



Universiteit
Leiden

The Netherlands

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

Smits, J.M.

Citation

Smits, J. M. (1995, November 14). *Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid : beschouwingen omtrent de dogmatiek van het overeenkomstenrecht*. Gouda Quint BV, Arnhem|Department of Private Law, Faculty of Law, Leiden University. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12296>

Version: Corrected Publisher's Version
License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)
Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12296>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

De eenzijdige prestatiebelofte: schenking en toezegging

1. INLEIDING

In het voorafgaande hoofdstuk is gewezen op de problematische figuur van de enkele prestatiebelofte zonder dat op grond daarvan reeds handelingen zijn verricht. Een vraagteken werd geplaatst bij de afdwingbaarheid van die afspraak. Na de behandeling van de wederzijdse prestatiebelofte ('tweezijdige toezegging'), dient nu te worden ingegaan op de eenzijdige belofte een voor een ander voordelige handeling te zullen verrichten. Daarbij is het zaak om die bevoordeling wederom te plaatsen in het kader van de wederkerigheid: de toe te lichten stelling luidt dat slechts die eenzijdig bevoordelende toezegging als bindend mag worden beschouwd die op enigerlei wijze leidt tot of gevolg is van toekomstige of bestaande 'wederkerige samenhang' in de prestaties.

In dit hoofdstuk zullen zowel de eenzijdige toezegging als de schenkingsbelofte worden behandeld. Het is niet gebruikelijk om deze beide rechtsfiguren in verband met elkaar te zien.¹ Traditioneel bestaat tussen hen ook dit verschil dat de schenking wordt beschouwd als een overeenkomst, waar de toezegging — die met name in de verhouding overheid-burger een rol speelt — eerder een weinig scherp omlijnd instituut sui generis is. Dit onderscheid is in onze leer echter van veel minder belang: beide figuren hebben gemeen dat zij aanleiding kunnen geven tot gebondenheid zonder dat in ruil voor de gedane belofte sprake is van een 'normale' tegenprestatie. Dat impliceert dat achter de formele belofte een nadere causa moet kunnen worden aangewezen die schenkingsbelofte of toezegging tot substantiële overeenkomst maakt.

1. Het verband wordt aangestipt door A.R. Bloembergen, *Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw*, [Deventer etc.] 1976, p. 17.

2. DE SCHENKINGSOVEREENKOMST

2.1 Inleiding

Eerder werd al gewezen op het in essentie wederkerige karakter van de schenking.² Dat ook de schenking slechts als geldige overeenkomst zal kunnen worden aanvaard indien sprake is van een door de begiftigde verrichte of te verrichten 'tegenprestatie', is echter een gedachte die in de Nederlandse literatuur weinig aanhang vindt. Nu zij onmiddellijk toegegeven dat het gebruik van de term 'prestatie' voor de omstandigheden aan de zijde van de begiftigde die de gebondenheid rechtvaardigen, licht misverstand kan wekken. Waar het om gaat, is dat — het zij herhaald — zich objectief gezien een voldoende basis voor de vrijgevigheid bevindt aan de zijde van de begiftigde, die in directe samenhang staat met de schenking: zonder die omstandigheden, zou de schenking achterwege zijn gebleven. De wederkerigheid bestaat zo in een de gebondenheid rechtvaardigende causa, gelegen in die 'abnormale' tegenprestatie.³ Alvorens dit nader uit te werken, moet echter wat aandacht worden besteed aan de schenking in het algemeen.

2.2 *Schenking als bevoordelende overeenkomst*

2.2.1 *Algemeen*

Een goed beeld van het wenselijke en geldende schenkingsrecht kan men slechts verkrijgen wanneer men de twee daarbij betrokken belangen tegenover elkaar weet te plaatsen. Aan de ene kant dient men zich te realiseren dat een schenking een inherent abnormale handeling is: het is niet gebruikelijk dat men een ander 'voor niets' bevoordeelt, zodat iedere schenking met het nodige wantrouwen moet worden gezien.⁴ Aan de andere kant moet worden voorkomen dat men aan de gevolgen van een 'volkomen gerechtvaardigde, geenszins overijld en bewijsbare' belofte tot schenking kan ontkomen.⁵

Wanneer het huidige recht tegen deze achtergrond wordt bekeken, valt op dat daarin slechts een gebrekkig compromis tussen beide uitersten is tot stand gebracht. Voorop staat de zg. formele schenkingsovereenkomst: indien men een ander iets wenst te schenken, dient dit, om bezinning te bevorderen en

2. Zie *supra*, hoofdstuk VII, § 4.5.

3. Vgl. reeds H.J. Hamaker, Nog eens: de oorzaak eener overeenkomst, oorspr. 1903, in: *VG*, dl. IV, p. 89 en voor het prestatie-begrip *supra*, hoofdstuk VII, § 4.5.

4. Zie bijv. Zweigert/Kötz/Weir, *Introduction*, vol. I, p. 61: 'Gifts and gratuitous promises (...) are regarded as something abnormal and the law always treats them in a special way'.

5. Het citaat is afkomstig uit de toelichting op het Ontwerp. Zie nader T.R. Hidma, *Belofte maakt schuld?*, *WPNR* 5944 (1990), p. 31.

overijling te voorkomen, te geschieden bij notariële akte.⁶ Duidelijk is echter dat daarmee slechts een gering aantal gevallen van onbezonnen bevoordeling wordt uitgesloten. In de eerste plaats is eveneens geldig als (reële) schenkingsovereenkomst⁷ de feitelijke overgave van met name roerende zaken en geldsommen, ongeacht de vraag in hoeverre daarmee ongerechtvaardigde verrijking optreedt.

In de tweede plaats bestaat naast deze formele overeenkomst nog de zg. materiële schenking.⁸ Hieronder verstaat men iedere handeling die ertoe strekt dat degene die de handeling verricht, een ander ten koste van eigen vermogen verrijkt.⁹ Daarbij kan worden gedacht aan de kwijtschelding van een schuld, het bouwen op eens anders grond, het bewust betalen van ander-mans schuld, maar ook aan de koopovereenkomst tegen een te lage prijs. Duidelijk moet zijn dat in al deze gevallen de onbezonnen bevoordeling niet door enige vormeis wordt voorkomen; wel wordt steeds de intentie van vrij-gevigheid centraal gesteld: beslissend is of de verrijking van de begiftigde wederpartij door de schenker is gewild, hoewel deze wist dat daartoe geen verplichting bestond. Na hetgeen in het voorgaande omtrent de wil van contractspartijen is gesteld, is echter evident dat die intentie op zichzelf geen beslissende rol kan spelen.

De consequenties van dit stelsel zijn daarmee dat enerzijds de schenking slechts zeer beperkt behoeft te voldoen aan de eis der notariële akte en dat daarmee de ratio van die eis is komen te vervallen. Iedere overeenkomst kan onberaden worden aangegaan.¹⁰ Anderzijds is de vraag of het huidige stelsel, waarin de enkele belofte een schenking te zullen doen, zonder dat deze gepaard gaat met daadwerkelijk handelen niet afdwingbaar is, de rechtsgeldige schenking niet te zeer beperkt. Men moet voor de geldigheid der schenking wachten tot de nobele gever daadwerkelijk presteert, maar er

6. Art. 7A:1719 BW. Zie voor dit argument en de daartegen ingebrachte bezwaren vooral Gr. van der Burght en J.P. Penders, *Schenking*, Deventer 1989, p. 271 v.

7. Deze gift van hand tot hand is geregeld in art. 7A: 1724 BW. Voor de hier genoemde constructie, met afwijkende meningen, *Asser-Kleijn*, no. 262. Men neemt aan dat dan in een samenval van rechtsmomenten én de obligatoire overeenkomst én de overle-ving plaatsheeft.

8. Dit onderscheid wordt algemeen gemaakt sinds het beroemde artikel van H.J. Hamaker, *Schenking*, oorspr. 1904, in: *VG*, dl. IV, p. 402 v., vooral p. 418-419. De forme-
le schenking (daaronder begrepen de gift van hand tot hand) is een species van de
materiële bevoordeling. Zie ook K.L.H. van Mens, *Civielrechtelijke en fiscaalrecht-
lijke aspecten van het schenkingsbegrip*, diss. Amsterdam 1985, Deventer 1985, p. 91.

9. Aldus de omschrijving van de 'gift' (de toekomstige term voor materiële schenking) in
art. 7.3.12 lid 2 NBW.

10. Terecht stelt J.C. van Oven, *Giften van hand tot hand*, *NJB* 1935, p. 325 v. dan ook
dat het onderscheid tussen formele schenking en andere vormvrije verrijkende handel-
ingen geen zin heeft en dat de (slechts historisch te verklaren) scheidslijn 'een typisch ru-
diment' is. Zie ook dez., *Enige civielrechtelijke aspecten van de schenking*, *WPNR*
4722 (1962), p. 217 v. Naar NBW zal de vormeis als bestaansvoorwaarde ook
vervallen.

is weinig verschil tussen de persoon die bij een liefdadigheidsactie toezegt 300,- te zullen doneren en hij die deze toezegging doet met het oog op verkrijging van een doorgaans peperdure auto.¹¹ Met andere woorden: er is geen reden de schenking anders te behandelen dan een andere eenzijdig bevoordelende overeenkomst en wel om de eenvoudige reden dat op voorhand nooit duidelijk is of schenking of een andere overeenkomst is beoogd.¹²

2.2.2 *Schenking en causa*

Dit roept de vraag op hoe het geschetste dilemma dan wel op bevredigende wijze kan worden aangevat. Voorop zij wederom gesteld dat in de eerste plaats het handelen van partijen moet worden beoordeeld en wel in objectieve samenhang met aan de zijde van de begiftigde als voldoende basis voor de vrijgevigheid te beschouwen omstandigheden. Indien die samenhang bestaat, is de gebondenheid gegeven.

Dit betekent dat de causa bij de schenking niet afwijkt van die bij de traditioneel wederkerige overeenkomst. Is het bij de laatste zo dat 'normale' prestaties onderling van elkaar afhankelijk zijn, bij de eenzijdig bevoordelende overeenkomst bestaat die afhankelijkheid eveneens, maar dan van de onderliggende rechtsverhouding. Zuiverder gezegd: bij de wederkerige overeenkomst dienen de wederzijdse prestaties *van elkaar* afhankelijk te worden gemaakt, nu een nadere de gebondenheid rechtvaardigende *verhouding* ontbreekt.¹³ Daarmee wordt afstand genomen van twee andere opvattingen inzake de causa bij schenking.

In de eerste plaats moet gezegd dat traditioneel twee hoofdcategorieën van causa worden onderscheiden. Naast de eerder behandelde wederkerigheid bij de wederkerige overeenkomst, is dat de 'liberalitas', dus de intentie van vrijgevigheid bij de schenking.¹⁴ Inmiddels mag bekend worden veronder-

11. Interessant is HR 6 december 1968, *NJ* 1969, 310 m.nt. KW (Jongbloed/Jongbloed), waarin bepalend wordt geacht voor de vraag of schenking of koop bestaat of de prijs *reëel* is: bij verkoop tegen een lage, maar reële koopprijs, bestaat wellicht materiële schenking. Bij verkoop voor een zo lage tegenprestatie dat deze niet als een werkelijke koopprijs kan worden beschouwd, bestaat formele schenking. Wij herkennen hierin de uit het Engelse recht afkomstige eis dat de consideration 'real' moet zijn. Zie Guest (ed.), *Chitty on Contracts*, vol. I, no. 3-019.

12. Dit lijkt anders in het geval van de schenking bij notariële akte, nu daar uit de akte de aard van de handeling volgt, maar dit is gezichtsbedrog (zie *infra*).

13. Hoewel de verhouding nog een rol speelt bij de vraag of de overeenkomst al dan niet normaal is. Vgl. *supra*, hoofdstuk VIII, § 2.3.

14. Zie bijv. voor de 'animus donandi' als oorzaak *Asser-Rutten* II, 6e dr. 1982, p. 168 en HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 417 m.nt. CJHB (Charmant/Hart van Afrika II). Vgl. voor deze tweedeling bijv. ook Hugo de Groot, *Inleidinge* III, 1, 53: 'Redelicke oorzaecke werd verstaen zoo wanneer de toezegging ofte belofte geschied ter schenck, of dient tot eenige andere handeling (...).

steld dat het probleem van een dergelijk criterium ligt in de vraag hoe die gezindheid te bepalen.¹⁵ Of A aan B 100,- heeft bedoeld te schenken, of dat dit bedrag is bedoeld om te dienen als tegenprestatie voor een aan A te leveren set ivoren dominostenen, zal slechts aan de hand van de partijverhouding en daarbij te produceren bewijsstukken kunnen worden uitgemaakt. Ook hier komt het dus aan op de vraag *waarom* A de 100,- heeft gegeven en dus op het causaal verband tussen de betaling en de deze rechtvaardigende omstandigheden.¹⁶

In de tweede plaats is wel verdedigd dat in geval van schenking in het geheel geen causa bestaat. Zo stelt Nieuwenhuis dat vanzelf spreekt dat de causa geen rol kan spelen bij de overeenkomst om niet, nu daar uit de aard der overeenkomst geen 'structuur van onderlinge afhankelijkheid' bestaat.¹⁷ Onzes inziens bestaat die afhankelijkheid juist wèl en vormt deze zelfs de reden voor de gebondenheid.

Alvorens nu nader in te gaan op de omstandigheden die de schenking een voldoende causa kunnen verschaffen, zal nader bewijs worden bijgebracht voor de stelling dat men in de loop der tijd heeft getracht om steeds ook bij de schenking enige wederkerigheid te bewerkstelligen.

2.3 *Schenking en wederkerigheid*

2.3.1 *Schenking als overeenkomst*

Dat de schenking niet een zodanig eenzijdig bevoordelende handeling is als men het doorgaans doet voorkomen, kan aan de hand van twee aspecten worden toegelicht. Eerst komt de schenking als overeenkomst aan de orde, vervolgens de vaak weinig altruïstische achtergrond van de eenzijdige bevoordeling.

Dat de formele schenking een overeenkomst is en dat dus wilsovereenstemming moet bestaan ten aanzien van de vrijgevigheid, is bekend. Niet slechts de schenker, maar ook de begiftigde dient al dan niet stilzwijgend met de vermogensverschuiving in te stemmen, zodat hij niet wordt opgescheept

15. Vgl. Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 503: de eis van animus donandi is een 'entirely subjective criterion'.

