



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).

Totstandkoming van de overeenkomst

1. INLEIDING

De uitwerking van de gedachte dat de contractuele gebondenheid kan worden herleid tot een vraag van samenhang in de wederzijdse prestaties, geschiedt voor de vraag naar de totstandkoming van de overeenkomst in twee etappes. Eerst wordt nader ingegaan op de vraag welke omstandigheden een rol spelen bij de bepaling van wat een normale wederkerige samenhang is en hoe een abnormale wederkerigheid kan worden vastgesteld.

Vervolgens kan een aantal situatie-typen worden behandeld dat doorgaans op één en dezelfde voet in het kader van de wilsovereenstemming aan de orde komt. Nu daarmee onzes inziens geen recht wordt gedaan aan de eigen karakteristieken van deze contractstypen, wordt een alternatieve benadering voorgesteld, waarin bij elke soort overeenkomst wordt aangegeven hoe de vereiste samenhang in prestaties kan worden vastgesteld. Wat dan rest, is de bespreking van enige consequenties van de hier verwoorde opvatting, waarbij de precontractuele fase wederom wordt teruggebracht in het stramien van de bronnen van verbintenis en overige op de wilsleer gebaseerde leerstukken worden herijkt.

2. NORMALE WEDERKERIGHEID

2.1 Inleiding

Dat bij de vaststelling van de wederkerige samenhang de *normaliteit* van de wederzijdse prestaties een essentiële rol speelt, maakt hoogst belangrijk wat daaronder precies moet worden verstaan. Deze paragraaf is aan die vraag gewijd. In het concrete geval zal immers eerst wanneer een normale wederke-

righeid wordt geacht te ontbreken, de vraag worden gesteld of de gebondenheid wellicht nog door andere omstandigheden wordt gerechtvaardigd.¹

Behalve de aard van de overeenkomst en de verhouding tussen partijen komt hier ter bepaling van de 'normale samenhang' de grootte van het door elk der partijen te lijden nadeel en te genieten voordeel aan de orde. Hoewel deze factoren hun belangrijke rol slechts in onderlinge samenhang kunnen vervullen, komen zij nu achtereenvolgens geïsoleerd voor het voetlicht.

2.2 De aard van de overeenkomst

Een eerste factor ter bepaling van de onderlinge samenhang in prestaties, is de aard van de transactie. Wat in casu normaal is, wordt immers in hoge mate door de soort overeenkomst bepaald.² Op twee wijzen speelt deze factor een rol. In de eerste plaats is er een aantal soorten overeenkomsten dat per definitie ongunstig is voor de contractant die daarbij partij is. Zo is niet normaal dat een rechthebbende afstand doet van een hem toekomend recht omdat die afstand in het algemeen als ongunstig valt te beschouwen. Dat een werknemer vrijwillig ontslag neemt, is om dezelfde reden evenmin gebruikelijk.

In de tweede plaats kan de aard van de *in casu* gesloten overeenkomst een rol spelen. Hoewel de koop een gebruikelijke overeenkomst is, nu deze in het voordeel van beide partijen wordt geacht te zijn, kan zij abnormaal worden waar tegen een evident te lage of te hoge prijs wordt gecontracteerd of waar deze andere ongebruikelijke voorwaarden bevat. Von Mehren merkt terecht op:³

'terms that are not "usual" or "expected" in the type of contract in question are increasingly refused enforcement'.

In deze tweede betekenis vloeit de omstandigheid aard der overeenkomst over in de factoren verhouding van partijen en voor- en nadeligheid van de

1. Dit in overeenstemming met de door ons verdedigde 'dogmatische' visie. Deze benadering vindt enige steun in de rechtspraak. Zie bijv. HR 3 maart 1989, *NJ* 1989, 471 (Vormingswerk/Ter Horst), waarin door het Hof eerst werd onderzocht wat gelet op de personeelsadvertentie een *gebruikelijke* functie van de werknemer was, om vervolgens te overwegen 'dat uit de andere omstandigheden, met name ook de honorering, voorhands onvoldoende contra-indicaties te putten vielen' (curs. JMS).
2. De 'aard en de verdere inhoud van de overeenkomst' werd al genoemd als omstandigheid ter toetsing van een exonatiebeding in HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 (Saladin/HBU); zie thans art. 6:233 sub a BW. Zie vooral Vranken, Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten, *passim*.
3. *IECL*, vol. VII-1: A General View of Contract [1982], p. 69. De uitspraak ziet overigens op standaardvoorwaarden, maar geldt o.i. ook meer algemeen. Zie over de normaliteit recent ook Clausdieter Schott, Die Definition der Normalität; ein Testfall: die Kastratenehe, *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte* 16 (1994) p. 210 v., die de verhouding tussen normaliteit en juridische normativiteit uitwerkt.

transactie. Wat *in casu* een gebruikelijke overeenkomst is, zal immers grotendeels van die concrete omstandigheden afhangen. Om een al eerder gebruikt voorbeeld aan te halen: of de koop van een vergassingsinstallatie normaal is, kan slechts worden bepaald door te bezien door wie (een olie-maatschappij of een particulier?) en tegen welke prijs (een gebruikelijke of niet?) dit geschiedt.

Het verband tussen normaliteit, wederkerigheid en aard van de overeenkomst wordt duidelijk wanneer de rechtspraak omtrent de totstandkoming der rechtshandeling wordt bestudeerd. Zo valt uit uitspraken ten aanzien van de ontslagname door de (zwakke) werknemer te destilleren dat zijn verklaring niet snel als zodanig zal worden opgevat, nu een vrijwillig ontslag in hoge mate nadelig voor hem is.⁴ Dat in geval van afstand van recht kennis nodig is van het recht dat men laat varen,⁵ vloeit eveneens voort uit de gedachte dat een wederkerigheid vereist is voor een geldige overeenkomst. Die wordt bewerkstelligd door bij deze evenzeer abnormale handeling een expliciete wilsuiking te verlangen.⁶ Aldus wordt de ontbrekende normaliteit van de handeling 'geheeld' door andere factoren.

Dat een 'normale' overeenkomst als koop is gesloten, heeft ook zijn invloed op datgene waartoe partijen verplicht zijn. Uit de aard van de overeenkomst zelve kunnen hier geen argumenten voor een uitleg van de overeenkomst ten gunste van de benadeelde partij worden getrokken. Hier zal de abnormaliteit eerder voortvloeien uit een *in casu* bestaande wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties. Zo is wie zijn onderneming voor 1,-, te vermeerderen met een eventuele positieve balanswaarde, verkoopt aan een derde, daaraan niet gebonden indien hij vervolgens betwist zijn toestemming te hebben gegeven. Dat is geen normale waarde 'aangezien het voor een ieder duidelijk was, dat (...) die balans dan een belangrijk negatief saldo zou blijken vertonen en het ook duidelijk is en was, dat (de verkochte zaak) in

4. Zeer duidelijk is HR 28 mei 1982, *NJ* 1983, 2 (Coolwijk/Kroes): 'vrijwillige beëindiging door de werknemer van zijn dienstbetrekking heeft voor deze zó ernstige gevolgen, dat de bedoeling daartoe (...) niet te gauw door de werkgever mag worden aangenomen'. Zie voorts bijv. HR 5 december 1975, *NJ* 1976, 223 (Overspannen verkoopleider); HR 28 september 1984, *NJ* 1985, 246 (Ben Dadi) alwaar een expliciete koppeling tussen de onderzoeksplicht van de werkgever en de ingrijpende consequenties van het ontslag voor de werknemer; HR 15 april 1988, *NJ* 1988, 951 m.nt. PAS (Ben Amran) en HR 9 februari 1990, *NJ* 1991, 146 m.nt. PAS (Visser/Oosterweghel). Vgl. de noot van J.M. van Dunné onder het als tweede genoemde arrest, *AA* 25 (1976), p. 290.
5. Zie HR 10 februari 1967, *NJ* 1967, 212 m.nt. GJS (De Zaan/Intercoal).
6. Zie reeds in deze zin Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 225. Vgl. Hof Den Bosch 5 oktober 1976, *NJ* 1977, 382 (Ziekenfonds/Van Kessel), waar die wilsuiking niet werd aangenomen nu de verzekeringsmaatschappij zich ter verkrijging van een finale kwijting geen enkel offer had getroost.

feite een veel en veel grotere waarde vertegenwoordigde'.⁷ En indien koper en verkoper niet uitdrukkelijk een prijs hebben bedongen, geldt 'een prijs, die billijk, gebruikelijk en normaal' is.⁸

Het 'klassieke geval' van oneigenlijke dwaling, dat van het telegram dat een verkeerde weergave bevat van wat door de verzender is 'gewild', zal eveneens aan de hand van wat in casu tussen partijen als een normale wederkerigheid kan worden beschouwd, moeten worden beslist. Indien A voor 100,- wenst aan te bieden aan B, terwijl het telegram een aanbod voor 10,- bevat, kan de vraag of B de ongelukkige A aan het aanbod kan houden, slechts worden bepaald door na te gaan wat tussen partijen gebruikelijk is, hetgeen een onderzoek naar de achter de verklaring liggende factoren noodzakelijk maakt.

Waar dit geval dan ook naar de *tekst* van art. 3:35 BW moet worden beslist door te bezien of B de *verklaring* van A in redelijkheid had kunnen opvatten als een aanbod voor 10,-, is de eigenlijke vraag of in de verhouding A-B, gelet op alle omstandigheden, voldoende *rechtvaardigingsgrond* aanwezig is voor de gebondenheid van A. Dat is het geval indien B met het verkrijgen van het goed tegen een dergelijke *abnormale* prijs niet bovenmatig zal worden verrijkt omdat andere omstandigheden de financiële verrijking tenietdoen. Dat is niet waarschijnlijk indien A en B elkaar in het geheel niet kennen; afdwingbaarheid is dan uitgesloten. Indien A en B echter eerder met elkaar onderhandelden en verschillende prijzen tussen 10,- en 100,- de revue zijn gepasseerd, of indien A bij B een belangrijke order in de wacht hoopt te slepen en nu tracht zijn wederpartij gunstig te stemmen, kan dit anders zijn.

Maar ook in het minder sprekende geval waarin is aangeboden voor een bedrag van 90,-, terwijl bedoeld was aan te bieden voor 100,-, bewijst het hier voorgestelde model goede diensten. In dat geval zal de prijs immers doorgaans wel degelijk als gebruikelijk kunnen worden aangemerkt (zodat de overeenkomst tot stand komt), tenzij wederom bijzondere omstandigheden bestaan. Bedacht zij daarbij dat de vraag wat door de aanbieder precies is gewild op zichzelf niet relevant is doch dat de mededeling dat *niet* is gewild slechts de betwisting van de gebondenheid ten gevolge heeft. Vervolgens is de vraag of de wederzijds te verrichten prestaties in wederkerige samenhang met elkaar staan.

De aard van de overeenkomst krijgt los van het tussen de partijen in casu gesloten contract wederom betekenis waar het gaat om consumentenkoop. Daar wordt wat normaal is, sterk beïnvloed door het feit dat een zwakke

7. Aldus arrest Hof, waartegen cassatie verworpen, kenbaar uit HR 20 januari 1984, *NJ* 1987, 295 (Leutscher/Van Tuyn). In HR 22 februari 1974, *NJ* 1975, 381 m.nt. ARB (Roosendaal/Kinderbescherming) bestaat gebondenheid aan een toezegging omdat de partij door genoemde toezegging niet zonder redelijke grond is bevoordeeld.

8. Hof Den Haag 21 maart 1938, *NJ* 1938, 575 (Matse/Verheul).

contractspartij bestaat die bescherming verdient. Men zou kunnen spreken van een geïnstitutionaliseerde wederkerigheid: er is een wettelijke garantie dat de consument zijn zaken op voor hem niet ongunstige voorwaarden kan kopen en dat betekent dat de hem beschermende bepalingen de plaats innemen die traditioneel door de wilsovereenstemming wordt ingenomen, zodat de wederkerigheid niet langer *in casu* behoeft te worden bepaald.⁹

Deze geïnstitutionaliseerde wederkerigheid geldt stellig niet alleen de inhoud van de verplichtingen, maar ook de totstandkoming van de overeenkomst zelf. Bij handelingen die algemeen worden beschouwd als om te voorzien in voor burgers noodzakelijke behoeften,¹⁰ is immers hoogst onwaarschijnlijk dat tegen andere dan de gebruikelijke prijzen of voorwaarden is gecontracteerd. Daarmee is niet voldaan aan de eis van enige wederkerigheid tussen de door partijen te leveren prestaties. Dit hangt daarmee samen dat het hier gaat om welhaast intrinsiek voordelige handelingen in die zin dat men praktisch niet zonder de door middel van die handelingen verkregen zaken kan, zodat het normaal is om de gebondenheid te wensen.

Op nog één belangrijke toepassing van de factor aard der overeenkomst moet worden gewezen. Als het klassieke voorbeeld van een afspraak die niet tot rechtsgevolgen kan leiden, geldt de afspraak in de informele sfeer, zoals die om te wandelen, om gezamenlijk naar een bal te gaan etc. In de wilsleer kon de onverbindendheid van deze afspraak moeilijk worden verklaard, nu in dat geval de gebondenheid wel degelijk was gewild of door de wederpartij op de wil was vertrouwd.¹¹ Onzes inziens ligt de reden voor de niet-gebondenheid echter daarin dat het hier gaat om intrinsiek niet op enig bij standaardsituatie geïnstitutionaliseerd voordeel gerichte handelingen. Niet uitgesloten is echter dat ook de sociale afspraak juridisch verbindend is, maar daartoe zullen wederom nadere rechtvaardigende omstandigheden aanwezig moeten zijn.

De aard van de overeenkomst geeft aldus een eerste aanwijzing of een samenhang in de wederzijdse prestaties aanwezig is. De factor zal deels een overlap vertonen met een andere omstandigheid, nl. die wat de onderlinge verhouding van partijen is. Daarop wordt nu nader ingegaan.

9. Vgl. HR 20 november 1981, NJ 1982, 517 m.nt. CJHB (Holleman/De Klerk), waaruit kan worden afgeleid dat voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden de gewone totstandkomingsregels van toepassing zijn en de inhoud pas later wordt beoordeeld. O.i. onderscheide men liever niet tussen totstandkoming en inhoud en speelt de vraag of de overeenkomst onereuze bedingen bevat reeds bij de vaststelling der gebondenheid. Zie nader Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten*, no. 54 en 58.
10. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten*, no. 32, spreekt van 'rechtshandelingen die direct te maken hebben met wonen, werken, leven en gezondheid'.
11. Zie voor de verschillende — gebrekkige — verklaringen van deze gebondenheid vooral Collins, *Law of Contract*, p. 40 v.

2.3 De verhouding tussen contractspartijen

Stellen dat de onderlinge verhouding en de kwaliteit van de contractspartijen (aangevuld met hun specifieke deskundigheid) een rol speelt in het contractenrecht,¹² is weinig revolutionair. In het kader van vele leerstukken komt de vraag of de handelende partij particulier, ondernemer of overheid is aan de orde. Bij de wilsgebreken dwaling, bedrog, bedreiging en misbruik van omstandigheden zijn deze factoren van belang bij de vraag of met succes een beroep op hen kan worden gedaan;¹³ bij de totstandkoming en de uitleg van de overeenkomst zijn zij — al dan niet via de band van de onderzoekspllicht — direct van invloed op de vraag of gerechtvaardigd is vertrouwd.¹⁴ Dat het meest pregnante voorbeeld van de invloed van hoedanigheid ('maatschappelijke positie') en onderlinge verhouding van partijen de toetsing van de inhoud van de overeenkomst, in het bijzonder van de standaardvoorwaarden, aan de redelijkheid en billijkheid is,¹⁵ zet ons echter op het spoor van de reden waarom deze factoren van belang zijn.¹⁶

Dat juist in evident ongelijkwaardige verhoudingen als die tussen onwetende consument en onnipotente ondernemer aan de kwaliteit van de contractspartijen betekenis wordt gehecht, vloeit wederom direct voort uit een behoefte aan bewerkstelligen van wederkerigheid.¹⁷ Waar de wilsleer, die

12. Verhouding en kwaliteit zijn nauw met elkaar verbonden. Dat immers sprake is van een bepaalde bijzondere verhouding, kan eerst worden gezegd nadat de kwaliteit waarin partijen hebben gehandeld is uitgemaakt. In het vervolg zal meestal worden gesproken van de verhouding tussen partijen. Zie voor enige problemen van algemene aard i.v.m. de partij-kwaliteit Loges, *Die Begründung*, p. 65 v.
13. Zie voor dwaling de discussie tussen enerzijds M.M. van Rossum, *Dwaling, in het bijzonder bij koop van onroerend goed*, diss. Utrecht 1991, Deventer 1991, p. 35 v. en anderzijds Jac. Hijma, Bbespr., *NTBR* 1992, p. 132 v. over de implicaties van HR 1 juni 1990, *NJ* 1991, 759 m.nt. CJHB (Van Lanschot/Bink), waarin de Hoge Raad al dan niet een algemene mededelingsplicht van de ondernemer jegens de particulier zou hebben aanvaard.
14. Zie met name HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex): bij de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan contractsbepalingen mogen toekennen, en hetgeen zij te dien aanzien van elkaar mogen verwachten, kan mede van belang zijn 'tot welke maatschappelijke kringen partijen behoren en welke rechtskennis van zodanige partijen kan worden verwacht'. Zie ook HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 382 (Misverstand II).
15. Zie bijv. HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m.nt. GJS (Saladin/HBU) en recenter HR 16 januari 1987, *NJ* 1987, 553 m.nt. G (Hooijen/Tilburgsche Hypotheekbank): 'de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van partijen' is een factor van belang.
16. Zie voor verdere toepassingen R.P.J.L. Tjittes, *De hoedanigheid van contractspartijen*, diss. Groningen 1994, die er op wijst dat hij niet alle leerstukken waarin de status van partijen van belang is, behandelt. Dit kan ook moeilijk anders nu die status *altijd* een rol speelt, ook indien niet expliciet genoemd.
17. Tjittes, *o.c.*, p. 14 en 243 v., spreekt van 'ongelijkheidscompensatie' en noemt als andere reden voor de toenemende invloed van de partij-kwaliteit onder meer de behoefte aan rechtszekerheid. Of dit een zelfstandige factor is, wagen wij te betwijfelen.

uitgaat van volstrekt gelijkwaardige contractspartijen, niet voldoet, tracht men de consequenties van de daarmee totstandgekomen niet-wederkerige overeenkomst te verzachten door de kwaliteit van partijen te laten meewegen bij de vraag of de inhoud der overeenkomst wel rechtvaardig is.¹⁸

Min of meer expliciete verwijzingen naar deze benadering vinden we in wetgeving en rechtspraak. In art. 7:17 lid 2 BW wordt de regel dat de afgeleverde zaak aan de overeenkomst moet beantwoorden, zo uitgewerkt dat dit niet het geval is, indien de zaak niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mag verwachten. Indien geen bijzonder gebruik is overeengekomen, zijn dat de eigenschappen, nodig voor een *normaal gebruik* van de zaak. Daarbij speelt de verhouding tussen partijen een grote rol: het normale gebruik door een professionele koper is immers anders dan dat van een particulier.¹⁹

