

Tilburg University

Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht. Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland

Vranken, J.B.M.

Published in:

Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland

Publication date:

1997

Document Version

Peer reviewed version

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):

Vranken, J. B. M. (1997). Vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht. Preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het recht van België en Nederland. In J. B. M. Vranken, N. Verheij, & J. de Hullu (Eds.), *Vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in Nederland* (pp. 1-37). W.E.J. Tjeenk Willink.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

**VERTROUWEN EN RECHTSZEKERHEID
IN HET
OVEREENKOMSTENRECHT**

Prof. mr J.B.M. Vranken,
hoogleraar methodologie van het privaatrecht KU Brabant

IBEPERKING VAN HET ONDERWERP

1. Aanvankelijk zouden collega Storme en ik een preadvies schrijven over vertrouwensbeginsel en rechtszekerheid in *het* privaatrecht. Het zal niet verbazen dat wij reeds bij een eerste vluchtige orintatie moesten vaststellen dat het onderwerp te ruim was, zeker toen ons ook nog eens van de zijde van de Vereniging subtiel, maar dringend werd voorgehouden dat wij in de geest van de oprichters Meijers en Dievoet zouden handelen indien wij de omvang van onze preadviezen zouden weten te beperken tot maximaal vijftientig bladzijden elk. Binnen zo'n kort bestek een tour d'horizon maken dwars door de vele, soms aanmerkelijk verschillende onderdelen van het privaatrecht heen, zou een resultaat opleveren dat - naar een beeld, ontleend aan de titel van een roman van Johan Daisne¹ - vergelijkbaar is met het bekijken van kantwerk aan de kim: ongetwijfeld ragfijn, maar helaas niet zichtbaar. Dat wilden wij niet en de Vereniging uiteraard ook niet. Daarom hebben wij besloten de diepte boven de breedte te verkiezen en ons te concentreren op het overeenkomstenrecht.

2. De gang van mijn betoog is als volgt. Ik begin met aan te geven waar we het over hebben als we spreken over vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht en wat ik daarvan wel en niet behandel (II). Daarna schets ik het verspreidingsgebied van vertrouwen en rechtszekerheid in het Neder-

¹Johan Daisne, Als kantwerk aan de kim, Manteau, 1964.

landse overeenkomstenrecht, waarbij ik onder meer inga op het thans in Nederland en elders gangbare, op normaliteit en samenwerking afgestemde overeenkomst-begrip en op de daaraan verbonden methodische consequenties (III). Vervolgens is de beurt aan de kritiek, meer in het bijzonder aan het verwijt dat de huidige situatie in Nederland leidt tot normloosheid en tot teveel nuancering (IV). In het laatste deel volgt mijn standpuntbepaling (V).

IIWAAR WE HET OVER HEBBEN ALS WE SPREKEN OVER VERTROUWEN EN RECHTSZEKERHEID EN WAT IK DAARVAN BEHANDEL

3. Vertrouwen en rechtszekerheid. Een fonkelend onderwerp voor een preadvies, maar waarover moet het gaan? Over de status van beide, over hun pluriformiteit, hun paradoxale karakter, de mogelijke tegenstelling die zij vormen of juist over hun inwisselbaarheid? Al deze invalshoeken dringen zich op bij kennisneming van de literatuur over het onderwerp². De

²Het is niet doenlijk om de vele geschriften die op het onderwerp betrekking hebben alle te vermelden. Daarom volsta ik enerzijds met een algemene verwijzing naar de bestuursrechtelijke literatuur over algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waarin het onderwerp het meest uitgebreid wordt besproken, en naar de meer reflexieve geschriften die er vrijwel allemaal onder de een of andere naam wel op ingaan, anderzijds met een verwijzing naar geschriften die meer specifiek vooral op de rechtszekerheid betrekking hebben: Ph. Houwing, Zekerheid omtrent het recht, dies-rede 1947; G. de Grooth, Beschouwingen over de conflicten tussen rechtszekerheid en levend recht, oratie 1947; Pels Rijcken, Rechtszekerheid, Assepoester van rechtsvindingstheorieën, *in*: Non sine causa (G.J. Scholten-bundel), 1979, p. 309-318; H. Drion, Het rechtszekerheidsargument, *in*: De

gangbare opinie is dat vertrouwen en rechtszekerheid tot de fundamentele rechtsbeginselen behoren. Meestal beschouwt men ze niet als aan elkaar tegengesteld, maar ook niet als volledig inwisselbaar. Veeleer lijken ze elkaar te veronderstellen: vertrouwen dat wordt gehonoreerd impliceert rechtszekerheid, rechtszekerheid op haar beurt vereist het honoreren van vertrouwen³. Het een kan niet zonder het ander. Dat verhindert echter niet dat hun verhouding in een concreet geval soms gespannen kan zijn doordat de belangen die ze dienen niet helemaal parallel lopen of anders geaccentueerd worden.

4. Met de uitwerking van deze abstracties en de toespitsing ervan op het overeenkomstenrecht zou een klein boekdeel gevuld kunnen worden. Hoe nuttig en interessant ook misschien, het is teveel voor een preadvies van vijftientig bladzijden, waar ook nog - en wat mij betreft: vooral - andere zaken aan de orde moeten komen. Laat ik daarom bij mijn speurtocht naar de

hanteerbaarheid van het recht (Pels Rijcken-bundel), 1981, p. 1-13; N. Geelhand, Over zekerheid, rechtszekerheid en vertrouwensleer in het huwelijksvermogensrecht, TPR 1989, p. 923-1000; R.C. Kwant, De paradox van rechtszekerheid en rechtsonzekerheid, *in*: Recht als instrument van behoud en verandering (J.J.M. van der Ven-bundel), 1972, p. 103-111; Wintgens, Zeker weten? Enkele rechtsfilosofische en rechtstheoretische opmerkingen over rechtszekerheid, RW 1993-1994, p. 1077-1090.

³Anders n.m.m. P. Nicolaï, Beginselen van behoorlijk bestuur, diss. 1990, die op p. 315 en 453-456 het rechtszekerheidsbeginsel het fundament noemt van het vertrouwensbeginsel. Omdat volgens hem het rechtszekerheidsbeginsel deze functie ook op andere terreinen van het recht vervult, ondermeer in het privaatrecht, rekent hij het niet tot de beginselen van behoorlijk bestuur (p. 241 en 454).

betekenis en functie van vertrouwen en rechtszekerheid maar meteen met de deur in huis vallen: vertrouwen en rechtszekerheid kunnen voor het antwoord op de vraag of recht wordt gedaan niet op eigen benen staan, noch ieder voor zich, noch door zich aan elkaar vast te klampen. Ik illustreer dit met twee voorbeelden. Stel dat het Burgerlijk Wetboek bij afgebroken onderhandelingen aan partijen ieder recht op vergoeding van kosten en schade uitdrukkelijk onthoudt. Of, aktueller voorbeeld, stel dat in een nieuwe wet wordt bepaald dat bij wrongful birth de ouders de kosten van verzorging en opvoeding van het niet geplande kind als schadevergoeding kunnen vorderen. Beide regels zijn heel duidelijk. Betrokkenen weten waar ze aan toe zijn. Ze kunnen erop vertrouwen en er in een concreet geval hun handelen op afstemmen. Bijvoorbeeld door de onderhandelingskosten zoveel mogelijk te beperken, door niet alvast vooruit te lopen op de uitvoering van het contract of, voor degene die aansprakelijk kan worden gehouden voor een wrongful birth, door zich te verzekeren. Maar: precies dezelfde conclusie kan worden getrokken als de wet het diametraal tegenovergestelde zou inhouden. Ook dan is de rechtszekerheid gediend en ook dan mag men vertrouwen.

5. Deze voorbeelden kunnen naar believen worden uitgebreid. Eenieder kan ze zelf bedenken. Kern is dat eruit blijkt dat vertrouwen en rechtszekerheid bewerkstelligen dat er orde heerst, dat de maat van de regels wordt gevolgd en dat men daarop mag afgaan. Alle elementen die in de literatuur en rechtspraak bij vertrouwen en rechtszekerheid worden genoemd, liggen hierin besloten: duidelijkheid, voorspelbaarheid, berekenbaarheid, afdwingbaarheid, verbod van willekeur, eerbiedigen van verkregen rechten, honoreren van gewekte verwachtingen en systeemconsistentie, mét overgangsregels, bij verandering of aanvulling van recht en rechtspraak.

6. Recht drukt echter niet alleen ordening uit, maar ook waardering, aldus de trefzekere formulering van Paul Scholten⁴. In het geding is de rechtskwaliteit van regels. Die verlangt meestal⁵ een verdergaande inhoudelijke maatstaf dan vertrouwen en rechtszekerheid alleen. Natuurlijk hebben beide zelf ook rechtskwalitatieve betekenis. "Certainty is so essential to law, that the law cannot even be just without it", schreef onder meer Francis Bacon⁶ reeds, maar ze vallen niet samen. Hoe essentieel ook, rechtszekerheid en vertrouwen zijn niet voldoende voor het antwoord op de vraag of recht wordt gedaan. Daarvoor komt het bij uitstek aan op de inhoud van de regel waarvan men in een concreet geval mag vertrouwen dat die wordt toegepast. Juist op dat punt laten vertrouwen en rechtszekerheid het te veel afweten, zijn ze teveel lege huls die zich moeiteloos om iedere, liefst zo hard and fast mogelijke rule gieten, ongeacht de inhoud ervan. Wanneer het BW zou toestaan dat alle overeenkomsten tussentijds worden opgezegd, moge dat zekerheid en vertrouwen scheppen over de voor- en nadelige consequenties die men kan verwachten, maar een dergelijke bepaling zal in onze maatschappij als grof onrecht worden ervaren, zo al niet in het algemeen dan toch in ieder geval jegens bijvoorbeeld werknemers, huurders en kredietnemers.

⁴Paul Scholten, Algemeen deel, 1954², p. 26 e.v. en p. 121 e.v.

⁵In het nu volgende is deze relativering steeds gempliceerd. Ik doel op gevallen waarin het soms belangrijker is dát er voorschriften zijn dan wat ze precies inhouden, al zijn ook daaraan natuurlijk grenzen. Voorbeelden zijn met name termijnbepalingen en vormvoorschriften.

⁶F. Bacon (1561-1626) in aforisme 8 van zijn Treatise on Universal Justice or the Foundations of Equity, by Aphorisms, geciteerd uit The Works of Francis Bacon, 1889 (Yale University).

7. Vertrouwen en rechtszekerheid moeten daarom worden aan- of opgevuld met andere noties en beginselen. Dat gebeurt ook. De belangrijkste zijn de rechtsstaatgedachte, grondrechten, redelijkheid, billijkheid en/of rechtvaardigheid. Over hun onderlinge verhouding bestaat grote verdeeldheid. Allerlei begripsmatige exercities worden uitgevoerd. Soms plaatst men ze alle onder het banier van de rechtsidee, soms is de rechtvaardigheid het overkoepelende begrip, soms staan ze gewoon naast elkaar. Ik laat deze exercities voor wat ze zijn en beperk mij tot het overeenkomstenrecht. Daarin gaat het wat de hiervoor genoemde noties en beginselen betreft, vooral om de verbinding van vertrouwen en rechtszekerheid met redelijkheid, billijkheid en rechtvaardigheid⁷. Gebruikelijk is dat ze ten dele in elkaar worden geschoven. Hiermee bedoel ik dat redelijkheid, billijkheid en rechtvaardigheid het perspectief vormen van waaruit vertrouwen en rechtszekerheid zich pas kunnen doen gelden of, misschien beter, dat ze vertrouwen en rechtszekerheid inhoudelijk nader invullen. Bij vertrouwen komt dit het meest duidelijk tot uiting. Vertrouwen "sec" telt niet. Alleen vertrouwen dat in de omstandigheden van het geval redelijk of gerechtvaardigd is⁸, kan in aanmerking worden genomen.

⁷De rechtsstaat-gedachte treft men er, begrijpelijkerwijs, niet of nauwelijks aan. Grondrechten worden veelal via de open normen in de afweging betrokken. Daartoe behoort voor het overeenkomstenrecht met name de redelijkheid en billijkheid.