16. Dit wordt in Duitsland goed begrepen. In § 516 BGB wordt de wilsovereenstemming bij schenking geëist terzake van de 'unentgeltliche Zuwendung': het komt er op aan of aan de zijde van de begiftigde handelen of nalaten bestaat dat al dan niet een contra-prestatie vormt voor de bevoordeling. De bevoordelingsbedoeling zelf is minder relevant.

17. *Drie beginselen van contractenrecht*, p. 73. Zie ook Scholten, *De oorzaak van de verbintenis uit overeenkomst*, p. 107 alsmede A.C. van Schaick, *Affectionis causa*, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), p. 225, nu 'juist in het ontbreken van de tegenprestatie het abstracte karakter van de schenking schuilt'. Zie twijfelend A.R. Bloembergen in zijn noot onder HR 22 februari 1974, NJ 1975, 381 (Roosendaal/Kinderbescherming).

met een ongewenste schenking. Men spreekt wel van de 'animus donandi *ac recipiendi*': de 'receptieve gezindheid' is essentieel.¹⁸ Ook de eis van de notariële akte moet worden gezien als geschreven ten behoeve van zowel schenker als begiftigde.¹⁹

Bij de materiële schenking dient een dergelijke tweezijdigheid, dienende om het aantal ongewenste schenkingen aan banden te leggen, eveneens te bestaan.²⁰ De begiftigde moet zich ook hier bewust zijn van de vrijgevigheid van de ander. De verkoop van een kostbaar incunabel tegen een bespottelijk lage prijs zal slechts dan als materiële schenking kunnen worden aanvaard indien zowel koper als verkoper met de vrijgevigheid instemmen.

De behoefte aan het bewerkstelligen van tweezijdigheid der schenking kan niet anders worden begrepen dan als een poging de redelijke (in essentie toch wederkerige) eenzijdige bevoordeling af te grenzen van de niet redelijke (wel eenzijdige) bevoordeling. Het mag na al hetgeen reeds omtrent de 'wil' te berde is gebracht evenwel niet verbazen dat dit criterium daartoe slechts zeer gebrekkig in staat is en dat andere factoren moeten kunnen worden aangewezen die de abnormale bevoordeling rechtvaardigen.²¹ Maar het zijn dan *deze* omstandigheden die leiden tot het oordeel dat de gebondenheid inderdaad is gewenst en niet andersom.

In wezen bestaat naar huidig recht reeds een meer objectieve benadering bij de bepaling van wat schenking is. Dat de schenking een overeenkomst 'om niet' is, betekent dat de toegezegde prestatie niet in juridisch verband mag staan met een door de schenker van de zijde van de begiftigde reeds genoten of nog te verwachten contraprestatie.²² Het stellen van deze eis *naast* die van de vrijgevigheid is echter weinig consequent. Het zal immers juist het oordeel dat een contraprestatie ontbreekt zijn dat leidt tot het aanwezig achten van de vrijgevigheid. Uit de aanwezigheid van de vermo-

18. Dit leidt Van Mens, *Schenkingsbegrip*, p. 117, er toe als onderdeel van de oorzaak van de schenkingsovereenkomst ook deze 'keerzijde van vrijgevigheid' te beschouwen. Zie voor de 'animus donandi et recipiendi' bijv. *Asser-Kleijn*, no. 197 en 201 en Van der Burght en Penders, *o.c.*, p. 56 v. Over de al dan niet expliciete acceptatie der schenking vgl. *infra*, § 3.2.

19. Zie in dezelfde zin H.A. Drielsma, *Liberaliteit, causaliteit en finaliteit bij schenking*, WPNR 4896-4898 (1966), p. 114 doch anders bijv. Van Mens, *Schenkingsbegrip*, p. 59. Dat ook de begiftigde bescherming behoeft, blijkt ook daaruit dat art. 7A:1720 BW een formele schenking van rechtswege nietig verklaart indien deze niet *in uitdrukkelijke bewoordingen is aangenomen*. Zie voor die (omstreden) ratio P.L. Dijk, *Enige civiel-rechtelijke aspecten van de schenking*, preadvies BCN 1962, p. 1 v. Dat de eis overbodig is: *Asser-Kleijn*, no. 205.

20. Zie Van der Burght en Penders, *o.c.*, p. 63, met overzicht van andere meningen.

21. Die dus in de traditionele leer worden behandeld in het kader van de al dan niet aanwezigheid van bevoordelingsbedoeling en receptieve gezindheid. Zie Van der Burght en Penders, *t.a.p.*

22. Zie vooral H. Schuttevaer, *Om niet-onder bezwarende titel, eenzijdig-wederkerig*; oude en nieuwe opvattingen, *RMTh* 1960, p. 294 v. en HR 6 december 1968, *NJ* 1969, 310 m.nt. KW (Jongbloed/Jongbloed). Aldus ook *Asser-Kleijn*, no. 208.

gensverschuiving om niet zal de bevoordelingsbedoeling objectief moeten worden afgeleid.²³ Het stellen van en de eis van een overeenkomst om niet en van vrijgevigheid is dus dubbelop.²⁴

Maar er moet nog een stap verder worden gedaan. De vraag is nl. of de *afwezigheid* ener contraprestatie nu werkelijk het onderscheidend kenmerk van de schenking is. De tendens om de wederkerigheid van de schenking te benadrukken, die tot nu toe voornamelijk uitdrukking vond in het eisen van wilsovereenstemming, valt ook nog op andere wijze te illustreren. In die gevallen waarin wilsovereenstemming wordt aangenomen, zo mag de hypothese luiden, zal juist wel wederkerigheid, gelegen in de samenhang tussen prestatie en omstandigheden aan de zijde van de begiftigde, bestaan. Dit kan eerst worden toegelicht vanuit de gedachte dat schenking niet een zo altruïstische handeling is als men het wel doet voorkomen, vervolgens vanuit een meer principiële redenering.

2.3.2 *Schenking en altruïsme*

Dat bij het doen van een schenking het eigenbelang vaak een grote rol speelt, is reeds door veel auteurs opgemerkt. Niet de 'innerlijke zuivere emotie',²⁵ maar andersoortige, dikwijls zakelijke overwegingen spelen een rol; het motief kan zelfs zuiver egoïstisch zijn.²⁶ Wie sigaren schenkt aan zijn chef om de kansen op promotie te bevorderen en wie een zwembad schenkt in de hoop een hinderwetvergunning te verkrijgen,²⁷ schenkt met een zekere verwachting. Wie schenkt uit dankbaarheid voor een geslaagde redding of om

23. Verwante gedachten vindt men bij Van Mens, *Schenkingsbegrip*, p. 48. Hij redeneert echter andersom: Van Mens meent dat uit de vermogensverschuiving om niet de bevoordelingsbedoeling moet worden afgeleid: 'de eis van om niet wordt geabsorbeerd door de bevoordelingsbedoeling'. Dat schenking geen vrijgevigheid inhoudt en volstaan kan worden met de eis 'om niet' meent ook Dijk, *preadvies*, o.c., p. 8 v. Expliciet vóór het stellen van beide eisen bijv. *Asser-Kleijn*, no. 208.

24. Dit vormt precies de reden waarom het Duitse § 516 BGB de eis van vrijgevigheid niet stelt. Zie John P. Dawson, *Gifts and Promises*, New Haven etc. 1980, p. 138. Dat in art. 7.3.1 lid 1 NBW aan beide eisen wordt vastgehouden, achten wij niet consequent.

25. Zie Van der Burght en Penders, o.c., p. 3. Vgl. Dawson, *Gifts and Promises*, o.c., p. 86: 'Regrettably, human nature being what it is, it is much more common for altruism to be somewhat impure' en Zimmermann, *Law of Obligations*, p. 477: 'Genuinely altruistic behaviour is not really all that common'.

26. Zie bijv. *Asser-Kleijn*, no. 198. Nederlandse auteurs die altruïsme als motief verregaand in twijfel trekken, zijn met name Drielsma, *Liberaliteit, causaliteit en finaliteit*, o.c., p. 111 v. en Van Mens, *Schenkingsbegrip*, bijv. p. 26. De diametraal tegengestelde mening vindt men bij A.J.J.C. Begheyn, *Milddadigheid en nagestreefd eigenbelang in het privaatrecht*, diss. Nijmegen 1947, *passim*.

27. Dit voorbeeld bij Drielsma, *t.a.p.* Men vgl. ook het Amerikaanse gezegde 'There ain't no such thing as a free lunch'.

fiscale redenen, is evenmin een pure altruïst. Wat Zimmermann opmerkt omtrent de klassieke Romeinse juristen, nl. dat²⁸

'They tended to be unimpressed by the façade of unselfish liberalitas and generosity and looked with scepticism rather than with sympathetic feelings upon those who disregarded the precepts of commercial prudence to such an extent that they did not secure some consideration for their performance'

moet nog steeds gelden voor hun twintigste-eeuwse collega's.

De discussie omtrent de vraag of een handeling waarbij gemengde motieven voor de schenker een rol spelen, nog wel een schenking is of als 'wederkerige overeenkomst' moet worden aangemerkt, is onzes inziens dan ook tamelijk zinloos. Dat slechts de zuiver altruïstische handeling een schenking is, kan niet worden volgehouden.²⁹ Dit blijkt dus niet slechts daaruit dat ook de schenking onder last is toegestaan, maar vooral uit het gegeven dat de schenking doorgaans slechts kan worden begrepen (en dus redelijk geacht) vanuit enig eigenbelang van de schenker. Dit blijkt bijvoorbeeld ook bij de overeenkomst waarbij een evidente wanverhouding tussen de wederzijdse prestaties bestaat.

Een fraai voorbeeld, waaruit tevens blijkt hoe broos de scheidslijn tussen traditionele wederkerigheid en liberaliteit is, biedt een geval waarin een autobestuurder na een aanrijding aan de gelaedeerde had toegezegd dat wanneer deze de zaak niet bij de politie zou aangeven, de bestuurder de schade zou betalen indien de verzekeraar daartoe niet bereid zou zijn.³⁰ Toen de verzekeraar de vergoeding inderdaad weigerde, sprak de gelaedeerde de bestuurder aan. De kantonrechter meende dat voor de toezegging geen ander motief kon bestaan dan vrijgevigheid nu de schuld van de bestuurder niet was komen vast te staan. Een geldige schenking was dit echter niet, nu deze niet voldeed aan de eis van notariële akte. Volgens de rechtbank was echter wel degelijk sprake van een 'tweezijdige overeenkomst', waarbij de tegenprestatie van de gelaedeerde bestond in het niet aangeven van de zaak bij de politie. Dat is geen vrijgevigheid van de laedens, want men pleegt een voorstel als dit te doen 'om de last, het tijdverlies, de onaangenaamheid, de publiciteit welke men van het optreden van de politie in een dergelijk geval ducht' te voorkomen.

Maar er is meer. Met het bovenstaande is nog niets gezegd over de schenking die wèl puur altruïstisch is. De kern van het betoog raken we eerst wanneer de vraag wordt gesteld of deze wel mogelijk is. Wordt niet iedere bevoordeling van een ander ingegeven door de bevrediging van eigen verlan-

28. *Law of Obligations*, p. 482.

29. In dezelfde zin Drielsma, *o.c.*, p. 113-114.

30. Rb. Groningen 24 september 1965, *NJ* 1966, 255 (Boomsma/Mankman). Op deze uitspraak werd onze aandacht gevestigd door lezing van Menu, *De toezegging*, p. 207.

gens?³¹ Deze vraag moet principieel bevestigend worden beantwoord om de eenvoudige reden dat iedere schenking en iedere afwijking van de normale wederkerigheid moet zijn ingegeven door een bepaald doel: indien ik een bedrag schenk aan een derde, doe ik dat in de veronderstelling dat een samenhang bestaat tussen mijn schenking en aan de zijde van de begiftigde bestaande omstandigheden. Die behoeven mij niet slechts aanleiding te geven tot de verwachting een ideëel of stoffelijk voordeel te verkrijgen van de begiftigde, maar kunnen mij ook bewegen tot een schenking om andere redenen. Het zijn echter die aan de zijde van de begiftigde liggende omstandigheden die mij bij de zuivere vrijgevigheid doen schenken: dit blijkt indien men zich realiseert dat men niet zomaar 'in het wilde weg' schenkt, maar juist aan *deze* specifieke persoon.³²

Er moet dus samenhang bestaan tussen de bevoordeling en de omstandigheden die de schenker daartoe bewegen. Dit blijkt met name waar dit verband in de expliciet gestelde overeenkomst tot uitdrukking wordt gebracht, maar ook indien dat niet het geval is, moet die samenhang bestaan. In geval van expliciete binding ('ik betaal U 250,- voor de huur van deze kamer') blijkt de samenhang al uit de overeenkomst zelf³³; indien echter slechts is overeengekomen 'ik betaal U 250,-', moet de samenhang buiten die verklaring worden gezocht.

We stuiten hier op een parallel tussen totstandkoming en dwaling. Of een onaantastbare overeenkomst kan worden aangenomen, hangt immers in geval van een door partijen expliciet gelegd verband tussen de te verrichten prestatie en de reden daarvoor, geheel daarvan af of dit verband ook daadwerkelijk bestaat.³⁴ Indien dat niet het geval is, is een beroep op dwaling mogelijk. Indien het verband echter *niet* expliciet gelegd is, is de vraag of de schenker verplicht kan worden tot nakoming daarvan afhankelijk of de rechter in staat is *overigens* een voldoende samenhang te vinden. Daarmee hangt de gebondenheid in beide gevallen geheel af van de (objectief vast te stellen

31. Zie ook Pitlo-Wolfensperger, *Het Nederlands Burgerlijk Wetboek 3A; De benoemde overeenkomsten*, 8e dr., Arnhem 1979, p. 292 en vooral de verwijzingen naar meest oude auteurs bij Drielsma, *o.c.*, p. 113 v.

32. Dit wordt goed in het licht gesteld door C.J.J.M. Petit, *Beweegreden of oorzaak van making en schenking*, in: *Rechtskundige opstellen aangeboden aan Prof. Mr. E.M. Meijers*, Zwolle [1935], p. 237: 'alleen een dwaas vermaakt en schenkt in het wilde weg'.