Ook de contra proferentem-regel (art. 1385 BW (oud)), inhoudende dat uitleg moet plaatsvinden ten nadele van degene die heeft bedongen en de meer specifieke regel voor koop dat uitleg van onduidelijke bepalingen ten gunste van de koper plaats heeft,²⁰ zijn toepassingen van deze gedachte. Normaal is dat de bedinger of de verkoper in het voordeel zijn; dat wordt opgeheven door een uitleg ten gunste van de zwakkere wederpartij. Steeds echter wordt recht gedaan aan een eventuele gerechtvaardigde afwijking van de regels: hun toepasselijkheid ligt slechts 'voor de hand' of is afhankelijk 'van alle omstandigheden van het geval'.²¹ Dat daarbij de deskundigheid van de contractspartij of eventuele deskundige bijstand een rol speelt, is een

18. Zie over de speciale consumentenbeschermende wetgeving in verband met het opheffen van overwicht van de sterke contractspartij nog altijd J. Valkhoff, *Een eeuw rechtsontwikkeling*, Amsterdam 1938, *passim*. Een en ander betekent o.i. dat voor de toepasselijkheid van afd. 6.5.3 BW irrelevant is of de wederpartij van de consument aan mocht nemen dat hij contracteerde met een consument. Waar het gaat om bescherming van de zwakke partij en voorkomen van een onbillijke bevoordeling van de wederpartij (vgl. PG Boek 6 (Inv.), p. 1450 (MvT)), is haar uiterlijk gedrag irrelevant. Anders: Jac. Hijma, Consumentenkoop of gewone koop?, *WPNR* 6051 (1992) p. 388.
19. Vgl. Meijers, *Algemene Begrippen*, p. 225: 'De gewone burger houdt gemeenlijk alleen met de hem bekende omstandigheden en de normaal zich daaruit ontwikkelende gevolgen rekening'. In de MvA II, TK 16.979, nr. 8 p. 12 wordt dit gebracht in het kader van de mededelings- en onderzoeksplichten: deze rusten eerder op de professionele koper dan op zijn particuliere evenknie.
20. Vroeger neergelegd in art. 1509 BW (oud), ook aanvaard in HR 1 juli 1977, *NJ* 1978, 125 m.nt. GJS (Ram/Matser) ten aanzien van de 'professionele verkoper' en de 'niet-professionele koper'. Zie voor de verzekeringsovereenkomst ook HR 28 april 1989, *NJ* 1990, 583 m.nt. MMM (Liszky II).
21. Respectievelijk Ram/Matser en Liszky II. Het is m.i. ook weinig vruchtbaar te trachten de in de rechtspraak aangenomen mededelings- en onderzoeksplichten te herleiden tot meer algemene regels; men blijft dan terugvallen op alle mogelijke voorbehouden. Hoogstens kan men trachten hen terug te voeren op een algemeen principe.

platitudo.²² Dat de uitleg van de overeenkomst tussen overheid en burger eveneens in het voordeel van de laatste geschiedt, tenzij bijzondere deskundigheid bestaat, evenzeer.²³ En dat in de verhouding tussen twee ondernemers men in beginsel te maken heeft met twee gelijkwaardige contractspartijen,²⁴ zodat daar geen bijzondere uitlegeregels gelden, wekt evenmin verbazing.

De aan deze betrekkelijk toevallige toepassingen ten grondslag liggende gedachte, nl. dat slechts in de onderlinge verhouding van partijen kan worden bepaald wat *gebruikelijk* is en dus wat een *normale wederkerigheid* is, is essentieel.²⁵ Dat een particulier minder snel behoeft te 'verwachten' dat hij met een onevenredig grote last wordt opgezadeld dan de ondernemer, die per definitie risico loopt, is weer gemeengoed.²⁶ Dat in de verhouding werkgever-werknemer niet snel wordt aangenomen dat de dienstbetrekking is beëindigd, eveneens. Maar meer algemeen geldt voor de totstandkoming van iedere overeenkomst dat een contractspartij in beginsel slechts dan gebonden is waar een, gelet op zijn verhouding met de wederpartij, normale tegenprestatie is verschuldigd, tenzij omstandigheden bestaan die een afwijking van die regel rechtvaardigen.

Dit betekent wel dat de hoedanigheid en onderlinge verhouding van contractspartijen, net als de aard van de overeenkomst, een rol spelen als factor, niet alleen bij de *inhoud* van de overeenkomst, maar ook bij de *totstandkoming* daarvan. Naar huidig recht zal die factor ook reeds 'verborgen' meespelen bij de vraag of de gebondenheid wel is gewild in geval van betwisting daarvan door de nolens.²⁷ Dit kan ook zo worden gezegd dat de samenhang in de wederzijdse prestaties slechts dan normaal wordt geacht

22. In de verhouding tussen particulier met deskundige bijstand en ondernemer is bijv. minder reden voor onderzoek. Vgl. *PG Boek 3* (Inv.), p. 1133 (V.C. II).

23. De Ram/Matser-formule geldt op gelijke voet. Zie HR 23 september 1988, *NJ* 1989, 35 (Bouten/Helmond). Zie voor de verhouding overheid-particulier met deskundige bijstand bijv. HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS (Bunde/Erckens).

24. Vgl. Tjittes, *o.c.*, p. 140 en HR 4 januari 1991, *NJ* 1991, 254 (Avery/VRG).

25. Het verband tussen de verhouding van partijen en wat gebruikelijk is wordt nog expliciet gelegd in HR 18 november 1983, *NJ* 1984, 345 (Shu/Lam), alwaar de vraag was wie als werkgever zou optreden.

26. Dit wordt voor de consument fraai geïllustreerd door BGH 28 februari 1973, *BGHZ* 60, p. 243 v. (Differenzprovision): 'Klauseln (können) keinen rechtlichen Bestand haben, deren Einfügung in die Vertragsbeziehungen für den Kunden eine Überraschung bedeuten muß, wie es insbesondere dann der Fall ist, wenn der Inhalt auf eine dem Leitbild des gewählten Vertragstyps groß widersprechende Regelung hinausläuft'.

27. Tjittes, *o.c.*, p. 18 en p. 244 nt. 7 lijkt dit niet in te zien waar hij stelt dat 'de vrije wilsbepaling (...) een voor de hand liggende en in de praktijk van alledag voor het overgrote deel van de gevallen ook overtuigende grond' is voor gebondenheid. Dit is immers slechts zo omdat meestal 'normale', wederkerige overeenkomsten worden gesloten, waarbij het oordeel dat dat zo is, onder meer wordt ingegeven door de kwaliteit van partijen.

indien de verhouding van partijen en de aard van de overeenkomst daartoe aanleiding geven.²⁸ Dit betekent dat de vraag naar de eventuele aanwezigheid van een niet-wederkerige verhouding, niet meespeelt bij de *instandhouding* van de overeenkomst, maar bij het oordeel of de overeenkomst al dan niet is totstandgekomen. Zo wordt de wederkerigheid nog slechts op één 'beslissingsmoment' getoetst.

Een belangwekkende vraag is nu of naar huidig recht niet reeds een leerstuk bestaat waarmee aan de tussen partijen bestaande verhouding betekenis wordt toegekend voor de vraag naar de totstandkoming. Inderdaad is een parallel te trekken tussen de opvatting dat iedere verhouding invloed heeft op de wederzijdse verplichtingen van partijen, en de regeling van de voortbouwende overeenkomst, zoals neergelegd in art. 6:229 BW. Krachtens deze bepaling is een overeenkomst die de strekking heeft voort te bouwen op een reeds tussen partijen bestaande rechtsverhouding, in beginsel vernietigbaar indien die rechtsverhouding ontbreekt. Daarmee is voor de hulpovereenkomst die afhankelijk is van een reeds bestaande rechtsverhouding, een speciale regeling getroffen.²⁹ Hoewel niet de bedoeling van de wetgever,³⁰ is er onzes inziens niets op tegen om iedere overeenkomst als een voortbouwende te beschouwen nu haar geldigheid immer zodanig afhankelijk zal zijn van de buiten haar liggende verhouding van partijen dat *zonder* die verhouding geen gebondenheid bestaat.³¹ Geen enkele overeenkomst heeft een zelfstandige reden van bestaan.³²

28. Andere omstandigheden als wijze van totstandkoming der overeenkomst en de wederzijds kenbare belangen van partijen, kunnen o.i. worden teruggevoerd op de verhouding van partijen.

29. De voortbouwende overeenkomst is een hulpovereenkomst die een reeds bestaande overeenkomst preciseert of wijzigt. Daarnaast zouden andere hulpovereenkomsten bestaan waarbij de rechtsverhouding wordt verondersteld of in de toekomst ontstaat. Zie *Asser-Hartkamp* II, no. 72. Dit onderscheid lijkt nogal gekunsteld, nu o.i. slechts relevant is of reden voor gebondenheid kan worden gevonden in *enigerlei* buiten de overeenkomst liggende verhouding. In die zin is altijd sprake van 'voortbouwen'.

30. Vgl. *PG* Boek 6, p. 913. Art. 6.5.2.12 OM had een veel ruimer strekking dan het huidige art. 6:229. Vgl. ons iets over de grondslag over de wederzijdse dwaling, *RMTh* 1993, p. 499 v.

31. Wel is differentiatie mogelijk naar de wijze waarop de onderliggende rechtsverhouding van belang is. In geval van een normale wederkerige overeenkomst bestaat slechts in zoverre behoefte aan een terugvallen op de partij-verhouding dat deze van belang is voor de vraag of een normale overeenkomst bestaat. In geval van schenking ligt dit anders. Vgl. nader *infra*, hoofdstuk IX, § 2.2.2.

32. Deze opvatting verbaast niet waar eerder de oorzaak-eis centraal werd gesteld. Vgl. H.J. Hamaker, Nog eens: de oorzaak eener overeenkomst, oorspr. 1903, in: *VG*, dl. IV, p. 89: bij de oorzaak gaat het om 'zeker verband van de overeenkomst, om wier oorzaak het te doen is, met eene van haar onafhankelijke rechtsbetrekking of rechtsverhouding'. Bij een eenzijdige betalingsplicht dient bijv. een verband te bestaan tussen die plicht en een rechtsverhouding buiten haar. Dit verband kan in het contract zelf zijn uitgedrukt.

2.4 De voor- en nadeligheid der handeling

Sluitstuk van de vaststelling dat een normale, wederkerige overeenkomst bestaat, is de vraag of de handeling voor de betrokken persoon al dan niet voordelig is. Er is al op gewezen dat hoogst onwaarschijnlijk is dat iemand een voor hem ongunstige handeling wenst te verrichten. De wijze waarop de voor- en nadeligheid meer concreet een rol speelt, komt nu aan de orde.

Dat de voor- en nadeligheid een rol vervult, betekent uiteraard niet dat slechts overeenkomsten die objectief gezien 'rechtvaardig' zijn — nog daar gelaten in hoeverre dit is vast te stellen³³ — kunnen worden afgedwongen. Wie een tweedehands-auto wenst te kopen tegen een onevenredig hoge prijs, moet dat kunnen doen. Aan de andere kant is zeker dat indien de tussenkomst van de rechter wordt ingeroepen ter aantasting van de koopovereenkomst, deze de afspraak zal interpreteren en uit de prijs zal afleiden wat de kwaliteit van de geleverde auto moet zijn. De prijs bepaalt met andere woorden wat conformiteit is, zodat wel degelijk een wederkerigheid wordt bewerkstelligd over de band van de uitleg van de partij-verhouding.³⁴ Zodra de gebondenheid wordt betwist, zal de rechter de totstandkoming der overeenkomst in de eerste plaats laten afhangen van de mate waarin het *onder de concrete omstandigheden* normaal is om gebondenheid te wensen.

Voor deze benadering, waarbij de hoogte van de prijs (de abnormaliteit daarvan) of de grootte van het door de wederpartij te lijden nadeel bij de instandhouding van de overeenkomst een essentiële rol vervult bij de bepaling van wat overeengekomen is,³⁵ zijn in de rechtspraak legio voorbeelden te vinden. Zo zal in geval van een verrassend lage prijs in het geheel geen gebondenheid ontstaan zolang aan de overeenkomst geen uitvoering wordt gegeven.³⁶ Een boedelscheiding waarbij de vrouw ernstig wordt benadeeld en vervolgens stelt dat zij haar wil niet kon bepalen, zal in beginsel geen rechtsgevolg hebben. De man had dan in verband met de omvang van zijn

33. Zie voor de onmogelijkheid van een theorie van de 'rechtvaardige prijs' bijv. Christoph Becker, *Das Problem der Austauschgerechtigkeit*, in: Feenstra & Zimmermann (ed.), *Das römisch-holländische Recht*, Berlin [1992], p. 201.

34. In de hier voorgestane benadering levert het feit dat niet wordt getracht de overeenkomst aan te tasten, maar een vrijwillige uitvoering plaatsvindt, de redengeving op voor de gebondenheid. Zie nader *infra*, § 4.

35. Gebruik van zg. 'implied terms' is dan ook onvermijdelijk. Vgl. Atiyah, *Contract and Fair Exchange*, oorspr. 1985, in: *Essays*, p. 337: 'We imply a term to give effect to our sense of justice rather than to give effect to what these particular parties intended; but our sense of justice does derive in part from patterns of customary behaviour. Because most people enter into exchange transactions of a certain type and at certain prices on certain terms, we come to regard these as fair and reasonable'.

36. Vgl. Rb. Amsterdam 14 februari 1968, *NJ* 1968, 257 (Doorniks porcelein): de genoemde prijs was voor een dertig-delig Doorniks servies als *verrassend laag* te beschouwen en eiser had dus i.e.g. rekening behoren te houden met de mogelijkheid dat gedaagde zich vergiste, zodat 'wilsovereenstemming' ontbrak.

bevoordeling moeten beseffen dat de reële mogelijkheid bestond dat de vrouw op die voorwaarden niet wenste te contracteren.³⁷

Bij een misverstand zullen voor- en nadeel een rol spelen bij het oordeel dat contractuele gebondenheid bestaat. Zo is voor de vraag of ook het brandrisico in de polis is gedekt, de hoogte van de premie relevant.³⁸ Het is normaal dat voor een uitgebreidere dekking een hogere prijs dient te worden betaald. Geschiedt dat niet, dan ligt het vermoeden voor de hand dat die dekking niet bestaat. Indien geen gebruikelijke prijzen bestaan, zal aan de prijs uiteraard geen argument kunnen worden ontleend.

Dat met de factoren aard der overeenkomst, wederzijdse verhouding en kwaliteit van partijen kan worden vastgesteld of een normale wederkerigheid bestaat, neemt niet weg dat een afwijking daarvan — bijvoorbeeld omdat een gebondenheid van de werknemer aan een ontslagname toch redelijk lijkt — niet is uitgesloten; deze 'abnormale' wederkerigheid zal dan echter door bijkomende omstandigheden moeten worden gerechtvaardigd.

3. ABNORMALE WEDERKERIGHEID

3.1 Inleiding

De kwestie of ondanks de afwezigheid van een 'normale' wederkerigheid, niet toch gebondenheid bestaat, komt thans aan de orde. De zojuist genoemde factoren zullen ook bij de bepaling van die *abnormale* wederkerigheid een rol spelen. Zo is denkbaar dat iemand een voor hem ongunstige handeling wenst te verrichten, die echter een rechtvaardiging vindt in de tussen hem en de bevoordeelde partij bestaande verhouding. Dat een overeenkomst tegen een objectief gezien minieme waarde wordt gesloten, is waarschijnlijker waar het gaat om partijen die dienaangaande met elkaar hebben onderhandeld of om elkaar welgezinde familieleden dan indien sprake is van contractspartijen die voor de eerste maal met elkaar van doen hebben.³⁹

Thans komt, nadat is ingegaan op de verrijking als algemene maatstaf, een aantal voor de abnormaliteit van de handeling specifieke factoren aan de orde. Vervolgens wordt een algemene beschouwing gewijd aan de fundering van deze 'abnormale' gebondenheid in een vanouds bestaande bron van verbintenissen. Onze opvatting inzake de bronnen van verbintenis verplicht immers tot een bij de overeenkomst betrekken van andere dan typische

37. HR 24 mei 1985, *NJ* 1986, 699 m.nt. WMK (Nolan/Van Aalst I), vervolgd in HR 23 december 1988, *NJ* 1989, 278 (Nolan/Van Aalst II).

38. Zie HR 8 juli 1982, *NJ* 1983, 456 m.nt. BW (Guliker/AGO).

39. Men vgl. het klassieke Misverstand-arrest, waarin de vraag 'of de betekenis waarin de ene partij de uitdrukking heeft opgevat meer voor de hand lag dan die waarin de ander haar heeft opgevat' ook afhangt van de relatie tussen partijen.

elementen die de op het eerste gezicht onterechte verrijking van een der contractspartijen (en de benadeling van de ander) alsnog rechtvaardigen.

De hier voorgestane vaststelling der gebondenheid in twee fasen vindt ook in de praktijk toepassing. Een fraai voorbeeld van een situatie waarin de wederkerigheid in eerste instantie ontbreekt, en de rechter vervolgens gaat onderzoeken of wellicht omstandigheden bestaan die 'het relatief aanzienlijk voordeel' van de ene partij (fidens) kunnen rechtvaardigen, vormt het reeds aangehaalde Nolan/Van Aalst I.⁴⁰ In dat geval bestonden die omstandigheden overigens niet.

Een meer recent geval betreft dat waarin de vraag was op welke grondslag de tussen partijen overgedragen pensioenverplichtingen moesten worden gewaardeerd. Een beroep werd gedaan op het feit dat de door de wederpartij gebruikte rekenmethode (nl. de 'hinkende rekenrente') niet gebruikelijk was. In casu werd dit beroep verworpen omdat deze methode 'hoewel wellicht ongebruikelijk' in casu was aanvaard door het met toezicht belaste orgaan en het de wederpartij al sinds 1981 was toegestaan de methode te hanteren.⁴¹

3.2 De verrijkingsgedachte bij de overeenkomst

Gesteld is dat de al dan niet terechte verrijking steeds bepalend is voor de aanwezigheid ener overeenkomst. In de voorafgaande gevallen van 'normale' gebondenheid zal de verrijkingsgedachte slechts een rol op de achtergrond vervullen omdat doorgaans kan worden teruggevallen op bepaalde gevalssituaties. Bij de meer problematische, abnormale, gebondenheden zal de vraag naar de verrijking echter belangrijker worden. Uiteindelijk gaat het immers ook hier om het zoeken naar een objectieve causa.⁴²

Of die redelijke grond voor gebondenheid bestaat, hangt in principe niet af van het bestaan ener expliciet gesloten overeenkomst. Ook in het geval dat verrichte prestaties ten goede komen aan een ander, kan de verplichting bestaan om op gelijke wijze als indien wèl een overeenkomst was gesloten, een tegenprestatie te verrichten. Als belangrijk voorbeeld moet hier worden genoemd het geval De Volharding/GGD.⁴³ In casu had de GGD te Voorburg ambulancevervoer verricht van bij ziekenfonds De Volharding verzekerde personen zonder een daartoe bestaande overeenkomst. De Hoge Raad liet het oordeel van het Hof, dat meende dat De Volharding onrechtmatig handel-

40. Het *supra*, § 2.4, al aangehaalde en weergegeven HR 24 mei 1985, NJ 1986, 699 m.nt. WMK.

41. HR 4 januari 1991, NJ 1991, 254 (Avery/VRG).

42. Zoals treffend blijkt uit HR 8 april 1994, NJ 1994, 704 m.nt. PAS (Agfa-Geveart/Schoolderman). In casu werd overwogen dat gelijke arbeid in gelijke omstandigheden op gelijke wijze moet worden beloond, tenzij 'een objectieve rechtvaardigingsgrond' ongelijke beloning toelaat.

