de causa als toetssteen van verbindbaarheid, anderzijds werd daarmee beoogd een voldoende concreet criterium te scheppen dat kan aangeven of al dan niet een overeenkomst bestaat.

Of die samenhang bestaat, werd namelijk afhankelijk gemaakt van de vraag in hoeverre een gebruikelijke tegenprestatie voor de verrichte of nog te verrichten prestatie was te vinden. Causaliteit en waarschijnlijkheid zijn hier nauw met elkaar verbonden. Ook buiten de standaardsituatie om kan echter voldoende causa worden gevonden voor de plicht het positief contractsbelang te vergoeden waar de wederkerigheid door andere omstandigheden in voldoende mate wordt gerechtvaardigd. Dit kan ook zo worden gesteld dat dan de op het eerste gezicht onterechte verrijking een grondslag moet vinden in andere dan gebruikelijke omstandigheden ('extra argumentatiemateriaal').¹¹⁰ Aldus speelt de verrijkingsgedachte steeds mee.

Is hiermee nu een 'uniek en gemeenschappelijk' criterium voor de contractuele gebondenheid gevonden? Onzes inziens is dit het geval. Het blijven weliswaar de omstandigheden die een rol spelen bij het oordeel dat een wederkerige samenhang bestaat, maar deze moeten — in overeenstemming met de opgestelde dogmatische visie — worden gezien als heuristische factoren, die vervolgens *direct* leiden tot het oordeel dat contractuele gebondenheid bestaat. De omweg via het vertrouwensbeginsel is niet langer nodig. Zowel de grondslag van de gebondenheid aan de overeenkomst *in het alge-*

109. Op grond van de schakelbepaling van art. 6:261 lid 2 en hetgeen in de TM op art. 6:216 wordt gezegd (PG Boek 6, p. 989). Zie nader Bakels, *o.c.*, p. 158 v. en vgl. T. Hartlief, *Ontbinding*, diss. Groningen 1994, p. 169. Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 187 meent eveneens ontbinding en enac toe te kunnen passen op de eenzijdige overeenkomst in traditionele zin, alsmede op de pre- en postcontractuele fase. Het bestaan van een figuur als de onvolmaakt wederkerige overeenkomst maakt dit niet wezenlijk anders (vgl. voetnoot 86).

110. Aldus ligt deze theorie ook op het grensvlak van materieel recht en bewijsrecht. Vgl. Atiyah, *Pragmatism and Theory*, p. 135-136: 'Lawyers must also rely a great deal, in the process of proof, on probability, but they are generally extremely weak on probability theory, preferring to depend on the very unreliable intuition and common sense of the plain man'. W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud*, diss. Leiden 1993, Deventer 1993, p. 23 nt. 13, verwerpt een benadering die de 'waarschijnlijkheid' centraal stelt, kennelijk op de grond dat dit een *feitelijk* en niet een juridisch oordeel is. Het wekt geen verbazing dat ook Valk er echter niet aan ontkomt bij het oordeel *dat* is vertrouwd of *dat* is gewild, vragen van waarschijnlijkheid te laten mee spelen. Deze zijn daarmee wel degelijk als juridisch aan te merken.

meen, als het criterium der gebondenheid voor iedere afzonderlijk te beoordelen feitenconstellatie ligt zo in de tot 'wederkerige samenhang' gespecificeerde *causa*.¹¹¹

Hoe nu na te gaan of de reeds verrichte of nog te verrichten prestatie voordeel oplevert voor de handelende partij, zonder dat sprake is van een ongerechtvaardigde verrijking van de wederpartij? Daarbij spelen veel omstandigheden een rol. Voordat zij in het volgende hoofdstuk aan de orde komen, lijkt een korte samenvatting van wat deze studie ons tot nu toe leerde op zijn plaats.

5. HET TOT NU TOE BEHAALDE RESULTAAT EN VERANTWOORDING THEORETISCH GEHALTE VOORAFGAANDE

De tot nu toe afgelegde weg leidde via een theoretische beschouwing omtrent het dogmatisch karakter van het burgerlijk recht tot het oordeel dat in de als problematisch beschouwde gevallen het vertrouwen niet als voldoende dragende categorie kon dienen. Dit voerde tot het oordeel dat de contractuele gebondenheid opnieuw moest worden gefundeerd in het 'wezen' van de overeenkomst. Daartoe was een excursie naar het karakter van de bronnen van verbintenis noodzakelijk. Deze leerde ons dat het thans bestaande scala aan bronnen in essentie kan worden teruggebracht tot twee situaties: één waarin de inbreuk op de status quo wel en één waarin deze niet gerechtvaardigd is. Een dergelijke opvatting stelt ons in staat om verband te leggen tussen overeenkomst, verrijking en zaakwaarneming, hetgeen noodzakelijk bleek in een periode van onzekerheid omtrent de grondslagen van de overeenkomst.