33. Kisch, *o.c.*, p. 235, stelt: 'De binding heeft dan haar oorzaak in zichzelf, is 'causa sui ipsius'. Vgl. p. 234: 'Alleen wanneer men het begrip der contractuele verbintenis beperkt tot de binding van den enkeling, uit haar samenhang geabstraheerd, behoeft men, naast de toestemming en de bepaaldheid van het onderwerp, een derden element: dien samenhang als reden van de binding (...)'.
34. Vgl. de regeling van art. 7A:1725 sub 1° BW (volgens Van Mens, *Schenkingsbegrip*, p. 77, ook van toepassing op de materiële schenking) en HR 18 januari 1946, *NJ* 1946, 99 (Hermans/Verweijen), waarin sprake is van 'de in vrijgevigheid gelegen rechtsgrond' die de verrijking van de begiftigde moet rechtvaardigen.

en te toetsen) reden waarom men zich verbonden heeft en wordt de rechter in staat gesteld om de redelijkheid van iedere schenking te toetsen.³⁵

Is in het voorafgaande bepleit dat men de schenking zoveel als mogelijk in de sfeer van de wederkerigheid trekt, en dat het ook hier uiteindelijk aankomt op een vraag van samenhang in de prestaties, de vraag blijft uiteraard wanneer nu in concreto voldoende samenhang bestaat om gebondenheid aan te nemen. Na de bovenstaande omtrekkende bewegingen, is het thans de hoogste tijd om deze vraag ook voor de eenzijdig bevoordelende handeling te thematiseren.

3. SAMENHANG IN PRESTATIES BIJ SCHENKING

3.1 Inleiding

Wanneer bestaat voldoende samenhang tussen de bevoordelende handeling en aan de zijde van de begiftigde bestaande omstandigheden (kortweg aan te duiden als 'prestatie') om een rechtsgeldige overeenkomst aan te nemen? Dat dit de cruciale vraag is, werd in het algemeen voor iedere overeenkomst beargumenteerd in hoofdstuk VII en meer specifiek voor de schenking in het hieraan direct voorafgaande. De eerder blootgelegde elementen die bij de afdwingbaarheid der abnormale handeling een rol spelen, komen nu voor de schenking aan de orde. Naast het feit dat gehandeld is, zijn dat met name de verhouding tussen partijen en de aanwezigheid van een eventueel expliciet geuite wil.

3.2 Het verrichten van de prestatie

Voorop gesteld moet worden dat de waarschijnlijkheid van enige samenhang tussen de bevoordeling en de wederpartij, in hoge mate zal afhangen van de vraag of de bevoordelende handeling al dan niet reeds heeft plaatsgehad.³⁶ Dit is overeenkomstig de theorie dat in de eerste plaats het verrichten van de prestatie moet worden beoordeeld. Juist bij de schenking is dit feitelijk presteren van eminent belang, nu de overeenkomst op zichzelf abnormaal is: het is niet gebruikelijk een ander te bevoordelen en dus moet iedere *belofte daartoe* met veel scepsis worden bekeken; *is* eenmaal gehandeld, dan vervalt

35. Zoals ook J.C. van Oven, *Giften van hand tot hand, o.c.*, p. 347 bepleit: 'De rechter moet de macht hebben, de rechtvaardige belangen van den schenker of zijn erfgenamen om het beloofde niet na te komen of het verstrekte terug te verkrijgen, vrijelijk af te wegen tegen de even gerechtvaardigde belangen van den begiftigde op nakoming der overeenkomst of behoud van het verstrekte'.

36. Dit gevalstype kwam ook reeds ter sprake in hoofdstuk VIII, § 4.2. Voor de orde van het betoog is het noodzakelijk er hier — toegespitst op de schenking — nogmaals op in te gaan.

dit argument. Of, zoals de grote Amerikaanse civilist John P. Dawson het zegt:³⁷

'the starting point is that most promises of gifts are wasted words, and it is only their performance that counts'.

Het handelen is uiteraard zo belangrijk omdat daaruit blijkt dat de bevoordeling van de ander kennelijk is gewenst door de schenker. Enige samenhang met andere omstandigheden behoeft in dat geval niet langer te worden gezocht omdat die reeds door het presteren zelf wordt bewerkstelligd. De omstandigheden waarop door de schenker wordt voortgebouwd gaan als het ware schuil achter de schenking. Die komen eerst weer tevoorschijn indien hij stelt dat deze toch anders zijn dan hij zich had gedacht, maar bij een dergelijk beroep op dwaling is de overeenkomst reeds totstandgekomen.

Dat niet de belofte, maar de prestatie bij schenking voorop staat, blijkt wanneer men het positieve recht terzake bestudeert. Dat formele schenking slechts kan geschieden òf in de omslachtige vorm van de notariële akte òf als gift van hand tot hand, betekent immers een belangrijke inperking van de verbindendheid der prestatiebelofte.³⁸ Bovendien geldt dat indien de schenkingsbelofte nietig is bij gebreke van een notariële akte, de daarop volgende overgave van het geld of de zaak alsnog geldig is als nieuwe schenkingsovereenkomst.³⁹

Juist bij de schenking blijkt zo dat het denken in termen van een eerst totstandgekomen overeenkomst, waaraan uitvoering moet worden gegeven, de ware reden der gebondenheid vertroebelt. Er is geen 'samenvval' van obligatoire overeenkomst en nakoming, want de norm *tot* prestatie is hier nooit geboren: de samenvval bestaat slechts in die van handelen en daarmee ontstane samenhang.⁴⁰

Eén voorbehoud moet echter worden gemaakt. Voorwaarde voor de samenhang, totstandgekomen door het presteren zelf, is uiteraard wel dat de begiftigde de schenking accepteert. Indien hij het voordeel niet wenst te

37. Gifts and Promises, *o.c.*, p. 2. Overigens stelt hij dit specifiek voor het Anglo-Amerikaanse recht, maar het geldt o.i. evenzeer voor de gemene rechtsstelsels.

38. Dit was in de eerder voorgestelde, maar later verworpen, concept-NBW-regeling niet anders. Weliswaar was de schenking daar vormvrij, maar het bewijs van het schenkingsaanbod kon slechts worden verschaft door een van de schenker afkomstig geschrift (art. 7.3.1), tenzij de schenker het ter uitvoering van de schenking nodige had verricht (art. 7.3.2).

39. Zie HR 20 januari 1978, *NJ* 1978, 227 m.nt. GJS en HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 417 m.nt. CJHB (Charmant/Hart van Afrika I en II). Zie over het eerste arrest i.v.m. deze materie vooral H. Schuttevaër, Schenkingen van hand tot hand, *WPNR* 5448 (1978), p. 549 v.

40. Aldus ook Kisch, De overeenkomst metterdaad, *o.c.*, p. 26. Zie in de klassieke, verworpen, zin bijv. Asser-Kleijn, no. 204.

aanvaarden, kan hij dit uitdrukkelijk kenbaar maken aan de schenker.⁴¹ Daar deze aanvaarding doorgaans stilzwijgend geschiedt, ontstaat echter het probleem wanneer deze mag worden aangenomen. We stuiten hier op het spiegelbeeld van de ongebruikelijkheid der animus donandi: is het *onwaarschijnlijk* dat deze bestaat, het is *waarschijnlijk* dat de animus recipiendi, leidend tot bevoordeling, aanwezig is. Deze wordt dan ook snel verondersteld.⁴²

Dit betekent dat de eenmaal gedane schenking normaliter bindend is en dat de schenker die berouw heeft van zijn milddadigheid, zich niet kan beroepen op de niet-aanvaarding door de begiftigde.⁴³ De omstandigheden die bij de geldigheid van abnormale handelingen een rol spelen, kunnen dit echter anders maken. Hier komt — in een al eerder gebruikte formulering — de oorzaak voor de schenking wederom tevoorschijn van achter de verrichte prestatie. Het gaat dan doorgaans om gevallen waarin de bevoordeelde zich niet bewust was van de vrijgevigheid, omdat indien hij dit wel was geweest, hij uitdrukkelijk zou hebben geprotesteerd.

In een dergelijk geval zal een belangrijke rol toekomen aan de verhouding tussen partijen. Deze kan meebrengen dat de aanvaarding der schenking onwaarschijnlijk is. Zo zal in geval van een schenking van hand tot hand gedaan op de girorekening van een derde (die zich van die schenking niet bewust is), terwijl de schenker op grond van zijn relatie met de begiftigde wist dat iedere storting op die rekening voor de laatste hoogst ongunstige fiscale gevolgen zou hebben, niet kunnen worden geacht te zijn aangenomen.

Maar de schenking kan juist ook geldig zijn, hoewel geen bewustheid van de vrijgevigheid bestaat bij de begiftigde, mits maar uit de omstandigheden de redelijkheid der schenking *in deze verhouding* kan worden afgeleid.⁴⁴ Dit wordt al duidelijk indien men zich realiseert dat veel schenkingen plaatsvinden binnen vennootschappen om belastingtechnische redenen; aan de verrijkte vennootschap de bewustheid van vrijgevigheid toekennen, is niet anders dan beoordelen of de gedane schenking, gelet op de statutaire doelstellingen, in die verhouding een redelijke is.⁴⁵

Nu aldus nog eens de nadruk is gelegd op het belang van feitelijk handelen, dient thans de — meer problematische — schenkingsbelofte aan de orde te komen. Men is geneigd voor het geldend recht aan te nemen dat deze nooit tot gebondenheid kan leiden, tenzij neerlegging in een notariële akte plaats

41. Vgl. ook Petit, *o.c.*, p. 244. Hij geeft het voorbeeld van een geschenk dat aan een geliefde wordt gedaan: wenst deze de samenhang tussen de schenking en de 'minnarij' niet te aanvaarden, dan moet hij de schenking niet aannemen.

42. Zie ook Van Mens, *Schenkingsbegrip*, p. 75 en 94: 'in redelijkheid kan niet worden verwacht dat de begiftigde bezwaar heeft tegen de verrijking'.

43. Vgl. Van Oven, Enige civielrechtelijke aspecten van de schenking, *o.c.*, p. 217.

44. In gelijke zin Van Mens, *Schenkingsbegrip*, p. 102 en anders Asser-Kleijn, no. 201.

45. Zie voor dit probleem bijv. Drielsma, *o.c.*, vooral p. 135 v.

had. Eerder werd echter al duidelijk gemaakt dat aldus een niet verantwoord onderscheid wordt gemaakt tussen formele en materiële schenking: indien de koopovereenkomst wel kan binden in geval van eenzijdige bevoordeling, moet de schenkingsbelofte dat ook kunnen doen. Het gaat er slechts om de redelijkheid van de schenking te beoordelen.⁴⁶ De vraag welke omstandigheden (daaronder begrepen de vastlegging van de overeenkomst bij notariële akte of in ander schriftelijk stuk) daarbij een rol spelen, komt nu voor het voetlicht.

3.3 De verhouding tussen partijen

Of de eenzijdig bevoordelende toezegging kan worden afgedwongen, zal overeenkomstig de eerder opgestelde theorie wederom moeten worden bepaald aan de hand van de wederkerige samenhang tussen de te verrichten prestaties. De vraag is of in geval van nakoming voldoende reden voor de verrijking van de begiftigde zal bestaan, dus of de schenker aan zijn wederpartij kan voorhouden: 'Gij, begiftigde, zult ten onrechte worden verrijkt indien de schenking doorgang vindt'. Dit betekent dat een onderzoek moet worden ingesteld naar de omstandigheden op grond waarvan in geval van schenking wordt voortgebouwd. Het moet dan mogelijk zijn verschillende schenkingsgevallen te onderscheiden.⁴⁷ Bedacht zij daarbij dat de vraag naar de geldigheid der eenzijdig bevoordelende overeenkomst steeds aan de orde komt waar de schenker jegens de pretense begiftigde weigert te presteren. De partij-verhouding speelt bij de beoordeling van de afdwingbaarheid der schenking dan een essentiële rol.

De gegronde verrijking van één persoon ten koste van een ander zal nl. waarschijnlijker zijn naarmate begiftigde en schenker door familie- of andere relatie nauwer aan elkaar verbonden zijn.⁴⁸ Het is zo de relatie waarin verarmde en verrijkte tot elkaar staan die de geldigheid der schenking bepaalt. Waar de cruciale vraag is of voldoende samenhang kan worden gevonden tussen de bevoordeling en de aan de zijde van de begiftigde te vinden omstandigheden, is duidelijk dat die niet bestaat indien iemand een

46. Vgl. Van Oven, *Giften van hand tot hand*, o.c., p. 347: 'Een kleine schenking om een slechte reden kan onredelijker zijn dan een groote om een goede reden'. Dat volledige vormvrijheid het meest gewenst is, meent bijv. ook Schuttevâer, *Schenkings van hand tot hand*, o.c. p. 550. Zie voor de NBW-regeling *infra*, § 3.4.

47. Vgl. Atiyah, *Consideration: A Restatement*, oorspr. 1971, in: *Essays*, p. 241: 'surely we (...) need to ask more about the kind of circumstances in which people do rationally make gratuitous promises, and we need to distinguish various classes of cases'. Zie ook Dawson, *Gifts and Promises*, o.c., p. 4: we moeten op zoek naar de 'specific reasons for enforcement'.

48. Treffend ook in deze zin Van Mens, *Schenkingsbegrip*, p. 48 en 94-95: de ongerijmdheid van de bevoordeling is dan eerder aannemelijk. In dezelfde zin Dijk, *preadvies*, o.c., p. 3-4: 'schenking zonder een bepaalde relatie tussen schenker en begiftigde is welhaast niet denkbaar'. Het is een 'relationeel gebeuren'.

advertentie plaatst dat iedereen bij hem 100,- mag komen afhalen. In veel andere gevallen bestaat die relatie echter wel. Dit maakt duidelijk dat ook bijzondere betekenis toekomt aan de *concreetheid* van de schenking. Naarmate de bevoordeling specifiek is gericht op één of meer bepaalde personen, is de geldigheid daarvan waarschijnlijker.⁴⁹

In familieverhoudingen zal de materiële verrijking van de begiftigde doorgaans een grondslag kunnen vinden in de non-materiële verrijking van de schenker. Dat een ouder een schenking doet aan een kind is niet ongebruikelijk⁵⁰ en dat een schoonmoeder het door haar bewoonde, maar in eigendom aan haar schoondochter toebehorende huis opkapt, is evenmin een ongerechtvaardigde verrijking, doch een geldige schenking.⁵¹ Hetzelfde geldt voor de (niet in gemeenschap gehuwde) man die tijdens het huwelijk onbezoldigd arbeid verricht aan het huis van zijn vrouw; indien hij na echtscheiding de waarde van de aangebrachte verbeteringen terugvordert, maakt hij weinig kans.⁵² In al deze gevallen kan de eisende persoon als schenker worden aangeduid: voor familieleden pleegt men nu eenmaal activiteiten te verrichten zonder onmiddellijke contraprestatie omdat men aanneemt dat de begiftigde ooit iets anders terug zal doen dan wel reeds deed; en zelfs indien dat niet het geval is (bijv. omdat de begiftigde daartoe niet bij machte is), brengt de relatie mee dat een vergoeding niet op zijn plaats is.