43. HR 10 november 1989, NJ 1990, 700 m.nt. JBMV.

de door betaling van de ten behoeve van haar verzekerden door de GGD gemaakte kosten te weigeren en deze ten laste van de GGD te laten, in stand. Hier had echter evengoed van een overeenkomst kunnen worden gesproken: het ziekenfonds zou worden verrijkt met een prestatie, zonder dat daar enige bijzondere rechtvaardigingsgrond voor aanwezig is, indien niet een in samenhang met die prestatie staande tegenprestatie zou zijn aangenomen.

In casu was die samenhangende tegenprestatie dus de betaling van een redelijke schadevergoeding, wat de facto neerkomt op het construeren van een overeenkomst.⁴⁴ De thans te behandelen factoren kunnen eveneens in het licht van deze al dan niet terechte verrijking worden gelezen.

3.3 De betekenis van de expliciet geuite wil

3.3.1 Algemeen: de wil als formele grond voor gebondenheid

Een omstandigheid waaraan hier uitgebreid aandacht moet worden besteed, is de wilsuiting. In de traditionele leer staat deze voorop ter rechtvaardiging van de gebondenheid; voor ons is deze echter slechts een omstandigheid die de gebondenheid in abnormale situaties kan rechtvaardigen doordat hij een aanwijzing vormt dat enigerlei samenhang bestaat. De wil in het contractenrecht volledig ontkennen is niet mogelijk; hem terugbrengen tot normale proporties wel.⁴⁵

Het is daarbij dienstig om in herinnering te roepen wat in hoofdstuk VI is gesteld aangaande de opvatting van Atiyah. Uit onze weergave bleek dat voor Atiyah niet zomaar iedere gedane belofte bindt, maar dat steeds moet worden gezocht naar een achter die belofte gelegen rechtvaardiging. Los van de vraag of de door Atiyah als rechtvaardiging opgevoerde factoren kunnen voldoen,⁴⁶ moet hier gezegd zijn dat dit denken in termen van wat heet 'formal and substantive reasoning' treffend weergeeft waarom het gaat bij de verhouding wil-gebondenheid (lees: wederkerige samenhang).⁴⁷

Essentieel is dat steeds waar de wil expliciet wordt geuit, dit slechts een formele grond voor de gebondenheid oplevert, waarachter een substantiële

44. Zie voor een ander geval vooral HR 11 april 1986, NJ 1986, 622 m.nt. G (Baartman/Huijbers) en voorts de bij Vranken in de noot bij het zojuist genoemde arrest aangehaalde uitspraken.

45. Alle pogingen om een contractenrecht te bouwen zonder wil zijn mislukt. Vgl. Nieskens, *Het fait accompli*, no. 4-5, alsmede Atiyah, Bbespr., *Harvard LR* 95 (1981-1982), p. 523-524: 'No modern contract scholar would deny that respect for individual choice remains an important value of Western societies'.

46. Dat werd in genoemd hoofdstuk, § 4.4 ontkend.

47. De termen formal and substantive reasoning zijn eerst principieel aan de orde gesteld in P.S. Atiyah en Robert Summers, *Form and Substance in Anglo-American Law*, Oxford 1987. Zie echter reeds het tweede in de volgende noot genoemde artikel.

reden schuilt. ⁴⁸ De wil vervult met andere woorden een bewijsfunctie: de belofte biedt 'strong prima-facie evidence' dat gebondenheid bestaat. ⁴⁹ Dit is efficiënt, omdat aldus niet steeds in ieder geval de samenhang vanuit de grond hoeft te worden opgebouwd, maar kan worden uitgegaan van vermoedens. Daarmee past deze benadering in de door ons verwoorde dogmatische opvatting.

Dit houdt concreet in dat nagegaan kan worden wat de reden was voor de gedane wilsuiting. In de wils-vertrouwensleer (en hetzelfde geldt voor de andere in hoofdstuk VI verworpen leren) is er geen mogelijkheid om te onderscheiden tussen de casus waarin A belooft 100,- te betalen omdat hij voor dat bedrag goederen heeft ontvangen en de casus waarin hij erin toestemt 'zomaar' 100,- te geven. Duidelijk is echter dat beide gevallen verschillend moeten worden behandeld. ⁵⁰

3.3.2 Tweeërlei betekenis voor de wil

Met de wil als formele reden voor gebondenheid, waarachter de substantiële schuilt gaat, heeft deze factor twee belangrijke functies, één op het terrein van het *vaststellen* der gebondenheid en één op het terrein van *wat precies* en *tussen wie* is overeengekomen.

De eerste functie houdt in dat niet kan worden ontkend dat partijen door middel van het uitoefenen van partij-autonomie in staat zijn invloed uit te oefenen op hun al dan niet gebondenheid. De wil speelt hier op twee wijzen een rol. In de eerste plaats als negatief vereiste: men kan expliciet stellen niet gebonden te willen zijn. Aldus doorbreekt men met de partijwil de normale situatie. Absolute waarde heeft de wil in deze context natuurlijk niet: niet zelden zal het gedrag van de contractant zodanig zijn dat met de door hem geuite wil geen rekening kan worden gehouden. Het enkele bestaan van een leerstuk als de (contractsregels) beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid bewijst dit. ⁵¹

In de tweede plaats kan men de gebondenheid juist wel expliciet wensen. Men kan in zo ondubbelzinnig mogelijke bewoordingen met de wederpartij alle mogelijke varianten bespreken en daaruit een expliciete keuze doen, die

48. Zie The Liberal Theory of Contract, oorspr. 1981, in: *Essays*, p. 127 en vooral Form and Substance in Contract Law, oorspr. 1986, in: *Essays*, p. 112.

49. P.S. Atiyah, Contracts, Promises, and The Law of Obligations, oorspr. 1978, in: *Essays*, p. 27. De enkele belofte is dus nooit 'conclusive evidence'.

50. Vgl. Atiyah, Contract and Fair Exchange, *o.c.*, p. 353: 'Consent alone, without an inquiry into the reasons for which the consent was given, seems a barren thing'.

51. Vgl. *Asser-Hartkamp II*, no. 318 waar wordt gesteld dat art. 6:248 lid 2 BW niet voor toepassing in aanmerking komt indien een ongelijkwaardigheid in prestaties is *overeengekomen* nu de iustum pretium-leer niet wordt aanvaard. Duidelijk zal zijn dat het iustum pretium echter reeds een rol kan spelen bij de vraag of gebondenheid überhaupt bestaat. Vgl. *infra*, § 4.3.3.

eventueel op schrift wordt gesteld. Dat een dergelijke tactiek, juist bij een transactie die gelet op de aard van de overeenkomst of de partij-verhouding weinig gebruikelijk is, haar vruchten afwerpt, wordt duidelijk bij bestudering van de rechtspraak. Daaruit blijkt dat indien men iets abnormaals wenst te bereiken, men die wens in zo duidelijk mogelijke bewoordingen dient te formuleren en indien men dat nalaat, is men gebonden aan de verklaring zoals de wederpartij die normaliter kon opvatten.⁵² Zo is voor de ongebruikelijke handeling van instemming achteraf met een nietig ontslag door een werknemer in verband met de ingrijpende gevolgen 'in beginsel een duidelijke en ondubbelzinnige' verklaring vereist.⁵³

Ook hier geldt echter dat de expliciet geuite wil niet altijd tot gebondenheid aanleiding geven kan. De partij-verhouding speelt hier wederom een grote rol. Dat in transacties tussen professioneel handelende partijen redelijk is dat de een zich bindt, terwijl de ander vrij blijft (zoals bij de optie), betekent nog niet dat dit ook tussen particulieren een normale handeling is.⁵⁴ Algemeen kan worden gesteld dat de wil als rechtscheppende factor in hogere mate een rol speelt waar duidelijk is dat de partij die de wilsuiking heeft gedaan zich bewust was van de consequenties daarvan.

De tweede functie van de wilsuiking ligt daarin dat deze een belangrijke preciserende factor is.⁵⁵ Er is al op gewezen dat in onze benadering het handelen centraal staat en dat het er om gaat te bezien in hoeverre een al dan niet gerechtvaardigde verrijking van de wederpartij intreedt indien niet enigerlei tegenprestatie zou worden verricht. De wilsuiking kan nu helpen om te bepalen *welke* die tegenprestatie zou kunnen zijn (slechts een voldoen aan de bij de schenking gestelde voorwaarden of een versering van de verkregen 100,- omdat slechts sprake was van een lening?) en *door wie* deze moet worden verricht (de begunstigde BV of de natuurlijke persoon?). Bovendien zijn niet zelden aanvullende voorwaarden in de (formele) overeenkomst opgenomen, die dan door de rechter zonder meer als bindend zullen worden beschouwd. In het geval van De Volharding/GGD ontbraken dergelijke aanwijzingen en was men geheel aangewezen op het verrijktingsrecht ter bepaling van wat een redelijke tegenprestatie is, maar doorgaans zullen wel degelijk aanwijzingen kunnen worden ontleend aan bijvoorbeeld schriftelijke stukken.

52. Zie de lagere rechtspraak in *Contractenrecht* II (Blei Weissmann), no. 106 c.1.

53. Zie HR 17 januari 1986, *NJ* 1986, 732 m.nt. PAS (Waal/Vanderheul).

54. Vgl. ook Atiyah, *Contract and Fair Exchange*, o.c., p. 336.

55. Vgl. Atiyah, *Contracts, Promises, and The Law of Obligations*, o.c., p. 25 v. en 39: 'Promises help to clarify, to quantify, to give precision'.

3.3.3 Betekenis van een schriftelijk stuk of andere vorm

Een bijzondere toepassing van de expliciet geuite wil, betreft de afspraak neergelegd in een schriftelijk stuk. Men kan hier spreken van een 'formele overeenkomst', waaronder dan wordt verstaan een tussen partijen expliciet gesloten overeenkomst, die op het eerste gezicht voldoende reden voor de gebondenheid oplevert, maar die eerst tot een 'substantiële overeenkomst' aanleiding geeft indien daadwerkelijk een voldoende causa, gelegen in wederkerige samenhang, bestaat.⁵⁶ Deze formulering maakt duidelijk dat ook het mondeling gesloten contract als een dergelijke 'formele' overeenkomst kan worden gezien, maar dat dit minder voor de hand ligt nu daar van een expliciete wilsuiting minder snel zal blijken. Ook voor het bestaan van een mondelinge overeenkomst met een bepaalde strekking kan echter natuurlijk bewijs worden bijgebracht.

De toepassing van de dogmatische methode die onderscheidt tussen gebondenheid op grond van standaardsituatie en gebondenheid daarbuiten, vindt ook hier toepassing: met een formele overeenkomst behoeft doorgaans de substantiële reden voor gebondenheid niet langer te worden nagegaan.⁵⁷ Dit is echter slechts het geval omdat dan aansluiting wordt gevonden bij de standaardsituatie: het is normaal dat partijen gebonden zijn. Naarmate de op schrift gestelde overeenkomst evenwel, gelet op omstandigheden als de aard van de overeenkomst en de verhouding van partijen, tot een minder gebruikelijke samenhang in de wederzijdse verplichtingen leidt, is er meer reden voor een onderzoek naar de substantiële redenen achter de gebondenheid.

Dat de overeenkomst in schriftelijke vorm is vastgelegd, biedt — afgezet tegen de slechts mondelinge formele overeenkomst — dan wel een extra argument dat partijen de gewenstheid van hun gebondenheid beter hebben overwogen, zodat de aanwezigheid van een één van beide partijen bevoordelende handeling eerder aannemelijk is. Van onterechte verrijking is dan geen sprake.

Dit betekent bovendien dat geen *principieel* verschil bestaat tussen een vrijwillig schriftelijk aangegane overeenkomst en een contract, onderworpen aan vormeisen zoals de notariële akte bij hypotheekverlening.⁵⁸ Evenmin is het verhelderend om in dat laatste geval te onderscheiden tussen de vormeis als bestaansvoorwaarde (zoals bij schenking of huurkoop) en als bewijsmiddel

56. Duidelijk is dat het hier gaat om een 'formele overeenkomst' in andere zin dan gebruikelijk, nl. als contract waarbij de wilsovereenstemming in een bepaalde vorm moet worden gegoten. Overigens zal straks blijken dat de formele overeenkomst in orthodexe zin *tevens* formele overeenkomst is in de hier aan dat begrip gehechte zin (*naast* de formele overeenkomsten die slechts schriftelijk of mondeling zijn aangegaan).

57. Vgl. nog Atiyah, *Form and Substance in contract law*, o.c., p. 109.

58. Zie de noot van Kleijn onder HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 785 (Wever/Aruba Bank): in geval van een verplichte notariële akte is — anders dan bij een vrijwillig gekozen akte — de wederpartij 'zeer snel' een fidens en de controlerende notaris aansprakelijk.

(zoals bij de arbitrage-overeenkomst).⁵⁹ De beide daarvoor traditioneel gegeven rationes,⁶⁰ nl. in het eerste geval het voorkomen van overijling en in het tweede de vergemakkelijking van het bewijs, vormen in wezen één en dezelfde ratio: *omdat* de vormeis overijling voorkomt, is het bewijs van het bestaan ener overeenkomst gemakkelijker.

Ook hier kan echter wel een *gradueel* verschil worden aangewezen. Indien een wilsverklaring om geldig te zijn in een bepaalde vorm moet worden gegoten, levert dat bij een abnormale handeling meer bewijsmateriaal op voor de geldigheid van de handeling dan indien de vorm slechts 'probationis causa' is voorgeschreven. Dit vloeit echter niet voort uit het inachtnemen van de vorm zelf, maar uit het feit dat met de vorm de handeling — ondanks de nadeligheid daarvan — niet onberaden zal zijn aangegaan.⁶¹ Maar uitgesloten is dit laatste wederom niet.⁶²

In alle bovenstaande gevallen speelt een belangrijke rol de mate waarin partijen betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van de (tekst van de) schriftelijke overeenkomst. Naarmate deze groter is, bijvoorbeeld omdat tussen partijen is onderhandeld,⁶³ zullen daaruit eerder argumenten kunnen worden geput voor een substantiële overeenkomst dan wanneer zij aan de totstandkoming part noch deel hadden.⁶⁴ De redengeving ligt hier wederom daarin dat de betrokkenheid iets zegt over de weloverwogenheid der handeling en daarmee iets over de mate waarin ondanks de afwezigheid van een normale wederkerigheid toch gebondenheid bestaat.

3.4 Zaakwaarneming als vorm van gerechtvaardigde verrijking

Bij de bepaling van de wederkerige samenhang, zoals die in het voorafgaande aan de orde is gekomen, was steeds de achterliggende vraag of een al dan niet

59. Verzuim van de vormeis 'solemnitatis causa' leidt dan ook niet altijd tot nietigheid (zoals art. 3:39 BW suggereert). Vgl. *Asser-Hartkamp II*, no. 219 en vooral Nieskens, *Het fait accompli*, p. 138 v. Indien het belang van derden bij de nietigheid betrokken is, zal de bepaling eerder toepassing vinden.

60. *Asser-Hartkamp II*, no. 59 en 218.

61. In geval van een notariële akte heeft de notaris een 'wilscontrolerende' taak en ligt daarin nog een extra waarborg voor de weloverwogenheid der handeling.

62. Dit blijkt treffend in HR 8 april 1983, *NJ* 1984, 785 m.nt. WMK (Wever/Aruba Bank), herhaald in HR 15 mei 1987, *NJ* 1987, 810 m.nt. G (De Graaf/Raiffeisenbank), waarin wordt overwogen dat in de regel de hypotheeknemer er zonder meer van mag uitgaan dat de door de hypotheekgever ondertekende notariële akte diens bedoelingen juist en volledig weergeeft, maar dat 'onder bijzondere omstandigheden de hypotheeknemer wellicht verplicht is tot een nader onderzoek'. De kritiek van Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, p. 102 dat de Hoge Raad hier teveel uitgaat van hypotheek als een weloverwogen handeling, terwijl de praktijk anders leert, deel ik niet: de laatste zinsnede biedt voldoende ruimte voor een afwijking van de hoofdregel.

63. Zie nader *infra*, § 5.

64. Zie HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 m.nt. PAS (Gerritse/Has). Vgl. nog Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen*, p. 93.

ongerechtvaardigde verrijking op zou treden indien de reeds verrichte prestatie niet zou worden geveerd. Bepaalde omstandigheden kunnen een verrijking die in een 'normale' situatie ongerechtvaardigd zou zijn, alsnog rechtvaardigen. De kwestie die nog aan de orde moet komen, is of die omstandigheden niet onder één, traditionele, noemer kunnen worden gebracht.

Eerder is al gewezen op de verwantschap tussen overeenkomst en zaakwaarneming. Beide rechtsfiguren zijn manieren om een ongerechtvaardigde verrijking te voorkomen.⁶⁵ Waar de overeenkomst traditioneel de typisch wederkerige verhouding, bestaande uit gelijkwaardige prestaties over en weer, beoogt te vatten, heeft de zaakwaarneming ten doel om een compensatie van kosten mogelijk te maken indien men zich op redelijke grond met de behartiging van andermans belang heeft ingelaten. De vraag is nu of die redelijke grond niet dezelfde is als die voor de geldigheid van de eenzijdig bevoordelende overeenkomst.

Onzes inziens is dit het geval. Zowel bij de overeenkomst als bij de zaakwaarneming moet een rechtvaardiging worden gevonden voor de inmenging in de zaken van een ander. Dat die inmenging redelijk was, blijkt bij de zaakwaarneming daaruit dat vergoeding van de kosten kan worden verkregen, zoals dit bij de overeenkomst blijkt uit de enkele *totstandkoming* daarvan, zodat men de verrichte prestatie niet langer kan terugvorderen. Zo bezien is het mogelijk om de gronden die bij de zaakwaarneming als 'redelijk' worden beschouwd in verband te brengen met de gronden voor de totstandkoming van de overeenkomst in abnormale gevallen.⁶⁶

Het gaat er dan om steeds een wederkerigheid te bewerkstelligen. Indien die niet reeds in de zojuist bij de overeenkomst genoemde omstandigheden kan worden gevonden, moet desnoods worden teruggevallen op het wettelijk rechtsgevolg van de zaakwaarneming, nl. vergoeding van de geleden schade. Het gaat ons er echter om dat daaraan slechts in een beperkt aantal gevallen van zaakwaarneming zal worden toegekomen: doorgaans vindt de wederke-

65. Dit blijkt vooral ook in het Anglo-Amerikaanse recht, waar men het *implied contract* nodig heeft bij afwezigheid van een zelfstandige negotiorum gestio als bron van verbintenissen. Zie Samuel J. Stoljar, *IECL* vol. X-17: *Negotiorum Gestio* [1984], no. 8 en no. 21-23 waar de grondslag der n.g. wordt geformuleerd als: 'certain services or efforts costing time and money do require that they be recompensed, since without recompense or reimbursement they would constitute an unjust sacrifice on the doer's part'.