⁸In plaats van redelijk of gerechtvaardigd vertrouwen worden ook andere uitdrukkingen gehanteerd: in redelijkheid mogen verwachten, in redelijkheid erop mogen afgaan, rechtens te honoreren vertrouwen, redelijkerwijs hebben mogen begrijpen, gerechtvaardigde indruk, redelijke uitleg. Als gevolg van de samenhang met redelijkheid en billijkheid gaat het ook meer dan

8. Een tweede punt waarmee ik in dit preadvies met de deur in huis val, is dat ik H. Drion⁹ graag nazeg dat een discussie op het niveau van beginselen over pro of contra redelijk vertrouwen, pro of contra rechtszekerheid of over de onderlinge verhouding van deze beide, weinig zin heeft. Ze levert niet meer op dan enkele betrekkelijk nietszeggende algemeenheden. Om dezelfde reden zijn ook pogingen om in abstracto een voorkeur van het ene beginsel boven het andere uit te spreken, bijvoorbeeld tussen vertrouwen, billijkheid en rechtszekerheid, op voorhand tot mislukken gedoemd. Vertrouwen, rechtszekerheid, billijkheid vormen, aldus ook Donner in een themanummer over het vertrouwensbeginsel in het recht, "naar hun aard on-hirarchische grootheden; ze hangen samen en vertonen verwantschap, maar laten zich niet ordenen, genetisch niet en overigens evenmin"¹⁰. Wat dit betreft, is er geen verschil met grondrechten in het privaatrechtelijk verkeer. Ook die lenen zich niet voor een rangorde in abstracto. De grondwetgever 1983, rechtspraak en literatuur in Nederland zijn hierover eenstemmig¹¹. Elders is het niet anders. "All human rights are

eens daaronder schuil. Zie voor nog andere voorbeelden J. Smits, Het vertrouwensbeginsel en de contractuele gebondenheid, diss. 1995, p. 123-146, onder meer noot 81 op p. 135.

⁹H. Drion, a.w. (noot 2), p. 3.

¹⁰A. Donner, Inleiding, RM Themis, 1984, p. 458.

¹¹De literatuur over dit onderwerp is omvangrijk. Vergelijk onder meer de preadviezen van Alkema en Groen voor de NJV van 1995; Burkens, Algemene leerstukken van grondrechten naar Nederlands constitutioneel recht, 1989, p. 139-165; Biesheuvel, Grondrechten en burgerlijk recht, preadvies Vereniging Burgerlijk Recht, 1986; Akkermans/Koekkoek, De Grondwet, 1992, p. 18-28 en Verheij, Horizontale werking van

universal, indivisible and interdependent and interrelated"¹². Steeds is het concrete (type) geval of de concrete problematiek nodig om het belang dat in het grondrecht zijn bescherming vindt nader te omlijnen en af te wegen tegen andere (grondrechtelijke) belangen die in het spel zijn. Zonder deze concretisering is dit niet mogelijk, omdat de gevallen die een grondrecht bestrijkt, daarvoor te heterogeen zijn. Pas in een concreet (type) geval, met zijn eigenaardigheden en bijzonderheden, kan men de reikwijdte en de consequenties van de toepassing overzien en "doorrekenen". Een dossier over de vraag of discriminatie bij het hanteren van een peildatum voor de sociale verzekering geoorloofd is, zal geheel andere gegevens, argumenten en tegenargumenten bevatten dan een dossier waarin een uiterst grievende discriminatie bij de toewijzing van huurwoningen op grond van ras, sekse of nationaliteit aan de orde is.

9. In dit preadvies spreek ik derhalve over vertrouwen en rechtszekerheid op het niveau van de rechtsconcretisering. Dit mag niet worden misverstaan. Recht is behalve ordening en waardering ook algemeenheid. De discussie kan en mag daarom

grondrechten, in het bijzonder van het recht op privacy, diss. 1992. Relevante recente rechtspraak is HR 21 januari 1994, NJ 1994, 474 (Ferdie E.); HR 6 januari 1995, NJ 1995, 422 (Het Parool); HR 20 oktober 1995, NJ 1996, 330 (Asseldonk/bisschop Ter Schure) en HR 2 mei 1997, RvdW 1997, 117C (M/Bios), telkens met verdere gegevens in conclusies en noten.

¹²De tekst is opgenomen in de slotverklaring van de wereldconferentie over mensenrechten, Wenen 1993, geciteerd bij Alkema, preadvies NJV 1995, p. 68. Zie voorts voor de situatie in Duitsland onder meer H. Schneider, *Die Güterabwägung bei Grundrechtskonflikten*, 1979; Grabitz (red.), *Grundrechte in Europa und USA*, Bd I, 1986, p. 160-161 en 172-173.

niet blijven steken op het micro-niveau van de casustiek en doet dat ook niet. Op zeker ogenblik ontstaat er een patroon dat boven het type geval uitstijgt, bijvoorbeeld doordat een bepaalde formulering steeds terugkeert, doordat aan belangen eenzelfde of een vergelijkbaar gewicht wordt toegekend of doordat zich anderszins lijnen, (onderhuidse) ontwikkelingen en tendensen aftekenen die algemenere uitspraken mogelijk maken. Onder meer is dit het geval met het onderwerp van dit preadvies. Onder III zal ik dit uitwerken. Blijken zal dat met name het beginsel van redelijk vertrouwen de laatste paar decennia een harmoniserende functie in het overeenkomstenrecht vervult. Blijken zal tevens met welke diepgaande methodische verandering dit bewerkstelligd is (nr. 17).

10. Alvorens hiermee te beginnen nog één opmerking. Uit het bovenstaande volgt dat ik in dit preadvies niet inga op de problematiek die verbonden is met een beginsel dat naar zijn aard vooral in het overeenkomstenrecht speelt: het autonomiebeginsel, de contractsvrijheid. De contractsvrijheid vormt de erkenning en waarborg van het fundamentele recht op zelfbeschikking van de mens in het overeenkomstenrecht¹³. Uitgangspunt is dat eenieder vrij is zich door middel van overeenkomsten jegens anderen te verbinden. De vraag naar het waarom en wanneer van deze, in vrijheid bewerkstelligde, gebondenheid behoort tot de klassieke, en dus steeds terugkerende discussiepunten¹⁴. Is het de wil, het vertrouwen of de verklaring die

¹³Zoals eigendom en de testeervrijheid dit voor het goederen- resp. erfrecht zijn.

¹⁴Zie voor een schets van deze discussie, telkens met veel verwijzingen, J. Smits, a.w. (noot 8), p. 187-216; de dissertatie van mijn mede-preadviseur Storme, De invloed van de goede trouw op de kontraktuele schuldvorderingen, 1990, p. 57-67; Van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, diss. 1971, p. 196 e.v., alsmede diens latere geschriften waarin hij

de gebondenheid rechtvaardigt? De belofte misschien, de toerekeningsleer, het fait accompli? Of moet, zoals zo vaak, het antwoord worden gezocht in een samenstel van deze factoren? Smits gaat nog verder en verdedigt in zijn dissertatie dat de tot nu toe gegeven antwoorden allemaal tekortschieten en dat de rechtvaardiging slechts gelegen kan zijn in de wederkerige samenhang van de door partijen over en weer te verrichten of reeds verrichte prestaties, de causa.

11. Geen van deze opvattingen lijkt erg succesvol. James Gordley heeft in zijn boek *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* de situatie als volgt samengevat: "Many jurists are now pessimistic about the very possibility of discovering general principles or doctrines....Their pessimism is understandable. The attempt to build coherent doctrine seems to have ended in failure.... Perhaps we have finally learned that the task is impossible¹⁵." Wat mij betreft mag dit "perhaps" wel worden weggelaten. Het zoeken naar een criterium voor het waarom en wanneer van juridische gebondenheid is uiteindelijk hetzelfde als het zoeken naar een criterium voor wat recht is. Er is sprake van een cirkelstructuur en daar is naar mijn overtuiging niet uit te komen met een benaderingswijze op basis van algemene, overkoepelende gezichtspunten. Het voert echter te ver de aanpak die ik voor-

onvermoeibaar zijn toerekeningsleer verdedigt; Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht*, diss. 1979; Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. 1988, met name p. 1-50; Nieskens-Isphording, *Het fait accompli in het vermogensrecht*, diss. 1991 en A.C. van Schaick, *Contractsvrijheid en nietigheid*, diss. 1994, met name deel I, p. 1-204.

¹⁵Het boek is van 1991. Geciteerd is uit p. 230-231.

sta, in dit preadvies uit te werken¹⁶. De problematiek is breder dan alleen het overeenkomstenrecht en ook breder dan het onderwerp vertrouwen en rechtszekerheid zoals ik dat hierboven nader heb omlijnd.

III HET HUIDIGE OVEREENKOMSTENRECHT EN DE ROL VAN VERTROUWEN EN RECHTSZEKERHEID DAARIN

12. In het huidige overeenkomstenrecht is de rechtszekerheid minder zichtbaar dan het redelijk vertrouwen. De handboeken vermelden het niet en in de rechtspraak komt het slechts sporadisch voor. Volgens H.J. Snijders¹⁷ heeft de Hoge Raad tussen 1970 en 1974 slechts vijf keer de rechtszekerheid expliciet als argument gebruikt. H. Drion¹⁸ is voor de periode tussen 1972 en 1980 op een aantal van tien uitgekomen. Ik zelf heb bij een uitdraai uit de Nederlandse Jurisprudentie van 1987 tot en met 1996 een kleine vijftientig uitspraken geteld. Het percentage komt in al deze perioden niet boven de 1% uit. Voor de lagere rechtspraak zal het waarschijnlijk nog minder zijn¹⁹. Relevant voor mijn preadvies is dat geen enkele uitspraak betrekking heeft op vragen van algemeen overeenkomstenrecht. Toch mag men hieruit niet afleiden dat rechtszekerheid in het algemene overeenkomstenrecht van weinig beteke-

¹⁶Ik heb dat geprobeerd in Asser-Vranken, Algemeen Deel, 1995.

¹⁷H.J. Snijders, *Rechtsvinding door de burgerlijke rechter*, 1978, p. 70-71.

¹⁸H. Drion, a.w. (noot 2), p. 7 e.v.

¹⁹H.J. Snijders, a.w. (noot 17), p. 70 berekende voor de Hoge Raad een percentage van 0,9% en voor de gerechtshoven een percentage van 0,2%. Andere cijfers zijn er niet.

nis is. Wel denk ik dat haar betekenis geringer is dan in bijvoorbeeld het goederenrecht of het procesrecht. Dit hangt samen met de aard van het rechtsgebied. Het overeenkomstenrecht ruimt veel vrijheid in voor partijen om hun rechtsverhouding gestalte te geven. Dat noodt niet uit tot het spoedig van stal halen van de rechtszekerheid, behalve - en dat is cruciaal - wanneer het erom gaat partijen te houden aan wat ze wel of niet hebben afgesproken. Ik denk daarom dat de rechtszekerheid vooral bij dit laatste meegewogen wordt, al zal het ook daarbij meestal niet expliciet worden genoemd, maar schuilgaan onder bijvoorbeeld een redelijke uitleg van de overeenkomst of onder een terughoudende toepassing van bepaalde leerstukken, zoals de ontbinding en aanpassing van de overeenkomst op grond van gewijzigde omstandigheden. Vanzelfsprekend wordt hierdoor de beoordeling of het algemene overeenkomstenrecht (op onderdelen of in sommige opzichten) voldoende rechtszekerheid biedt, moeilijker grijpbaar. Ik acht haar evenwel niet geheel ondoenlijk. Onder V kom ik er uitvoerig op terug.