Maar ook bij 'pure' liefdadigheid, zoals de telefonische toezegging van een grote bierbrouwer tijdens een tv-show voor de slachtoffers van een hongersnood in Afrika, kan gebondenheid ontstaan. Bepalend is of objectief een wederkerige samenhang kan worden aangewezen met omstandigheden die de bierbrouwer tot de schenking hebben gebracht, zodat bij nadere beschouwing geen onterechte verrijking optreedt van de begiftigde. Deze zal wel bestaan indien de bierbrouwer in het geheel niets te verwachten heeft van deze schenking wat betreft de bevordering van zijn afzet of zijn reputatie. In de geschetste casus zal dit al snel het geval zijn: in geval van een voor een miljoenenpubliek door een bevoegd vertegenwoordiger gedane toezegging, is deze als zodanig afdwingbaar. De relatie ondernemer-hulporganisatie, gegeven de omstandigheden waaronder de toezegging is gedaan, brengt dit met zich.

En ook in een commerciële context kan het zo zijn dat in ruil voor de gedane schenkingstoezegging wel degelijk iets wordt verwacht of reeds iets is genoten. Men zal de zakenpartner gunstig willen stemmen in afwachting

49. Zie over de concreetheid van de toezegging R.M. Schoonenberg, De toezegging in het licht van recente jurisprudentie, in: *Om wille van de consument* (Clausing-bundel), Zwolle 1990, p. 109.

50. Bijv. in de vorm van een renteloze lening. Zie HR 26 februari 1986, NJ 1986, 776 m.nt. WMK (Hofstede te Z.): geen verarming van ouders jegens zoon.

51. HR 30 juni 1978, NJ 1979, 119 (Schoonmoeder).

52. HR 11 april 1986, NJ 1986, 622 m.nt. G (Baartman/Huijbers).

van toekomstig voordeel.⁵³ Een schenking om puur altruïstische redenen zal een commerciële rechtspersoon ook moeilijk kunnen doen nu dit in strijd komt met de statutaire doelstelling.⁵⁴

Nu zal in de praktijk de eenzijdige schenkingsbelofte vrijwel altijd in een bepaalde vorm zijn gedaan. Dat uit een stilzitten of mondelinge toezegging een schenking wordt afgeleid, zonder dat sprake is van een enige meer expliciete belofte, is weliswaar niet onmogelijk maar ook niet zeer waarschijnlijk. Dit vormt alle reden om nader op de vorm van de belofte in te gaan.

3.4 De betekenis van de expliciete belofte (akte)

Is in het bovenstaande principieel verdedigd dat ook de eenzijdig bevoordelende toezegging kan binden, nl. indien daarvoor vanuit een oogpunt van wederkerigheid belangrijke aanwijzingen bestaan, zodat in wezen geen eenzijdige bevoordeling optreedt, de vraag blijft wel welke betekenis nog toe komt aan de schriftelijke of notariële vorm waarin de schenkingsbelofte is gegoten.

Dat partijen expliciet accoord gingen met de verrijking van de een ten opzichte van de ander, vormt nu een dergelijke omstandigheid dat een samenhang inderdaad aanwezig is. De expliciete belofte versterkt als het ware de reeds aan de hand van andere omstandigheden (als de partijverhouding) bepaalde samenhang. Bovendien, zo wordt gememoreerd, preciseert de belofte de verhouding die in casu voorligt: zo kan niet alleen duidelijk worden dat schenking is beoogd, maar ook wie daarbij de partijen zijn en onder welke voorwaarden is geschonken.⁵⁵

Dat de expliciete schenkingsbelofte deze bewijsrechtelijke rol ook naar huidig recht kan vervullen, blijkt wanneer men de niet-notarieel verleden (en dus nietige) schenkingsovereenkomst beziet die wordt gevolgd door de feitelijke overgifte. In dat geval is de vraag hoe de eenzijdig verrichte prestatie moet worden beoordeeld: vindt zij reeds in de tussen verrijkte en verarmde bestaande verhouding voldoende wederkerige grondslag of is een tegenprestatie verschuldigd teneinde onterechte verrijking te voorkomen?

De beantwoording van deze vraag hangt in hoge mate af van de interpretatie van de eerdere nietige schenkingsovereenkomst. De aanwezigheid daarvan geeft een belangrijke aanwijzing dat inderdaad een schenking is be-

53. Zie over relatiegeschenken Wessels, *Natuurlijke verbintenissen*, p. 336.

54. Zie ook de oude uitspraak HR 30 september 1953, *BNB* 1953, 264 (Verzorgingsraad): beslissend voor de vraag of de schenking een zakelijk karakter draagt, 'is of, gelet op de gegeven feiten en omstandigheden inderdaad een rechtstreeks verband tussen de gedane schenking en de bedrijfsbelangen aanwijsbaar is'.

55. Zie *supra*, hoofdstuk VIII, § 3.3.

oogd.⁵⁶ Slechts onder bijzondere omstandigheden zal de bevoordelende partij ten tijde van de feitelijke overgave immers niet langer accoord gaan met de schenking.⁵⁷ Deze functie komt onzes inziens toe aan de akte, ongeacht de vraag of de schenker zich ten tijde van de overhandiging bewust was van de nietigheid van de eerdere overeenkomst.⁵⁸ De bewijsrechtelijke functie van de akte staat — ook naar huidig recht — immers *in beginsel* los van de vormeis als bestaansvoorwaarde.

Maar ook buiten het geval van de nietige notariële akte, gevolgd door een schenking van hand tot hand, zal betekenis toekomen aan de expliciete belofte.⁵⁹ In deze — hier eigenlijk aan de orde zijnde — casus geldt wat eerder bij de eenzijdig bevoordelende overeenkomst werd gemeld: de formele overeenkomst is niet op zichzelf bindend, maar is een hoogst belangrijke omstandigheid omdat hieruit van expliciete bewilliging in de bevoordeling blijkt en bovendien de verhouding wordt gepreciseerd. Of het schriftelijk stuk daadwerkelijk tot gebondenheid (en dus tot een 'substantiële overeenkomst') zal leiden, zal bijvoorbeeld daarvan afhangen of de overeenkomst na uitgebreid overleg of meer impulsief is totstandgekomen.⁶⁰

Deze meer flexibele benadering, waarin dus enerzijds *eerder* gebondenheid zal bestaan omdat de notariële akte geen rol meer vervult als bestaansvoorwaarde, anderzijds juist *minder* snel omdat slechts de redelijk te achten schenkingsbelofte afdwingbaar is, is ook die van de voorgestelde NBW-regeling. De afweging tussen belang van schenker en begiftigde wordt daar aldus gemaakt, dat de schenking een vormvrije overeenkomst is, waarbij echter aan het belang van de schenker verregaand tegemoet wordt gekomen door de bewijsregel dat indien de schenker stelt dat de overeenkomst door misbruik van omstandigheden is totstandgekomen, de bewijslast van het tegendeel op de begiftigde rust. Dit is slechts anders indien van de schenking een notariële

56. In de Charmant-arresten (HR 20 januari 1978, *NJ* 1978, 227 m.nt. GJS en HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 417 m.nt. CJHB) is aanvaard dat de nietigheid der schenking op zichzelf niet uitsluit dat de daarop gevolgde vrijwillige betaling een geldige schenking van hand tot hand is en dat voor die laatste de inhoud van de oorspronkelijke akte van belang is.

57. In deze zin ook Van Mens, *Schenkingsbegrip*, p. 67 en Hidma, *Belofte maakt schuld?*, o.c., p. 29.

58. Tot dat geval beperkt de Hoge Raad in het tweede in noot 56 genoemde arrest 'in het algemeen' de waarde van de akte. Zie in de hier verdedigde zin ook Hidma, o.c., p. 29.

59. Naar huidig recht dus niet bij de formele schenking, maar alleen bij de materiële bevoordeling.

60. Ook in deze zin Van Mens, *Schenkingsbegrip*, p. 67 t.a.v. de bewijskracht van de nietige schenkingstoezegging, gevolgd door feitelijk handelen. Zie nader *supra*, hoofdstuk VIII n.a.v. HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 m.nt. PAS (Gerritse/HAS)), waarin op het belang van *betrokkenheid* van partijen bij de totstandkoming van de overeenkomst werd gewezen.

akte is opgemaakt of de verdeling van de bewijslast in casu in strijd zou komen met de redelijkheid en billijkheid.⁶¹

Dus indien A toezegt aan B 100,- te schenken, zal in geval van niet-nakoming B kunnen ageren jegens A, maar die laatste kan vervolgens stellen dat hij door bijzondere omstandigheden (zoals afhankelijkheid, lichtzinnigheid, onervarenheid) tot de schenking is bewogen, waarna de begiftigde het tegendeel moet bewijzen.⁶² Om twee redenen moet deze NBW-benadering worden geprezen.

Ten eerste heeft de notariële akte terecht een belangrijke plaats als bewijsmiddel, ongeacht de vraag of sprake is van materiële of formele schenking, hoewel niet in te zien valt waarom niet sowieso *ieder* schriftelijk stuk afkomstig van de schenker tot een omkering van de bewijslast kan leiden. De regeling biedt via de uitweg van de 'redelijkheid en billijkheid' overigens voldoende ruimte om dit te bewerkstelligen, waarbij wederom rekening kan worden gehouden met de eerder gereleveerde omstandigheden, zoals de wijze van totstandkoming van het stuk.

Bovendien moet gezegd dat door het kiezen voor de weg van misbruik van omstandigheden fraai het verband wordt gelegd met de 'onrechtmatige totstandkoming' uit het vorige hoofdstuk: in geval van misbruik van omstandigheden kan immers per definitie niet kunnen worden gezegd dat enige gebondenheid opleverende causa aanwezig is.⁶³

3.5 De schenkingstoezegging: ten slotte

De ruime aandacht die hier is besteed aan de eenzijdige schenkingsbelofte staat niet geheel in verhouding tot het belang dat in de praktijk aan dit contract-type wordt gehecht. De gebondenheid aan de nog niet uitgevoerde eenzijdig bevoordelende overeenkomst zal niet snel worden aangenomen. Er is echter een andere, alleszins met de schenking te vergelijken 'rechtsfiguur' die de afgelopen decennia een hoge vlucht heeft genomen en die onze nadere aandacht thans ten volle verdient.

61. Zie art. 7.3.1 en 7.3.2 van de invoeringswet titel 7.3 NBW (no. 17.213, Kamerstukken II, 1981-1982). Over de NBW-regeling zie men ook Van Mens, *Schenkingsbegrip*, p. 160 v. en vooral Hidma, *i.a.p.* De tekst van de artikelen is opgenomen in C.J. van Zeven (red.), *Compendium bijzondere overeenkomsten*, 7e dr., Deventer 1993, p. 359 v.

62. Terecht stelt Hidma, *o.c.*, p. 31 dat dit niet eenvoudig zal zijn.

63. Zie *supra*, § 6.2.2. Vgl. ook Van Schaick, *o.c.*, p. 227-228, die echter meer traditioneel de nadruk legt op de in geval van misbruik van omstandigheden ontbrekende vereiste gelijkwaardigheid van partijen, die door een beroep op het wilsgebrek wordt hersteld.

4. DE EENZIJDIGE TOEZEGGING

4.1 Inleiding

Het verschijnsel dat aan gedane 'toezeggingen' rechtsgevolgen worden verbonden, staat in toenemende mate in de belangstelling.⁶⁴ Indien een private persoon of de overheid 'toezegt' in de toekomst op een bepaalde wijze te zullen handelen, is de vraag in hoeverre in geval van later contrair gedrag de 'toezegger' in rechte kan worden verplicht zijn toezegging alsnog gestand te doen. Het belang van deze vraag is evident: enerzijds is duidelijk dat niet iedere losse mededeling, gericht aan een algemeen publiek (bijv. in een reclamefolder) tot gebondenheid kan leiden, anderzijds wordt vaak volkomen gerechtvaardigd op de toezegging 'vertrouwd' en is redelijk dat gebondenheid ontstaat.

De onduidelijkheid omtrent dit fenomeen is groot. Zo is niet alleen onduidelijk *wanneer* de toezegging precies tot rechtsgevolgen aanleiding geeft, bovendien mag inmiddels als een theoretische *question brûlante* worden beschouwd *waarop* de gebondenheid dan moet worden gebaseerd. Die laatste vraag hangt weer nauw samen met de kwestie *of* de toezegging überhaupt wel een aparte rechtsfiguur is of opgaat in onrechtmatige daad, overeenkomst of zelfs in een combinatie van die twee.⁶⁵

Onzes inziens biedt de toezegging een vruchtbaar terrein voor de illustratie van onze theorie inzake de contractuele gebondenheid omdat hier bij uitstek blijkt dat niet iedere toezegging bindt, maar slechts die waarvoor objectief gezien een rechtvaardigingsgrond bestaat zodat een substantiële overeenkomst tot stand komt. Daartoe moet nu eerst — aan de hand van enige casuïstiek — worden ingegaan op het onderscheid tussen overheidstoezegging en private toezegging.

4.2 Particuliere toezegging en overheidstoezegging

4.2.1 Algemeen

Het is gebruikelijk om te onderscheiden tussen de zg. 'particuliere' toezegging, gedaan in de verhouding tussen burgers of bedrijven onderling, en de overheidstoezegging, gedaan door een overheidslichaam jegens een particulier.⁶⁶

64. Zie thans vooral J.M.M. Menu, *De toezegging in het privaatrecht*, diss. Tilburg 1994, [Deventer 1994]. De problematiek wordt kort geschetst in *Asser-Hartkamp II*, no. 83.

65. Zoals wordt bepleit door Menu, *De toezegging*, p. 280.

66. Vgl. Menu, *De toezegging*, p. 4; bepalend voor het onderscheid is of aan de toezegger een publiekrechtelijke taak is opgedragen. Het onderscheid wordt bijv. ook gemaakt door Schoonenberg, Clausings-bundel, o.c., p. 99 v.