66. Het nauwe verband tussen zaakwaarneming en overeenkomst blijkt ook in het Franse recht: wie bijv. zijn medeweggebruiker helpt te ontsnappen uit een auto bij een hem overkomen ongeluk, heeft op grond van een 'convention d'assistance' recht op een vergoeding van de door hem daarbij opgelopen schade. Zie vooral H.C.F. Schoordijk, *De verbintenis uit en de verplichting tot altruïsme* [= Med. KNAW, Afd. Lett., N.R., dl. 50, no. 8], Amsterdam etc. 1987, p. 8 v.

righeid (lees: de eenzijdige bevoordeling) reeds een voldoende grondslag in met name de verhouding tussen partijen.⁶⁷

De zaakwaarneming en de eenzijdig bevoordelende overeenkomst zodanig op elkaar betrekken dat de reden waarom een eenzijdig bevoordelende overeenkomst wordt erkend, dezelfde is als waarom zaakwaarneming wordt aangenomen, betekent dat de zaakwaarneming in brede zin de overkoepelende bron voor abnormale contractuele gebondenheid is.⁶⁸ In beide gevallen bestaat zeker altruïsme dat een basis vindt in de concrete omstandigheden: hoewel een bevoordelende handeling bestaat, is toch geen restitutie vereist.

Voor het hier gestelde is nader bewijs bij te brengen. Eerst zij opgemerkt dat de zaakwaarneming naar huidig recht vrijwel alleen wordt erkend in gevallen waarin ook enig belang van de zaakwaarnemer zelf bij de handeling is betrokken.⁶⁹ Van een *zuiver* altruïsme is zelden sprake.⁷⁰ Bovendien geldt dat de zaakwaarneming vrijwel alleen als wederkerig wordt erkend in gevallen waarin partijen reeds tot elkaar in zekere relatie staan. Is dat niet het geval, dan zal het ongevraagde handelen eerder als inbreuk op eens anders levenssfeer worden beschouwd.

Enige casuïstiek maakt nu duidelijk welke omstandigheden — hoewel een bevoordelende handeling bestaat — toch niet nopen tot restitutie, dus waarbij de schenking of andere bevoordelende handeling zagezegd legitiem is. Dat de kwaliteit van de handelende persoon bepalend kan zijn, leert het door Schoordijk gegeven voorbeeld van de stewardess die gewond raakt tijdens het uit het vliegtuig verwijderen van een bom. Deze de passagiers bevoordelende handeling kan niet tot schadevergoeding leiden, nu het de taak van een stewardess is zich het belang van de passagiers aan te trekken.⁷¹ Op dezelfde

67. Onder 'zaakwaarneming' wordt hier dus ook verstaan het geval waarin 'op redelijke grond' is gehandeld, zonder dat behoefte bestaat aan een *financiële* versering van de prestatie. Zo bezien is art. 6:198 jo. 200 BW te beperkt.

68. De zaakwaarneming is dus geen — evenmin als de ongegronde verrijking dat is — subsidiaire actie die eerst betekenis krijgt waar contract of wet geen uitkomst biedt. Zij speelt een rol bij het oordeel dat gebondenheid *bestaat*. Anders Schoordijk, *o.c.*, p. 28 v. en dez., *Zaakwaarneming; een onderbelichte bron van verbintenissen*, rede Aruba 1988, Deventer 1988, p. 14 v.

69. A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, diss. Leiden 1971, Assen 1971, p. 95. Zie voorts John P. Dawson, *Negotiorum Gestio: The Altruistic Intermeddler*, *Harvard LR* 74 (1961) p. 821.

70. Idem Stolar, *o.c.*, p. 15 en Schoordijk, *Zaakwaarneming, o.c.*, p. 13. De wederkerigheid speelt als 'Hintergrundserwartung' steeds mee. Zie Köndgen, *Selbstbindung ohne Vertrag*, p. 240: 'Altruismus ist zwar eine hohe Tugend, aber gerade darum nichts, was das Recht erzwingen sollte (...)'. Zie ook p. 242: 'Alles christliche Predigen von Nächstenliebe hat (die) "innerweltliche" Reziprozität der Gratifikationen nicht verdrängen können'.

71. Altruïsme, *o.c.*, p. 28. Schoordijk fundeert de niet-vergoedbaarheid van de schade daarin dat de geboden hulp 'inclusief' aan het contract is. Voor ons is de aanwezigheid van een contract echter problematisch zolang nog niet is vastgesteld dat inderdaad een vorm van zaakwaarneming aanwezig is.

grond kan een aansprakelijkheid van de caféhouder worden aangenomen ten opzichte van zijn gasten voor een verblijf waarbij hen ietsel wordt toegebracht in het etablissement.⁷² In een familierechtelijke relatie is een vordering tot restitutie van het geleden nadeel doorgaans evenmin mogelijk: wie kosten maakt om een familielid in een benarde positie te helpen, mag normaliter geen schadevergoeding kunnen vorderen. Zo kunnen grootouders die aan hun kleinkinderen onderhoud verschaffen het betaalde in principe niet terugvorderen. En wie zijn gewonde teamgenoot naar de dokter brengt, kan de rekening van het vervoer niet presenteren.⁷³

Hiermee is het rechtsgevolg van de zaakwaarneming — de vergoeding van de gemaakte kosten — aanzienlijk gerelativeerd. De vereiste wederkerigheid vindt niet zelden al een voldoende grondslag in de wederkerige verhouding, zodat een restitutieplicht deze niet alsnog behoeft te bewerkstelligen. Anders dan Schoordijk, die naar de wenselijkheid van de vergoeding toe redeneert, hechten wij meer betekenis aan *de reden waarom* de zaakwaarneming is aangevangen: de wederkerigheid die bij Schoordijk eerst door de vergoeding wordt verkregen, ligt bij ons al in andere omstandigheden besloten.

4. DRIE CONTRACTSTYPEN ONDERSCHIEDEN

4.1 Inleiding

Nu de elementen die een rol spelen bij de bepaling van de contractuele gebondenheid (lees: wederkerige samenhang) zijn behandeld, kan een aantal gevalssituaties worden onderscheiden.⁷⁴ De indeling in verschillende contractstypen geschiedt — overeenkomstig het aangehangen criterium — op grond van de maatstaf *waartussen* de samenhang bestaat. De vereiste causaliteit tussen de door beide partijen verrichte of te verrichten 'prestaties' wordt aldus vastgesteld naar de mate waarin het waarschijnlijk is dat tussen de prestaties van partijen een samenhang bestaat.⁷⁵

72. *o.c.*, p. 54 v., alwaar buitenlandse rechtspraak wordt genoemd, alsmede andere relaties (als die tussen hotelhouder en gast en tussen bank en klant) aan de orde komen.

73. Zie Altruïsme, *o.c.*, p. 29 en Zaakwaarneming, *o.c.*, p. 10. Zie voor de relatie tussen echtgenoten Altruïsme, *o.c.*, p. 60 (met voorbeelden in andere zin).

74. Aldus trouw aan onze dogmatische benadering der standaardsituaties. Zie voor de specifieke problemen, verbonden aan het achterhalen van 'typische' contracten Atiyah, Contracts, Promises, and the Law of Obligations, *o.c.*, p. 17 v.

75. Dit betekent dus dat de handeling en niet de wil centraal komt te staan. Zie de reeds eerder aangehaalde uitspraak van P. van Bemmelen, *Regtsgeleerde opstellen*, dl. II, Leiden 1891, p. 117: 'Wij hebben niet te doen met "overeenstemmende willens of gezindheden" maar met overeenstemmende *daden* van deelneming aan collective rechtshandelingen'.

In essentie drie contractstypen zijn dan denkbaar. Het in de wilsleer weinig problematische (in paragraaf 4.3 te behandelen) geval waarin door partijen nog geen enkele prestatie is verricht, maar wel een afspraak daartoe, al dan niet neergelegd in een schriftelijk stuk, bestaat, is naar huidige opvattingen het typische geval van de obligatoire overeenkomst.⁷⁶ Dat de geldigheid van deze contractsvorm echter niet geringe problemen oplevert, zal blijken nadat eerst (in paragraaf 4.2.1) is ingegaan op de situatie waarin reeds door beide partijen een prestatie is verricht, zodat naar heersende leer uitvoering is gegeven aan een eerder bestaande overeenkomst; in de hier verdedigde opvatting worden die prestaties echter niet als *gevolg* van de gebondenheid gezien, maar eerder als feiten die onder bepaalde omstandigheden als *oorzaak* voor de gebondenheid kunnen worden aangemerkt.⁷⁷

Bovendien is er nog het belangrijke geval (te behandelen in paragraaf 4.2.2) waarin reeds door één partij is gepresteerd. Het is dan zaak deze prestatie in verband te brengen met een door een ander verrichte of nog te verrichten tegenprestatie (lees: een voldoende causa opleverende grond). De omstandigheid dat reeds is gepresteerd, zonder dat daartegen is geprotesteerd door de wederpartij, is een belangrijke aanwijzing dat voor de presterende contractspartij een dergelijke voldoende (objectief vast te stellen) causa voor gebondenheid aanwezig is.

Dwars door dit onderscheid naar de situatietypen heen, loopt de zojuist behandelde onderscheiding in normale en abnormale gebondenheden. In alle bovenstaande situaties is al dan niet sprake van een bevoordeling van één der partijen en van een benadeling van de ander. Het scala loopt dan van de schenking als louter bevoordelende overeenkomst tot de typisch wederkerige overeenkomst als koop van een zaak tegen een alleszins redelijke prijs. Daar tussen in bevindt zich de overeenkomst waarbij een materieel evenwicht tussen de wederzijdse prestaties ontbreekt omdat één der partijen onevenredig wordt bevoordeeld zonder dat *stricto sensu* sprake is van schenking. Deze tweede indeling ter bepaling van de 'normale' wederkerigheid komt in het vervolg waar nodig bij elk type afzonderlijk aan de orde.

76. Vgl. I. Kisch, *De overeenkomst metterdaad*, in: *Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Prof. Mr. Paul Scholten*, Haarlem 1932, p. 263. Hij spreekt van een 'overeenkomst tot prestatie' of ook wel van een 'condemnatoir accoord'. Zie ook Atiyah, *o.c.*, p. 12: de overeenkomst ontstaat door de wilsovereenstemming 'before anything is actually done by the parties'.

77. Zoals ook bij de onrechtmatige daad en bij de overige verbintenissen uit de wet een feitelijk handelen nodig is. Vgl. Atiyah, *o.c.*, p. 13 v.

4.2 De reeds (gedeeltelijk) uitgevoerde overeenkomst

4.2.1 Beide partijen geven uitvoering aan de formele overeenkomst

Indien door beide partijen een prestatie ten opzichte van elkaar is verricht, is het niet moeilijk een samenhang in de prestaties te vinden. Hoogstens zal de overeenkomst achteraf kunnen worden aangetast, bijvoorbeeld op grond van enig wilsgebrek, maar het oordeel dat de overeenkomst is *totstandgekomen*, is niet problematisch.

Dat enige wanverhouding bestaat tussen de wederzijds verrichte prestaties, is geen reden voor aantasting van de overeenkomst. Ook bij een 'abnormale' verhouding, levert het feit dat door beide partijen een prestatie *ten opzichte van elkaar* is verricht, voldoende reden voor gebondenheid op. De samenhang zal hier in hoge mate worden bepaald door de reeds tussen partijen door het presteren bewerkstelligde band: die is daarmee voldoende bepaald. Dat een contractant zijn wederpartij kan voorhouden: ik heb jegens U weliswaar gepresteerd, maar achteraf acht ik mij toch niet gebonden aan de overeenkomst, is — behoudens in geval van een wilsgebrek⁷⁸ — vrijwel onmogelijk.

Deze benadering vindt ook steun in de rechtspraak. Daaruit kan worden afgeleid dat indien een partij uitvoering heeft gegeven aan de overeenkomst en pas daarna een beroep doet op het ontbreken van wilsovereenstemming, dat beroep doorgaans niet wordt gehonoreerd. Wie begint met uitvoering om later te ontdekken dat men het bestaan der overeenkomst had kunnen betwisten, beroept zich doorgaans tevergeefs op niet-totstandkoming. Suijling stelt dat in dat geval uit de houding, door partijen 'achteraf' aangenomen, wordt afgeleid dat de voorstelling van de ander is aanvaard.⁷⁹ Indien A voor 11,- aanbiedt aan B, die voor 10,- aanvaardt, en A begint vervolgens met de uitvoering (levering aan B), dan moet hij aanvaarden dat de overeenkomst voor 10,- gesloten is.⁸⁰

Nu kan men hiertegen uiteraard inbrengen dat toch wel degelijk een terugvorderen van de reeds verrichte prestatie mogelijk is indien één der partijen stelt dat haar rechtens relevante wil bij het aangaan van de overeenkomst heeft ontbroken. De rechtshandeling aangegaan door de wilsonbekwa-

78. Zie daartoe *infra*, § 6.2.

79. J.Ph. Suijling, *Inleiding tot het burgerlijk recht*, dl. I, 3de dr., Haarlem 1948, no. 234. Een verwante formulering vindt men in HR 31 januari 1924, *NJ* 1924, 373 (Van der Molen/Hassink), waarin eiser 'door hare (...) handelingen en gedragingen geacht moet worden de overeenkomst geheel tot de hare te hebben gemaakt, zoodat ze er naar de wet aan is gebonden'.

80. Vgl. de rechtspraak, genoemd in *Contractenrecht* II (Blei Weissmann), no. 36. Uit de recente rechtspraak is illustratief Pres. Rb. Amsterdam 18 februari 1988, *NJ* 1989, 23 (HAM/NCM): handelen van de betrokken partij is in redelijkheid slechts verklaarbaar, indien er van wordt uitgegaan dat zij toen niet wist of begreep wat de overeenkomst inhield.

me (zoals een geestelijk gestoorde) of door de persoon die onder invloed van een onjuiste voorstelling van zaken zijn toestemming gaf, zal de door hem geleverde prestatie kunnen terugvorderen voor zover dat tenminste niet in strijd komt met de belangen van de 'vertrouwende' wederpartij.

Toch gaat dit bezwaar niet op. Kortweg kan worden gezegd dat zowel de gevallen waarin een succesvol beroep op dwaling kan worden gedaan, als de situaties waarin een rechtshandeling aangegaan door een wilsonbekwame vernietigbaar is, reeds niet verbindend waren vanwege het ontbreken van voldoende causa voor de gebondenheid.⁸¹ Dit wordt hier nader uiteengezet voor de geestelijke stoornis, in paragraaf 6 voor de dwaling.

Wat de rechtshandeling door de geestelijk gestoorde aangaat, zij opgemerkt dat deze naar huidig recht vernietigbaar is indien de geestelijke stoornis een redelijke waardering van de bij de handeling betrokken belangen belette of indien de verklaring onder invloed van de stoornis is gedaan.⁸² De rechtshandeling blijft echter in stand indien de wederpartij niet wist of behoefde te weten dat de verklaring door een geestelijk gestoorde werd afgelegd. De cruciale vraag is nu of reeds voldoende causa voor gebondenheid bestaat waar de wederpartij wist of moest weten dat hij te maken had met een geestelijk gestoorde.

Daarbij staat voorop dat geen probleem aanwezig is indien de wederzijds te verrichten prestaties in normale samenhang met elkaar staan. In dat geval behoeft de wederpartij ook niet te twijfelen aan de wilsgesteldheid van de geestelijk gestoorde. Maar zelfs indien hij weet dat de wederpartij geestelijk gestoord is, dan nog ontstaat een rechtshandeling. Het oordeel namelijk dat causa bestaat, impliceert reeds dat een redelijke waardering van de betrokken belangen bestond in de zin van art. 3:34 BW. Het werkelijke probleem doet zich voor waar een duidelijke overbedeling van de wederpartij bestaat. Of de rechtshandeling in dat geval geldig is, hangt af van de aanwezigheid van voldoende causa voor deze overbedeling. Het geval nu waarin deze bestaat, valt volstrekt samen met dat waarin de wederpartij er op mag 'vertrouwen' dat de geestelijk gestoorde in staat was zijn wil te bepalen: immers alleen dan wanneer hij *mocht* aannemen dat er voldoende reden was voor de gebondenheid, zal de causa ook aanwezig zijn.⁸³

81. Wat niet wegneemt dat de (formele) overeenkomst wel reeds was uitgevoerd. Een *substantiële* overeenkomst is dan echter nooit ontstaan. Vgl. *infra*, § 6.

82. Zie art. 3:34 BW en nader *Asser-Hartkamp II*, no. 116 v. De eenzijdig niet gerichte rechtshandeling is overigens van rechtswege nietig (zie lid 2).

83. Zoals bekend schept art. 3:34 het onweerlegbaar vermoeden dat de wil wordt geacht te ontbreken indien de verklaring onder invloed van de stoornis is gedaan. Dit is bij wijze van (weerlegbaar) vermoeden het geval indien de rechtshandeling voor de geestelijk gestoorde nadelig was, tenzij dit nadeel ten tijde van het aangaan van de rechtshandeling redelijkerwijs niet was te voorzien. Indien men de term 'nadelig' ruim opvat, verwijst het direct naar de al dan niet gerechtvaardigde verrijking van de wederpartij en in die zin is reeds in de wet de hier voorgestane benadering — waarin immers de

4.2.2 Slechts één partij geeft uitvoering aan de formele overeenkomst

Interessanter dan het zojuist behandelde geval, is dat waarin één partij een prestatie verricht en vervolgens een verband moet worden gezocht met een andere prestatie teneinde contractuele gebondenheid te construeren. Dit is in onze benadering het standaardgeval van contractuele gebondenheid. Hier kunnen twee typen worden onderscheiden. Eerst komt aan de orde het geval waarin voorafgaand aan het handelen tussen partijen geen belofte is gedaan en totstandkoming en uitvoering van de overeenkomst dus in de tijd samenvallen. Vervolgens wordt de situatie behandeld waarin de belofte al dan niet op schrift wel is gedaan en het in de heersende leer zo is dat uit die belofte de gebondenheid voortvloeit.

Bij veel transacties valt een onderscheid tussen een eerder totstandgekomen afspraak tot presteren en het presteren zelf niet te maken.⁸⁴ Wie een artikel koopt in de supermarkt of wie in de bus stapt, raakt op hetzelfde moment als waarop de nakoming begint gebonden. Het is dan weinig nuttig om te stellen dat deze personen eerst een overeenkomst hebben gesloten, waaraan vervolgens uitvoering wordt gegeven.⁸⁵ Waarin ligt de grondslag der gebondenheid dan wel?

Ook bij dit situatie-type bewijst de door ons geschetste benadering goede diensten. Het gaat in de eerste plaats om het verrichten van handelingen die in de ogen van de handelende persoon kunnen worden geacht voordelig te zijn. Men kan ook stellen dat de handeling vrijwillig is verricht, maar dat oordeel hangt onverbrekkelijk samen met dat voordeel: uit de voordeligheid wordt de wil afgeleid. Dit betekent dat de passagier of de koper in beginsel ten onrechte wordt verrijkt wanneer hij in ruil voor dat verkregen voordeel niet ook zijnerzijds iets zou verrichten. Het gaat dan wederom niet aan dat die tegenprestatie objectief in de vorm van een rechtvaardige prijs wordt bepaald. Bij koop in de supermarkt en vervoer door de bus gelden de gebruikelijke voorwaarden en prijzen.⁸⁶

In het bovenstaande was sprake van handelingen waarbij totstandkoming en uitvoering ook naar huidige opvatting samenvallen. Het is dan eerst het

causa direct is verbonden met de verrijking — neergelegd, zij het ten onrechte als deelregel.