13. Het beginsel van redelijk vertrouwen²⁰ is diep, breed, duidelijk zichtbaar en soms al heel lang verankerd in het Nederlandse overeenkomstenrecht. Ik schets kort en tamelijk vlak de bestaande situatie en probeer vervolgens hierin enig perspectief aan te brengen (nr. 14-17).

a. Een van de oudste en omvangrijkste toepassingen van redelijk vertrouwen is thans in art. 3:35 BW gecodificeerd. "Tegen hem die eens anders verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht toekennen, heeft opgevat als een door die

²⁰Een uitdraai uit de NJ vanaf medio 1994 gaf alleen al op het trefwoord redelijk vertrouwen meer dan 150 documenten. Ik heb niet ook de andere, in noot 8 genoemde varianten van redelijk vertrouwen geprobeerd.

ander tot hem gerichte verklaring van een bepaalde strekking, kan geen beroep worden gedaan op het ontbreken van een met deze verklaring overeenstemmende wil." De niet gemakkelijk leesbare bepaling heeft betrekking op de kern van de contractsvrijheid: het zich vrijwillig binden door middel van rechtshandelingen. Rechtshandelingen veronderstellen taaluitingen, in woord, geschrift of gedrag. Men behoeft geen Friedrich Schleiermacher te zijn voor wie "das Mißverstehen sich von selber ergibt" en het "Verstehen auf jedem Punkt gewollt und gesucht werden muß", om te erkennen dat taaluitingen soms betrekkelijk gemakkelijk door degenen aan wie ze gericht zijn, kunnen worden misverstaan²¹. Hoe mag/moet de een de ander begrijpen? In overeenstemming met de reeds lang gevestigde heersende leer en vaste rechtspraak houdt art. 3:35 BW in dat bij verschil van mening het door de een bij de ander toerekenbaar opgewekt vertrouwen geldt. Maatstaf hierbij was oorspronkelijk wat een redelijk oordelend mens in vergelijkbare positie en omstandigheden zou hebben begrepen. In de memorie van antwoord van 1977 is dit echter veranderd in "redelijkerwijs". De wetgever meende dat dit meer mogelijkheden biedt om te differentiëren naar de concrete omstandigheden van het geval²²: de aard van de rechtshandeling, de onderlinge verhouding van partijen, hun hoedanigheid, (on)deskundigheid en de voor- of nadelige gevolgen voor hen. De boodschap is in rechtspraak en literatuur meteen opgepakt, want de differentiatie heeft reeds in de jaren tachtig een hoge vlucht genomen. Zij is vergezeld gegaan van de groei van een, zo men wil op art. 3:11 BW te baseren, stelsel van mededelings-, onderzoeks- en informatieplichten. Bij ongelijke verhoudingen kan op de sterkste partij de last drukken zich tevoren ervan te vergewissen wat de wederpartij bedoelt c.q. de wederpartij te wijzen op de moge-

²¹Zie voor een overzicht van wat allemaal mis kan gaan, Asser-Hartkamp, Verbintenissenrecht. Algemene leer der overeenkomsten, 1997, nr. 114-130.

²²PG boek 3, p. 175 j° 106.

lijk voor haar bezwaarlijke strekking of consequenties van de rechtshandeling²³. Art. 3:35 BW strekt zich uit tot het gehele rechtshandelingen- en overeenkomstenrecht, met inbegrip derhalve van de belangrijke groep eenzijdige gerichte rechtshandelingen, zoals aanbod, opzegging, ontslag(name), vernietigingsverklaring en ingebrekestelling²⁴. In art. 6:232 jo 6:233 sub b is art. 3:35 enigszins versoepeld. De wederpartij kan ook aan algemene voorwaarden gebonden zijn indien de gebruiker er niet op mocht vertrouwen dat zij de inhoud ervan kende. Het argument is de rechtszekerheid die vereist dat er zo weinig mogelijk discussie ontstaat over de vraag of men aan de algemene voorwaarden gebonden is. Deze opstelling is echter alleen mogelijk in een systeem van vérgaande inhoudstoetsing en daarvan is bij de algemene voorwaarden in Nederland sinds 1992 sprake.

b. Een soortgelijke bepaling als art. 3:35 BW voor partijen bevat art. 3:36 BW voor derden. Beide berusten op hetzelfde beginsel van toerekenbaar opgewekt vertrouwen. Om die reden waren beide in het oorspronkelijk ontwerp zelfs ineengeschoven in art. 3.2.3. Later zijn ze gesplitst, met name omdat de voorwaarden voor het kunnen invoeren van de bescherming van art. 3:36 BW toch niet geheel dezelfde bleken te zijn als bij

²³Hierover Tjittes, De hoedanigheid van contractspartijen, diss. 1994; Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, 1989.

²⁴Alleen de eenzijdig ongerichte rechtshandelingen zijn eraan onttrokken, maar dat zijn er niet veel. Voorbeelden zijn het verwerpen van een nalatenschap en de erkenning van een kind. Het onderscheid gericht/ongericht is, behalve voor art. 3:35 BW, ook van belang voor het leerstuk van de nietigheden (onder meer art. 32 lid 2 en 34 lid 2 BW).

art. 3:35 BW²⁵. De belangrijkste verschillen zijn dat de derde moet hebben vertrouwd op het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking waarbij hij géén partij is en dat hij op basis daarvan moet hebben gehandeld²⁶. Met inachtneming hiervan is evenwel al hetgeen ik bij art. 3:35 BW heb gezegd over de verbinding met art. 3:11 BW, over de noodzaak om te differentiëren en om rekening te houden met de concrete omstandigheden van het geval en over de mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten onverkort van toepassing. Het verbaast dan ook niet dat art. 3:35 en 3:36 BW vaak in één adem worden genoemd.

c. Onder meer is dat gebeurd bij art. 3:61 lid 2 BW over een ontoereikende volmacht. De wetgever heeft de bepaling uitdrukkelijk aangemerkt als een toepassing van art. 3:35 en 3:36 BW²⁷. "Is een rechtshandeling in naam van een ander verricht,

²⁵En ook niet op geheel dezelfde wijze kunnen worden omschreven. Zie over dit en het hierna volgende Asser-Hartkamp, a.w. (noot 21), nr. 130-133.

²⁶Art. 3:36 BW leest even moeizaam als art. 3:35 BW: "Tegen hem die als derde op grond van een verklaring of gedraging, overeenkomstig de zin die hij daaraan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijze mocht toekennen, het ontstaan, bestaan of tenietgaan van een bepaalde rechtsbetrekking heeft aangenomen en in redelijk vertrouwen op de juistheid van die veronderstelling heeft gehandeld, kan door degene om wiens verklaring of gedraging het gaat, met betrekking tot deze handeling op de onjuistheid van die veronderstelling geen beroep worden gedaan." Zie voor een recent voorbeeld HR 7 april 1995, NJ 1995, 496 (INLN/Dynamic Lease), waarbij de bank beschermd werd tegen een haar niet bekende nadere afspraak tussen partijen.

²⁷PG boek 3, p. 265 j° p. 175.

dan kan tegen de wederpartij, indien zij op grond van een verklaring of gedraging van die ander heeft aangenomen en onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht aannemen dat een toereikende volmacht was verleend, op de onjuistheid van deze veronderstelling geen beroep worden gedaan." Ook hier geldt dat alles wat ik bij art. 3:35 BW heb gezegd over de verbinding met art. 3:11 BW, over de differentiatie en het belang van de concrete omstandigheden van het geval en over de mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten onverkort van toepassing is. Verschillend is alleen dat art. 3:61 lid 2 BW een toedoen lijkt te eisen, afkomstig van de achterman. Er is veel discussie over of c.q. in welke mate deze eis nog steeds geldt of behoort te gelden. Het ziet er naar uit dat in voorkomend geval de Hoge Raad de door sommige schrijvers gepropageerde verruiming erkent en ook andere, voor risico van de achterman komende omstandigheden waarop de wederpartij heeft mogen vertrouwen, meeweegt: de functie van de pseudo-vertegenwoordiger in het maatschappelijk verkeer, de plaats die hij inneemt in de organisatie die hij voorgaf te vertegenwoordigen, alsook de mate waarin de bevoegdheidsverdeling in de organisatie voor buitenstaanders inzichtelijk is²⁸.

²⁸Vergelijk onder meer de tegengestelde opvattingen van Asser-Van der Grinten, *De vertegenwoordiging*, 1990, nr 37-41 en van Schoordijk, *bijv. recent in Onbevoegde vertegenwoordiging, apparant authority en de rol van het handelsregister*, NJB 1997, p. 53-58. Zie ook het overzicht van Nieskens-Isphording, *Vijf jaar nieuw vermogensrecht; volmacht* (Boek 3, Titel 3 BW), NTBR 1997, p. 47-54. De verwijzing naar de rechtspraak ziet vooral op HR 24 april 1992, NJ 1993, 190 (deurwaarder); HR 27 november 1992, NJ 1993, 287 (Felix/Aruba) en HR 24 december 1993, NJ 1994, 303 (notaris/Credit Lyonnais).

d. Een interessante combinatie van het onder a-c genoemde biedt het recente arrest HR 11 april 1997, RvdW 1997, 99 (Rabobank/Niezink qq). Vaste rechtspraak is dat de maatstaf van art. 3:35 BW ook wordt gehanteerd wanneer onduidelijk is *tussen wie* de overeenkomst tot stand is gekomen. Iemand kan als vertegenwoordiger willen optreden, maar bij de ander het vertrouwen wekken voor zichzelf te handelen of omgekeerd²⁹. In het genoemde arrest werd gehandeld voor een vennootschap i.o., die een door een bestaande vennootschap (hierna: XY) gedreven onderneming zou overnemen. Alle in dat kader gesloten overeenkomsten van de overnemer met de bank (krediet en zekerheden) en met XY gingen daarvan uit, totdat op zeker ogenblik de overnemer en XY in een overeenkomst, waarbij de bank geen partij was, vastlegden dat als overnemer niet de vennootschap i.o. zou optreden, maar een reeds lang bestaande vennootschap A waarvan alleen de naam zou worden gewijzigd in B. Aldus geschiedde. Korte tijd later ging vennootschap B failliet. De vraag die rees was of de bank bij de uitoefening van de aan haar verstrekte zekerheden vennootschap B als wederpartij mocht beschouwen, dit hoewel in de door haar gesloten overeenkomsten de vennootschap i.o. als wederpartij was vermeld. Het hof oordeelde ontkennend, maar de Hoge Raad vernietigde. Volgens de Hoge Raad had het hof tot uitgangspunt moeten nemen dat de vennootschap i.o. was vervangen door vennootschap B. Op die basis had het moeten onderzoeken of vennootschap B kon "worden aangemerkt als de vennootschap die partijen in het kader van hun contractuele verhouding, zoals deze zich op grondslag van de door hen gesloten overeenkomsten nader heeft ontwikkeld, uiteindelijk op het oog hebben gehad" en voorts of er goede grond bestond voor gebondenheid van vennootschap B jegens de bank. Daarbij had het hof, aldus de Hoge Raad,

²⁹Onder meer HR 11 maart 1977, NJ 1977, 521 (Kribbebijter); HR 18 november 1983, NJ 1984, 345 (Shu/Lam) en HR 28 juni 1996, RvdW 1996, 152 (Moksel/Koel- en Vriesveem).

dienen te letten op de algemene regels omtrent de totstandkoming van rechtshandelingen (art. 3:35 en 3:36 BW) en op de algemene bepalingen omtrent volmacht en bekrachtiging (art. 3:61 lid 2 en 3:69 BW)³⁰. Ook hier worden art. 3:35 en 3:36 BW derhalve in één adem genoemd.

e. Een betrekkelijk recent toepassingsgebied van redelijk vertrouwen is het leerstuk van de afgebroken onderhandelingen³¹. Leading case is HR 18 juni 1982, NJ 1983, 723 (Plas/Valburg), waarin onder meer is overwogen dat het "(N)iet uitgesloten is dat onderhandelingen over een overeenkomst in een zodanig stadium zijn gekomen dat het afbreken zelf van die onderhandelingen onder de gegeven omstandigheden als in strijd met de goede trouw moet worden geacht, omdat pp. over en weer mochten vertrouwen dat enigerlei contract in ieder geval uit de onderhandelingen zou resulteren. In zo een situatie kán er ook plaats zijn voor een verplichting tot vergoeding van gederfde winst." De parallellie met art. 3:35 BW springt in het oog. Bijzonder is alleen dat in de latere rechtspraak de maatstaf aldus is aangescherpt dat het niet gaat om het vertrouwen over en weer, maar om het vertrouwen van de wederpartij van degene die afbreekt³². Voorts is geoordeeld dat het

³⁰De Hoge Raad verwijst ook nog naar art. 3:67 BW (nader te noemen meester). Het arrest is diepgaand becommentarieerd door Van Schilfgaarde, Uitleg van rechtshandelingen, WPNR 6281 en 6282 (1997).