Zo heeft zich de vraag voorgedaan wat rechtens is indien een bedrijf de mededeling doet aan de schuldeisers van een door hem overgenomen noodlijdend levensmiddelenbedrijf dat de betaling door de nieuwe dochter 'op normale wijze zou geschieden'.⁶⁷ Is dit een toezegging die de moedermaatschappij verplicht voor de betaling in te staan? Het door de Hoge Raad in stand gelaten oordeel van het Hof luidde bevestigend: de holding had belang bij het hervatten van de leveranties en dus kon een aanbod worden gelezen in de brief van de moedermaatschappij, dat vervolgens werd geacht te zijn aanvaard door het hervatten der leveranties. Dat met andere woorden rechtens verband bestond tussen het instaan en het hervatten van de leveranties, betekende dat een overeenkomst mocht worden aangenomen.⁶⁸

Maar bij de toezegging in private verhoudingen behoeft men niet alleen aan dergelijke patronaatsverklaringen te denken. Ook de bij de groenteboer gedane mededeling 'één kilo Granny Smiths voor 5,-', kan als toezegging worden beschouwd, net zoals de in een woninggids opgenomen tekst 'Bussum, Elisabethgaarde, hoekhuis met garage, 215.000,-',⁶⁹ maar de cruciale vraag is of daarbij enig belang is betrokken, wanneer toch slechts de vraag is of in dit soort gevallen contractuele gebondenheid ontstaat. Zonder die vraag reeds nu principieel te beantwoorden, moet gezegd zijn dat in alle gevallen waarin tot nu toe in de jurisprudentie sprake is geweest van een particuliere toezegging, deze kon worden teruggebracht tot een vraag van al dan niet totstandkoming of nadere inhoud van een overeenkomst.⁷⁰ In het eerste genoemde voorbeeld zou de mededeling in beginsel wel als aanbod moeten worden aanvaard, waarna door aanvaarding gebondenheid ontstaat; in het tweede in beginsel niet.

Meer dogmatische wrijving heeft daarentegen opgeleverd de toezegging, gedaan door de overheid terzake van een bepaalde wijze van uitoefening van haar publiekrechtelijke taak. Het gaat hier om bekende gevallen, zoals dat waarin vanwege de gemeente de toezegging wordt gedaan dat iemand als ambtenaar zal worden aangesteld, dat door de gemeente parkeergelegenheid bij een winkelcentrum zal worden gecreëerd, dat men de afhandeling van kleinere vliegtuigen op de Arubaanse luchthaven Reina Beatrix ter hand mag

67. Zie HR 13 september 1985, *NJ* 1987, 98 m.nt. CJHB (Albada Jelgersma I).

68. In HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 m.nt. G (Albada Jelgersma II) werd jegens een leverancier die geen patronaatsverklaring (en dus geen aanbod) had ontvangen, aansprakelijkheid aangenomen op grond van onrechtmatige daad nu de moeder de door haar gewekte verwachting dat de dochter weer financieel gezond zou worden, later ten onrechte niet had weggenomen. Zie over de arresten ook Van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, p. 306 v.

69. Vrij naar HR 10 april 1981, *NJ* 1981, 532 m.nt. CJHB (Hofland/Hennis).

70. Dit is ook de conclusie van Menu, *De toezegging*, p. 234-235, die na een uitgebreid rechtspraakonderzoek tot de conclusie komt dat van dogmatische problemen bij de particuliere toezegging niet of nauwelijks sprake is, nu deze volledig worden geabsorbeerd door de 'contractuele of precontractuele setting'. Zie ook De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, no. 132.

nemen of dat grond aan een hoteleigenaar in erfpacht uitgegeven zal worden. In deze casus werd de gebondenheid respectievelijk aangenomen zonder uitdrukkelijke vermelding van een grondslag,⁷¹ afgewezen⁷², aanvaard nu een onrechtmatige daad was begaan⁷³ en aanwezig geacht op grond van overeenkomst.⁷⁴

Om de vraag te kunnen beantwoorden of deze overheidstoezegging daadwerkelijk problematisch is, is het noodzakelijk in te gaan op de vraag wat aan haar specifiek eigen is. Indien de particuliere toezegging in de praktijk steeds blijkt te kunnen worden ondergebracht bij de overeenkomst, zou dit dan bij de overheidstoezegging niet ook het geval kunnen zijn?

4.2.2 *De bijzondere positie van de overheid, behartiger van algemeen belang*

Tussen het handelen van de overheid en dat van de particuliere burger wordt traditioneel dit verschil gemaakt dat alle activiteit van overheidsorganen is gericht op de behartiging van het algemeen belang,⁷⁵ waar particulieren doorgaans hun eigen belang nastreven. Dat de (overheids-)toezegging 'dogmatisch' moeilijk in te passen lijkt in het bestaande stelsel, wordt naar onze mening nu veroorzaakt door de — door dit algemeen belang beïnvloede — ongebruikelijkheid van de daarbij bestaande wederzijdse prestaties.

Ook bij de overheidstoezegging is het namelijk mogelijk om de wederkerige samenhang bepalend te achten. De verplichting van de overheid om een

71. HR 25 januari 1985, *NJ* 1985, 559 m.nt. PAS (Patelski/Sittard): 'Een door de overheid, al dan niet eenzijdig, aan een burger gedane toezegging betreffende diens aanstelling in de openbare dienst is (...) ten minste in die zin bindend, dat de overheid, zo zij niet tot aanstelling overgaat, in beginsel verplicht is tot schadevergoeding'. Zie daarover vooral R.M. Schoonenberg, De privaatrechtelijke gevolgen van door de overheid gedane toezeggingen, *WPNR* 5765 (1985), p. 805 v.
72. HR 2 juni 1989, *NJ* 1989, 716 m.nt. MS (Plein 1944/Nijmegen): oordeel Hof dat niet gebleken is dat van de zijde van de gemeente jegens Blokker c.s. een concrete toezegging is gedaan m.b.t. het handhaven van een zeker aantal parkeerplaatsen op Plein 1944 of anderszins in dat opzicht een zodanig gerechtvaardigd vertrouwen heeft gewekt dat haar het nemen van evenvermelde besluiten niet meer vrijstond, is juist.
73. HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 287 m.nt. PvS (Felix/Aruba). Vgl. echter Menu, *De toezegging*, p. 127. Zie ook HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456 m.nt. PAS (Heesch/Reijs): niet nakomen van de 'enkele schriftelijke toezegging' vormt in de bijzondere omstandigheden in casu schending van een zorgvuldigheidsplicht; en HR 23 juni 1989, *NJ* 1990, 441 (Kennis/Budel).
74. HR 10 september 1993, *RvdW* 1993, 168 (Den Dulk/Curaçao), waarin sprake is van een 'vordering tot nakoming van een op een overheidslichaam rustende verbintenis uit overeenkomst'. Dezelfde grondslag in HR 22 februari 1974, *NJ* 1975, 381 m.nt. ARB (Roosendaal/Kinderbescherming).
75. Vgl. bijv. J. van der Hoeven, De magische lijn; verkenningen op de grens van publiek- en privaatrecht, in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle [1970], p. 217 en Ackermans-Wijn, Contracten met de overheid, o.c., p. 48: 'Buiten de behartiging van het algemeen belang heeft de overheid geen taak, ja zelfs geen bestaansrecht'. Zie nog W.G. Huijgen, *Aansprakelijkheid van de overheid*, diss. Leiden 1991, Deventer 1991, p. 9.

gedane toezegging na te komen vindt zijn complement in *de omstandigheden aan de zijde van de burger die de overheid in staat stellen een zeker beleid te voeren*. Indien een bouwvergunning wordt verschaft, bestaat een samenhang tussen de voorwaarden waaraan de burger moet voldoen en het verlenen van de vergunning door de overheid. Indien de overheid een overeenkomst wenst te sluiten met een aantal bedrijven terzake van de financiering van de bouw van woningen,⁷⁶ geeft deze overeenkomst eveneens uitvoering aan het beleid. In beide gevallen ontstaat een wederkerigheid omdat de overheid niet zonder de burger kan ter verwezenlijking van de gewenste doeleinden en de burger niet zonder de overheid ter verkrijging van de gewenste vergunningen of het sluiten van de specifieke overeenkomst.

Net zoals de particuliere contractspartij doorgaans slechts datgene wenst wat voor hem voordelig is, zo moet worden aangenomen dat de overheid slechts datgene wenst wat in het algemeen belang is, dat wil zeggen wat past in het door de overheid gevoerde beleid.⁷⁷ Essentieel is echter dat dit beleid ook door de burger moet worden *aanvaard*. Dat kan in de vorm van het voldoen aan de gestelde voorwaarden (bijv. bij het aanvragen van een vergunning), maar ook in de vorm van het helpen verwezenlijken van het beleid door partij te worden bij een door de overheid te sluiten overeenkomst. Die aanvaarding creëert de vereiste concrete band tussen overheid en burger.⁷⁸

Concreet betekent dit dat — net zoals bij de afdwingbaarheid van de ‘gewone’ schenkingstoezegging maatgevend is of een voldoende samenhang tussen de door de schenker te verrichten prestatie en omstandigheden aan de zijde van de begiftigde bestaat — bij de overheidstoezegging de cruciale vraag is of de uitvoering van de door de overheid toegezegde prestatie al dan niet in het door haar gevoerde — en door de burger aanvaarde — beleid past. In termen van verrijking: treedt door het gestand doen van de toezegging niet een onterechte verrijking van de wederpartij in? Duidelijk is dat het begrip ‘verrijking’ daarbij wederom immaterieel moet worden opgevat: komt het

76. Zoals in de bekende Landsmeer-arresten, HR 4 januari 1963, *NJ* 1964, 202-204.

77. Dat dit een betrekkelijk vage term is, zien wij niet als bezwaar. In het algemeen kan uit de taakopvatting van het bewuste orgaan wel worden afgeleid wat in het gevoerde beleid past. Vgl. D.A. Lubach, *Beleidsvereenkomsten*, diss. Groningen 1982, Deventer 1982, p. 10 alsmede Ackermans-Wijn, *o.c.*, p. 44.

78. In particuliere verhoudingen heeft men in het algemeen weinig moeite met het duiden van een ongebruikelijke tegenprestatie als voldoende aanleiding gevend voor het aannemen van een overeenkomst en dat dient in de verhouding overheid-burger niet anders te zijn. Vgl. de uitspraak inzake Boomsma/Mankman, aangehaald in noot 30 en de beschouwingen naar aanleiding van het belangwekkende HR 10 november 1989, *NJ* 1990, 700 m.nt. JBMV (De Volharding/GGD), *supra*, hoofdstuk VIII, § 3.2. Zie voor andere voorbeelden van ongebruikelijke tegenprestaties bijv. HR 28 mei 1993, *NJ* 1994, 329 (USSR) en HR 22 april 1994, *NJ* 1994, 487 (KNIL).

niet in strijd met het algemeen belang dat de burger dit voordeel verkrijgt?⁷⁹
Slechts dan bestaat voldoende causa.⁸⁰

Een voorbeeld kan een en ander verhelderen. In het bekende Bijstands-overeenkomst-arrest⁸¹ waren toezeggingen aan de orde, gedaan vanwege de gemeente Roosendaal aan de Vereniging voor Kinderbescherming terzake van een suppletie van de rijkssubsidie voor bepaalde voogdijen. De vraag was of de gemeente die toezeggingen gestand moest blijven doen. De Hoge Raad achtte een overeenkomst aanwezig omdat de toezeggingen door de Vereniging waren aangenomen en 'haar grond vonden' in de door de Vereniging aanvaarde en nog te aanvaarden voogdijen. Daaraan deed niet af:

'dat tegenover die toezeggingen geen verplichtingen van de Vereniging tegenover (...) de Gemeente stonden'.

Maar de contractuele gebondenheid had achterwege kunnen blijven:

'indien de Vereniging door genoemde toezeggingen zonder redelijke grond zou zijn beoordeeld'.

In dit specifieke geval werd — hoewel geen 'normale' tegenprestatie bestond van de Vereniging jegens de gemeente — toch een overeenkomst aangenomen nu anders een onterechte verrijking was ingetreden. De rechtvaardigingsgrond voor de gebondenheid lag al in het op zich nemen van de voogdij en het aanvaarden van de toezeggingen.

Deze uitspraak bevestigt zo op treffende wijze wat hier als theorie naar voren werd gebracht: een ongebruikelijke tegenprestatie kan tot contractuele gebondenheid leiden, mits maar een samenhang bestaat met de prestatie van de wederpartij (in casu de gemeente). Die samenhang werd in casu vastgesteld door te kijken naar de band tussen partijen en naar de tegenprestatie zelf. Alvorens hier nadere criteria uit te werken, moet nog eens expliciet worden nagegaan wat de grondslag is van de gebondenheid aan de toezegging.

79. Voor de toepasselijkheid van de verrijkingsgedachte op overheidshandelen zie men ook G.E. Langemeijer, *Prognostica over ongerechtvaardigde verrijking*, in: *Op de grenzen van komend recht* (Beekhuis-bundel), Deventer etc. [1969], p. 162, die de vraag of de overheid al dan niet verrijkt is door zich de belangen van de burger niet aan te trekken, centraal stelt.

80. Een administratiefrechtelijke kanttekening is dat de rechter niet zelden op de stoel van het bestuur plaats zal moeten nemen om uit te kunnen maken wat in het beleid past. Dit is hier geen bezwaar. Enerzijds is niet slechts het overheidsbelang, maar ook dat van de particulier betrokken bij de juiste beslissing. Anderzijds ligt een werkelijke marginale toetsing ook in de rechtspraak van de Hoge Raad onder vuur. Zie vooral A.Q.C. Tak, noot bij HR 23 juni 1989, AB 1989, 551 (GCN/Nieuwegein II), in: *AB Klassiek; Standaarduitspraken bestuursrecht, opnieuw geannoteerd*, Zwolle 1991, p. 210 v.

81. HR 22 februari 1974, NJ 1975, 381 m.nt. ARB (Roosendaal/Kinderbescherming).

4.3 De toezegging als overeenkomst

4.3.1 De grondslag der gebondenheid

Zoals reeds gemeld is naar huidig recht een heikele vraag welke de grondslag van de rechtens bindende toezegging moet zijn. Daar reeds duidelijk werd dat het ook bij de toezegging gaat om het zoeken van een voldoende samenhang in de prestaties, is deze vraag voor ons betrekkelijk eenvoudig te beantwoorden: die samenhang wordt immers gezocht om de aanwezigheid van een overeenkomst aannemelijk te kunnen maken. Dat de toezegging soms moet worden nagekomen, vloeit dus voort uit de contractuele gebondenheid.