84. Kisch, *o.c.*, p. 264, spreekt hier van een 'overeenkomst met prestatie' of ook wel van een 'declaratoir accoord'. Deze 'overeenkomst metterdaad' komt tot stand door de prestatie; de idee dat hier een 'samenvallende' is van obligatoire overeenkomst en nakoming laat zich slechts verklaren vanuit de wens alle overeenkomsten binnen de constructie van het obligatoire contract te dringen.

85. Atiyah, *o.c.*, p. 19, stelt beeldend dat dit net zo weinig nuttig is als beloven dat men veilig de weg over zal steken.

86. Vgl. nog S. van Brakel, *Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht*, 3e dr., dl. I, Zwolle 1948, no. 285: wie in de tram stapt, geeft te kennen 'dat hij door dit verkeersmiddel op de gebruikelijke wijze op de bekende voorwaarden wil worden vervoerd'.

feitelijk handelen dat de gebondenheid met zich brengt. Zo kan uit het betalen van de prijs of uit het behouden van de toegezonden zaken van instemming met de overeenkomst blijken.⁸⁷

Ten aanzien van de eenzijdig bevoordelende overeenkomsten blijkt het belang van het feitelijk presteren zeer goed bij de zg. gift van hand tot hand.⁸⁸ Een overeenkomst waarbij A en B afspreken dat A aan B een bepaald bedrag zal schenken, heeft op zichzelf geen waarde; nodig is naar huidig recht dat deze afspraak bij notariële akte wordt vastgelegd⁸⁹ of dat B ook daadwerkelijk met het bedrag wordt begiftigd. De eventuele expliciete afspraak te schenken (waarop eventueel wordt teruggekomen door de schenker) speelt onzes inziens echter wel een rol en wel om aannemelijker te maken dat een schenking is beoogd en dus geen tegenprestatie wordt verwacht. Indien de bedoeling tot liberaliteit eerder bestond, is dat immers een aanwijzing dat deze ook ten tijde van het handelen nog bestaat.⁹⁰ Hier blijkt de onzinnigheid van de onderscheiding tussen formele *bindende* overeenkomst en uitvoering bij uitstek.⁹¹

In de heersende leer blijft de grondslag in deze gevallen echter de wilsovereenstemming: het feitelijk handelen is van het bestaan daarvan slechts een uiting. Dat daarmee de kern van de zaak wordt geraakt, kan niet worden gezegd. Die is immers dat het handelen zelf als verbintenisscheppend moet worden beschouwd, los van de partij-wil.⁹²

Maar hoe zit het nu met handelingen waarbij het onderscheid tussen totstandkoming en uitvoering naar huidig recht wel wordt gemaakt? In deze tweede categorie gaat het om de in de wilsleer typische overeenkomst, waarbij partijen afspreken dat zij *in de toekomst* een bepaalde prestatie zullen

87. Zie bijv. HR 17 november 1986, NJ 1987, 934 m.nt. CJHB (Katan/Klaas): houding van Katan m.b.t. betaling vormt mede een aanwijzing dat hij akkoord ging met de overeenkomst. Vgl. vooral Van Dunné, *Normatieve uitleg*, p. 130 v. en Hofmann-Abas, *Het Nederlands verbintenissenrecht*, dl. 1, 2e ged., 9e dr., Groningen 1977, p. 66 v.

88. Op dit type wordt meer uitgebreid ingegaan, *infra*, hoofdstuk IX.

89. Hier zou de enkele obligatoire overeenkomst wel tot gebondenheid zonder meer kunnen leiden. Zie echter *infra*, hoofdstuk IX, § 3.4 over de voorgestelde NBW-regeling.

90. Het is verwarrend te stellen dat de gedane (nietige) toezegging te zullen schenken, geen enkele rol meer speelt bij de uiteindelijk feitelijk gedane bevoordeling. Die laatste is geen nieuwe overeenkomst, maar een feitelijke handeling die eventueel als overeenkomst kan worden beschouwd in het licht van de gedane belofte. Zie in ongeveer dezelfde zin T.R. Hidma, *Belofte maakt schuld?*, WPNR 5944 (1989) p. 29. Wellicht anders HR 20 januari 1978, NJ 1978, 227 m.nt. GJS (Charmant/Hart van Afrika I); vgl. *infra*, hoofdstuk IX, § 3.4.

91. Dit wordt ook opgemerkt door Van Brakel, *o.c.*, no. 384, die hier echter geen consequenties aan verbindt.

92. Men vgl. nog wat Hofmann-Abas, *t.a.p.*, opmerkt over Haupts 'faktische Vertragsverhältnisse', alsmede Arthur von Mehren, *IECL*, vol. VII-9: The Formation of Contracts [1992], no. 20.

verrichten. De variant waarin vervolgens door één partij ook daadwerkelijk wordt gepresteerd, komt nu aan de orde.⁹³

Te dien aanzien valt op te merken dat dit type overeenkomst in essentie niets verschilt van dat waarin zonder voorafgaande afspraak wordt gepresteerd.⁹⁴ Het is immers de verrichte handeling die op haar voordeligheidsgehalte moet worden beoordeeld: slechts wanneer deze inderdaad was bestemd om de contractant tot voordeel te strekken, zal een de verrijking verserende wederprestatie moeten worden bepaald. Verschil ligt echter wel daarin dat die wederprestatie in het eerdere geval wordt bepaald door aansluiting te zoeken bij de gebruikelijke prijs, terwijl hier de gedane belofte een belangrijke aanwijzing vormt dat de daarin voorkomende prijs de juiste is.

Dat de in die (formele) overeenkomst voorkomende prijs in casu de redelijke is, is eenvoudig het geval omdat door partijen met die prijs is ingestemd.⁹⁵ Dit betekent dat de aanwezigheid van een afspraak de formele reden voor gebondenheid biedt, hetgeen de rechter ontlast van een tijdrovend onderzoek naar alle daarachter liggende substantiële redenen. Beslissend is de belofte echter niet: indien de gebondenheid op de eerder overeengekomen voorwaarden wordt betwist, zal in geval deze een voor één partij evident onredelijke positie scheppen, de rechter wel degelijk de achter de formele reden liggende redenen voor gebondenheid moeten onderzoeken. Dan blijkt of bijvoorbeeld de door A aan B gedane belofte om hem 100,- te geven daadwerkelijk redelijk is. Dit is het geval indien A eerder voor 100,- goederen heeft ontvangen, doch niet zonder meer indien A slechts bedoeld heeft een schenking te doen. In dat laatste geval zullen verdere omstandigheden die schenking moeten bewijzen. Evident is dat daarbij de aard der overeenkomst (was in een schriftelijk stuk gesteld dat het ging om een schenking?) en de partij-verhouding (bestaat een relatie tussen A en B die de schenking rechtvaardigt?) wederom van belang zijn.

Aldus speelt de belofte ook bij de eenzijdig verrichte prestatie een belangrijke rol als preciserende factor. De belofte (formele overeenkomst) zelf *schept* de gebondenheid echter niet; dat doet de aan de hand van de belofte te preciseren handeling.⁹⁶

93. Die waarin beide partijen niet presteren, dus de zuivere obligatoire overeenkomst, in de volgende paragraaf.

94. Kisch, *o.c.*, p. 276 omschrijft dit geval treffend als een 'zaakprestatie metterdaad' met terugslag op de condemnatoire verplichting tot betaling van de prijs, zodat dit in zijn terminologie een 'half-obligatoire' overeenkomst is.

95. Vgl. Atiyah, *o.c.*, p. 25: een expliciet overeengekomen prijs vormt 'good evidence that that is in fact the fair and reasonable rate'.

96. In een noot kan worden afgedaan het geval waarin door één der partijen *verkeerd* is gepresteerd. Dat dit het geval is, kan immers in de traditionele leer slechts worden uitgemaakt door de geleverde prestatie te vergelijken met de overeengekomen prestatie. Voor een dergelijk onderscheid is in onze leer geen plaats: de enige vraag is of voor de verrichte prestatie voldoende causa bestaat, waarbij de eventueel gesloten overeenkomst een preciserende rol vervult. Het is daarbij echter van tweeën één: of er is

4.3 De overeenkomst waaraan nog geen uitvoering is gegeven

4.3.1 Inleiding

Ten slotte moet aan de orde komen de obligatoire (formele) overeenkomst op grond waarvan door geen der partijen is gepresteerd. Voorop gesteld zij dat een dergelijk type in onze opvatting niet werkelijk past, nu nog geen prestatie is verricht die afzonderlijk kan worden gewaardeerd en in verband kan worden gebracht met een andere prestatie.⁹⁷ Er zijn geen daden verricht, maar er bestaat nog slechts een wederzijdse prestatiebelofte daartoe. In termen van verrijking kan worden gezegd dat door de enkele belofte de ene partij nog niet is verrijkt ten opzichte van de andere.

Bij de behandeling van dit contractstype is in de eerste plaats de vraag of deze zuiver obligatoire overeenkomst inderdaad in die mate bindt als op grond van de wilsleer wordt aangenomen. Luidt het antwoord dat in bepaalde gevallen de verbindendheid inderdaad moet worden aanvaard, dan is een tweede vraag waarop deze berust. Dit zijn moeilijke kwesties die de kern van de contractuele gebondenheid raken. Bovendien hebben zij alles te maken met de zg. (eenzijdige) toezegging, een rechtsfiguur die moeilijk lijkt te kunnen worden geplaatst in het huidige recht. In hoofdstuk IX zal de toezegging (daaronder begrepen de schenkingsbelofte) een aparte behandeling vinden; hier wordt de 'tweezijdige toezegging' nader uitgewerkt. Het verschil tussen beide vormen zit hem daarin dat in geval van de wederzijdse belofte beide partijen op grond van de overeenkomst moeten presteren, terwijl dat bij de eenzijdige prestatiebelofte *op grond van de overeenkomst* niet zo is. In dat laatste geval moet de wederkerigheid dan altijd in andere omstandigheden worden gezocht, terwijl dat bij de eerste situatie slechts behoeft indien een evidente wanverhouding tussen de wederzijds te verrichten prestaties bestaat. Met andere woorden: in het laatste geval dient altijd achter de formele overeenkomst naar een nadere causa (de substantiële overeenkomst) te worden gezocht, terwijl dat in het andere niet altijd nodig is.

4.3.2 De wederzijdse prestatiebelofte

In de wilsleer kent het contract een chronologie: na een fase van totstandkoming, volgt de uitvoering. Waar in het voorafgaande steeds de nadruk is

voldoende causa en dan ook een overeenkomst òf er is geen causa, maar dan ook geen 'verkeerd presteren'.

97. Kisch, *o.c.*, p. 274 v. spreekt hier van een *condemnatoir* accoord dat zowel verplicht tot zaakprestatie als tot prijsprestatie. Het verschil met de overeenkomst metterdaad is dat hier niet alleen 'na-normen' bestaan (verplichtend bij onvoldoende prestatie), maar ook 'voor-normen' tot prestatie. Naar Engels recht zijn dit 'mutual executory promises'.

gelegd op het feitelijk handelen door partijen als verbintenisscheppend, levert de traditionele 'wilsovereenstemming' het logische probleem op dat daar nog geen handelen heeft plaats gehad. Onze gedachte dat dan geen verbintenissen kunnen ontstaan, lijkt op gespannen voet te staan met de praktijk waarin de obligatoire overeenkomst wel degelijk als verbintenisscheppend wordt aange-merkt.

Hoe deze anomalie op te heffen? Op het voetspoor van Atiyah moet in de eerste plaats worden gezegd dat de wederzijdse prestatiebelofte normaliter niet lang belofte blijft. De bedoeling is immers dat op grond van de belofte wordt gepresteerd,⁹⁸ zodat vervolgens een situatie als boven geschetst ontstaat. De belofte vervult dan weer de rol van een preciserend bewijsmiddel. De eigenlijke vraag doet zich natuurlijk voor waar één van beide partijen op grond van de (formele) overeenkomst nakoming vordert, zonder dat hij zelf reeds gepresteerd heeft.

Een tweede opmerking is dat een vraagteken kan worden geplaatst bij de mate waarin een dergelijke 'blote' afspraak werkelijk bindend is. Indien A met B overeenkomt dat hij hem over een maand een goed zal leveren tegen een dan te betalen prijs, en B annuleert de overeenkomst na twee weken zonder dat A al iets heeft gedaan ter uitvoering van de afspraak, dan is nog maar de vraag of A in rechte nakoming kan vorderen. Uiteraard zijn argumenten aan te voeren vóór de verbindendheid.⁹⁹ Zo kan men stellen dat de eenmaal gesloten overeenkomst het gerechtvaardigd vertrouwen wekt dat de overeenkomst ook verbindend is, maar dat is een circulaire redenering: het vertrouwen is immers alleen gerechtvaardigd indien de overeenkomst bindend is en dat is nu juist de vraag.

Onzes inziens bindt de wederzijdse prestatiebelofte slechts dan wanneer de *op grond van die belofte* te verrichten prestaties in voldoende samenhang tot elkaar zullen staan. Bij afwezigheid van handelen op *dit* moment, moet het perspectief verschuiven naar de toekomst, waarbij de fictieve situatie onder ogen dient te worden gezien *dat reeds gepresteerd* is. Zou in dat geval gebondenheid bestaan vanwege voldoende wederkerige samenhang, dan bindt de formele overeenkomst reeds thans. Niet wat *is* gebeurd, maar wat op grond van de afspraak *zal* gebeuren is zo bepalend.

De juistheid van deze benadering blijkt wanneer men zich realiseert dat in het hier onderscheiden geval de gebondenheid altijd zal worden betwist:¹⁰⁰ zou immers vrijwillig zijn nagekomen, dan had een ander contract-type

98. Atiyah, *Contracts, Promises, and the Law of Obligations*, o.c., p. 30. Vgl. p. 39: de 'mutual executory promise' is een 'legal peculiarity'.

99. Vgl. Atiyah, o.c., p. 33 v.

100. Vgl. Atiyah, *The Rise and Fall of Freedom of Contract*, Oxford 1979, p. 441: er is een groot verschil tussen de situatie waarin de Staat passief erkent wat door partijen zelf is gedaan en die waarin de Staat actief intervenieert om een partij te dwingen tot iets wat hij niet langer wil.

bestaan. De betwisting brengt met zich dat de achter de formele overeenkomst liggende causa voor de gebondenheid moet worden gezocht in de omstandigheden die eerder werden geschetst als bepalend voor de al dan niet normaliteit der handeling.

Daarbij zal aan betrekkelijk zware eisen moeten zijn voldaan, wil de gebondenheid aan de belofte inderdaad intreden. Duidelijk is dat het reeds verricht hebben van de prestatie, zonder dat daartegen is geprotesteerd door de wederpartij meer argumentatiemateriaal oplevert voor de gebondenheid dan welke andere omstandigheid ook. De hier voorgestane benadering maakt mogelijk dat terzake van de verbindendheid van de prestatiebelofte wordt gedifferentieerd al naar gelang de mate waarin dat bewijsmateriaal voorhanden is. Naarmate de gedane uitspraak meer kan worden geacht in overeenstemming te zijn met de aan de contractspartij toe te schrijven wil (hetgeen dus — het zij nogmaals herhaald — een vraag is van normaliteit), bestaat de gebondenheid eerder. Maar naarmate bijvoorbeeld de inhoud van de in casu op schrift gestelde overeenkomst, gelet op omstandigheden als de aard van de overeenkomst en de verhouding van partijen, minder gebruikelijk is, is er meer reden voor een onderzoek naar die gebondenheid. Het is in dit verband van belang op twee vragen meer uitgebreid in te gaan. In de eerste plaats moet de vraag worden gesteld wat het verband is tussen de hier verwoorde leer en die van het 'iustum pretium'. In de tweede plaats moet het zg. 'voortbouwen' op het vertrouwen als factor aan de orde komen.

4.3.3 *Het iustum pretium en de wederzijdse prestatiebelofte*

De leer van het iustum pretium kan worden omschreven als de opvatting dat tussen de beide prestaties bij de overeenkomst een zekere gelijkwaardigheid moet bestaan. Men heeft deze gedachte voor het huidige contractenrecht altijd verworpen omdat nu eenmaal als wezenlijk voor de overeenkomst werd beschouwd dat het de partijen *zelf* zijn die mogen uitmaken of zij al dan niet hun dure goederen voor een objectief te lage prijs wegdoen. De rechter mag zich daar niet mee bemoeien.¹⁰¹ Op de spits gedreven kan men overigens stellen dat de leer van het iustum pretium slechts stelt *dat* van enige gelijkwaardigheid tussen de prestaties sprake moet zijn en niet *wanneer* deze precies aanwezig is. Indien men dan aanneemt dat gelijkwaardige prestaties

101. Zie Asser-Hartkamp II, no. 44, Asser-Rutten II, 6e dr., Zwolle 1982, p. 185 en C.J. van Zeven, *De leer van het iustum pretium en misbruik van omstandigheden*, diss. Utrecht 1960, Zwolle 1960, p. 1 v., alwaar verdere literatuur. Vgl. Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 255 v.

die prestaties zijn die door partijen zelf zijn *gewild*, bestaat in dat geval eveneens een *iustum pretium*.¹⁰²

De vraag is echter of deze leer in de meer traditionele visie van enige *materiële* equivalentie tussen de wederzijdse prestaties kan worden aanvaard. Op het eerste gezicht lijkt de in het voorafgaande verdedigde opvatting in niet geringe mate op de *iustum pretium*-leer. Ook hier immers is beoogd niet de 'vrije' contractspartijen op het eerste plan te plaatsen, maar de *prestaties* zelf.¹⁰³ Het concept van de wederkerige samenhang is principieel gericht op wat door partijen moet worden verricht, niet op wat zij hebben gewild. Bovendien is ook hier beoogd dat daarmee de rechtvaardige verdeling reeds bij de totstandkoming van de overeenkomst een rol speelt en niet eerst achteraf.

Onzes inziens komt aan het *iustum pretium* inderdaad een grotere rol toe in het contractenrecht dan men het wel doet voorkomen.¹⁰⁴ Dat men is 'gevangen in den ban der doodverklaring'¹⁰⁵ is echter niet verwonderlijk omdat men meent dat de *iustum pretium*-leer zou verwijzen naar absolute maatstaven van rechtvaardigheid die op de door partijen gesloten overeenkomst moeten worden toegepast.¹⁰⁶ Dit is echter niet het geval. Wat 'rechtvaardig' is, kan namelijk in het contractenrecht slechts worden bepaald door te bezien wat 'normaal' is.¹⁰⁷ Indien het gebruikelijk is dat een zaak wordt verkocht voor een prijs die ligt tussen de 10,- en de 20,-, dan is het onrecht-

102. Vgl. C.M.O. van Nispen tot Sevenaer, De herleving van de leer van den rechtvaardigen prijs en haar rechtswijsgeerige grondslag, *Themis* 98 (1937), p. 11: de leer zegt niet wanneer een prijs rechtvaardig is, maar alleen dat de rechtvaardige prijs moet worden nagekomen. Dit lijkt overigens niet de betekenis te zijn die Aristoteles, de grondlegger van de leer, er aan hechtte. Zie daartoe Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 266. Vgl. Arthur von Mehren, *IECL*, vol. VII-1: A General View of Contract [1982], no. 72.