³¹En wat daarmee is gelijkgesteld in HR 31 mei 1991, NJ 1991, 647 (Vogelaar/Skil), waarin partijen anders dan door onderhandelingen betrokken waren bij de voorbereiding van een overeenkomst.

³²HR 23 oktober 1987, NJ 1987, 1016 (VSH/Shell), alsmede het in de vorige noot genoemde arrest. De Hoge Raad heeft in VSH/Shell vrijwel letterlijk het naar aanleiding van Plas/Valburg voorgestelde art. 6.5.2.8a overgenomen. Het artikel is uiteindelijk niet

afbreken ook onaanvaardbaar kan zijn in verband met andere omstandigheden dan gerechtvaardigd vertrouwen³³, alsmede, omgekeerd, dat het bestaan van gerechtvaardigd vertrouwen in het totstandkomen van de overeenkomst, nog niet onder alle omstandigheden meebrengt dat het afbreken onaanvaardbaar is. "Rekening dient ook te worden gehouden met de mate waarin en de wijze waarop de partij die de onderhandelingen afbreekt, tot het ontstaan van dat vertrouwen heeft bijgedragen, en met de gerechtvaardigde belangen van deze partij; hierbij kan ook van belang zijn of zich in de loop van de onderhandelingen onvoorziene omstandigheden hebben voorgedaan"³⁴. Bij langdurige onderhandelingen die ondanks gewijzigde omstandigheden worden voortgezet, is voor de vraag of gerechtvaardigd vertrouwd kon worden op het totstandkomen van een overeenkomst beslissend, hoe daarover uiteindelijk op het moment van het afbreken werd gedacht³⁵. Dit sluit aan bij het hiervoor onder d genoemde arrest waarin ook het uiteindelijke resultaat moest worden gewogen. Wat de principiële erkenning van een aanspraak op vergoeding van gederfde winst betreft loopt Nederland, vergeleken met andere Europese rechtsstelsels, stevig voorop en uit de pas³⁶. Misschien dat dit de reden is waarom in de

ingevoerd, omdat de tijd voor codificatie van mede rechtspraak nog niet rijp werd geoordeeld.

³³HR 23 oktober 1987, NJ 1988, 1017 (VSH/Shell). Ook dit is ontleend aan art. 6.5.2.8a. Een voorbeeld van "andere omstandigheden" is een dreigende staking, die vérgaande gevolgen heeft.

³⁴HR 14 juni 1996, RvdW 1996, 140 (MBO/De Ruitertij).

³⁵HR 4 oktober 1996, NJ 1997, 65 (ABB/Staat).

³⁶Vergelijk, met veel verdere gegevens, M. Hesselink, De schadevergoedingsplicht bij afgebroken onderhandelingen in het licht van het Europese privaatrecht, WPNR 6248-6249 (1996), p. 879 e.v. en p. 906 e.v.

gepubliceerde rechtspraak van de Hoge Raad tot nu toe zo'n aanspraak nog nooit is toegewezen³⁷.

f. Van omstreeks dezelfde tijd als Plas/Valburg dateren enkele uitspraken waarin eveneens gebondenheid wegens toerekenbaar opgewekt vertrouwen werd aangenomen zonder dat (er al) sprake was van een overeenkomst. De uitspraken hadden betrekking op toezeggingen en op feitelijk op elkaar afgestemd gedrag (een soort "faktisches Vertragsverhältnis"). Ze hebben evenwel niet geleid tot de ontwikkeling van zelfstandige rechtsfiguren of leerstukken. Daarom laat ik ze hier verder rusten³⁸.

g. In het voorgaande was aan de orde de betekenis van redelijk vertrouwen bij het antwoord op de vraag óf gebondenheid is ontstaan. Dezelfde vraag rijst ten aanzien van de inhoud waartoe partijen zich hebben gebonden. Ook daarbij is veelvuldig van misverstanden en onduidelijkheden sprake. Die vereisen opheldering en uitleg. Sedert HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 (Haviltex) is vaste rechtspraak en heersende leer dat het hierbij aankomt op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de overeenkomst mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. Deze formulering sluit - wederom - nauw aan bij art. 3:35 BW. Daarom is hetgeen ik in dat verband heb opgemerkt over de verbinding met art. 3:11 BW,

³⁷De enige uitzonderingen zal wellicht worden HR 14 juni 1996, RvdW 1996, 140 (MBO/De Ruitersrij).

³⁸In 1989 had ik er nog vertrouwen in dat het hiertoe wel zou kunnen leiden. Zie Vranken, a.w. (noot 23), p. 111-125. De dissertatie van H. Menu, De toezegging in het privaatrecht, 1994 heeft mij er echter van overtuigd dat in particuliere verhoudingen aan een rechtsfiguur als de toezegging nauwelijks behoefte bestaat.

de noodzaak om te differentiëren, de betekenis van de concrete omstandigheden van het geval en over mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten ook nu weer onverkort van toepassing.

h. Toepassingsgebieden van redelijk vertrouwen die ik, omdat ze niet uitsluitend op overeenkomsten betrekking hebben, slechts kort noem, zijn de betaling van art. 6:34 lid 1 BW en de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid, waaronder de rechtsverwerking. Art. 6:34 lid 1 BW houdt in dat indien een schuldenaar op redelijke gronden heeft aangenomen dat degene aan wie hij betaald heeft als schuldeiser tot de betaling gerechtigd was, terwijl deze dat niet was, hij de bevoegdheid heeft aan de werkelijk gerechtigde tegen te werpen dat hij bevrijdend heeft betaald. Anders dan bij art. 3:61 lid 2 BW wordt geen toedoen-eis gesteld. Wat de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid betreft: deze steunt soms op toerekenbaar opgewekt vertrouwen. Voor zover dit het geval is en de vorm aanneemt van rechtsverwerking, is het vaste rechtspraak en heersende leer dat enkel stilzitten niet voldoende is, maar dat, zoals de Hoge Raad nog onlangs uitsprak, bijzondere omstandigheden vereist zijn "als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzwwaard ingeval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken"³⁹. Volgens sommigen is voor gerechtvaardigd vertrouwen net als bij art. 3:36 BW nodig dat de betrokkene in vertrouwen op het gedrag van de ander gehandeld heeft⁴⁰, maar dat is naar huidig recht niet meer

³⁹HR 29 september 1995, NJ 1996, 89 (Van den Bos/Provincial), ook gepubliceerd in AA 1996, p. 444-449 met een noot van Hijma.

⁴⁰Zie met name Valk, Rechtsverwerking in drievoud, diss. 1993, p. 42-44.

juist⁴¹. Voor het overige geldt zowel bij art. 6:34 lid 1 BW als bij rechtsverwerking dat het oordeel of het opgewekt vertrouwen gerechtvaardigd is, afhangt van de concrete omstandigheden van het geval en dat bij dit oordeel wederom de normale, hiervoor genoemde differentiatie-factoren, mededeliings-, informatie- en onderzoeksplichten in aanmerking dienen te worden genomen⁴².

i. Een belangrijk, maar vanwege zijn omvang vooralsnog nauwelijks te overzien toepassingsgebied van redelijk vertrouwen wordt gevormd door een bepaald type gevallen van overeenkomsten en derden. Ik geef kort aan wat ik bedoel⁴³. Uitgangspunt is dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen partijen. Een van de consequenties hiervan is dat derden C niets te vertellen hebben over de inhoud en afwikkeling van de contractuele relatie tussen A en B. In het algemeen is dat maar goed ook, omdat een andere opvatting zou meebrengen dat telkens wanneer één van de crediteuren van A meent dat in de contractuele relatie tussen A en B, A te weinig voor zijn rechten is opgekomen, hij alsnog rechtstreeks B (en/of A) daarover kan aanspreken. Bijvoorbeeld zou dit het geval kunnen zijn wanneer C vindt dat A ten onrechte akkoord is gegaan met een zeer onvoordelig terugkoopbeding of zich ten onrechte niet heeft beroepen op een wilsgebrek of op wanprestatie. Indien C hierover B (en/of A) steeds zou kunnen aanspreken, zou dit een

⁴¹Tjittes, Rechtsverwerking, Mon. Nieuw BW-A6b, 1992, nr. 20 en Asser-Hartkamp, a.w. (noot 21), nr. 320-323.

⁴²Onder meer Bolt/Scheltema, Nakoming, Mon. Nieuw BW-B32a, 1997, p. 46-48.

⁴³Voor een bredere behandeling van de problematiek verwijs ik naar een artikel dat op het moment dat dit preadvies wordt besproken, net zal zijn verschenen. Zie Vranken, De derde in het overeenkomstenrecht, WPNR 6285 en 6286 (1997).

niet aflatende stroom procedures over dezelfde overeenkomst tot gevolg kunnen hebben: eerst tussen de contractspartijen zelf, dan door de crediteuren van A⁴⁴ tegen B (en/of A) en vervolgens door de crediteuren van B, die immers ongetwijfeld gealarmeerd zullen zijn door de acties van de crediteuren van A en zich daarom eveneens in het proceduregeweld zullen mengen. Naar Nederlands recht mogen alleen derden die een rechtens erkend belang hebben, zich met de overeenkomst A-B bemoeien. Van oudsher is de wetgever hierin zeer terughoudend geweest. Slechts een *verhaalsbelang* heeft hij als voldoende zwaar aangemerkt en dat lange tijd ook alleen nog maar onder de stringente voorwaarden van de Pauliana. Inmiddels echter is zich in literatuur en rechtspraak op dit punt een ware aardverschuiving aan het voltrekken. Steeds vaker moeten contractspartijen bij de afwikkeling van hun overeenkomst rekening houden met gerechtvaardigde belangen van derden, *ook voor zover deze belangen in iets anders bestaan dan in het niet verkorten van verhaalsrechten*. In een groot aantal gevallen is de achtergrond dat derden hebben vertrouwd en redelijkerwijs hebben mogen vertrouwen op handelingen, adviezen of uitlatingen van A en/of B dan wel op een normale afwikkeling van de overeenkomst A-B. De gevallen liggen dicht aan tegen die waarvoor het beginsel van art. 3:35, 3:36 en 3:61 lid 2 BW geldt. Al hetgeen ik in dat verband heb gezegd over differentiatie, de concrete omstandigheden van het geval, de verbinding met art. 3:11 BW en over mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten is derhalve ook hier van toepassing.

j. Eveneens tot het terrein van overeenkomsten en derden behoort de problematiek van de doorwerking van exoneratiebedingen. In het algemeen is de Hoge Raad niet spoedig bereid

⁴⁴De crediteuren van A zullen niet altijd en bloc opereren, maar één voor één, waarbij onderlinge verschillen over wat A had moeten doen, niet kunnen uitblijven. Hetzelfde geldt m.m. voor de crediteuren van B.

doorwerking jegens derden die geen partij zijn bij de overeenkomst te aanvaarden. Slechts in uitzonderingsgevallen staat hij het toe. Een daarvan is "het op de gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen" bij de aangesprokene dat deze het beding aan de derde zal kunnen tegenwerpen. Ook hierbij derhalve vertrouwen en toedoen, maar niet zo strikt dat het vertrouwen door toedoen van de derde zelf moet zijn bewerkstelligd. Voldoende is dat het op zijn gedragingen is terug te voeren⁴⁵.

k. Sterk afwijkend van het voorgaande is de betekenis van redelijk vertrouwen bij nietigheden en vernietigbaarheden. Enerzijds is er bijvoorbeeld de dwaling die, met uitzondering van de wederzijdse dwaling, geheel en al gedragen wordt door bescherming van redelijk vertrouwen. Anderzijds zijn er nietigheids- en vernietigbaarheidsgronden waarbij redelijk vertrouwen min of meer is uitgesloten. Zo speelt redelijk vertrouwen geen rol bij handelingsonbekwaamheid, behalve voor zover dit past in de op bescherming van de onbekwame gerichte wettelijke regeling⁴⁶. Evenmin is het van belang bij dwang en bedrog. Alleen wanneer er derden bij betrokken zijn, kan dit anders zijn. Ik denk aan de casus van de vervalste handteke-

⁴⁵Zie de arresten HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 (Gegaste uien); HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (Securicor); HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 (Citronas); HR 9 juni 1989, NJ 1990, 40 (Gestolen hammen), alsmede HR 28 juni 1996, RvdW 1996, 152 (Moksel/Koel- en Vriesveen). Ook op deze materie ben ik in mijn in noot 43 genoemd artikel dieper ingegaan.