Verkeerd is dan ook de vraag of de toezegging *zelf* al dan niet als een overeenkomst kan worden beschouwd; de kwestie is slechts of de (eventueel uit te leggen) per definitie nog niet bindende toezegging als een per definitie wél bindende overeenkomst kan worden beschouwd.⁸² Het feit dat een toezegging met een bepaalde inhoud jegens een derde is gedaan, speelt daarbij uiteraard een hoogst belangrijke rol, maar heeft nooit doorslaggevende betekenis.⁸³ Daartoe moet de achter de formele toezegging liggende causa bij het oordeel worden betrokken. Zo bezien is het ook weinig verhelderend om van 'de toezegging' als een aparte rechtsfiguur te spreken.⁸⁴ Of deze tot rechtsgevolgen aanleiding geeft, is immers geheel afhankelijk van de aanwezigheid ener overeenkomst.⁸⁵

Het traditionele argument dat tegen de duiding van de toezegging als overeenkomst wordt ingebracht, is dat bij de toezegging nu juist geen tegenprestatie bestaat. Men heeft evenwel getracht de contracts-constructie dogmatisch te redden door een aanvaarding van de toezegging door de burger te

82. In termen van formeel en substantieel redeneren: indien de toezegging op zichzelf als reeds bindend wordt beschouwd, is dat nog slechts een formele reden, waarachter een substantiële moet schuilgaan.

83. Dit blijkt goed uit HR 7 juli 1982, *NJ* 1983, 35 m.nt. Ma (Enka), waarin de toezegging van de ondernemer dat de spinnerij-afdeling voorlopig open zou blijven, een zwaarwegende factor was bij de vraag of hij bij afweging van de betrokken belangen in redelijkheid tot sluiting had kunnen komen (het betrof een art. 26 lid 4 WOR-zaak). De toezegging had dus geen absolute waarde.

84. In deze zin ook de *PG* Boek 6 (Inv.), p. 1434 (MvA): de toezegging is een 'ongekleurde, algemene term' die wordt gebruikt in gevallen waarin onzeker is welke specifieke rechtsfiguur zich voordoet, die men echter niet onder één noemer moet brengen. In dezelfde zin De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, no. 132. Dat de toezegging wel uit eigen hoofde bindt, menen Stein, noot onder Patelski/Sittard, en Vranken, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten*, p. 111. Voor de overheidstoezegging in dezelfde zin Schoonenberg, *o.c.*, p. 808 en dez., Clausning-bundel, *o.c.*, p. 106.

85. Dat de toezegging met het klassieke contractsbegrip (dat uitgaat van wilsovereenstemming) moeilijk te duiden valt, is waar, maar dat betekent nog niet dat men de toezegging slechts 'krampachtig' als overeenkomst kan duiden, zoals Van Erp, *Contract als rechtsbetrekking*, p. 305 meent.

eisen, waarmee een 'eenzijdige' overeenkomst zou ontstaan.⁸⁶ Men kan dan nog twisten over de vraag of de aanvaarding impliciet of expliciet moet zijn,⁸⁷ maar zeker is dat de aangenomen toezegging zo op grond van overeenkomst kan binden.

Net zoals dat bij de schenking het geval was, is deze constructie van aanvaarding van de toezegging echter slechts ingegeven door de wens een concrete band met de toezegger te scheppen. Dat de toezegging een vergunning te zullen verschaffen in het luchtledige blijft zolang niet blijkt dat de burger die vergunning wenst, is evident. Uit dit voorbeeld blijkt tevens dat de constructie van de aanvaarding vaak te gekunsteld is: het initiatief tot het verkrijgen van de vergunning zal doorgaans uitgaan van de burger zelf zodat overbodig is de contractuele band nog eens expliciet bevestigd te willen zien.⁸⁸ Voor het vaststellen van de wederkerige samenhang tussen de toegezegde prestatie en omstandigheden aan de zijde van de begunstigde die deze rechtvaardigen, is soms een expliciete aanvaarding nodig, maar doorgaans volgt die samenhang al uit andere omstandigheden.

De parallel tussen toezegging en 'gewone' overeenkomst ligt overigens nogal voor de hand. Eigen aan beide figuren is dat een bepaald handelen *in het vooruitzicht wordt gesteld*, zodat daarvan nakoming kan worden gevorderd.⁸⁹ In de literatuur wordt dit ook in zoverre erkend dat men meent dat bij de toezegging zoveel mogelijk *aansluiting* moet worden gezocht bij het overeenkomstenrecht.⁹⁰ Dat de toezegging soms zelf een overeenkomst zal opleveren, wordt daarbij echter over het hoofd gezien.

4.3.2 De onrechtmatige daad verworpen?

Met het bovenstaande is gezegd dat in die gevallen waarin een causa oplevende wederkerige samenhang bestaat, de toezegging tot overeenkomst wordt. Het is een cirkelredenering om dan de onrechtmatige daad nog als grondslag te beschouwen: zolang geen rechtens bindende toezegging bestaat, is immers onduidelijk waarin het onrechtmatige gedrag van de toezegger

86. In HR 22 februari 1974, *NJ* 1975, 381 m.nt. ARB (Roosendaal/Kinderbescherming) werd de acceptatie van de toezeggingen uitdrukkelijk als factor door de Hoge Raad genoemd. Zie vooral Bloembergen in zijn noot, alsmede — kritisch — Menu, *De toezegging*, p. 268.

87. Vgl. Schoonenberg, De privaatrechtelijke gevolgen van door de overheid gedane toezeggingen, *o.c.*, p. 809.

88. Zie ook Schoonenberg, *o.c.*, p. 809.

89. Over het belovend karakter van de toezegging ook Schoonenberg, Clausing-bundel, *o.c.*, p. 107.

90. *Asser-Hartkamp* II, no. 184; J.C.E. Ackermans-Wijn, *Contracten met de overheid*, diss. Nijmegen 1989, Deventer 1989, p. 105-106; alsmede W. Snijders, Artikel 3.1.1.15 Nieuw B.W. en de schakelbepalingen nader bezien, in: *Bestuursrecht en Nieuw B.W.*, Zwolle 1988, p. 61. Zie voor een uitwerking Menu, *De toezegging*, p. 294 v.

jegens de begunstigde persoon is gelegen; dit ontstaat immers eerst met de schending van de *al bindende* toezegging.⁹¹ Maar dan is het ook overbodig om nog van onzorgvuldig handelen te spreken.

Dit neemt niet weg dat in de meeste gevallen waarin door de Hoge Raad gebondenheid aan een overheidstoezegging is aangenomen, de onrechtmatige daad als grondslag werd aangewezen.⁹² De reden daarvoor ligt hierin dat het daar gevallen betrof waarin de gedane toezegging geen voldoende grond opleverde om een overeenkomst aan te nemen, maar het niet gestand doen van de toezegging wel onzorgvuldig was.

Dit is met name het geval waar de toezegging door een daartoe onbevoegd orgaan is gedaan of niet past in het gevoerde beleid. In dit geval stuit men op het gegeven dat het dan moeilijk is om de vereiste concrete, door het algemeen belang gekleurde, relatie tussen bevoegde toezegger en begunstigde te construeren. Zo bijvoorbeeld in het tot nu toe in de literatuur moeilijk te duiden arrest Heesch/Reijs.⁹³ Het college van B&W van de gemeente Heesch had aan Reijs toegezegd een voorstel tot grondruil aan de gemeenteraad voor te leggen. Toen B&W dit op grond van gewijzigd beleid vervolgens alsnog weigerden te doen, vorderde Reijs vergoeding van de door haar geleden schade op grond van wanprestatie. Anders dan rechtbank en Hof achtte de Hoge Raad geen overeenkomst aanwezig, nu

'een enkele schriftelijke toezegging van een orgaan van een rechtspersoon om een voorstel tot het aangaan van een overeenkomst voor te leggen aan het orgaan van de rechtspersoon dat bevoegd is over het aangaan van die overeenkomst te beslissen, (...) voor die rechtspersoon nog niet een verbintenis uit overeenkomst tot nakoming van bedoelde toezegging (doet) ontstaan'.

Essentieel is echter dat de gemeente toch verplicht was tot schadevergoeding op grond van onzorgvuldig handelen omdat B&W hadden nagelaten Reijs tijdig mede te delen dat zij van de toezegging wilden terugkomen; bij gebreke van die mededeling, was het onrechtmatig het voorstel niet aan de gemeenteraad voor te leggen.

Terecht spreekt de Hoge Raad hier van een 'enkele toezegging': dat deze tot een overeenkomst had kunnen leiden, was immers uitgesloten nu aan de wederpartij was duidelijk gemaakt dat het toezeggende orgaan beslissingson-

91. In dezelfde zin, op het voetspoor van Schoonenberg, Clausing-bundel, *o.c.*, p. 105: Menu, *o.c.*, p. 273-274: 'Vanaf het moment dat de toezegging wordt gedaan, komt op de overheid immers een concrete, individueel bepaalbare rechtsplicht tot nakoming van de toezegging te rusten'. Dit neemt niet weg dat de *praktische* gevolgen van aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad of overeenkomst in deze gevallen in het algemeen dezelfde zijn, zoals Menu, p. 287, terecht opmerkt.

92. Zie de uitspraken genoemd in noot 73, waaraan nog toe te voegen HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 709 (Caribbean/Aruba).

93. HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456 m.nt. CJHB. De precieze betekenis van het arrest gaf aanleiding tot veel discussie. Zie bijv. Huijgen, *o.c.*, p. 44 en Lubach, *Beleids-overeenkomsten, o.c.*, p. 214.

bevoegd was. Enige voldoende concrete relatie tussen Reijs en het wel bevoegde orgaan kon zo niet worden geconstrueerd.⁹⁴ Maar aan onrechtmatig handelen stond de afwezigheid van die relatie uiteraard niet in de weg.

Dat een toezegging soms tot contractuele, soms tot delictuele aansprakelijkheid leidt, afhankelijk van de van de concreetheid relatie, blijkt ook in particuliere verhoudingen. In het al aangehaalde Albada Jelgersma I⁹⁵ werd een overeenkomst aangenomen nu de leverancier in casu een aan hem persoonlijk gerichte patronaatsverklaring had ontvangen. In Albada Jelgersma II⁹⁶ daarentegen had de leverancier in kwestie geen verklaring gekregen, maar had wel geleverd nadat het moederbedrijf op grote schaal ruchtbaarheid had gegeven aan de overname en aan de daardoor te bewerkstelligen verbetering van de financiële positie van de dochter. Het dan later nalaten tijdig mededelingen te doen indien voor de moeder duidelijk is geworden dat de dochter geen verhaal biedt, zodat de leverancier blijft leveren, is zonder meer onrechtmatig. Het algemeen belang speelt daarbij geen rol.

Dat de toezegging zich op het 'grensgebied contract/onrechtmatige daad' bevindt,⁹⁷ is dan ook slechts in zoverre juist dat de toezegging soms een rol speelt bij het oordeel dat een overeenkomst bestaat, soms bij het oordeel dat onzorgvuldig is gehandeld, maar dat het steeds één van deze bronnen is die de gebondenheid doet intreden.

Thans wordt verder ingegaan op de overheidstoezegging. Daarbij wordt het criterium of deze in het gevoerde en aanvaarde beleid past, nader uitgewerkt aan de hand van de eerder onderscheiden elementen ter bepaling van de abnormale wederkerigheid. Doorgaans wordt de vraag naar de gebondenheid aan de toezegging zo gesteld of de overheid bij de burger het vertrouwen heeft gewekt dat de toezegging gestand zou worden gedaan. In de hier voorgestane benadering behoeft op dat vertrouwen echter niet te worden teruggevallen.

94. Overigens maakt het in onze theorie niet uit of wordt gesproken van een 'enkele toezegging' of van een toezegging sec; in beide gevallen is de vraag of een overeenkomst bestaat. Dat de onbevoegde toezegging een probleem is van het bepalen van een voldoende concrete verhouding tussen (bevoegde) toezegger en wederpartij, wordt nader uitgewerkt *infra*.

95. HR 13 september 1985, *NJ* 1987, 98 m.nt. CJHB.

96. HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 m.nt. G. Voor een verwant recent geval, waarin algemeen door de moedermaatschappij werd toegezegd 'dat de crediteuren behoorlijk zouden worden behandeld', zie men HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170 m.nt. Ma (NBM/Securicor).

97. Zoals Menu, *o.c.*, p. 280 meent. Huijgen, *o.c.*, p. 42 acht bepalend voor de vraag of overeenkomst of onrechtmatige daad de grondslag is de *aanvaarding* van de toezegging. Dit geeft echter onvoldoende aan dat andere omstandigheden dan de enkele aanvaarding tot vaststelling van de vereiste concrete band moeten kunnen leiden.

5. SAMENHANG IN PRESTATIES BIJ DE OVERHEIDSTOEZEGGING

5.1 *Expliciete wilsuiting en concretisering der relatie overheid-burger*

In het voorafgaande is het algemeen belang voorop gesteld bij de bepaling van welke overheidstoezegging als bindende overeenkomst mag worden beschouwd. Slechts die toezegging die in voldoende wederkerige samenhang staat met de omstandigheden aan de zijde van de begiftigde, d.w.z. de toezegging die in het *gevoerde en aanvaarde* beleid past, levert een overeenkomst op.⁹⁸

Het is thans zaak deze beide criteria van 'gevoerd beleid' en 'aanvaard beleid' nog wat nader uit te werken. Hoewel wat betreft de *grondslag* van de gebondenheid aan de toezegging principieel geen verschil bestaat tussen de mededeling, afkomstig van de overheid en van een mede-burger, heeft de status van eerstgenoemde wel invloed op de wijze waarop de samenhang wordt vastgesteld. De overheidsstatus doortrekt iedere rechtsverhouding waarbij de overheid is betrokken.⁹⁹

5.1.1 *De toezegging als weloverwogen beleidsmatige wilsverklaring*

Essentieel voor de toezegging is dat deze dient te passen in het door de overheid in het algemeen belang gevoerde beleid. De in het kader van dat beleid aan de private persoon gestelde eisen, zodat deze meewerken aan de uitvoering van dat beleid, leveren een wederkerige samenhang op. Zo zal iemand die een bouwvergunning wenst te verkrijgen moeten voldoen aan de in bestemmingsplan en in door de gemeente uitgevaardigde besluiten gestelde eisen. In het eerder aangehaalde bijstandsovereenkomst bestond weliswaar geen gewone tegenprestatie van de Vereniging voor Kinderbescherming, maar toch werd de Vereniging niet zonder redelijke grond bevoordeeld omdat zij tegenover de door de overheid toegezegde suppletie de voogdij op zich nam. In dit geval diende het verkrijgen van het toegezegde bedrag om het door de gemeente terzake van die voogdij gewenste beleid uit te voeren. Dan is gebondenheid redelijk, ook al omdat de Vereniging de toegezegde subsidie

98. Dat in geval van een toezegging de tegenprestatie van de burger niet in wederkerig verband staat met het door de overheid in het vooruitzicht gestelde, zoals Menu, *o.c.*, p. 9-10 en 102 meent, kan dus niet worden aanvaard.