103. In de traditionele leer wordt het *iustum pretium* nog wel *achteraf* verwezenlijkt over de band van contractspartijen via het leerstuk van misbruik van omstandigheden, waarbij aantasting mogelijk is indien de ongelijkwaardigheid der prestaties voortvloeit uit misbruik van de ene partij door de ander. Vgl. nog N. de Beneditty, Gelijkwaardige of bedongen contra-praestatie?, *WPNR* 3446-3447 (1936), p. 17 v.

104. Vgl. de uitspraak van de grootste Nederlandse verdediger van het *iustum pretium*, P.W. Kamphuisen, De leer van het *justum pretium* herleefd, oorspr. 1933, in: *Verzameld Werk*, Zwolle 1963, p. 221, die de leer 'een van de grondbeginselen van ons contractenrecht' noemt.

105. Kamphuisen, *t.a.p.*

106. Representatief is *Asser-Hartkamp* II, no. 44, alwaar wordt gevreesd dat erkenning een 'onuitputtelijke bron van chicanes' op zou leveren: 'De zekerheid in handel en verkeer zou er door kunnen worden ondermijnd, het verantwoordelijkheidsgevoel verminderd'.

107. Vgl. treffend Kamphuisen, *o.c.*, p. 221, die meent dat niet de prestaties op zichzelf moeten worden gemeten, maar dat zij moeten worden *afgemeten* aan de bestaande regelmatigheden: 'Een *pretium* is dan ook slechts dan *justum*, als het zich zonder bezwaar in zulk een systeem (van regelmatigheden, JMS) laat invoegen'. Zie voor andere methoden ter bepaling van de juiste prijs vooral Wolfgang Blomeyer, Der gerechte Preis im geltenden Recht, in: *Der 'Gerechte Preis'; Beiträge zur Diskussion um das 'pretium iustum'*, Erlangen 1982, p. 42 v.

vaardig en dus in strijd met het *iustum pretium* indien deze zaak voor 1000,- wordt verkocht, tenzij daarvoor een bijzondere rechtvaardigingsgrond aanwezig is. Die grond zal uiteraard daarin bestaan dat *deze* contractspartij bereid is de zaak voor 1000,- te kopen. Wordt dit door hem echter betwist, dan zal aan de betrekkelijk zware eisen waarvan zojuist sprake was wil de gebondenheid kunnen intreden, moeten zijn voldaan.

Wij kunnen het *iustum pretium* thans inpassen in de hier verdedigde theorie. Zolang partijen vrijwillig presteren, komt men aan het *iustum pretium* niet toe. Zodra echter de gedane prestatiebelofte wordt betwist, zal de leer in de vorm van wat een gebruikelijke tegenprestatie is op de voorgrond treden. Indien in bovenstaand geval de vereiste causa niet kan worden gevonden in bijzondere omstandigheden die de koop voor 1000,- rechtvaardigen, dan zal gebondenheid niet intreden.¹⁰⁸ In die zin staat het *iustum pretium* aan totstandkoming in de weg.

Dit betekent dat waar de gebondenheid wordt betwist, het *iustum pretium* een betrekkelijk grote rol heeft te vervullen. De wederzijdse prestatiebelofte bindt dan slechts voor zover deze in overeenstemming is met wat *normaal* is, met dien verstande dat steeds afwijking mogelijk is op grond van een bijzondere, een causa opleverende, rechtvaardigingsgrond. Waar de wederkerigheid voldoende is gegarandeerd indien vrijwillig wordt nagekomen, bestaat deze in andere gevallen in beginsel (behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond) dus slechts indien dat gebruikelijk is.

4.3.4 Voortbouwen op het 'vertrouwen'

Op één belangrijke factor bij de bepaling van de contractuele gebondenheid is tot op heden nog niet ingegaan. In de vertrouwensleer zoals die in het huidige recht wordt toegepast, komt een grote betekenis toe aan de vraag of de fidens al dan niet in vertrouwen op de aanwezigheid van een 'wil' bij de nolens reeds handelingen heeft verricht of nagelaten waardoor hij bij niet-totstandkoming van de rechtshandeling in een ongunstiger positie zou geraken. Het standaardvoorbeeld is dat van de werknemer die, zonder dat hij in staat was zijn wil te bepalen, ontslag heeft genomen. Kan de werkgever hem nu aan de gedane verklaring houden, ook indien hij nog geen nieuwe werknemer in dienst genomen heeft?

In de heersende leer kan deze vraag op twee manieren aan de orde komen: niet alleen is het nadeel een omstandigheid die meespeelt bij de vraag of wel gerechtvaardigd vertrouwen bestaat, bovendien kan het in strijd komen met

108. Men zou kunnen stellen dat indien die causa wél aanwezig is, ook een *iustum pretium* bestaat. Vgl. Van Nispen tot Sevenaer, *o.c.*, p. 8-9, die stelt dat steeds alle omstandigheden in ogenschouw moeten worden genomen ter bepaling van het *iustum pretium*. Men hanteert dan echter een ander *iustum pretium*-begrip dan in het voorafgaande, nl. niet langer als een vraag van normaliteit.

de redelijkheid en billijkheid wanneer de fidens de nolens aan de gedane wilsverklaring wenst te houden indien de eerste bij het niet doorgaan van de rechtshandeling geen nadeel zou lijden.¹⁰⁹ Met de door ons bepleite radicale verwerping van de vertrouwensleer, is echter de vraag welke betekenis nog toekomt aan een dergelijk 'voortbouwend' handelen van de fidens. Deze vraag zal met name daar spelen waar nog slechts een prestatiebelofte bestaat, zodat het gerechtvaardigd is er op deze plaats aandacht aan te besteden, maar ook in de beide andere onderscheiden gevallen is kwestieus wat rechtens is indien 'in vertrouwen' is gehandeld.

Uitgangspunt moet zijn dat in de hier voorgestane benadering niet werkelijk kan worden gesproken van een voortbouwen op de (substantiële) *overeenkomst*. Het oordeel dat deze bestaat, is immers juist afhankelijk van alle mogelijke omstandigheden. Onzes inziens moet het voortbouwend handelen dan ook worden gezien als een dergelijke omstandigheid: dat één van beide partijen meent van de wederpartij op grond van de (formele) overeenkomst iets 'te verwachten' te hebben, *en daarom vervolgens reeds handelt*, is een belangrijke aanwijzing dat ook daadwerkelijk gebondenheid (en dus een substantiële overeenkomst) bestaat. Niemand handelt immers 'zomaar'.¹¹⁰ Uiteraard is dit handelen op zichzelf niet beslissend: de werkgever uit bovenstaand voorbeeld zou zich wel zeer gemakkelijk van zijn werknemer kunnen ontdoen indien hij door het enkele in dienst nemen van een nieuwe kracht de ontslagname als geldig mag beschouwen. Van kwade trouw van de fidens mag echter niet op voorhand worden uitgegaan.¹¹¹

109. Ongeacht de vraag of het gaat om een rechtshandeling om niet of onder bezwarende titel. Zie bijv. HR 14 januari 1983, NJ 1983, 457 m.nt. PAS (Hazjiani/Van Woerden) en HR 12 september 1986, NJ 1987, 267 m.nt. PAS (Westhoff/Spronsen).

110. In andere bewoordingen idem HR 12 mei 1972, NJ 1973, 53 m.nt. KW (Meerzicht), alsmede het al genoemde HR 31 januari 1924, NJ 1924, 373 (Van der Molen/Hassink). Zie voor het 'fait accompli' als factor naast andere ook reeds I. Kisch, Het privaatrecht tegenover het voldongen feit, oorspr. 1949, in: *Uitgelezen opstellen*, Zwolle 1981, p. 75 v.

111. Met het 'fait accompli' als omstandigheid, worden twee andere mogelijke opvattingen verworpen. In de eerste plaats is wel verdedigd dat nadeel *altijd* bestaat indien reeds een wederzijdse prestatiebelofte aanwezig is die vervolgens niet wordt nagekomen. De redenering is dan dat de schade ligt in de 'opportunity cost of not making a contract elsewhere with someone else'. Zie Collins, *Law of Contract*, p. 67. De door mij verkochte auto kan bijvoorbeeld in de tijd tussen de totstandkoming van de formele overeenkomst en het moment waarop duidelijk wordt dat de koper zich niet gebonden acht, niet verkocht worden aan een ander, *los* van de vraag of die koper zich aanbiedt. In de tweede plaats is ook niet juist dat — bij een reëler schadebegrip — alléén in geval van een handelen in vertrouwen op de enkele prestatiebelofte gebondenheid aanwezig is omdat anders schade of 'onevenheid' zou ontstaan. Zie resp. de verklaring van gebondenheid vanuit het 'harm principle', geschetst bij Collins, *Law of Contract*, p. 47 en Nieskens, *Het fait accompli*, *passim* en no. 22. Soms zal ondanks de aanwezigheid van 'nadeel' toch géén gebondenheid kunnen worden aangenomen en soms ondanks de afwezigheid daarvan wél.

Bovendien moet gelden dat indien aan het handelen van de fidens geen argument kan worden ontleend om te komen tot een contractuele aansprakelijkheid, het *verwijtbaar* hebben opgewekt van vertrouwen nog wel tot een aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad aanleiding kan geven. De werknemer uit bovenstaand voorbeeld die weet of moet weten dat zijn werkgever in vertrouwen op zijn mededeling actie zal ondernemen, kan onzorgvuldig handelen door de werkgever in de waan te laten dat hij ontslag wenste te nemen. Of dit daadwerkelijk het geval is, zal uiteraard afhangen van de omstandigheden. Zo is dat in het geval van een buitenlandse werknemer, die de Nederlandse taal niet machtig is, niet waarschijnlijk. Indien A belooft aan B 100,- te zullen geven en B koopt in vertrouwen daarop reeds een exemplaar van Bregsteins Verzameld Werk, dan kan dit leiden tot geldigheid van de overeenkomst (bijv. indien de samenhang tussen de wederzijdse prestaties daarin ligt dat A dat geld juist met het oog *op die aankoop* heeft toegezegd), maar indien B zich met dat geld te buiten gaat aan cafébezoek, ontstaat die overeenkomst niet. Weet A nu dat B alcoholist is en hoegenaamd niets op heeft met geschriften uit de Amsterdamse School, dan zal het, mits de toezegging voldoende serieus is gedaan, onzorgvuldig zijn om zich daar vervolgens niet aan te houden.¹¹²

Het bezwaar dat tegen het belang van voortbouwend handelen wordt ingebracht in de traditionele vertrouwensleer, namelijk dat moeilijk te verklaren valt dat een *later* verrichte handeling van invloed is op de totstandkoming van de overeenkomst,¹¹³ gaat dan ook niet op: dit argument speelt slechts daar waar men het oordeel inzake de totstandkoming laat afhangen van omstandigheden *ten tijde van* het sluiten van het 'formele contract'. Daarmee bestaat echter nog geen substantiële overeenkomst. Deze benadering verschilt overigens de facto weinig van de huidige, waarin het eventueel te lijden nadeel eveneens slechts als omstandigheid meespeelt bij de al dan niet gebondenheid aan de gedane verklaring, zij het dat dit wel over de band van de vertrouwensleer wordt gespeeld.¹¹⁴

112. Zie voor de specifieke uitwerkingen op het terrein van precontractuele fase en overheidstoezegging *infra*, § 5 en hoofdstuk IX, § 5.2.

113. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, Je bekijkt het maar; noot bij HR 12 september 1986, NJ 1987, 267, AA 36 (1987) p. 102. Hij tracht hieraan te ontkomen door de gebondenheid in dat geval te funderen in 'de goede trouw', maar dat bevredigt niet.

114. Nieuwenhuis, *t.a.p.*, wijst erop dat ondanks de aanwezigheid van een ongunstiger toestand toch geen gebondenheid behoeft te staan en ondanks de afwezigheid daarvan, soms wel een contract moet worden aangenomen. Hij geeft als voorbeeld van het eerste geval het enkele plaatsen van een advertentie na ontslag van een werknemer en van het tweede de situatie waarin een ontslagen werknemer inmiddels een nieuwe baan heeft en het bedrijf met grote financiële moeilijkheden kampt.

4.4 Vervolg

Nog één overeenkomst-type moet worden behandeld. De zg. eenzijdige prestatiebelofte, zoals de schenking of de al dan niet door de overheid gedane 'toezegging', is zodanig belangrijk dat deze een apart hoofdstuk verdient. Daarmee zal deze standaardsituatie, bij wijze van voorbeeld van hoe op een alternatieve manier tegen contractuele gebondenheid kan worden aangekeken, uitgebreider voor het voetlicht komen dan in een studie omtrent het vraagstuk van de contractuele gebondenheid doorgaans het geval is.

Het is hier de plaats om expliciet te wijzen op de consequenties die de hier voorgestane benadering heeft voor het vraagstuk van de precontractuele fase. In de Inleiding is gesteld dat dit probleem in het moderne contractenrecht als nijpend wordt ervaren. In hoeverre dit terecht is, kan thans worden uitgemakt.

5. DE PRECONTRACTUELE FASE

5.1 Algemeen

Het vraagstuk van de aansprakelijkheid van onderhandelende (aspirant-) contractspartijen, wordt wel beschouwd als een van de terreinen waarop bij uitstek van de 'breuklijnen' in het contractenrecht blijkt.¹¹⁵ Gelet op de overvloedige hoeveelheid literatuur en de behandeling van het probleem in de handboeken, kan zelfs van een apart leerstuk der 'precontractuele fase' worden gesproken.¹¹⁶ Toch is het vraagstuk pas in deze eeuw als nijpend probleem naar voren gekomen.¹¹⁷ Wij vragen ons af of met de hier inzake contractuele gebondenheid verdedigde theorie de precontractuele fase niet beter kan worden begrepen en kan worden teruggebracht tot de in dogmatisch opzicht juiste proporties van overeenkomst en onrechtmatige daad.

De vraag naar een eventuele aansprakelijkheid doet zich doorgaans voor waar twee partijen onderhandelen over de totstandkoming van een overeenkomst en één van hen maakt kosten, bijvoorbeeld bestaande in de vervaardi-

115. Zie bijv. Van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, p. 31 v. en Nieskens, *Het fait accompli*, p. 129, alsmede Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 245 en Collins, *Law of Contract*, p. 172.

116. Een overzicht van binnen- en buitenlandse literatuur vindt men vooral bij De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, *passim*. Zie ook Asser-Hartkamp II, no. 156 v.

117. Het eerste Nederlandse geschrift waarin het onderwerp thematisch wordt behandeld, is dat van B.M. Telders, *Praecontractuele verhoudingen*, WPNR 3536-3537 (1937), p. 453 v. In de rechtspraak lijkt de inpassing in het bestaande systeem zelfs pas sinds het begin van de jaren '80 problematisch te zijn. Zie vooral HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 m.nt. CJHB (Plas/Valburg) en ook reeds HR 16 januari 1981, NJ 1981, 426 m.nt. CJHB (Van Oosterom/Majoor).

ging van een offerte of in het missen van een overeenkomst met een derde, waarna de andere partij de onderhandelingen afbreekt. Vraag is dan of vergoeding van de gemaakte kosten, respectievelijk van de gedeelde winst kan worden gevorderd.¹¹⁸

Overbekend is dat beide vragen door de Hoge Raad principieel bevestigend zijn beantwoord in het bekende arrest Plas/Valburg. Nu het daarin overwogene de *sedes disputationi* vormt van de grondslagenstrijd, dienen de relevante passages hier letterlijk te worden weergegeven. De Raad overwoog:

'Niet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kan er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gedeelde winst. (...)

Een verplichting daartoe (nl. tot vergoeding van in het kader van onderhandelingen gemaakte kosten, JMS) zou zelfs kunnen bestaan, als de onderhandelingen nog niet in een zodanig stadium zouden zijn geraakt dat de gemeente te goeder trouw die onderhandelingen niet meer had mogen afbreken, maar reeds wel in een stadium dat zulk afbreken haar in de gegeven omstandigheden niet meer zou hebben vrijgestaan zonder de door Plas gemaakte kosten geheel of gedeeltelijk voor haar rekening te nemen'.

Dit kan nog altijd als geldend recht worden beschouwd, zij het dat door de Hoge Raad nader is gespecificeerd dat het niet zozeer aankomt op een vertrouwen 'over en weer' in de totstandkoming van 'enigerlei contract', maar op een vertrouwen in de totstandkoming van de 'zekere overeenkomst' waaromtrent werd onderhandeld¹¹⁹ 'door de wederpartij van degene die het tot stand komen van de overeenkomst verhinderde'.¹²⁰

De twee door de Hoge Raad onderscheiden fasen¹²¹ hebben aanleiding gegeven tot de vraag welke de grondslag is van de aansprakelijkheid. In het (door de Hoge Raad als eerste genoemde) latere stadium, waarin op de totstandkoming van de overeenkomst mag worden vertrouwd, heeft men de

118. Behalve aan het reeds genoemde Van Oosterom/Majoer en aan Plas/Valburg lag deze 'standaardcasus' bijv. ten grondslag aan HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 m.nt. CJHB (VSH/ Shell). In HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 m.nt. PvS (Vogelaar/Skil) bestond die nuance dat de schade met name lag in het reeds opzeggen van een baan door de 'vertrouwende' Vogelaar. Bovendien is denkbaar dat misbruik wordt gemaakt van in het kader van onderhandelingen verkregen informatie, bijv. door het tegen elkaar uitspelen van gegadigden, hetgeen in het algemeen zonder meer onzorgvuldig zal zijn.

119. Deze retouche werd aangebracht in het al genoemde HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 m.nt. CJHB (VSH/Shell). In dit arrest werd het niet ingevoerde art. 6.5.2.8a NBW door de Hoge Raad als 'uitgangspunt' als juist aanvaard, zonder dat daarmee afbreuk werd gedaan aan de Plas/Valburg-formule. Zie in dezelfde zin De Kluiver, o.c., no. 239.

120. Aldus het al genoemde HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 m.nt. PvS (Vogelaar/Skil).

121. De door de Hoge Raad gepraktizeerde idee van zich verdichtende onderhandelingen die hun weerslag vinden in steeds verdergaande verplichtingen van contractanten, gaat terug op de 'founding fathers' van de precontractuele aansprakelijkheid, nl. Fagella en Saleilles. Zie nader Von Mehren, *The Formation of Contracts*, o.c., no. 116 v.

grondslag gezocht in een onrechtmatige daad¹²², in het vertrouwen,¹²³ in de goede trouw of redelijkheid en billijkheid¹²⁴ en in een 'diligentiecontract'.¹²⁵

Eveneens als problematisch ervaren is het eerdere stadium, waarin een verplichting tot kostenvergoeding intreedt hoewel afbreken van de onderhandelingen op zichzelf niet ongeoorloofd is. Voor dat geval zijn eveneens als bron aangewezen de onrechtmatige daad, gelegen in het niet vergoeden van de gemaakte kosten,¹²⁶ het vertrouwen¹²⁷ en de goede trouw.¹²⁸ Bovendien heeft men de grondslag wel gezocht in zaakwaarneming en in ongerechtvaardigde verrijking.¹²⁹

Hiermee is aangegeven hoe omstreden de grondslag der verplichtingen in de precontractuele fase is. In het navolgende zal eerst worden nagegaan hoe deze grondslagenstrijd kon ontstaan. Vervolgens wordt aangetoond hoe met de hier verdedigde theorie precontractuele verplichtingen van een grondslag kunnen worden voorzien.