⁴⁶Voor minderjarigen is dit bijvoorbeeld art. 1:234 lid 3 BW, waarin de minderjarige geacht wordt toestemming te hebben gekregen voor het aangaan van rechtshandelingen waarvan het in het maatschappelijk verkeer gebruikelijk is dat ze door een minderjarige van zijn leeftijd zelfstandig worden aangeaan.

ning. De Hoge Raad heeft beslist dat degene wiens handtekening is vervalst in beginsel niet gebonden is, ook niet wanneer de wederpartij redelijkerwijs mocht vertrouwen dat de handtekening echt was. Wel vloeit uit het beginsel van art. 3:35, 3:36 en 3:61 lid 2 BW - zie hierboven onder d - in verbinding met art. 6:147 BW⁴⁷ voort dat dit onder bijzondere omstandigheden anders kan zijn, namelijk wanneer het aan degene wiens handtekening is vervalst is toe te rekenen dat de wederpartij de handtekening redelijkerwijs voor echt mocht houden⁴⁸. Ook bij nietige rechtshandelingen doet het opgewekt redelijk vertrouwen nauwelijks ter zake. De nietigheidssanctie werkt ongeacht of partijen zich van het verboden karakter van de rechtshandeling bewust waren en ongeacht of de ene partij de andere heeft uitgelokt en daarvan het meeste heeft geprofiteerd. Het jarenlange pleidooi van J.C. van Oven dat nietige overeenkomsten binden tot wat de goede trouw meebrengt, is tevergeefs gebleken⁴⁹. De nietigheidssanctie zelf wordt niet gerelativeerd. Het enige dat soms wel gebeurt en waarbij redelijk vertrouwen te pas kán komen, is dat men het recht kan verwerken om zich op de nietigheid te beroepen of om hetgeen gepresteerd is als onverschuldigd betaald terug te vorderen. Deze situaties zijn evenwel toepassingen van het onder h opgemerkte en behoeven daarom geen afzonderlijke bespreking.

⁴⁷Deze bepaling heeft betrekking op de bescherming van derden bij de overdracht van vervalst order- en toonderpapier en is een opvallend argument, dat als zodanig noch in de wetsgeschiedenis noch in de literatuur tot dan toe was gehanteerd.

⁴⁸HR 7 februari 1992, NJ 1992, 809 (Kamerman/Aro Lease). Zie ook HR 19 november 1993, NJ 1994, 622 (Cova/Banque General de Suisse) over het misbruiken van een elektronische betalingscode.

⁴⁹Hierover onder meer Hijma, a.w. (noot 14), p. 64-72, waarin tevens een vergelijking met het ten dele andersluidende Duitse en Oostenrijkse recht.

14. Redelijk vertrouwen is diep, breed, duidelijk zichtbaar en soms al heel lang verankerd in het overeenkomstenrecht, schreef ik in nr. 13. Uit het overzicht blijkt dat dit niet te veel gezegd is. Zowel bij het oordeel of rechtshandelingen tot stand zijn gekomen en tot gebondenheid hebben geleid als bij de uitleg van de inhoud van rechtshandelingen speelt redelijk vertrouwen een prominente rol. Alleen in de uitvoeringsfase is het minder sterk aanwezig, althans kan het daarbij niet zo gemakkelijk als een te onderscheiden categorie worden afgebakend van (de beperkende werking van) redelijkheid en billijkheid. Art. 3:35 BW fungeert als de centrale algemene bepaling. Per onderwerp wordt zij toegespitst op de daarbij aan de orde zijnde bijzonderheden, maar dat zijn er niet veel. De meeste komen voor in meerpartijenverhoudingen waar soms een toedoen of een voortbouwende handeling wordt vereist. In tweepartijenverhoudingen zijn er alleen de bijzonderheden bij algemene voorwaarden en bij afgebroken onderhandelingen. Voor het overige wordt telkens verwezen naar de gangbare differentiatie-factoren, de concrete omstandigheden van het geval, de verbinding met art. 3:11 BW en de mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten. Opvallend is dat art. 3:35 BW, zodra er derden bij betrokken zijn, steeds vaker in één adem wordt genoemd met art. 3:36 en 3:61 lid 2 BW.

15. Op twee punten wil ik het voorgaande uitdiepen. Het eerste heeft betrekking op het overeenkomst-begrip dat eruit blijkt. Ik zou het willen typeren als gericht op normaliteit en samenwerking. Normaliteit wil zeggen dat men in beginsel mag afgaan op wat zich aandient, mits hetgeen zich aandient normaal is en men geen reden heeft te vermoeden dat het eigenlijk anders (bedoeld) is. Vanzelfsprekend heeft deze normaliteit ook een normatief element. Wat normaal is, behoeft immers niet altijd juist te worden gevonden of te worden geduld, maar ook met deze kanttekening vind ik normaliteit een rustgevend uitgangspunt in het overeenkomstenrecht, dat niet alleen het vertrouwen dient, maar ook de rechtszekerheid bevordert. Met

samenwerking - een in Nederland in dit verband niet gehanteerd begrip, dat ik vanwege zijn zeggingskracht ontleen aan de Duitse en Franse literatuur⁵⁰ - wordt tot uitdrukking gebracht dat contractspartijen niet uitsluitend hun eigen belang mogen najagen als dit ten koste van de ander gaat. De gedachte is dat een overeenkomst een wederkerige rechtsbetrekking is en dat daaruit volgt dat partijen tot op zekere hoogte rekening moeten houden met elkaars gerechtvaardigde belangen (en inmiddels ook met die van sommige derden - zie onder i en j, die op dezelfde norm steunen). Deze eis is voor het eerst gesteld in de fase voorafgaande aan de overeenkomst. In Nederland kan HR 15 november 1957, NJ 1958, 67 (Baris/Riezenkamp) als het beginpunt van de ontwikkeling in de rechtspraak worden aange-

⁵⁰Zie o.m. Picod, *Le devoir de loyauté dans l'exécution du contrat*, 1989, p. 101-110; Hesselink, *De goede trouw bij de uitvoering van de overeenkomst in het Franse recht, de Unidroit Principles en de Principles of European Contract Law*, in: *Molengrafica Europees Privaatrecht*, 1995, p. 47-95 (verkort gepubliceerd in *WPNR* 6154 (1996), p. 694-698); Sonnenberger, *Treu und Glauben - ein supranationaler Grundsatz? Deutsch-französische Schwierigkeiten der Annäherung*, in: *Festschrift Walter Odersky*, 1996, p. 703-721; Palandt-Heinrichs, *BGB*, 1994, Par. 242, Rd. 1-172; Malaurie-Aynès, *Cours de droit civil. Les Obligations*, 1997, nr. 609-622; Terré-Simmler-Lequette, *Droit Civil. Les Obligations*, 1996, nr. 412-417; Fabre-Magnan, *De l'obligation d'information dans les contrats*, 1992, nr. 438 jo 53; Mestre, in *Rev. trim. de dr. civil*, 1986, p. 100-102; Nassar, *Sanctity of contracts revisited*, 1995, p. 156-168. Aan het overzicht van De Bondt c.s., *Kroniek van het Belgisch privaatrecht 1991-1992*, *NTBR* 1994, p. 146-153 ontleen ik dat het concept van de samenwerking ook in België wordt erkend.

merkt. Het arrest betrof een geval van dwaling. Baris had aan Riezenkamp opgave gedaan van de kostprijs van rijwielhulpmotoren, die hij bij een eerdere transactie had laten berekenen. Toen de kostprijs later f 100,- hoger bleek te liggen, kon Baris het beroep van Riezenkamp op dwaling niet pareren met het verweer dat Baris de prijsopgave had moeten (laten) controleren. Een soortgelijk verweer had de Hoge Raad in een vergelijkbaar geval uit 1935 nog wél gehonoreerd door te oordelen dat de dwalende in redelijkheid de mededeling van de verkoper dat het te verkopen perceel een weekopbrengst opleverde van bruto f 800,- à f 900,- had moeten wantrouwen. Hij had er zelfs de opmerkelijke stelling aan toegevoegd dat in het maatschappelijk verkeer de goede trouw van eenieder niet mag verondersteld⁵¹. In Baris/Riezenkamp is hij hiervan volledig teruggekomen. Ik citeer de desbetreffende kernoverweging:

"Partijen komen door in onderhandeling te treden over het sluiten van een overeenkomst, tot elkaar te staan in een bijzondere, door de goede trouw beheerste, rechtsverhouding, medebrengende dat zij hun gedrag mede moeten laten bepalen door de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij."

16. De achtergrond van de norm om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij is, uiteraard, de behoefte aan een verdergaande inhoudstoetsing ter bescherming van degenen die in een ongelijke positie verkeren. In de eerste helft van deze eeuw is de bescherming en toetsing vooral door de wetgever gerealiseerd met behulp van algemene dwingendrechtelijke regels. Die techniek wordt nog steeds gehanteerd, maar ze is niet genoeg en niet de beste gebleken. Niet genoeg, omdat ook de rechter het meer en meer tot zijn taak is gaan rekenen⁵² overeenkomsten inhoudelijk te toetsen⁵³.

⁵¹HR 29 maart 1935, NJ 1935, 1470 (Herbrechter/Hof).

⁵²De redenen voor deze opstelling voeren naar de discussie over de verhouding van wetgever en rechter. Blijken zal dat een standpunt over deze verhouding uitein-

Niet de beste techniek, omdat de wetgever met behulp van algemene, dwingendrechtelijke regels alleen een controle achteraf mogelijk maakt: de overeenkomst is er, maar staat bloot aan vernietiging. Het concept van samenwerking wacht niet op de wetgever en wacht evenmin tot de fase van de sanctie. Het legt de verantwoordelijkheid voor het totstandbrengen van een niet-aantastbare overeenkomst daar waar deze thuishoort én op een moment dat er nog iets aan gedaan kan worden, te weten bij partijen in hun aan de overeenkomst voorafgaand overleg. Anders gezegd: in plaats van een "nachträgliche staatliche Kontrolle" een "a-priori-Schutz im Wege der Kommunikation"⁵⁴. Van partijen wordt een coöperatieve op- en instelling geëist, inmiddels niet alleen meer bij de totstandkoming, maar evenzeer bij de uitvoering en bij de beëindiging van de overeenkomst en soms zelfs daarna. Op zeker ogenblik gaat de eis tot de normaliteit behoren, met name tot het normatieve deel ervan doordat ze voorwaarden inhoudt voor het mogen afgaan op wat zich aandient⁵⁵.

delijk ook sterk bepalend is voor het antwoord op de vraag of de huidige situatie omtrent vertrouwen en rechtszekerheid bevredigend is of niet. Zie onder V.

⁵³Het accepteren van misbruik van omstandigheden als vierde wilsgebrek, de toetsing van algemene voorwaarden, het verzwaren van de toestemmingseis en de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

⁵⁴H. Grziwotz, Form und Formeln. Vorüberlegungen zu einer Neudefinition des Vertrages, *in*: Festschrift Helmut Schippel, 1996, p. 9-33 (29).

⁵⁵De verhouding van normaliteit en samenwerking is waarschijnlijk ingewikkelder dan ik hier schets, onder meer omdat, zoals ik vermoed, pas door het concept van samenwerking de gedachte van het mogen afstemmen op normaliteit is kunnen groeien.