99. Vgl. A.R. Bloembergen, Overheidsprivaatrecht: schets van een algemeen deel, *WPNR* 6074 (1992), p. 955: 'Het privaatrecht zal dikwijls een bijzondere inkleuring krijgen, wanneer de overheid rechtssubject is'. In de discussie omtrent de onderlinge verhouding tussen publiek- en privaatrecht, bepleiten wij dat op de publiekrechtelijke overeenkomst het gewone overeenkomstenrecht van toepassing is. Vgl. Ackermans-Wijn, *o.c.*, p. 44 v.

(en daarmee de medewerking aan de uitvoering van het beleid van de gemeente) uitdrukkelijk had aanvaard.¹⁰⁰

Opgemerkt moet nu worden dat de vereiste wederkerige samenhang in beginsel mag worden aangenomen indien de overheid een beleidsmatige toezegging doet. Eigen aan het overheidsbeleid is nl. dat slechts beslissingen kunnen worden genomen binnen wettelijk vastgelegde procedures waarin het algemeen belang wordt afgewogen tegen de belangen van de bij een te sluiten overeenkomst of te geven beschikking betrokkenen. Dit heeft zijn weerslag op de overheidstoezegging: deze wordt bij uitstek gekenmerkt door het feit dat zij normaliter eerst na een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen is totstandgekomen.¹⁰¹ Dit betekent dat een private persoon die met de toezegging van een overheidsorgaan wordt geconfronteerd, in beginsel niet behoeft te betwijfelen dat de toezegging ook overeenstemt met de wens van dat orgaan.¹⁰² Van de seriositeit van de wil blijkt dan immers expliciet.¹⁰³

Dit heeft als consequentie dat waar een zorgvuldige belangenafweging ontbreekt, de gebondenheid soms ook niet bestaat. In beginsel mag de burger er van uitgaan dat het bevoegde overheidsorgaan in staat is de afweging op zorgvuldige wijze te maken. Soms zal de afweging echter in het geheel niet of niet door het bevoegde orgaan geschieden. Ook denkbaar is dat de overheid inmiddels een beleidswijziging heeft doorgevoerd die haar tot een andere afweging voert. Alvorens deze bijzondere situaties te behandelen, wordt eerst ingegaan op de eis dat het beleid ook door de wederpartij moet zijn aanvaard.

100. De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, no. 133 v. ziet in de toezegging een 'intentieverklaring omtrent een bepaald handelen', die in beginsel bindt, maar waarvan kan worden afgeweken om 'goede, zwaarwegende, redenen'. De grondslag voor de gebondenheid ligt voor hem in de onrechtmatige daad.

101. Vgl. M. Scheltema, Gebondenheid van overheid en burger aan eigen voorafgaand handelen (Rechtsverwerking), preadvies VAR 1975, in: *Geschriften van de Vereniging voor Administratief Recht* LXXIV (1975), p. 37, die zegt dat de overheid pas een toezegging doet indien zij heeft gezien 'welke punten voor en welke punten tegen' de toezegging pleiten. Vgl. voorts *supra* n.a.v. HR 17 september 1993, NJ 1994, 173 m.nt. PAS (Gerritse/Has), alsmede HR 13 december 1989, AB 1990, 184 (Aanslag advocaat) waar de gerechtvaardigdheid van het vertrouwen afhankelijk was van 'omstandigheden die bij de belastingplichtige de indruk hebben kunnen wekken dat een door de Inspecteur gevolgde vaste gedragslijn berust op een bewuste standpuntbepaling' (curs. JMS).

102. Sommige auteurs zien de toezegging dan ook terecht als 'wilsverklaring'. Zie voor de 'fiscale' toezegging in die zin Ch.P.A. Geppaart, *Fiscale rechtsvinding*, diss. Leiden 1965, Amsterdam [1965], p. 38, die in het gericht zijn op binding het verschil ziet tussen inlichting en toezegging. Bedacht moet wel worden dat in onze theorie de aanwezigheid van een (expliciete) wilsverklaring slechts een omstandigheid vormt voor het aannemen ener overeenkomst.

103. Vgl. A.R. Bloembergen, *Contracten met de overheid, in het bijzonder in de bouw*, [Deventer etc.] 1976, p. 17, die meent dat een aanvaarding heel snel mag worden aangenomen. Vgl. echter p. 18: voorzichtigheid moet worden betracht bij het duiden van allerlei mededelingen van de kant van de overheid als toezeggingen.

5.1.2 Aanvaarding van het overheidsbeleid; de toezegging in concreto

Als tweede eis voor de afdwingbaarheid van de overheidstoezegging geldt dat deze door de wederpartij dient te zijn aanvaard. Zou immers slechts worden volstaan met de eis dat de toezegging in het door de overheid gevoerde beleid moet passen, dan zou van iedere door een overheidsorgaan in het algemeen gedane uitspraak nakoming kunnen worden gevorderd. De overheid produceert jaarlijks een grote hoeveelheid richtlijnen, circulaire, beleidsregels, toelichtingen op wetsontwerpen etc. en individuele ambtenaren doen vele uitspraken, die echter allemaal te algemeen zijn om als bindend te kunnen worden beschouwd. De algemene verhouding overheid-burger zal zich moeten concretiseren tot een specifieke toezegging jegens een of meer bepaalde burgers, zodat bepaalbaar is wat jegens wie moet worden afgedwongen.

De geringe bindende kracht van dergelijke algemene toezeggingen kan men daaruit verklaren dat de overheid niet in staat is de in casu spelende belangen juist af te wegen zolang nog slechts sprake is van abstracte categorieën individuen. Een zorgvuldige afweging van de betrokken belangen is in het algemeen immers alleen mogelijk indien daarbij het specifieke, voor *deze* burger geldende, belang wordt betrokken. Niet gezegd kan dan worden dat een voldoende serieuze wilsuiking voorligt.¹⁰⁴

Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een geval waarin ene Van Hooff een kippehok had omgebouwd tot zomerhuisje, hoewel haar eerder de vergunning daartoe door de gemeente was geweigerd wegens strijd met het bestemmingsplan.¹⁰⁵ Enige jaren na de bouw eiste de gemeente dat de verbouw ongedaan zou worden gemaakt. Van Hooff beriep zich toen op een krantebericht dat de gemeente alle klandestien tot zomerhuisje omgebouwde kippehokken zou legaliseren. Dat volgens de Hoge Raad een dergelijk bericht (dat overigens was gebaseerd op een van de gemeenteraad afkomstig stuk) geen aanleiding kan geven tot een gerechtvaardigd vertrouwen, zou kunnen worden gezien als voortvloeiend uit de te grote algemeenheid van de gedane mededeling. Daarmee konden in casu de wederzijdse belangen niet afgewogen zijn. Uiteraard is niet uitgesloten dat dit in andere gevallen van een algemene mededeling wel het geval is.

Met het criterium of tussen overheid en private persoon een voldoende concrete relatie is ontstaan die is gericht op het door hen beiden behartigen van het algemeen belang, heeft dat algemeen belang een centrale plaats. Consequentie is dat indien uitvoering van de toezegging zou leiden tot een

104. Doorgaans wordt het feit van de onvoldoende gerichtheid op een specifieke situatie of de niet-persoonsgebondenheid reeds als voldoende reden beschouwd voor het achterwege blijven van een overeenkomst. Zie bijv. Menu, *De toezegging*, p. 10 v. en 106 v., alsmede M. Scheltema in zijn noot onder HR 27 januari 1978, NJ 1978, 617 (Van Hooff/Markelo).

105. HR 27 januari 1978, NJ 1978, 617 m.nt. MS (Van Hooff/Markelo).

handelen in strijd met dat algemeen belang, geen overeenkomst aanwezig is.¹⁰⁶ In geval van een onbevoegd gedane of niet meer in het beleid passende toezegging is dit per definitie het geval; nakoming is dan ook onmogelijk.¹⁰⁷

Dat de overheid een grote vrijheid heeft om in het algemeen belang af te wijken van een eerder gevoerd beleid, kan worden geïllustreerd aan de hand van het arrest Plein 1944/Nijmegen.¹⁰⁸ In casu was de vraag of de gemeente verplicht was om parkeergelegenheid te creëren nabij een winkelcentrum. In plaats van dit — overeenkomstig het bestemmingsplan en een op grond daarvan genomen besluit van 30 oktober 1985 — te doen, werd echter besloten om de omgeving van het winkelcentrum voor alle rijverkeer af te sluiten. De Hoge Raad overwoog:

‘dat voor zover het onderdeel betoogt dat het een gemeente die een besluit als dat van 30 okt. 1985 heeft genomen, niet vrijstaat korte tijd later een daarvan afwijkend, voor belanghebbenden ongunstiger besluit te nemen louter omdat haar inzichten zijn gewijzigd, want dat het nemen van zulk een afwijkend besluit enkel geoorloofd is indien daarvoor een objectieve rechtvaardigingsgrond, althans goede grond bestaat, het een eis stelt die de beleidsvrijheid van gemeenten te zeer beperkt en die dan ook niet als juist kan worden aanvaard’.

Voor de onbevoegd gedane toezegging is dit niet anders. Dit roept dan wel de vraag op hoe het is gesteld met de rechtsbescherming van de private persoon die ‘vertrouwt’ op de toezegging, maar die vervolgens wordt geconfronteerd met een tot nakoming onwillige overheid. Dat deze burger praktisch gezien dezelfde bescherming biedt als thans — zij het niet op grond van een totstandgekomen overeenkomst maar vanwege een onrechtmatig handelen — zal in het navolgende blijken.

5.2 Onbevoegde toezegging en beleidswijziging

5.2.1 Inleiding

De problematiek van de verbindendheid der toezegging doet zich met name gevoelen waar de overheid achteraf terugkomt op een gedane belofte in ver-

106. Dit uitgangspunt blijkt ook in de rechtspraak. Zie over de beleidsvrijheid van de overheid na te noemen arrest, alsmede HR 27 juni 1986, NJ 1987, 726 m.nt. MS (Tolkentarieven). Zie Menu, *De toezegging*, p. 119 en 131: ‘Een veroordeling tot nakoming, tegen de ‘democratische wil’ in, acht de burgerlijke rechter doorgaans onwenselijk en in strijd met het algemeen belang’. Volgens Menu, p. 67, beperkt het vertrouwensbeginsel in de administratieve rechtspraak de beleidsvrijheid in het algemeen evenmin.

107. Niet gesproken behoeft dus te worden van een ‘verlammende werking’ van de nakomingsvordering bij overeenkomst, zoals E. Droogleever Fortuijn, *Dient de wetgever regelen te geven m.b.t. overeenkomsten met de overheid?*, preadvies NJV, *Hand. NJV* 1965, I, p. 215 doet.

108. HR 2 juni 1989, NJ 1989, 716 m.nt. MS.

band met de wijziging van haar beleid of waar sprake is van een toezegging door een daartoe niet bevoegd orgaan.¹⁰⁹ Duidelijk is dat in beide gevallen de argumentatie waarom een door de overheid gedane en door de wederpartij aangenomen toezegging bindt niet langer opgaat. Van een zorgvuldige afweging door het bevoegde orgaan, noch van een in het beleid passende toezegging is sprake. Een voldoende concrete relatie, ingekleurd door het door beide partijen aanvaarde beleid, ontstaat zo niet.¹¹⁰

De beide hier onderscheiden door de overheid aan te voeren rechtvaardigingsgronden voor niet-gebondenheid lopen overigens naadloos in elkaar over. De onbevoegdheid van het handelende orgaan zal immers alleen worden ingeroepen indien de toegezegde prestatie niet in overeenstemming is met het gevoerde beleid. Dit betekent dat een concrete relatie evenmin kan worden bereikt door een beroep te doen op de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid. Denkbaar is de redenering dat in dat geval wel een voldoende concrete relatie bestaat, indien de schijn is terug te voeren op het wel bevoegde orgaan,¹¹¹ maar probleem blijft dan toch dat nakoming van de toezegging zou strijden met het algemeen belang.¹¹²

5.2.2 De onrechtmatige daad als grondslag

Dat het algemeen belang in de weg staat aan de *nakoming* van een onbevoegd gedane of niet (meer) in het beleid passende toezegging, betekent niet dat de wederpartij geen schadevergoeding kan verkrijgen.¹¹³ De hier verdedigde

109. Daarnaast kan nog worden gedacht aan de toezegging in strijd met de wet. Zie daarover Menu, *De toezegging*, p. 141 v. Onzes inziens bestaat tussen deze en de toezegging door een niet bevoegd orgaan geen principieel verschil: in beide gevallen ontstaat geen voldoende concrete relatie om een overeenkomst aan te nemen: nakoming vorderen is onmogelijk. Vgl. HR 25 januari 1985, *NJ* 1985, 559 m.nt. PAS (Patelski/Sittard). De mate waarin de tegenwettelijkheid van de toezegging voor de burger kenbaar is, speelt m.i. een rol bij de mate waarin onrechtmatig is gehandeld. Zie daartoe HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 709 (Caribbean/Aruba).

110. Bij de onbevoegd gedane toezegging niet met het bevoegde orgaan; bij de beleidswijziging niet omdat de ontstane relatie dan ziet op het verkeerde, thans verlaten, beleid.

111. Dit verklaart dan ook waarom de gevallen van schijn van bevoegdheid doorgaans in het vertegenwoordigingsrecht, *dus* in het rechtshandelingenrecht worden geplaatst. Aldus bijv. P. van Schilfgaarde in zijn noot onder HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 287 (Felix/Aruba). Terecht kritisch daarover H.J. de Kluiver, Vertegenwoordiging en 'apparent authority': een nieuwe fase?, *WPNR* 6116 (1993) p. 925 v.