5.2 De precontractuele fase als vraag van totstandkoming ener overeenkomst

Dat een eventuele aansprakelijkheid van onderhandelende partijen moeilijk te plaatsen valt in het systeem van bronnen van verbintenis, hangt nauw samen met de suprematie van de wils(vertrouwens-)leer. Eigen daaraan is immers dat eerst gebondenheid kan intreden waar op enigerlei wijze van een mondelinge of schriftelijke overeenkomst blijkt. De vraag is dan of de overeenkomst

122. Bijv. P. van Schilfgaarde, noot in *AA* 32 (1983) p. 758 v.; L. Hardenberg, Bbespr., *NJB* 1985, p. 292, alsmede algemeen dez., *De onderhandeling*, *WPNR* 4969-4971 (1967), p. 471.

123. Schoordijk, *Onderhandelen te goeder trouw*, p. 68.

124. Bijv. Vranken, *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten*, p. 95, die echter wel opmerkt dat dat nog niet veel zegt: 'In rechtspraak en literatuur zal er verder vorm aan gegeven kunnen worden'.

125. Vgl. algemeen P. Zonderland, *Precontractuele verhoudingen in de bouw en het z.g. economisch bouwrecht*, *BR* 1975, p. 260 en J. Spier, *Overeenkomsten met de overheid*, diss. Leiden 1981, Deventer 1981, p. 61, die spreken van een 'zwak contractje' met 'rechtjes en verplichtinkjes'.

126. Zie voor de toepassing van deze constructie van J. Drion op precontractuele verhoudingen bijv. H. Drion, *Precontractuele verhoudingen naar Nederlands recht*, preadvies Ver. v.d. vergelijkende studie v.h. recht van België en Nederland 1967, in: *Geschriften van H. Drion*, Deventer 1982, p. 249; Brunner in zijn *NJ*-noot bij Plas/Valburg en De Kluiver, *o.c.*, no. 253 v.

127. Schoordijk, *t.a.p.*

128. Bijv. *Asser-Hartkamp II*, no. 166; Van Schilfgaarde, *t.a.p.*, die de constructie-Drion 'verschrikkelijk gekunsteld' acht; M.A.M.C. van den Berg, Plas-Valburg in de toekomstige tijd, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer 1991, p. 17.

129. Zie resp. Drion, *o.c.*, p. 250, waarover Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, p. 101, en J.H. Nieuwenhuis, Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht, in: *Recht vooruit*, Deventer 1988, p. 115, waarover De Kluiver, *o.c.*, no. 279 v.

al dan niet is totstandgekomen. In de precontractuele fase wordt op voorhand erkend dat de overeenkomst niet bestaat, maar is de vraag tot welke verplichtingen het hebben gevoerd van onderhandelingen desalniettemin aanleiding geeft.

Dit betekent dat indien iemand stelt er op te vertrouwen dat de sponsor van een wielervedrijf wil dat hij de functie van ploegleider zal bekleden, de vraag naar de *totstandkoming* ener overeenkomst moet worden beantwoord. Stelt dezelfde persoon echter dat hij vertrouwt op een *reeds totstandgekomen* overeenkomst met die inhoud, dan ligt de vraag naar een precontractuele aansprakelijkheid voor.¹³⁰ Voor dit onderscheid bestaat onvoldoende reden. In beide gevallen is immers de cruciale vraag of een contractuele *gebondenheid* bestaat. Dat tussen de partijen is onderhandeld, kan daarbij wel een rol spelen, maar dat rechtvaardigt nog niet een onderscheid tussen totstandkoming van de overeenkomst en aansprakelijkheid in de precontractuele fase.¹³¹

Juist de aansprakelijkheid in de precontractuele fase laat treffend zien hoe een contractuele gebondenheid kan bestaan zonder dat sprake is van een 'formele' overeenkomst in de vorm van een schriftelijk stuk of andere expliciete mondelinge afspraak. Onzes inziens is wederom bepalend of voldoende wederkerige samenhang tussen de wederzijdse prestaties bestaat in geval van nakoming van de toezegging. Daarbij spelen weer vele omstandigheden een rol, maar bijzondere betekenis komt toe aan de aanwezigheid van een eventuele expliciete wilsuiking en de verhouding tussen partijen. Om dit uit te werken, komen de beide fasen van Plas/Valburg nu achtereenvolgens aan de orde.

5.3 De 'derde fase': vertrouwen op de totstandkoming van de overeenkomst

Er is al op gewezen dat de relatie van partijen één der bepalende factoren is bij de vaststelling van de wederkerige samenhang. Of de door de ene partij te verrichten prestatie in verband staat met enige prestatie of andere causale omstandigheid aan de zijde van de wederpartij, zal met name in problematische gevallen slechts kunnen worden vastgesteld door te bezien wat zich eerder tussen partijen heeft afgespeeld. Ten aanzien van de *uitleg* van contractsbepalingen werd dit ook treffend tot uitdrukking gebracht in het arrest Gerritse/Has,¹³² waarin aan de mate van betrokkenheid van partijen bij de overeenkomst grote betekenis werd gehecht.

130. Het voorbeeld is ontleend aan het in noot 118 genoemde Vogelaar/Skil.

131. Vgl. ook Vogelaar/Skil, waarin terecht is geoordeeld dat indien partijen 'anders dan door "onderhandelingen" betrokken zijn' bij de voorbereiding van de overeenkomst, dezelfde maatstaf moet worden gehanteerd als indien dat wel het geval is.

132. HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 m.nt. PAS.

In dit kader dienen ook de contractsonderhandelingen te worden geplaatst. Indien door partijen wordt onderhandeld omtrent de totstandkoming ener overeenkomst, is het *waarschijnlijker* dat zij serieus trachten overeenstemming te bereiken omtrent een bepaald contract. Naarmate de onderhandelingen zich verder verdichten, blijkt in hogere mate van een gemeenschappelijke intentie.¹³³ Daarbij dient dan wel onmiddellijk te worden opgemerkt dat uit de onderhandelingsfase eveneens kan blijken dat partijen juist niet of slechts onder bijzondere omstandigheden gebonden wensen te raken aan een bepaalde overeenkomst.¹³⁴ Blijkt daarvan echter niet, dan vormt het enkele onderhandelen een belangrijke aanwijzing dat de gebondenheid voor een bepaalde situatie door beide partijen is gewenst en dat dus geen onterechte verrijking van één van hen optreedt door een (vervolgens uit te voeren) overeenkomst aan te nemen.

In dat kader zal ook rekening worden gehouden met eventueel reeds gesloten voorbereidende overeenkomsten en toezeggingen, alsmede met een eventueel reeds verricht hebben van handelingen door (één der) partijen.¹³⁵ Indien bijvoorbeeld reeds met instemming van de wederpartij uitvoering is gegeven aan de beoogde overeenkomst, zal de gebondenheid moeilijk meer kunnen worden betwist.¹³⁶ Indien 'in vertrouwen' op de aanwezigheid ener overeenkomst kosten zijn gemaakt, vormt dat eveneens een belangrijke aanwijzing dat de gebondenheid is gewenst.

Essentieel is echter dat dit omstandigheden zijn die een rol spelen bij het vaststellen van een voldoende samenhang tussen de verplichtingen over en weer, waarmee een redelijke grond voor de gebondenheid is gegeven.¹³⁷ Wanneer de Hoge Raad aanneemt dat de onderhandelingen omtrent een specifieke overeenkomst niet mogen worden afgebroken, dan betekent dit onzes inziens niets anders dan dat de Hoge Raad de aanwezigheid ener overeenkomst, gelet op alle omstandigheden, waarschijnlijk acht nu die samenhang

133. Vgl. ook De Kluiver, *o.c.*, no. 5, die die intentie betreft op de bepaaldheid van de relatie: indien die nauwkeuriger kan worden bepaald (hetgeen bij onderhandelingen eerder het geval is), kan ook de intentie dat partijen die 'werkelijk' willen aangaan worden aangenomen.

134. Zoals het 'subject to contract'-beding of het beding dat de totstandkoming van de overeenkomst afhankelijk is van financiering. Zie bijv. HR 6 november 1987, *NJ* 1988, 212 (Krijnen/Nentjes).

135. Deze factoren spelen ook een rol bij de vaststelling van de soort overeenkomst en van de nadere inhoud ervan. Zie *supra*, § 3, alsmede De Kluiver, *o.c.*, no. 109 v. en 246.

136. Men vgl. ook De Kluiver, *o.c.*, no. 246, die er terecht op wijst dat de uitvoeringshandeling ook de bedoeling kan hebben slechts een hoofdactiviteit voor te bereiden, zodat een 'contra-indicatie' bestaat.

137. De Kluiver, *o.c.*, no. 306, stelt in navolging van buitenlandse literatuur en rechtspraak de vraag centraal of voor het *afbreken* van de onderhandelingen een 'goede reden' bestaat; indien dat *niet* het geval is, ontstaat aansprakelijkheid. Hier wordt evenwel verdedigd dat de *aanwezigheid* van een causa de gebondenheid met zich brengt.

(objectief bezien) in de ogen van partijen bestaat. Het sluiten van de overeenkomst was dan *normaal* geweest.

Zo was aannemelijk dat de gemeente Valburg die een zwembad wenste te bouwen, na intensief overleg door een bevoegde instantie gedurende een periode van enkele maanden, waarbij de verschillende offertes waren vergeleken, een juiste beslissing nam door de laagste inschrijver mede te delen dat zijn plan, behoudens enkele aanpassingen van details, aanvaardbaar was. In dat geval is een samenhang tussen de door de gemeente te betalen aanneemsom en de door aannemer Plas te verrichten werkzaamheden zo waarschijnlijk dat van een overeenkomst kan worden gesproken.¹³⁸

Dat de normaliteit van de totstandkoming in de rechtspraak een beslissende rol vervult, blijkt ook uit het al genoemde arrest VSH/Shell.¹³⁹ In casu werd onderhandeld omtrent de overname door Shell van aandelen in een dochterbedrijf van VSH. Nadat in beginsel overeenstemming was bereikt omtrent een deelname door Shell van 60 %, blijkt dat VSH voor de resterende 40 % geen financiering kan vinden. Daarop laten *beide partijen* de gedachte aan een joint venture varen en wordt onderhandeld over een andere vorm. Enige tijd later breekt Shell de onderhandelingen af. VSH vordert dan — voor zover hier van belang — schadevergoeding omdat Shell de joint venture niet nakomt. De Hoge Raad acht enig vertrouwen in de totstandkoming ener overeenkomst niet aanwezig:

'Er kan (...) slechts sprake zijn van schade ter zake van het feit dat tussen pp. een zekere overeenkomst niet is tot stand gekomen, indien *aannemelijk* is dat bij voortzetting van de onderhandelingen een dergelijke overeenkomst tot stand gekomen zou zijn' (curs. JMS).

Gebondenheid kan alleen intreden indien aannemelijk is dat een overeenkomst tot stand zou zijn gekomen bij voortzetting der onderhandelingen.¹⁴⁰ In casu was de gedachte aan *welke joint venture dan ook* al verlaten en kon dus geen overeenkomst ontstaan.

Het spreekt voor zich dat de mate waarin de totstandkoming waarschijnlijk is, in hoge mate zal afhangen van de concreetheid der verplichtingen. Terecht spreekt de Hoge Raad dan ook van 'een zekere overeenkomst' die niet tot stand komt. Indien de verplichtingen te vaag zijn, is afdwingbaarheid uitgesloten. Uiteraard hangt dit ook hier weer nauw samen met de al dan niet gegronde verrijking van de wederpartij. Naarmate de verrichte werkzaamheden specifiek zijn, komen zij slechts de wederpartij ten goede en ligt een

138. Overigens was namens het terzake bevoegde B&W het voorbehoud gemaakt dat de gemeenteraad nog moest beslissen. Deze factor speelde in cassatie echter geen rol.

139. HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 m.nt. CJHB.

140. Vgl., overigens kritisch, C.J.H. Brunner in zijn noot onder het arrest: verlies van de kans levert alleen schade op indien de kans zich *met grote waarschijnlijkheid* zou hebben verwezenlijkt.

versering van de verrijking door een overeenkomst aan te nemen eerder voor de hand.¹⁴¹

5.4 De 'tweede fase': de schadevergoedingsplicht

Met het bovenstaande is nog niets gezegd over de in Plas/Valburg onderscheiden 'tweede fase', waarin het afbreken der onderhandelingen weliswaar is geoorloofd, maar niet zonder de wederpartij de gemaakte kosten te vergoeden. In dit geval zal de inbreuk op de status quo dienen te worden hersteld nu voldoende reden voor een *contractuele* gebondenheid ontbreekt.

De Hoge Raad paste hier terecht de constructie-Drion toe.¹⁴² Zoals wij in het volgende hoofdstuk nog zullen zien, komt deze constructie in een verhouding waarbij het algemeen belang is betrokken, goed van pas. Op zichzelf was het de gemeente in de hoedanigheid van overheidslichaam toegestaan om de onderhandelingen af te breken nu het algemeen belang daarmee was gediend. Complement daarvan is echter dat wel de verplichting bestaat schadevergoeding aan te bieden.

Overigens zal de constructie-Drion geen diensten kunnen bewijzen in de verhouding tussen particulieren. Indien tijdens onderhandelingen tussen twee bedrijven, één van hen de onderhandelingen afbreekt, kunnen eventueel door één van hen gemaakte kosten niet worden teruggevorderd op die grond. Hier zal men alleen kunnen terugvallen op onrechtmatig handelen sec als bron van verbintenissen. Is dit echter niet aanwezig, dan is het redelijk dat de gemaakte kosten voor rekening van de particuliere contractspartij blijven.

Zo was in het reeds genoemde Vogelaar/Skil de toezegging dat Vogelaar ploegleider mocht worden van een door Skil te sponsoren wielerploeg gedaan onder het voorbehoud dat de ploeg alleen zou worden opgericht indien nog voor één miljoen gulden medesponsors zouden worden gevonden. Indien Vogelaar vervolgens kosten maakt (overigens tegen een door Skil betaalde onkostenvergoeding) en zijn huidige baan opzegt, berusten die handelingen op geen redelijke grondslag en kan als die sponsors niet worden gevonden, geen schadevergoeding worden verkregen.¹⁴³ Dit was anders geweest indien Skil uitdrukkelijk had toegezegd dat de wielerploeg opgericht zou worden, ongeacht de beschikbaarheid van verdere sponsorgelden.

141. Men vgl. ook De Kluiver, *o.c.*, no. 282. Zie voor soortgelijke Duitse geluiden inzake de specificiteit van de overeenkomst Loges, *Die Begründung*, p. 40.

142. Vgl. Brunner in zijn noot. Zie voor de juistheid van deze constructie in de verhouding overheid-burger *supra*, hoofdstuk IX, § 5.2.2.

143. Overigens overwoog de Hoge Raad op het spoor van het middel dat het onaanvaardbaar kan zijn om onderhandelingen 'radicaal en zonder compensatie' eenzijdig af te breken. Daarin kan men een aanvaarding van de constructie-Drion lezen voor particuliere verhoudingen (zie ook reeds HR 3 april 1987, *NJ* 1987, 703 m.nt. G (Van Gastel/Van den Heuvel), waarover *infra*, hoofdstuk IX, § 5.2.2); o.i. is deze constructie echter in verhoudingen waarbij het algemeen belang niet is betrokken onverantwoord.

Voor onrechtmatigheid is in deze context vereist dat het handelen *op zichzelf* onrechtmatig is. Dat is het geval indien het terugtrekken *willekeurig* geschiedt.¹⁴⁴ De Hoge Raad heeft hieraan deels erkenning gegeven door verschillende malen te spreken van een 'plotseling' afbreken,¹⁴⁵ maar ook daarbuiten kan aansprakelijkheid bestaan. Belangrijk criterium is daarbij wat de reden voor het afbreken is: een commerciële reden is op zichzelf een goede, mits daarbij de vereiste zorgvuldigheid in acht wordt genomen. Indien bijvoorbeeld wordt afgebroken omdat een derde een beter aanbod doet, moet eerst aan de oorspronkelijke onderhandelingspartner de mogelijkheid worden geboden dat aanbod óók te doen. Het enkele in zee gaan met een derde omdat deze betere kwaliteiten bezit die liggen *buiten* het commercieel belang (zijn vriendelijkheid of betere bedrijfsvoering) is geen geldige reden. Men had dan bij het kiezen van de contractspartner maar beter moeten oppassen.¹⁴⁶

Het bovenstaande betekent dat een kostenvergoeding uitzondering blijft. Onderhandelingen vinden doorgaans slechts plaats tussen professionele contractspartners en, zoals Hardenberg terecht opmerkt: 'wie zaken doet, loopt het gevaar dat zij afspringen'.¹⁴⁷

6. EEN INHOUDELIJKE RECHTVAARDIGING

6.1 Inleiding

Met het bovenstaande is beoogd een rechtvaardiging van de contractuele gebondenheid te geven die direct is gegrond in datgene wat als het wezen van de overeenkomst mag worden beschouwd: het *do ut des*, het presteren omdat de ander dat ook doet of omdat althans aan zijn zijde omstandigheden bestaan die evenzeer de gebondenheid van de eerste rechtvaardigen. Waar de contractuele rechtvaardigheid thans vooral door middel van ongelijkheidscompensatie *achteraf* wordt gerealiseerd (via vraagstukken als dwaling, uitleg en aanpassing van de reeds totstandgekomen overeenkomst en door het aanneemen van mededelings- en onderzoeksplichten), is hier getracht die reeds bij

144. Hiermee blijven wij in het voetspoor van Saleilles, die in zijn grondlegend, maar op de ideeën van Fagella voortbouwend, artikel De la responsabilité précontractuelle, *RTDciv* 6 (1907), p. 697 v. deze gedachten ontvouwde. Zie vooral p. 717 v.

145. Zie bijv. HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 726 m.nt. MS (Tolkentarieven).

146. Deze redenering is deels terug te vinden bij Saleilles, *t.a.p.* Overigens acht men naar huidig Frans recht het afbreken van onderhandelingen maar zelden onrechtmatig. Zie Ghestin, *Formation du contrat*, no. 330 v.

147. De onderhandeling, *o.c.*, p. 471-472: 'het is een normaal economisch beginsel, dat de kost voor de baat uitgaat, zonder dat hieruit een juridisch beginsel geconstrueerd kan worden, dat aanspraken op baat of zelfs maar alleen op vergoeding van vergeefs gemaakte kosten erkent'.

de *totstandkoming* van de overeenkomst te verwezenlijken door de nadruk te leggen op de aan de overeenkomst inherent geachte wederkerigheid. Dat roept onvermijdelijk de vraag op naar wat dit betekent voor de zojuist genoemde instituten. In het navolgende zal deze vraag worden aangevat door eerst in te gaan op de nauw met elkaar verweven vraagstukken van dwaling, uitleg en oneigenlijke dwaling. Vervolgens wordt apart aandacht besteed aan de overige wilsgebreken, aan onvoorziene omstandigheden en aan uitleg.