17. Dit brengt mij op het tweede punt: de methodische gevolgen van de norm om rekening te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij. Die norm is inhoudelijk van aard en kan leiden tot allerlei nevenplichten. De bekendste zijn de meergenoemde mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten, zowel vóór als tijdens de overeenkomst. Andere voorbeelden zijn de plicht tot verder onderhandelen, de plicht om mee te werken aan de nakoming van de overeenkomst c.q. om te wachten met het opzeggen van kredieten totdat andere financiers zijn gevonden of de plicht om wanneer de omstandigheden daartoe aanleiding geven samen met de wederpartij te zoeken naar aanpassingen en wijzigingen van de overeenkomst. Wanneer precies wat van welke partij wordt verlangd, is niet in algemene regels geformuleerd⁵⁶. De rechtspraak, en in haar voetspoor de wetgever van 1992, hebben sterk de nadruk gelegd op het concrete geval. De ene partij en de ene overeenkomst is de andere niet, de begeleidende omstandigheden kunnen anders zijn en ook de voor- en nadelige gevolgen lopen voor partijen vaak uiteen. Al deze factoren moeten in een concreet geval worden meegewogen. Dat gebeurt ook. Zeker sedert het arrest HR 19 mei 1967, NJ 1968, 261 (Saladin/HBU) vindt de toetsing in het overeenkomstenrecht⁵⁷ meestal niet meer plaats aan de hand van één algemene, abstracte norm, maar met behulp van lijsten van relevante gezichtspunten, sub-normen, vuistregels of hoe men ze ook noemen wil. De lijst is langzamerhand uitgegroeid tot een gevleugelde formule die in de een of andere vorm altijd

⁵⁶Dit is bewust zo omschreven. De vraag of het anders kan, komt pas onder V aan bod.

⁵⁷Dit wil zeggen ook in gebieden waarop redelijk vertrouwen minder duidelijk zichtbaar werkzaam is (op-schortingsrechten, overmacht, onvoorziene omstandigheden). Hetzelfde gebeurt overigens buiten het overeenkomstenrecht, maar dit alles laat ik hier in het midden.

terugkeert: er moet worden afgestemd op de aard en inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop zij is totstandgekomen, de wederzijds kenbare belangen, de aard en relatieve ernst ervan, alsmede op de hoedanigheid van partijen, waaronder zowel te begrijpen is hun maatschappelijke positie als de mate van deskundigheid en hun onderlinge (economische, financiële, sociale en psychische) machtspositie. De wetgever van 1992 heeft deze wijze van rechtsvinding als het ware meegecodificeerd. Vergelijk voor een illustratie onder meer hierboven onder 13 sub a bij de vervanging in art. 3:35 BW van "redelijk oordelend mens" in "redelijkerwijs" en meer in het algemeen de parlementaire geschiedenis van het nieuwe BW⁵⁸. Kortom: de prominente rol van het beginsel van redelijk vertrouwen in het overeenkomstenrecht van de laatste paar decennia berust op een combinatie van inhoud (normaliteit en samenwerking) en methode (lijst van relevante gezichtspunten), welke methode de uitdrukking is van een welbewuste, overigens ook op andere terreinen van het vermogensrecht aanvaarde, taakverdeling tussen wetgever en rechter.

IVDE KRITIEK: NORMLOOSHEID EN TEVEEL NUANCERING

18. Het onmiskenbare voordeel van de thans gangbare methode van werken met behulp van lijsten van relevante gezichtspunten, sub-normen en vuistregels is dat beslissingen heel nauwkeurig kunnen worden toegesneden op de bijzonderheden van het concrete geval. Een verderreikend voordeel is dat het daardoor beter mogelijk is het recht op de hoogte van zijn tijd te houden. Dat is nodig, alleen al omdat rechtsregels en rechtsbegrippen onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen of van wat elders in het recht gebeurt, op den duur altijd veran-

⁵⁸Met name PG boek 6, p. 26-28, waarover W. Snijders (regeringscommissaris nieuw BW), Systematiek en uitleg van het Nieuw BW, NTBR 1992, p. 84-87.

deren en daarom herijkt moeten worden. Ook doemen altijd nieuwe problemen op die zo omstreden of nog zo weinig uitgekristalliseerd zijn dat ze zich nog niet lenen voor op politieke consensus berustende algemene regelgeving. Tamelijk platvloers, maar daarom niet minder waar is dat de wetgever het soms gewoon laat afweten zonder dat daarvoor een zakelijke reden bestaat. De rechter staat dan voor het blok: hij zal hoe dan ook een beslissing moeten nemen.

19. Desondanks is de vraag legitiem of de methode niet te ver doorslaat. Zij komt er immers op neer dat de feiten en omstandigheden van het concrete geval met behulp van de relevante gezichtspunten, sub-normen en vuistregels in de beoordeling worden betrokken. Dit betekent dat de beslissing over wat in een concreet geval rechtens is, mede afhangt van de feiten en omstandigheden van het concrete geval zelf, althans voor zover deze erkenning hebben gevonden in de lijsten van gezichtspunten, sub-normen of vuistregels dan wel daarin alsnog worden opgenomen, want anders tellen ze niet mee. Anders gezegd: via het intermediair van de relevante gezichtspunten, sub-normen en vuistregels maken de te beoordelen feiten en omstandigheden deel uit van de beoordelingsnorm. Het verwijt van (een zekere) normloosheid ligt voor de hand. Met name Barendrecht heeft zich tot woordvoerder van deze kritiek gemaakt. Ik geef zijn opvatting weer in nr. 20 en 21⁵⁹. Daarnaast is er de kritiek dat er teveel genuanceerd wordt, ook in rechtsverhoudingen waarin dit niet nodig is of met veel minder

⁵⁹L.K. van Zaltbommel, De betekenis van het recht als systeem, diss. 1993 laat ik onbesproken. Ik vermeld slechts dat de auteur met "recht als systeem" wil zeggen dat het recht een eigen werkelijkheid heeft en dat dit karakter naar zijn overtuiging met name door het gebruik van vage normen verloren gaat. Zie de recensies door Wintgens in RW 1992-1993, p. 1311-1312 en door Smith in Recht en Kritiek, 1996, p. 102-105.

kan worden volstaan. In verschillende varianten wordt deze mening, als een soort Groningse kijk op het nieuwe recht, uitgedragen door met name Brunner en Tjittes (nr. 22 en 23).

20. De inzet van Barendrecht, zoals die te kennen is uit zijn proefschrift en uit verschillende publicaties van daarna⁶⁰, is veel breder dan het onderwerp van dit preadvies. Hij schrijft over scherpe en vage regels in het algemeen - redelijk vertrouwen is slechts een van de vage regels -, en hij doet dat niet uitsluitend, zelfs niet eens vooral, vanuit het perspectief van de rechtszekerheid. Hem gaat het om de verantwoordelijkheid voor een goed functionerend rechtssysteem en de bijdrage die de rechtspraak en de wetenschap hieraan dienen te verlenen. Rechtsregels moeten informatief zijn, én om in een concreet geval zonder veel problemen een oplossing mogelijk te maken, én om de basis te vormen voor een discussie of de tot dan gangbare oplossing nog steeds de beste, de meest rechtvaardige c.q. de maatschappelijk meest aanvaardbare is. Vage regels schieten volgens Barendrecht op al deze fronten tekort. In een bijdrage in het NTBR van 1995⁶¹ zet hij zijn bezwaren in confrontatie met de voordelen van vage regels nog eens op een rij. Hij doet dat mede als antwoord op zijn critici die hem

⁶⁰J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, diss. 1992; dez., *Scherpe regels*, NJB 1993, p. 961-962 (in discussie met van Dunné); dez., *Vragen aan Schoordijk over open normen*, RM Themis 1995, p. 142-144 (met antwoord van Schoordijk); dez., *Gedisserteerd. Een pleidooi voor informatiever burgerlijk recht*, NTBR 1995, p. 165-170; dez., *Vertrouwen koppelen aan feiten*, WPNR 6223 (1996), p. 353-358.

⁶¹Zie voor de vindplaats de vorige noot.

meestal stevig hebben aangepakt⁶². Het theoretisch kader, de theorieën van Popper en Lakatos, laat hij daarbij buiten beschouwing. Ik vind het verantwoord hier hetzelfde te doen.

21. Vage regels zijn volgens Barendrecht niet informatief. Ze bevatten, anders dan regels dienen te doen, niet de neerslag van wat op zeker ogenblik aan kennis over rechtvaardigheid c.q. over maatschappelijke aanvaardbaarheid bestaat. Iedere keer moet het wiel als het ware opnieuw uitgevonden worden. Precedenten bieden te weinig soelaas. Een tweede bezwaar van vage regels is dat ze niet kritiseerbaar zijn. Ze laten alles toe. Daardoor zijn ze ongeschikt om als basis te dienen voor een discussie over het rechtvaardigheidsgehalte c.q. de maatschappelijke aanvaardbaarheid van de oplossingen die zij in concrete gevallen bieden. Een dergelijke discussie is evenwel uit een oogpunt van rechtsontwikkeling onmisbaar. Als volgend bezwaar van vage regels hekelt Barendrecht de aantasting van de rechtszekerheid: vage regels leiden niet tot gedragsbeïnvloeding, want men weet niet precies genoeg waaraan men zich in een concreet geval te houden heeft. Ook de voorspelbaarheid van de rechtsgevolgen van wat men doet ontbreekt veelal. Verder dragen vage regels niet bij aan een efficiënte conflictoplossing: omdat partijen niet weten wat uiteindelijk de doorslag geeft, gaan ze voor een groot aantal ankers liggen. Achteraf blijkt dat veel onnodig, tijdrovend én kostbaar

⁶²In volgorde van verschijnen: Snijders in NJB 1993, p. 1149-1151; Adams in RW 1993-1994, p. 862-863; Bost in Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie & Rechtstheorie, 1994, p. 40-47; Soeteman in RM Themis, 1994, p. 194-199; Van der Ploeg in Recht en Kritiek, 1994, p. 284-289; Valk in NTBR 1994, p. 130-131. Zie ook het artikel van Hesselink, Stelsel scherpe normen geeft schijnrechtszekerheid. Over falsificatie van rechtsregels door de burgerlijke rechter, WPNR 6109 (1993), p. 725-733.

werk is verricht. Mede debet aan een en ander is de rechterlijke vrijheid die bij vage regels groot is en teveel ruimte laat voor allerlei subjectieve overwegingen. Ook de rechtsstaatelijkheid is in het geding: de rechtsgelijkheid loopt gevaar, rechterlijke beslissingen ontberen een democratische legitimatie en een deugdelijke motivering op basis van vage regels is vaak niet goed mogelijk. Barendrecht ontkent niet de voordelen van vage regels, gelegen in hun flexibiliteit en hun grote openheid voor nieuwe ontwikkelingen. Hij meent echter dat deze voordelen niet verloren gaan bij een stelsel van scherpe regels, mits men de regels maar niet als onder alle omstandigheden bindend beschouwt, maar slechts als uitgangspunten van argumentatie met een sterk vermoeden dat ze rechtvaardig c.q. maatschappelijk aanvaardbaar zijn. Het is op dit punt dat hij de opvallende stelling verdedigt dat in een dergelijk systeem de gebondenheid van de rechter aan de wet en het recht beter kan worden losgelaten. De rechter is net zo goed als de wetgever, zo niet beter, in staat om te achterhalen wat rechtvaardig c.q. maatschappelijk aanvaardbaar is. Bovendien is er altijd de controle door hogere instanties en door de publieke (vak)pers. Kortom: de verantwoordelijkheid voor een goed functionerend rechtssysteem ligt mede bij de rechtspraak die, geleid of kritisch gevolgd door de wetenschap, niet langer moet grossieren in algemeenheden, vaagheden en verwijzingen naar de omstandigheden van het geval, maar veel meer dan tot nu toe is gebeurd moet proberen stukjes vage regels in scherpe(re) regels om te zetten.