112. Hier ligt dus een essentieel verschil met de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid in verhoudingen tussen burgers, waar het algemeen belang niet in de weg staat aan het creëren van een voldoende concrete relatie met de pseudo-principaal. Wij zien bij de overheidstoezegging een parallel met de zg. 'onmiddellijk onmogelijke uitvoering der overeenkomst', waarover J.H.A. Lokin, De wederzijdse dwaling bij verbintenisschepende overeenkomsten, *RMTh* 1974, p. 242 v.

113. Hier wordt geabstraheerd van het procesrechtelijk systeem van rechtsbescherming, dat meebrengt dat nakoming vaak via de administratiefrechtelijke weg moet worden gevorderd, terwijl schadevergoeding ook bij de burgerlijke rechter kan worden verkregen.

vergaande beleidsvrijheid vindt haar pendant in de eis dat zij op een zorgvuldige wijze moet worden uitgeoefend en dat dus onder omstandigheden wel degelijk een delictuele aansprakelijkheid kan ontstaan, nl. daar waar de overheid zich onvoldoende de belangen van betrokkenen aantrekt.

De grondslag van deze aansprakelijkheid moet onzes inziens worden gezocht in een onrechtmatige daad, gelegen in het niet betalen (of aanbieden) van schadevergoeding. Zoals bekend is deze constructie, afkomstig van J. Drion,¹¹⁴ bekritiseerd op de grond dat zij gekunsteld zou zijn.¹¹⁵ Ten onrechte: het betalen van schadevergoeding in geval door burgers schade wordt geleden als gevolg van een bepaald beleid, behoort evenzeer tot de overheids-taak als het voeren van dat beleid zelf. De onrechtmatige daad ligt nl. niet in het niet betalen van *op grond van die onrechtmatige daad* verschuldigde schadevergoeding, maar in het niet betalen van schadevergoeding, die sowieso op grond van een zorgvuldig overheidsbeleid, in het licht van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, verschuldigd is. De term 'bestuurscompensatie' geeft dit goed weer.¹¹⁶

Onzes inziens kan deze constructie ook dienen om art. 6:168 BW van een grondslag te voorzien. Bepaald is dat in geval van een 'op grond van zwaarwegende maatschappelijke belangen' niet toe te kennen verbod, nog altijd een onrechtmatige daad kan bestaan die tot schadevergoeding verplicht. De onzorgvuldigheid zit hem ook hier in het niet tegelijkertijd met de beleidswijziging aanbieden van een adequate vergoeding. Indien *die* schadevergoeding

Op de overheidstoezegging in de administratieve rechtspraak wordt hier niet verder ingegaan. Zie daartoe bijv. Menu, *De toezegging*, p. 5 v.

114. Een nieuwe koers in 's Hoogen Raads jurisprudentie over de onrechtmatige daad, oorspr. 1947, in: *Verzamelde geschriften van J. Drion*, Deventer 1968, p. 54 v., vooral p. 85: 'Het verrichten van de handeling is onbetamelijk, indien men niet bereid of in staat is de eventuele schade te vergoeden; het complex van handeling en niet-vergoeden der schade is dan de inhoud van de zorgvuldigheidsnorm'.
115. Zie bijv. Nieskens-Isphording, *Het fait accompli*, p. 133 en E.A. Wilbers, Dient artikel 6.3.1.5b NBW vervangen te worden door een mogelijkheid van schadevergoeding bij gerechtvaardigde daad?, *WPNR* 5679-5681 (1984), p. 23: 'de gemeente moet dáárom schadevergoeding betalen, omdat zij geen schadevergoeding heeft betaald'. Dit argument wordt door Drion expliciet genoemd en verworpen in zijn noot bij HR 19 december 1952, *NJ* 1953, 642 (Voorste Stroom VII), *AA* 2 (1952-1953) p. 99. C.J.H. Brunner lijkt in zijn noot onder HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 (Leffers/Staat) eveneens de constructie-Drion te bepleiten, zonder de naam Drion overigens te noemen.
116. De constructie van de rechtmatige, tot schadevergoeding verplichtende, daad (zoals bijv. neergelegd was in art. 5.1.2 lid 2 OM) en die van Bregstein, De arresten van de Hoge Raad van 19 maart 1943 en 18 februari 1944 en het leerstuk van de onrechtmatige daad, oorspr. 1952, in: *VW*, dl. I, p. 339 v., inhoudende dat weliswaar onrechtmatig is gehandeld maar dat het aanbieden van schadevergoeding een rechtvaardingsgrond oplevert die de onrechtmatigheid wegneemt, worden verworpen. Beide leren miskennen dat wel degelijk onrechtmatig is gehandeld door de overheid nu zij zich de belangen van de benadeelde niet heeft aangetrokken. Die onrechtmatigheid wordt niet *weggenomen* door het aanbieden van schadevergoeding; het niet aanbieden *is* (deel van) de onrechtmatige handeling.

niet wordt aangeboden, kan *een andere* schadevergoeding op grond van art. 6:162 verschuldigd zijn.¹¹⁷

Deze argumentatie gaat slechts op in geval van een handelen in het algemeen belang. Slechts de overheid of andere instantie die de publieke taak behartigt, is immers gerechtigd om het algemeen belang ten koste van het individuele te laten gaan, zodat alleen in de verhouding overheid-burger behoefte bestaat aan de hier geschetste hybride figuur. Waar slechts particuliere belangen spelen, gaat de redenering niet langer op en kan slechts 'echt' onrechtmatig handelen tot aansprakelijkheid leiden.¹¹⁸ De wijziging van de term 'algemeen belang' in het oorspronkelijk ontwerp van art. 6:168 BW in 'zwaarwegende maatschappelijke belangen' kan dan ook niet worden aangevaard.¹¹⁹

5.2.3 Nadere criteria

Duidelijk is dat niet iedere afwijking van een niet in het beleid passende onbevoegd gedane toezegging aanleiding geeft tot een verplichting de daarmee veroorzaakte schade te vergoeden. Indien een wethouder economische zaken toezegt dat de gemeente voor 300.000,- aan sportvelden zal bouwen, is dat zo absurd dat de terzake bevoegde gemeenteraad zonder schadevergoeding te betalen van de toezegging mag afwijken. Een onrechtmatig handelen dient zich hier niet aan nu de uitspraak van de wethouder in het maatschappelijk verkeer onder deze omstandigheden niet heeft te gelden als gedraging van het wel bevoegde orgaan.¹²⁰

Wanneer afwijking van een onbevoegde toezegging zonder schadevergoeding te betalen dan wel onaanvaardbaar is, is door de Hoge Raad treffend

117. De wetgever, PG Boek 6, p. 670 (Hand. II) laat veel onduidelijkheid bestaan door niet aan te geven welke constructie aan art. 6:168 ten grondslag ligt. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte*, p. 378 v. ziet er een aanvaarding van de constructie-Bregstein in; Wilbers, *o.c.*, bepleit een schadevergoeding voor rechtmatige daad. Toegegeven zij dat in de constructie-Drion (terecht) een verbod mogelijk blijft, nl. tot het achterwege laten van de handeling *zonder schadevergoeding te betalen*. Deze mogelijkheid kan men principiële aanvaarden, zij het dat zij praktisch gezien op hetzelfde neerkomt als waartoe art. 6:168 BW voert.

118. Aldus terecht W.G. Huijgen, De situering van art. 6:3.1.5b in het burgerlijk recht, in: *Oud en nieuw* [= BW-krant Jaarboek 1988], Leiden 1988 en dez., Aansprakelijkheid van de overheid, *o.c.*, p. 142. Vgl. hetgeen, *supra*, § 4.3.2 n.a.v. Albada Jelgersma II werd opgemerkt.

119. Vgl. PG Boek 6, p. 671. Overigens werd in HR 3 april 1987, NJ 1987, 703 m.nt. G (Van Gastel/Van den Heuvel) art. 6:168 anticiperend toegepast in een particuliere verhouding. Daarover ook kritisch Huijgen, *t.a.p.* Zie over de grondslag van de schadevergoedingsplicht nader Lubach, *o.c.*, p. 234 v.

120. Dit beslissend criterium is afkomstig uit HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 m.nt. CJHB (Kleuterschool Babbel).

in het licht zijn gesteld in het arrest Felix/Aruba.¹²¹ Of de onjuiste voorstelling ten aanzien van de bevoegdheid voor rekening blijft van de overheid, is afhankelijk van tal van omstandigheden, waarbij

‘niet alleen te denken aan het geval dat de onjuiste veronderstelling is gewekt door een gedraging van het wel bevoegde overheidsorgaan, maar ook aan factoren als: de positie die de handelende functionaris binnen de organisatie van de overheid inneemt en diens gedragingen, de omstandigheid dat die organisatie en/of de verdeling van de bevoegdheden over de verschillende organen van de overheid, als gevolg van onduidelijkheid, onoverzichtelijkheid of ontoegankelijkheid van de desbetreffende regelingen, voor buitenstaanders ondoorzichtig zijn, alsmede eventuele nalatigheid aan de zijde van de overheid om de derde tijdig op de onbevoegdheid van de functionaris opmerkzaam te maken’.

Uitdrukkelijk zij gezegd dat deze omstandigheden een rol spelen bij de vraag of zonder schadevergoeding aan te bieden afwijking van de gedane toezegging mogelijk is. Zoals al eerder uiteengezet, kan in dit soort gevallen geen nakoming worden gevorderd, omdat dit het overheidsbeleid zou doorkruisen. Niet essentieel is dan ook of de schijn door het wel bevoegde orgaan is opgewekt (zodat van schijn van vertegenwoordiging sprake is op de voet van art. 3:61 lid 2 BW),¹²² zoals de Hoge Raad ook terecht stelt.¹²³

Wanneer bijvoorbeeld de zojuist genoemde wethouder een particulier (onbevoegd) toezegt dat hij zijn verfwinkel mag verplaatsen naar een ander pand, en de gemeente weigert vervolgens effectuering van deze toezegging, dan bestaat aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad indien niet tegelijkertijd met het niet-nakomen van de toezegging schadevergoeding wordt aangeboden.¹²⁴ Enig toedoen van de wel bevoegde wethouder van ruimtelijke ordening behoeft zo niet te worden gefingeerd.

Herhaald zij dat de onbevoegde gedane toezegging vanuit het standpunt van de begunstigde wederpartij een beleidswijziging van de overheid impliceert. Maar ook van een bevoegd gedane toezegging kan in het algemeen belang worden afgeweken, mits maar schadevergoeding wordt betaald of

121. HR 27 november 1992, *NJ* 1993, 287 m.nt. PvS. Een ander geval van een onbevoegde toezegging betreft het *supra* behandelde HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456 m.nt. CJHB (Heesch/Reijs).

122. Die indruk wordt gewekt door Menu, *De toezegging*, p. 115 v. Zijn opmerking, p. 139, dat dezelfde toerekeningsfactoren moeten worden toegepast in het kader van de vraag of schending van de toezegging onrechtmatig is als in het kader van de vraag of nakoming kan worden afgedwongen, kan niet als juist worden aanvaard.

123. De Kluiver, *Onderhandelen en privaatrecht*, p. 927 wijst er terecht op dat Felix/Aruba in het onrechtmatige daadsrecht moet worden geplaatst en met vragen van vertegenwoordiging betrekkelijk weinig van doen heeft.

124. Zie Hof Den Bosch 9 november 1992, *NJ* 1993, 311 (Roosendaal/Uytdehaag): ‘Weliswaar betroffen deze uitlatingen een onderwerp, dat niet rechtstreeks tot de eigen portefeuille van de wethouder van economische zaken, maar tot die van de wethouder van ruimtelijke ordening behoorde, doch het hof is (...) van oordeel, dat het onderwerp daarmee in het concrete geval zo’n nauwe samenhang vertoonde, dat de wederpartij die uitlatingen mocht beschouwen als namens de gemeente te zijn gedaan’.

aangeboden.¹²⁵ Hoewel de vraag of daadwerkelijk een schadevergoeding vereist is, slechts in de omstandigheden van het geval zal kunnen worden bepaald, kan in het algemeen worden gezegd dat de wijziging van beleid moet zijn omgeven met procedurele waarborgen en ook op overige wijze de betrokken belangen niet onevenredig mag schaden.¹²⁶

6. TEN SLOTTE

In het voorafgaande is verdedigd dat de overheidstoezegging tot tweërlei rechtsgevolg aanleiding kan geven. Zij is slechts overeenkomst en dus afdwingbaar indien is voldaan aan de eis van een in de wederkerige samenhang liggende rechtvaardigingsgrond. Daartoe bleek de bevoegd gedane toezegging een voldoende concrete relatie te moeten bewerkstelligen, zodat van aanvaarding van het beleid door de burger kon worden gesproken. Was die relatie niet te construeren, dan kon slechts worden teruggevallen op een vordering uit onrechtmatige daad. Aldus bleek ook de toezegging in te passen in onze theorie inzake contractuele gebondenheid.

125. Vgl. de reeks van rechterlijke uitspraken waarin de vordering tot nakoming uitgesloten was, doch die tot schadevergoeding mogelijk: zie (deels al eerder genoemd) HR 25 januari 1985, *NJ* 1985, 559 m.nt. PAS (Patelski-Sittard), HR 2 juni 1989, *NJ* 1989, 716 m.nt. MS (Plein 1944/Nijmegen), HR 23 juni 1990, *NJ* 1990, 441 (Kennis/Budel) en HR 19 februari 1993, *AB* 1993, 305 m.nt. FHvdB (Aruba/Trias). In het laatste arrest spreekt de Hoge Raad zeer treffend van 'de in beginsel aan (het beleidsorgaan in casu) toekomende vrijheid om een gekozen beleid te wijzigen: die vrijheid brengt immers niet mee dat schade veroorzaakt door het niet nakomen van een onvoorwaardelijke toezegging niet zou behoeven te worden vergoed' (curs. JMS).
126. Maatgevend is HR 27 juni 1986, *NJ* 1987, 726 m.nt. MS (Tolkentarieven), waarin het zorgvuldigheidsbeginsel was geschonden door een reeds een aantal jaren geldend tarief voor tolwerkzaamheden zonder overleg 'plotseling op korte termijn' te verlagen 'zonder zich op enigerlei wijze de belangen van de betrokken vaste tolken aan te trekken'. Zie bijv. ook HR 18 januari 1991, *NJ* 1992, 638 m.nt. CJHB (Leffers/Staat) en art. 3:4 lid 2 AWB.