6.2 *Consequenties van de wederkerige samenhang-leer*

6.2.1 *Dwaling, misverstand en uitleg*

In het voorafgaande is steeds de nadruk gelegd op de door partijen te verrichten prestaties, in plaats van op datgene wat door partijen is gewenst. Dit moet consequenties hebben voor die leerstukken die traditioneel onder de invloed van de (gecorrigeerde) wilsleer staan. Behalve aan de wilsgebreken, kan hier worden gedacht aan het vraagstuk van de uitleg van de overeenkomst. Weliswaar is dit laatste in de Haviltex-formule¹⁴⁸ teruggebracht tot een vraag van wat partijen 'in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de (contracts)bepalingen mochten toekennen en (...) hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten', maar daarmee is de uitleg nog altijd gekoppeld aan de wils-vertrouwensleer.

Nu moet gezegd dat tussen het wilsgebrek van dwaling en misverstand en uitleg een nauw verband bestaat. Als het traditionele onderscheid tussen misverstand en dwaling is aan te merken dat in het eerste geval de contractspartijen menen het eens te zijn waar zij het in feite oneens zijn (A wenst voor 300,- een gouden horloge te verkopen aan B, maar abusievelijk is het aanbod gedaan voor 100,-) en dat in het tweede geval partijen het eens zijn maar dat één van hen een verkeerde voorstelling heeft van wat hij koopt (het horloge is van koper en niet van goud). Indien een misverstand bestaat, komt de overeenkomst wegens dissensus niet tot stand, in geval van dwaling wel (partijen zijn het immers eens) maar is zij onder bepaalde omstandigheden vernietigbaar.¹⁴⁹

Dat dit onderscheid tussen 'oneigenlijke' en 'eigenlijke' dwaling echter slechts kan worden gemaakt indien wordt onderscheiden tussen het enkele wensen van gebondenheid — los van de vraag *waartoe* men zich verplicht — en het wensen van de inhoud der verplichtingen zelve, is reeds meermalen

148. Afkomstig uit HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB (Haviltex) en later vele malen herhaald.

149. Zie voor deze traditionele, op Von Savigny teruggaande en in het BW neergelegde visie bijv. Asser-Hartkamp II, no. 174.

betoogd.¹⁵⁰ Slechts dan immers kan worden gezegd dat A bijvoorbeeld weliswaar een horloge voor 100,- heeft willen verkopen, maar dat hij niet *dit gouden horloge* slechts voor 100,- aan B wilde laten. Indien het enkel gaat om de vraag of A dit gouden horloge voor 100,- aan B wilde verkopen, zijn dwaling en totstandkoming ineengeschoven en is enkel relevant waartoe partijen verplicht zijn.¹⁵¹ En dat laatste is een vraag van uitleg: het is niet zinvol eerst te bepalen of men zich 'in abstracto' heeft willen binden en pas daarna met welke, uitgelegde, inhoud men dat heeft willen doen.¹⁵²

In het voorafgaande is nu steeds verdedigd dat inderdaad pas kan worden vastgesteld of een rechtens bindende overeenkomst bestaat indien daar de door partijen te verrichten prestaties bij worden betrokken. Daarmee lijkt voor het onderscheid tussen totstandkoming van de overeenkomst in een eerste stadium en latere vernietiging op grond van dwaling dan ook geen plaats meer te zijn. Dat dit daadwerkelijk het geval is, kan worden toegelicht door als de relevante vraag te stellen of de gevallen waarin een beroep op dwaling met succes kan worden gedaan reeds zijn uitgesloten bij het oordeel dat contractuele gebondenheid bestaat, oftewel — andersom gesteld — of met het oordeel dat een *substantiële* overeenkomst bestaat, een eventuele dwaling rechtens niet langer relevant is.

Wanneer dan is de overeenkomst op grond van dwaling vernietigbaar? Als de belangrijkste maatstaf geldt dat de ene partij op grond van een onjuiste voorstelling van zaken heeft gecontracteerd zonder dat de wederpartij wist of moest weten dat de juistheid van die voorstelling voor de dwalende zo belangrijk was dat hij anders niet (op die voorwaarden) gecontracteerd zou hebben. Indien B een gouden horloge wil kopen van A, maar A weet niet dat B alleen tot de koop wil overgaan indien het horloge van goud is, kan B achteraf geen beroep doen op dwaling indien zou blijken dat het van koper is, tenzij A had moeten begrijpen dat dit voor B van belang was.¹⁵³

150. Hoewel *deze* formulering van ons is. Zie vooral het buitengewoon heldere artikel van J.F. Houwing, *Oneigenlijke dwaling*, oorspr. 1890, in: *Rechtskundige Opstellen*, Haarlem 1921, p. 206 v. In dezelfde zin J.M. van Dunné, *De heroriëntatie bij dwaling*, *WPNR* 4978-4981 (1968), p. 37 v., alwaar ook verdere voor- en tegenstanders.

151. Vgl. Houwing, *o.c.*, p. 228: 'Hoe men de zaak dus ook keere of wende: het antwoord op de vraag, of men verbonden is, hangt steeds weer onafscheidelijk samen met het antwoord op de vraag, waartoe men verbonden is. Of liever nog, het is één en dezelfde vraag (...)'.
152. Vgl. ook Houwing, *o.c.*, p. 231: de rechter dient 'te trachten, voor zooveel dit, op grond der bestaande gegevens, en met inachtneming van alle bekende en begeleidende omstandigheden van het concrete geval, mogelijk is, den objectieven zin te vinden, om, wat deze oplevert, tusschen partijen als overeengekomen te laten gelden'.

153. Een dergelijke regel kan worden aangekleed met bijv. gevals categorieën en met risico-correcties (zoals art. 6:228 BW doet), maar dit is o.i. de kern. Vgl. *Asser-Hartkamp* II, no. 177 v. en bijv. art. 3.5 *Unidroit Principles of International Commercial Contracts* (1994).

Voorop gesteld zij dat geen probleem bestaat waar A en B hebben afgesproken dat een gouden horloge object van de overeenkomst zou zijn. In dat geval pleegt A wanprestatie indien het horloge van koper blijkt. Maar wat indien deze afspraak juist wordt betwist, zoals in geval van een beroep op dwaling gebeurt? De gevallen waarin een dwalingsberoep mogelijk is, zijn die waarin de wederpartij wist dan wel moest weten dat de wederpartij de zaak niet voor dit bedrag zal hebben wensen te kopen. Dit nu zal echter slechts het geval zijn indien een evidente wanverhouding bestaat tussen prijs en waarde en andere hem bekende omstandigheden die wanverhouding niet rechtvaardigen. Of A weet dat voor B de hoedanigheid van het schilderij (nl. dat dit van Rembrandt is) van belang is, zal hij in beginsel kunnen afleiden uit de door B betaalde prijs (3 miljoen of 300,-). Een bindende overeenkomst *tot levering van een Rembrandt* ontstaat bij het laatste bedrag echter in het geheel niet, slechts die tot levering van een schilderij voor 300,-.¹⁵⁴

Aldus is met het oordeel dat een overeenkomst *met een bepaalde inhoud* bestaat inderdaad gegeven dat deze ook bindend is en dat een beroep op dwaling is uitgesloten.¹⁵⁵ Dat neemt niet weg dat de vraag naar de dwaling eerst opkomt waar reeds door partijen is gepresteerd. Het rechterlijk oordeel van een al dan niet totstandgekomen rechtens bindende ('substantiële') overeenkomst wordt pas later gevraagd en in die zin kan nog wel worden gesproken van een apart leerstuk van dwaling.¹⁵⁶ Dit is dan echter onderdeel van de vraag naar de totstandkoming van de definitieve overeenkomst. In onze terminologie kan dan ook hoogstens sprake zijn van een vernietiging van de uitgevoerde *formele* overeenkomst; van de substantiële, bindende, overeenkomst is vernietiging nooit mogelijk nu deze het oordeel van voldoende wederkerige samenhang impliceert.

154. Hiermee is ook de plaats van de mededelings- en onderzoeksplicht nader bepaald. Het al dan niet verzaakt hebben van deze plichten, speelt een rol bij de vaststelling van wat de *inhoud* van de overeenkomst is. Het netwerk van plichten zoals dat in de jurisprudentie is ontwikkeld, kan zo ongeschonden blijven bestaan, zij het in een ander stadium van de 'lifespan' van de overeenkomst: indien de mededeling is gedaan of onderzoek is verricht, is de daarmee verkregen informatie deel van de overeenkomst geworden. Indien de mededelingsplicht is geschonden (aangenomen dat dit traditioneel tot een beroep op dwaling aanleiding geeft), komt de overeenkomst echter in het geheel niet tot stand.

155. Er is hier van uitgegaan dat dwaling een instituut is dat met verwijtbaar gedrag van contractspartijen niets te maken heeft. Wie redeneert dat dit wel het geval is — en daarvoor bestaan in geval van eenzijdige dwaling bepaald goede argumenten (zie daartoe ons iets over de grondslag van de wederzijdse dwaling, *t.a.p.*) — kan de nietgebondenheid reeds vanuit onrechtmatig gedrag van de wederpartij van de dwalende construeren. Dan nog bestaat echter de wederzijdse dwaling, waar geen van beide partijen 'beter wist'. Dat de kenbaarheidseis *daar* beter op kan gaan in een risico-vraag werd betoogd in genoemd artikel.

156. Vgl. Van Dunné, De heroriëntatie bij dwaling, *o.c.*, p. 38, die stelt dat hoogstens kan worden gezegd dat bij dwaling *vooralsnog* een overeenkomst is totstandgekomen. Of dit werkelijk zo is, blijkt echter eerst in geval vernietiging wordt gevorderd.

6.2.2 Onrechtmatige totstandkoming, *imprévision* en uitleg

Eén vraag kwam tot nu toe niet expliciet aan de orde. Het is die naar de reikwijdte van de leer van de wederkerige samenhang. Denkbaar is om, behalve de dwaling, ook de eventuele vraag naar de aanwezigheid van een ander wilsgebrek of naar de mogelijkheid van aantasting van de overeenkomst op grond van onvoorziene omstandigheden bij de totstandkoming van de overeenkomst zelf te betrekken. Bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden (zoals geregeld in art. 3:44 BW) zouden dan slechts in de weg staan aan totstandkoming wanneer zij geen wederkerige samenhang bewerkstelligen. In een geval waarin A zijn wederpartij B bijvoorbeeld onder bedreiging van een pistool beweegt tot het aangaan van een overeenkomst, maar desalniettemin de door B te leveren prestatie ook zonder bedreiging (bij betwisting achteraf) voldoende causa had opgeleverd,¹⁵⁷ zou in die visie gebondenheid intreden.

Met eventuele onvoorziene omstandigheden zou bovendien, net zoals dat bij dwaling geschiedde, rekening kunnen worden gehouden door hen te betrekken bij het vaststellen van de inhoud der verplichtingen. Partijen zouden nooit dit huis tegen deze prijs ge- en verkocht hebben indien zij de exorbitante waardeestijging op de onroerend goed-markt hadden voorzien. Het gelijk blijven van de waarde was zo gezien een stilzwijgende voorwaarde in de tussen partijen bestaande overeenkomst.¹⁵⁸

Wij menen dat beide redeneringen niet verhelderend zijn. Wat de andere wilsgebreken dan dwaling aangaat, zij opgemerkt dat indien de bovenstaande redenering wordt gevolgd, de ongeoorloofdheid van de totstandkoming van de overeenkomst geen enkele rol meer speelt. Toch moet deze voorop staan. Hoewel in de heersende leer alle wilsgebreken over één kam worden geschooren als de zuivere wilsvorming beïnvloedend, is namelijk de vraag of niet een verschil kan worden gemaakt tussen de niet verwijtbare dwaling enerzijds en de overige, *onrechtmatige*, vormen van wilsbeïnvloeding anderzijds. Waar immers de causa, gelegen in de wederkerige samenhang tussen de prestaties, centraal wordt gesteld, kan men zich afvragen of de causa ooit redelijk kan zijn wanneer de overeenkomst op ongeoorloofde wijze is totstandgekomen. Onzes inziens is dit niet het geval. Bedreiging, bedrog en misbruik van omstandigheden moeten op verzoek van de in haar ogen benadeelde partij

157. Het geval is moeilijk voorstelbaar. Gedacht zou kunnen worden aan een situatie waarin het objectief verantwoord is dat B een bepaald goed verkrijgt, maar dit niet vrijwillig wenst te kopen (het is gewenst dat B voor zijn voettocht door de Kalahari-woestijn water koopt, waartoe hij zelf niet bereid is, maar waartoe A hem op redelijke voorwaarden onder bedreiging verplicht).

158. Zie voor de redenering van de *clausula rebus sic stantibus* bijv. *Asser-Hartkamp II*, no. 330 v. en recent J.H. Nieuwenhuis, Vernietigen, ontbinden of aanpassen, *WPNR* 6164-6165 (1995), p. 24.

altijd kunnen leiden tot vernietiging.¹⁵⁹ Men kan hier spreken van 'onrechtmatige totstandkoming'.¹⁶⁰

Dat aan *imprévision* geen behoefte bestaat omdat eventuele onvoorziene omstandigheden reeds zijn uitgesloten bij het oordeel dat een overeenkomst bestaat, kan evenmin worden aanvaard. Het is zinvol om een onderscheid te maken tussen de totstandkoming van de overeenkomst enerzijds en de aantasting wegens *later* opgekomen omstandigheden anderzijds.¹⁶¹ Anders dan bij dwaling gaat het hier niet langer om de totstandkoming van de inhoud van de overeenkomst, maar om een latere verbreking van de met die inhoud reeds totstandgekomen contractuele wederkerigheid.¹⁶² Het essentiële verschil ligt daarbij enkel in het tijdsverloop: het onderzoek naar de causa heeft als ijkpunt de omstandigheden ten tijde van het verrichten van de prestatie of (bij de prestatiebelofte) die ten tijde van het sluiten van de formele overeenkomst. Alle in het voorafgaande genoemde omstandigheden moeten naar dit tijdstip worden beoordeeld. Onvoorziene omstandigheden zien evenwel principieel op later ingetreden omstandigheden.

Hiermee is ook de rol van de uitleg nader bepaald.¹⁶³ Hoe interpretatie van contractsbepalingen dient te geschieden, hangt namelijk nauw samen met de vraag *wat* precies bij die uitleg wordt betrokken. Geschiedt de uitleg naar alle omstandigheden van het geval met het oog op het vaststellen van contractuele gebondenheid of naar de partijwil met het oog op wat partijen in hun overeenkomst hebben willen neerleggen, los van de vraag of dit ook tot gebondenheid leidt? De hier voorgestane *causa*-leer geeft het antwoord: uitleg geschiedt met het oog op het vaststellen van de aanwezigheid van één der hier geschetste situatie-typen, waartoe de omstandigheden ten tijde van het verrichten van de prestatie of het sluiten van de overeenkomst in ogenschouw worden genomen. De op dat moment bestaande omstandigheden zijn allemaal relevant, nu zij stuk voor stuk dienen om de meest zinvolle betekenis te geven

159. Uiteraard binnen de door art. 3:44 gestelde voorwaarden.

160. Waar dus in de heersende leer de overeenkomst dan aantastbaar is omdat 'de vrije wil' is verstoord (men vgl. de term 'procedural justice' bij Von Mehren, *A General View of Contract*, o.c., no. 72), is deze dat voor ons omdat bij de totstandkoming onrechtmatig is gehandeld.

161. Art. 6:258 BW maakt ontbinding of wijziging van de overeenkomst mogelijk, waarover bijv. *Asser-Hartkamp II*, no. 333 v.

162. Bij *imprévision* dient wel dezelfde maatstaf te worden gehanteerd als bij de totstandkoming, namelijk die of ondanks de gewijzigde omstandigheden toch nog een wederkerige samenhang tussen de prestaties bestaat. Men mag ook spreken van een 'contractueel evenwicht'. Zie bijv. art. 6.2.2 van de *Unidroit Principles* ('There is hardship where the occurrence of events fundamentally alters the equilibrium of the contract (...)'). Zie — ook voor andere opties — Nieuwenhuis, o.c., p. 38.

163. Vgl. voor de mogelijkheden van het bewerkstelligen van 'contractual justice' d.m.v. uitleg ook Von Mehren, *The Formation of Contracts*, o.c., no. 63.

aan de verrichte of nog te verrichten prestaties.¹⁶⁴ Indien echter voor bijvoorbeeld een groot verschil in de wederzijdse prestaties door middel van uitleg geen redelijke verklaring valt te vinden, ontstaat gebondenheid in het geheel niet.¹⁶⁵

1. INLEIDING

In het voorgaande hoofdstuk is gegaan op de problematische figuur van de enkele prestatebelofte zonder dat op grond daarvan reeds handelingen zijn verricht. Een vraagteken werd geplaatst bij de afdwingbaarheid van de aanpak. Na de behandeling van de wederzijdse prestatebelofte ('*two-sided exchange*'), dient nu te worden ingegaan op de eenzijdige belofte een waar een ander wettelijke handeling te zullen verrichten. Daarbij is het zaak om die beschouwing wederom te plaatsen in het kader van de wederkerigheid: de wet is lichten stelling juist dat slechts die eenzijdig bevoorrechtende toezegging als bindend mag worden beschouwd die op enigszins wijze leidt tot of gevolgt is van toekennende of bestaande '*wederkerige aanpak*' in de prestatie.

In dit hoofdstuk zullen zowel de eenzijdige toezegging als de schenking-belofte worden behandeld. Het is niet gebruikelijk om deze beide rechtstreeks in verband met elkaar te zien. Traditioneel bestaat immers een ook de verstand dat de schenking wordt beschouwd als een *exemplum*, waar de toezegging — die niet heeft in de verhouding overhand langer een rol speelt — eerder een weinig scherp omlijnd uitsluit van generiek is. Dit onderscheid is te nauw lezer echter van veel minder belang: beide figuren hebben ernaar dat zij aanleiding kunnen geven tot schenking-belofte zonder dat in rust voor de gelijke belofte sprake is van een '*normale*' tegenprestatie. Dit impliceert dat schenking-belofte een andere *causa nova* kunnen worden aangegeven die schenking-belofte of toezegging tot zelfstandig overeenkomst maakt.

164. Dat daarbij aan een eventueel gesloten formele overeenkomst grote betekenis toekomt als *preciserende* factor, werd al eerder uiteengezet. Zie bijv. *supra*, § 3.3.2.

165. Terzijde: dat de uitleg principieel slechts ziet op omstandigheden ten tijde van het presteren of de gesloten formele overeenkomst, bepaalt ook de rol van een eventuele *aanpassing* van de overeenkomst. Deze is niet nodig op het terrein waar de uitleg de primordiale rol speelt (zoals bij dwaling) omdat de reeds uitgelegde overeenkomst de enige juiste is. Aanpassing is wel denkbaar bij onvoorziene omstandigheden (zoals art. 6:258 terecht bepaalt), althans voor zover 'het contractueel evenwicht' daarmee kan worden hersteld. Zie voor dit laatste criterium terecht ook Nieuwenhuis, *o.c.*, p. 38.