22. Ook de kritiek van Brunner en Tjittes is algemener dan het onderwerp van dit preadvies. Brunner heeft in 1992, meteen bij de invoering van het nieuwe BW⁶³, bepleit dat wetsbepalingen die het mogelijk maken contractuele of wettelijke regels

⁶³Brunner, De billijkheid in het nieuwe BW, in:

Rechtsvinding onder het NBW. Een Groningse kijk op het nieuwe vermogensrecht, 1992, p. 87-100.

buiten toepassing te laten, zoals art. 6:2 lid 2 over de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid en art. 6:258 bij veranderde omstandigheden, alleen van betekenis zijn voor particulieren en niet of nauwelijks voor zakenlieden. Het zakenleven heeft volgens hem zijn eigen regels en zijn eigen moraal. Kern daarvan is het welbewust nemen van risico's. Die kern wordt aangetast indien de een de ander moet waarschuwen of indien, zodra het misgaat, de rekening naar de ander kan worden doorgeschoven. Iedereen staat voor de risico's die hij neemt en daarmee ook voor wat hij heeft afgesproken. In het zakenleven geldt volgens Brunner nog voluit dat contract contract is. Wetgever en rechter moeten daar niet aan tornen.

23. Tjittes, promotus van Brunner, heeft in zijn proefschrift en daarna⁶⁴ de ingeslagen weg verder vervolgd en verbreed. Zijn stelling is dat de gangbare methode van werken met behulp van lijsten van relevante gezichtspunten, sub-normen en vuistregels leidt tot een mate van differentiatie en subjectivering die niet meer hanteerbaar is en daardoor haar doel voorbijschiet. De achtergrond van de differentiatie en subjectivering is geweest het bieden van ongelijkheidscompensatie. Daarvoor bestond lange tijd reden in de verhouding van particulieren tot ondernemers en tot de overheid. Niet echter, aldus Tjittes, in de verhouding tussen uitsluitend ondernemers en/of overheden. Ook tussen particulieren onderling is dit volgens hem tegenwoordig niet of nauwelijks nog het geval: particulieren krijgen voorlichting, velen zijn goed geschoold en allemaal kunnen ze een beroep doen op organisaties en verbanden die voor hun belangen opkomen. Tjittes meent dat het overeenkomstenrecht altijd al te weinig rekening heeft gehou-

⁶⁴Tjittes, a.w. (noot 23). Zie voorts zijn oratie Bezwaarde verwanten, 1996 en het in de volgende noot te noemen artikel.

den met de bijzondere positie van ondernemers⁶⁵ en overheid en dat het zich thans te weinig heeft aangepast aan de inmiddels meer geëmancipeerde positie van particulieren. Het gevolg is een overspannen nadruk op allerlei subtiliteiten van het concrete geval waar met eenvoudiger middelen kan worden volstaan. Voor die vereenvoudiging doet hij een beroep op de kentering die hij bespeurt in het privaatrechtelijk denken, hierin bestaande dat in plaats van de individuele billijkheid in ieder concreet geval, onder invloed van wat genoemd wordt globalisering en depersonalisering, meer en meer de nadruk wordt gelegd op standaardisering en normaaltypen. Zijn centrale these is dat alleen met behulp van normaaltypen het overeenkomstenrecht hanteerbaar en voldoende rechtszeker gehouden kan worden. Hij onderscheidt er drie: particulieren, ondernemers en de overheid⁶⁶. Op een met Brunner en Tjittes vergelijkbaar spoor zit Van Schaick⁶⁷. Ook hij constateert een steeds verder uit elkaar groeien van het "hardere" handelsrecht voor ondernemers en het burgerlijk recht, met al zijn nuanceringen, voor particulieren.

⁶⁵Inmiddels is hij hierover iets positiever gestemd.

Vergelijk zijn artikel Naar een bijzonder contractenrecht voor ondernemers, in: Kortmann c.s.(red.), Onderneming en 5 jaar nieuw burgerlijk recht, 1997, p. 375-388. In het artikel heeft hij zich beperkt tot het overeenkomstenrecht, maar uit de manier waarop hij dat doet (p. 377) is af te leiden dat voor andere onderdelen van het verbintenissenrecht hetzelfde geldt.

⁶⁶In zijn oratie, a.w. (noot 64) voegt hij er volgens mij een vierde groep, de verwanten, aan toe. Ik werk dat hier niet verder uit. Zie mijn bespreking van proefschrift en oratie in RM Themis 1997, p. 272-274.

⁶⁷Van Schaick, Massacontracten. Een nieuwe maatvoering in het contractenrecht, NJB 1995, p. 956-964.

VBALANS: WAT WEL EN NIET ANDERS KAN OF MOET

24. Hoewel de kritiek van Barendrecht, Brunner en Tjittes breder en algemener is dan het onderwerp van dit preadvies, geldt zij ook hiervoor: redelijk vertrouwen is immers een van de vage normen waarop Barendrecht het oog heeft, ook in de casus die hij bespreekt. Voorts wordt de norm ingevuld op een wijze die Brunner en Tjittes als te genuanceerd hebben gewraakt. Wat over hun kritiek te zeggen? De moeilijkheid is om het juiste kader te vinden. Feitelijk onderzoek dat hierbij behulpzaam zou kunnen zijn, ontbreekt. Wanneer Brunner zegt dat in het zakenleven contract nog voluit contract is, weet ik niet waarop hij zich baseert. Bestaat "het" zakenleven eigenlijk wel? Mag men een kapper met twee personeelsleden tot hetzelfde zakenleven rekenen als grote bedrijven of multinationals⁶⁸? Tjittes staft nergens zijn bewering dat en waarom de differentiatie en subjectivering de spuigaten zijn uitgelopen en het recht onhanteerbaar hebben gemaakt. Barendrecht probeert dat wel door een geval te schetsen waarin de justitiabele zich aan de hand van een dure advocaat langs 17 of 20 poorten met vage regels moet slingeren alvorens te weten waar hij aan toe is, maar dit soort bewijsvoering heeft slechts de charme van een pastiche. Op een aantal punten bestaat meer duidelijkheid dan Barendrecht suggereert. Ik wijs, voor het onderwerp van dit preadvies, bijvoorbeeld op de prominente rol

⁶⁸Volgens gegevens van het CBS van 11 april 1997 telde Nederland in 1996 ruim 625.000 bedrijven. Daarvan behoorde 91% tot het kleinbedrijf (minder dan 10 werknemers), 8% tot het middenbedrijf (tussen 10 en 100 werknemers) en 1% tot het grootbedrijf (meer dan 100 werknemers). Niet opgenomen zijn bedrijven zonder personeel. Bron: CBS, Bedrijven in Nederland 1996, met een update per 11 april 1997.

van het vertrouwensbeginsel (nr. 14 en 17) en op de gedachte van de normaliteit (nr. 15). Beide scheppen, samen met precedents en commentaren in de literatuur, een beoordelingskader waarvan men wellicht in een concreet geval zou wensen dat het stringenter zou zijn, maar dat zelden of nooit zo vaag is dat men als het ware steeds opnieuw het wiel moet uitvinden, zoals Barendrecht stelt. Belangrijk is ook niet te vergeten dat partijen inspelen op wat rechtspraak of wetgever beslissen. Zeker voor het overeenkomstenrecht met zijn contractsvrijheid geldt dit. Zo leidt de mogelijke aansprakelijkheid wegens afgebroken onderhandelingen ertoe dat men afspraken maakt over bijvoorbeeld het moment van gebondenheid of over een vergoeding van kosten die de ene partij op verzoek van de andere partij maakt. De Haviltex-formule bij de uitleg van overeenkomsten dwingt ertoe zich meer rekenschap te geven van mogelijke onduidelijkheden. Ook de regeling van de algemene voorwaarden heeft dit effect, zeker wanneer de voorwaarden worden geredigeerd door organisaties van belanghebbenden samen. Een ander gevolg kan zijn dat procedures worden aangepast, bijvoorbeeld om tijdig te signaleren dat er ingegrepen of gewaarschuwd moet worden. Ik denk hierbij onder meer aan kredietinstellingen die veel met particulieren van doen hebben of die de optiehandel van particulieren begeleiden. De mogelijkheid van aanpassing en wijziging van overeenkomsten door de rechter kan aanleiding zijn om zelf dergelijke clausules op te nemen. In "het" zakenleven is dit al lang eerder regel dan uitzondering. Kortom: zelfs bij vage normen kunnen partijen hun posities op voorhand redelijk precies afbakenen en daardoor voor zichzelf zoveel duidelijkheid creëren als ze wensen. Natuurlijk zal dit niet altijd kunnen en natuurlijk zijn de contractsbepalingen waarin het gebeurt, op hun beurt weer onderworpen aan "redelijke uitleg" en "behoudens bijzondere omstandigheden", maar onmiskenbaar leidt het tot meer zekerheid over waar men aan toe is dan het nulpunt waarvan sommigen lijken uit te gaan.

25. Behalve het ontbreken van feitelijke gegevens is voor het vinden van het juiste kader ook problematisch dat rechtszekerheid een niet minder vaag beginsel is dan redelijk vertrouwen. Van Schilfgaarde spreekt zelfs van een kreunende tautologie⁶⁹. Rechtszekerheid kent veel aspecten, die niet altijd in dezelfde richting wijzen en soms zelfs regelrecht innerlijk tegenstrijdig zijn. Bijvoorbeeld wanneer gevestigde rechtspraak tot teveel problemen in het maatschappelijk verkeer leidt en daarom gewijzigd moet worden. Een vergelijkbare inherente spanning kenmerkt ook de gedachte van Barendrecht om scherpe regels in een concreet geval los te laten zodra het vermoeden van rechtvaardigheid dat ze inhouden, gefalsificeerd wordt. De rechtszekerheid die wordt gediend met scherpe regels moet derhalve soms wijken voor een ander belang: de meest rechtvaardige beslissing. Ik ben dat van harte met hem eens, maar wanneer mag/moet dat, wat is het criterium en welke winst wordt geboekt vergeleken met de methode met behulp van lijsten van gezichtspunten, sub-normen en vuistregels? Moet in de benadering van Barendrecht een justitiabele niet ook zekerheids-halve de 17 of 20 poorten met vage regels langslopen teneinde de kans te taxeren dat de bordjes verhangen worden? Het vinden van het juiste kader wordt tenslotte bemoeilijkt doordat, zoals ik onder I heb uiteengezet, redelijk vertrouwen en rechtszekerheid niet los van elkaar staan, maar beschouwd moeten worden als een conceptuele tweeling met Siamese trekken⁷⁰, die bovendien zonder hun voedsters redelijkheid en billijkheid niet kunnen overleven.

26. Ik werp de onvrede van sommigen over een te groot aantal vage regels en over teveel omstandighedenrechtspraak niet weg. Iedereen kent voorbeelden uit wet en jurisprudentie die duidelijker, scherper en beter hadden gekund of waarvan verdedig-

⁶⁹Van Schilfgaarde, a.w. (noot 30), slot.

⁷⁰Vrij naar van Dunné, Rechtszekerheid en billijkheid. Een jachtlustige tweeling, NJB 1993, p. 961.

baar is dat dit had gekund. Ik noem er een⁷¹. De Hoge Raad heeft beslist dat gebreken in het onderhoud van een huurpand die het gebruik verminderen of zelfs geheel onmogelijk maken, recht geven op een (gedeeltelijke) ontbinding zonder ingebrekestelling, maar dat dit recht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid pas kan worden uitgeoefend nadat de huurder de verhuurder van de gebreken op de hoogte heeft gesteld. Ik vind dit te veel van het goede. Men kan dit gewoon oplossen met de eis van een ingebrekestelling. Ook die dient er immers toe de ander op de hoogte te stellen van de gebreken alvorens de sanctie intreedt. Weliswaar moet daarbij dan nog een termijn worden gesteld, maar is dat zo onredelijk? De constructie van de Hoge Raad met behulp van de tijdelijke onmogelijkheid van art. 6:265 lid 2 BW, waarop dan de redelijkheid en billijkheid als correctie fungeert, acht ik voor zo'n huis-tuinen-keuken-situatie nodeloos gewrongen en ingewikkeld. Tegenover dit soort gevallen staan echter andere, waarin het geheel of ten dele wél gelukt is om duidelijkheid en scherpheid te brengen. Heel belangrijk bijvoorbeeld is het stelsel van snelle gebondenheid dat bij de algemene voorwaarden juist vanwege de rechtszekerheid is gekozen (nr. 13 onder a). Dat is geschied in combinatie met een vérgaande inhoudstoetsing, waarbij onder meer gebruik wordt gemaakt van lijsten met zwarte en grijze bedingen. Ook die bieden volgens mij veel zekerheid, meer in ieder geval dan voordien. Alleen de open toetsingsnorm van art. 6:233 sub a BW is een herhaling van de gevleugelde formule die zich sinds Saladin/HBU heeft ontwikkeld.