Nadat aldus de weg was geopend naar een 'dynamisch' contractsbegrip,¹¹² kon een aantal voorgestelde opvattingen inzake contractuele gebondenheid worden beoordeeld. Uiteindelijk bleek een terugval op de 'wederkerigheid' vereist, welke term werd teruggebracht teruggebracht tot het vereiste dat een samenhang in de wederzijds te verrichten of reeds verrichte prestaties moet worden gezocht. Daarmee werd iedere overeenkomst als synallagmatisch voorgesteld en werd de constatering van enig causaal verband tussen door contractspartijen verrichte of te verrichten prestaties bepalend. De rol van de 'wil' werd — in overeenstemming met een al eerder geschetste opvatting — verregaand gemarginaliseerd.

111. Over de eeuwigheidswaarde van de *causa*-leer nog W.J. Zwolve, Over oorzaak en titel bij Diephuis en Opzoomer, in: *G. Diephuis — C.W. Opzoomer 1892-1992*, Groningen 1992, p. 45 v.

112. Vgl. Louis Josserand, *Tendances actuelles de la théorie des contrats; aperçu général*, *RTDciv* 36 (1937), p. 2, die opmerkt over 'le concept contractuel': 'c'est en marchant, non plus en stagnant, qu'il prouve son existence. In zijn evolutie 'tout est diversité, bouillonnement, devenir, parfois même contradiction, car des remous se forment dans son courant impétueux'.

Het zal de lezer niet zijn ontgaan dat de tot hier geboden beschouwingen werden gekenmerkt door een hogere abstractiegraad dan in een civilistisch proefschrift doorgaans het geval is. Onzes inziens was dit noodzakelijk om in de eerste plaats reeds bestaande opvattingen aan een kritisch onderzoek te onderwerpen, in de tweede plaats om de grondslagen voor een eigen leer te leggen. Dat de casuïstiek er daarbij wat bekaaid van af kwam, was onvermijdelijk omdat ons onderzoek nu eenmaal grotendeels was gericht op het blootleggen van de *gewenste* grondslagen en daarbij kon uit de rechtspraak weinig argumentatiemateriaal worden gehaald nu daar juist op een andere dan de hier voorgestane wijze werd omgegaan met de probleemgevallen. Nu is echter het tijdstip gekomen waarop een confrontatie met die rechtspraak, tenslotte de 'viva vox juris civilis',¹¹³ niet langer kan uitblijven. De negentiende-eeuwse hoogleraar Modderman sprak ooit de woorden dat wat praktisch onbruikbaar is, ook theoretisch onjuist moet zijn en dat betekent dat onze theorie — na verdere uitwerking — slechts tegen de achtergrond van de rechtspraktijk op waarde kan worden geschat.

De normale wederkerige samenhang is en hier een alternatieve wederkerigheid van worden voorgesteld.

Volgens kan een aantal studie-typen worden behandeld dat doorgaans op den en dezelfde voet in het kader van de wettelijke regeling van de orde komt. Nu daarmee onze studie geen recht wordt gedaan aan de eigen kenmerken van deze contracttypen, wordt een alternatieve benadering voorgesteld, waarin bij elke soort overeenkomst wordt aangegeven hoe de normale samenhang in prestaties kan worden voorgesteld. Wat dan rest, is de bespreking van enige consequenties van de hier verworven opvatting, waarbij de precontractuele fase wederom wordt teruggebracht in het stramen van de bronnen van verbintenissen en overige op de wettelijke gebaseerde instituten worden herijkt.

2. NORMALE WEDERKERIGHEID

2.1 Inleiding

De bij de vaststelling van de wederkerige samenhang de normaliteit van de wederkerige prestaties een centrale rol speelt, wordt hierin belangrijk wat de volgende punten moet worden verstaan. Deze paragraaf is aan die vraag gewijd, in het concrete geval zal in het eerste deel van een normale wederkerige

113. P.A.J. Losecaat Vermeer, *Wil en verklaring bij overeenkomsten*, diss., Leiden 1913, p. 93.