27. Ik denk dat iedereen de wenselijkheid van zo veel mogelijk duidelijkheid, scherpheid, consistentie en voorspelbaarheid (rechtszekerheid) onderschrijft. Daarmee schieten we echter

⁷¹HR 6 juni 1997, RvdW 1997, 139 (Van Bommel-Ruijgrok). Er zijn er meer, maar ze vormen zeker geen algemeen patroon.

niets op. Zonder nadere invulling is het niet meer dan een gratuit eresaluut aan een beginsel dat het soms meer van zijn retorische kracht lijkt te moeten hebben dan van zijn intrinsieke waarde. Hoe kan er zinvol over worden gesproken? Ik zie drie discussielijnen. De eerste is dat men zich moet realiseren dat het groot verschil maakt voor wie of voor wat rechtszekerheid wordt verlangd. Wanneer Snijders in zijn recensie van het proefschrift van Barendrecht beweert dat het met de vaagheid wel meevault en Barendrecht in zijn antwoord het tegendeel betoogt, hebben beiden vanuit hun perspectief evenveel gelijk. Voor Snijders komt het aan op een evenwichtige taakverdeling tussen wetgever en rechter. Barendrecht heeft hier geen boodschap aan, omdat de justitiabele er niets aan heeft. Hij zal pas van rechtszekerheid spreken als rechtsregels tot op zekere hoogte⁷² gelezen en gehanteerd kan worden als een spoorboekje met preciese vertrek-, aankomst- en overstaptijden, ook al moet er altijd bij staan "wijzigingen voorbehouden". Brunner verschilt van beiden doordat hij de rechtszekerheid vooral in verbinding brengt met het *pacta sunt servanda* voor het zakenleven.

28. Een tweede discussielijn betreft het nivo waarop men over rechtszekerheid spreekt. Is dat alleen het micro-nivo van de regel, de norm, het concrete geval of (ook) het macro-nivo van, bijvoorbeeld, het systeem? Ik meen dat dit laatste niet gemist kan worden. Hierbij denk ik met name aan de aandacht die als gevolg van de inhoudelijke en methodische veranderingen thans meer dan ooit uitgaat naar de rechtspolitieke dimensie van het recht. "Waar gaat het om?", "welke belangen staan op het spel?" is belangrijker dan "hoe moet ik het juridisch kwalificeren?". Niet voor niets spreekt men tegenwoordig van belangenjurisprudentie. Het debat is maatschappelijker, opener en minder juridisch-technisch geworden. Ik ben ervan overtuigd dat zonder deze omslag veel dogmatische drempels niet waren

⁷²Ik benadruk dit, want beeldspraak misleidt.

geslacht en veel leerstukken niet waren opengebrouwen of tot-standgekomen. Ook het concept van een op normaliteit en samenwerking afgestemd overeenkomst-begrip had zich volgens mij in deze vorm niet kunnen ontwikkelen⁷³. Ik zou dat betreurd hebben, met name nu ik meen dat in een concreet geval de onzekerheid meestal niet zodanig troef of zodanig bezwaarlijk is als Barendrecht en ook Tjittes ons voorhouden (nr. 24).

29. De derde discussielijn betreft de vraag: kan het anders? Ik refereer hiermee aan de taakverdeling tussen wetgever en rechter. Die taakverdeling berust op vele gronden. Eén ervan is dat het tegenwoordig als een eis van rechtvaardigheid wordt beschouwd dat niet iedereen altijd onder alle omstandigheden over dezelfde kam wordt geschoren. Ook zonder grote woorden als waardenpluralisme, waardenrelativisme en de tendens naar individualisering, kan worden vastgesteld dat het in onze maatschappij tot de normaliteit, tot de legitiem te koesteren verwachtingen behoort dat er onderscheiden wordt. Privaatrecht dat dit niet doet, kan beter meteen worden afgeschaft, aldus Medicus⁷⁴. Differentiatie-criteria zijn echter niet gemakkelijk in algemene regels vast te leggen, zeker niet als het er meer zijn. De wetgever kan dan niets anders doen dan ze gewoon opsommen en de toepassing ervan in de omstandigheden van het concrete geval endosseren aan de rechter. Dat is wat in Nederland gebeurd is. Zie nr. 17 slot. Barendrecht, Brunner en

⁷³Barendrecht zal overigens ontkennen dat in zijn benadering de rechtsontwikkeling tekort komt. Hij meent integendeel dat deze bij hem beter gediend wordt en bovendien met minder verlies aan rechtszekerheid gepaard gaat. Ik ben daarvan niet overtuigd, omdat wat de rechtsontwikkeling betreft, zijn benadering m.i. niet wezenlijk afwijkt van wat thans gebeurt. Zie nr. 25.

⁷⁴Medicus, *Abschied von der Privatautonomie*, 1994, p. 23. In dezelfde zin Grziwotz, a.w. (noot 53), p. 24.

Tjittes zijn het hiermee eens. Zij keren zich niet tegen de rechtsvormende taak van de rechter. Barendrecht doet dat zeker niet, want, zoals gezegd (nr. 21), pleit hij er zelfs voor de binding van de rechter aan wet en recht los te maken, juist om hem meer armslag te geven bij de rechtsontwikkeling.

30. De drie discussielijnen vormen voor mij het kader waarin zinvol gesproken kan worden over de vraag of, jegens wie, in welke mate en op welke manier gedifferentieerd moet worden. Met "zinvol spreken" bedoel ik niet dat gezocht moet worden naar eensluidende, algemeen geldende antwoorden. Dergelijke antwoorden acht ik, gelet op de te respecteren verschillen van opvatting waartoe ieder van de discussiepunten kan leiden, uitgesloten. Want waarom zou het perspectief van een evenwichtige taakverdeling tussen wetgever en rechter voorrang moeten hebben boven c.q. achter moeten staan bij het belang van een justitiabele (in het zakenleven) om in een concreet geval spoedig te weten waar hij aan toe is? Soms, op onderdelen, kan het één beter zijn dan het ander, soms zal wat beter is, te duur zijn of tot teveel problemen bij de hantering leiden. Wat is een evenwichtige taakverdeling trouwens? En wanneer is de gulle hand van een vage regel een krachtiger breekijzer voor nieuwe rechtsontwikkelingen dan het voorzichtig van geval tot geval aanscherpen van regels? De rechtspraak heeft het aanbod van zaken niet zelf in de hand. Het te vroeg aanscherpen van regels kan tot gevolg hebben dat men in volgende gevallen al snel terug moet. Dat is onwenselijk, want rechtspraak die zich als een Echternachse springprocessie voortbeweegt, verliest ieder gezag. Omgekeerd geldt dat het hanteren van een vage regel, terwijl daarna het aanbod van zaken stopt, achteraf bezien nodeloze onduidelijkheid kan hebben veroorzaakt. Wat is wijsheid? Anders dan Barendrecht, Brunner en Tjittes kennelijk doen, kan ik op al deze vragen geen algemeen antwoord geven, ook niet voor het onderwerp van dit preadvies, redelijk vertrouwen en rechtszekerheid.

31. Het voorgaande moge teleurstellend zijn voor degenen die op meer houvast hadden gerekend of gehoopt. Ik vind het wel reëler, omdat wat ik geconstateerd heb over redelijk vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht, ook in andere rechtsgebieden geldt. Het zou mij bijvoorbeeld verbazen als mijn straf- en bestuursrechtelijke collega's in hun preadviezen tot andere bevindingen zouden komen. Toch leidt dit niet ertoe dat wij terug zijn bij af. Het betekent alleen dat de oplossing elders gezocht moet worden: niet in pogingen om tot een algemeen geldende omschrijving van inhoud of functie van redelijk vertrouwen en rechtszekerheid in het overeenkomstenrecht te komen, maar in het debat en in de kwaliteit (sbe-waking) daarvan. Dit impliceert een zekere verschuiving van inhoud naar procedure: over inhoud en functie van redelijk vertrouwen en rechtszekerheid kunnen slechts zinvolle uitspraken worden gedaan in en door een debat. Ik meen dat deze verschuiving onontkoombaar is voor eenieder die tot de overtuiging komt dat er geen algemeen geldende waarheden bestaan, maar slechts waarheden "for the time being". Vrij naar Radbruch⁷⁵ waar deze spreekt over rechtvaardigheid: "Wenn wir schon nicht erkennen können, was gerecht ist, so muss um Gerechtigkeit gerungen werden." "Gerecht ist, was sich als gerechtfertigt erweist, wofür sich legitimierende Gründe finden lassen"⁷⁶ of, zoals Van Schilfgaarde⁷⁷ het op zijn eigen wijze formuleert: er is geen zeker recht. Er is alleen vermoed recht en dit vermoeden moet worden waargemaakt, steeds opnieuw, afhankelijk van plaats en tijd. Meestal verwijst men hierbij naar de gerechtelijke procedure en naar de taak van de rechter, maar ik vat de term debat ruimer op en reken er ook toe de commentaren in de (vak)pers op concrete (reeksen van) gevallen of uitspraken, wettelijke maatregelen en tendensen

⁷⁵Radbruch, Rechtsphilosophie, 1973, p. 175.

⁷⁶Tammelo, Theorie der Gerechtigkeit, 1977, p. 99.

⁷⁷Van Schilfgaarde, a.w. (noot 30), slot

in de rechtsontwikkeling, alsmede de wijze waarop wetgever en rechter hierop reageren en vice versa⁷⁸. Toegespitst op het onderwerp van dit preadvies, dient het debat gericht te zijn op het totstandbrengen van een evenwicht tussen redelijk vertrouwen en rechtszekerheid, dat leidt tot werkbare en rechtvaardige resultaten zowel op het concrete nivo van de casuïstiek als op het meer algemene nivo van de rechtsontwikkeling. Dat kan alleen maar tastend en zoekend, met de argumenten, geplaatst in het perspectief van de drie discussielijnen, zoveel mogelijk open op tafel. Het is de gezamenlijke verantwoordelijkheid van wetgeving, rechtspraak en literatuur, dat dit op een zo hoog mogelijk nivo gebeurt. Ik zeg dit Barendrecht graag na (nr. 21), zij het dat ik, anders dan hij, niet vind dat het debat vooral het aanscherpen van vage regels zou moeten beogen. Dat kan niet volgens mij, althans niet in de mate die hij verdedigt. De rechtsontwikkelingen gaan gewoon door. Er doemen nieuwe vragen en problemen op, die niet meteen in een geharnast kader te vangen zijn en dus, in zijn optiek, veel rechtsonzekerheid teweeg kunnen brengen, zeker in het begin. Dat is echter geen reden om ze voor zich uit te schuiven, gesteld al dat dit zou kunnen. Ik denk met name aan de problematiek van de derde in het overeenkomstenrecht, dat ik een vooralsnog nauwelijks te overzien toepassingsgebied van redelijk vertrouwen heb genoemd (nr. 13 sub i) en aan de voortschrijdende contractualisering, met name in het personen- en familierecht (draagmoederschap, overeenkomsten omtrent

⁷⁸Het achterliggende probleemveld over de verhouding van procesrecht en materieel recht kan ik hier niet uitwerken. Ik volsta met te zeggen dat procesrecht in deze opvatting meer is dan het dienstbaar zijn aan het realiseren van materiële rechtsaanspraken, maar dat het mede de rechtskwaliteit van deze aanspraken bepaalt. Meer hierover in onder meer R. Hoffmann, *Verfahrensgerechtigkeit. Studien zu einer Theorie prozeduraler Gerechtigkeit*, 1992.

ouderlijk gezag, naamrecht) en in het strafrecht ("deals" met kroongetuigen).